

TD-024



Tesis que para la obtención del Grado de Doctor, presenta a la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, el Licenciado Angel Pizarro Rodriguez

DIRECTOR-PONENTE:

Prof.Dr.D.Alfonso de Cossío y Corral.

Sevilla, Mayo de 1.963.-

COSS 1147718

LA ADOPCION. DERECHO COMPARADO.

I N D I C E

CAPITULO I^o: INTRODUCCION.- LA ADOPCION COMO VINCULO.- LA ADOPCION COMO FICCION.- DEFINICIONES.- PRECEDENTES HISTORICOS DE LA ADOPCION.- LA ADOPCION EN EL DERECHO ROMANO.-

CAPITULO II^o: LA ADOPCION EN ESPAÑA.- LA ADOPCION EN EL DERECHO INDIGENA.- EPOCA VISIGOTICA.- DERECHO DE LOS FUEROS.- LA ADOPCION EN LAS PARTIDAS.- LEYES DE TORO Y NOVISIMA RECOPIACION.-

CAPITULO III^o: LA CODIFICACION.- LA ADOPCION EN EL PROYECTO DE 1.851.- LA ADOPCION EN EL CODIGO CIVIL.-

CAPITULO IV^o: DERECHO COMPARADO.- LA ADOPCION EN LOS CODIGOS DEL SIGLO XIX.- MOVIMIENTO FAVORABLE EN LAS LEGISLACIONES DEL SIGLO XX.- RESURGIMIENTO ACTUAL.- ESTABILIDAD DE LA INSTITUCION.-

CAPITULO V^o: NATURALEZA JURIDICA DE LA ADOPCION.- LA ADOPCION ACTO PUBLICO CON BASE CONTRACTUAL Y ALCANCE SOCIAL.- LA PROTECCION DEL ADOPTADO EN LAS NUEVAS LEGISLACIONES.-

CAPITULO VI^o: LA LEY DE 24 DE ABRIL DE 1.958.- COMENTARIOS.- ESTUDIO SOBRE EL CRITERIO LEGISLATIVO.- LA MODIFICACION DE LA EDAD EN EL ADOPTANTE.- LA VINCULACION DEL ADOPTADO AL NUEVO CIRCULO PARENTAL.- LA ADOPCION DEL PROPIO HIJO ILEGITIMO.- REVOCACION Y RESOLUCION DE LA ADOPCION.- SUPERVENIENCIA O SUPERVIVENCIA DE HIJOS DEL ADOPTANTE.-

CAPITULO VII^o: LA ADOPCION EN LOS PRINCIPALES PAISES EUROPEOS.- LA ADOPCION EN FRANCIA.- LA ADOPCION EN ITALIA.- LA ADOPCION EN ALEMANIA.- LA ADOPCION EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA.-

C A P I T U L O I . -

I N T R O D U C C I O N

1. -DEFINICIONES: LA ADOPCION COMO VINCULO Y COMO FICCION

2. -PRECEDENTES HISTORICOS

3. - LA ADOPCION EN EL DERECHO ROMANO: ARROGATIO. ADOPTIO

La familia se constituye por modos naturales aceptados por la ley, pero junto a la filiación legítima, derivada del matrimonio, y la filiación natural existe la filiación civil creada por la adopción, la que según las Partidas (1), "tanto quiere decir como porfijamiento, que es una manera que establecieron las leyes, por la cual pueden los hombres ser hijos de otros, aunque no lo sean naturalmente!"

Enciclopedia Española de Derecho, define la adopción "como acto solemne en que se recibe con autorización del rey o del juez, en lugar de hijo o nieto, a una persona que no lo sea naturalmente. Es pues, una imagen o remedo de la naturaleza introducido por la ley para consuelo de los que no tienen hijos".

La adopción es un acto jurídico dirigido a crear un vínculo de filiación artificial, esto es, independientemente del hecho natural de la procreación.-Enciclopedia del Diritto.

Acto jurídico solemne en virtud del cual, la voluntad de los particulares, con el permiso de la ley y la autorización judicial, crea entre dos personas, una y otra naturalmente

(1) Partida 4^a. tit. XVI, ley 1^a.

extrañas, relaciones análogas a las de la filiación legítima (Dusi).

Más brevemente De Casso la define: "Ficción legal por la que se recibe como hijo al que no lo es por naturaleza".

Definición descriptiva de acuerdo con los preceptos del Código Civil italiano es la de Scaevola, "contarto irrevocable revestido de formas solemnes, por el cual una persona con plena capacidad jurídica, toma bajo su protección a un extraño, que sin salir de su familia natural, y conservando todos sus derechos, adquiere los de ser alimentado por el adoptante, usar su apellido y sucederle, si así se pacta, sin perjuicio de herederos forzosos si los hubiere".

Para Valverde es un acto jurídico que crea entre dos personas una relación análoga a la que resulta de la paternidad y filiación. Con Planiol es un acto que crea entre dos personas relaciones análogas a las que resultan de la filiación legítima creando un parentesco ficticio.

Lopez de Alarcón la define como acto jurídico, solemne y complejo, excepcionalmente impugnable, por virtud del cual consienten en vincularse el adoptante y el adoptado mediante algunas relaciones jurídicas propias de la filiación legítima.

Según Castán, es un acto jurídico solemne que crea entre dos personas un vínculo de parentesco civil, del que se derivan relaciones análogas, aunque no idénticas, a las que resultan de la paternidad y filiación legítimas. Es la ficción legal de la paternidad.

Para Colin y Capitan puede definirse, "como un acto jurí-

dico (generalmente un contrato), que crea entre dos personas relaciones ficticias y puramente civiles de parentesco y de filiación.

Beltrán Fustero dice que mediante ella se reputa que una persona es hijo de quien no lo es. Vismard, para quien es un contrato sinalagmatico y solemne que crea entre dos personas vínculos ficticios de filiación. Y Demolombe, para quien se trata de un acto jurídico que crea entre dos personas relaciones ficticias y puramente civiles de paternidad y filiación.

Aunque el artículo 370 del Proyecto español de 1836 definia la adopción como un acto solemne en virtud del cual se recibe como hijo propio al que naturalmente lo es de otro, y la ley de 1^º de Abril de 1.947 yugoeslava concerniente a la adopción dice que la adopción crea lazos como los que existen entre padres e hijos y tambien algunos Códigos de la America latina siguiendo la noción tradicional de la máxima romana "adoptio naturam imitatur" la definen como el acto por el cual una persona toma como hijo el que no lo es por naturaleza, en general podemos afirmar que las leyes positivas no definen la adopción.

PRECEDENTES HISTORICOS

La adopción es una de las instituciones jurídicas de precedentes históricos más remotos, y existe consagrada en la mayor parte de los pueblos antiguos, perdiendose su origen, según se ha dicho en la noche de los tiempos, pues siendo tan conforme a la naturaleza, casi todas las naciones la han admitido desde los siglos más remotos. Porque no es una simple fic-

ción, ni una mera ilusión del entendimiento, sino uno de los sentimientos e impulsos más vivos y constantes del hombre. "La adopción (decía Cambaceres, al presentar el 9 de Agosto de 1.793, el primer proyecto del Código Civil de Francia) es a la vez, una institución de beneficencia y la viva imagen de la naturaleza, ella da más extensión al carácter sagrado de la paternidad, más activa al amor filial, vivifica y moraliza la familia con la emulación, la repara de sus pérdidas, por medio de nuevas elecciones, y corrigiendo quizás sus errores, le paga un tributo de gratitud extendiendo su imperio", admirable institución, exclamaba, que tenemos la gloria de renovar.

Como dice Fustel de Coulanges (2), hemos de estudiar las más viejas creencias de los antiguos para conocer sus instituciones, y particularmente nos hacen comprender como en uno u otro grado la adopción ha sido conocida por casi todos los pueblos. Las creencias relativas a los muertos y al culto que se le debía constituyeron la familia antigua y le dieron la mayor parte de sus reglas. El hombre después de su muerte era considerado como un ser dichoso y divino, pero a condición de que los vivos le ofreciesen siempre la comida fúnebre. Los muertos necesitaban que su descendencia no se extinguiese. Su único pensamiento, como su interés único, era que nunca faltase un hombre de su sangre. Para él la extinción de una familia, producía la ruina de su religión: privados los antepasados de las ofrendas caían en la mansión de los desgraciados (3). En Atenas la ley encargaba al Primer

(2) Fustel de Coulanges, La Ciudad Antigua Madrid 1.920 pag. 64 y 65.

(3) Dhagavad, I, 49.

Magistrado de la ciudad, que velase para que ninguna familia se extinguiese (4). También la ley romana estaba atenta a no dejar decaer ningún culto doméstico (5). Cada cual tenía pues, interés poderoso en dejar un hijo tras sí, convencido de que se trataba de una inmortalidad dichosa. Era un deber también con los antepasados, cuya felicidad no debía durar más que lo que durase la familia.

Y así es como el principio del derecho de adopción entre los antiguos fué considerado por el deber de perpetuar el culto doméstico. La misma religión señaló como postrer recurso, "Al que la naturaleza no ha concedido hijos, puede adoptar uno, para que no cesen las ceremonias fúnebres" (6) " Si anulais mi adopción hareis que Menecles, haya muerto sin dejar hijos " (7) y es que adoptar un hijo equivalía a velar por la prosperidad de la religión doméstica, por la salud del hogar, por la continuación de las ofrendas fúnebres, por el repaso de los manes antepasados, todo lo cual no era permitido por consiguiente a quien no tuviese hijos. La ley de los indos es formal a este respecto (8). No lo es menos la de Atenas, como lo demuestra el discurso de Demóstenes contra Leocares (9) y ningún texto preciso prueba que no ocurriera lo mis-

(4) ISEO, De Apollod 30; Demóstenes In Macare, 75

(5) Cicerón, De lege II, 19; Perpetuam sint sacra, Dionisio, IX, 22.-

(6) Leyes de Manú, IX, 10.

(7) Iseo, de Menecl, heredi 10-46

(8) Leyes de Manú IX, 168, 174, Dattaca, Sandrica, Traducción Oriamne, pag. 260.

(9) Iseo, op cit II+14.

mo en el antiguo derecho romano, y sabemos que en tiempos de Gayo podía tener un mismo hombre hijos por naturaleza e hijos por la adopción. Sin embargo no en tiempo de Cicerón y así en uno de sus discursos decía el orador ¿cual es el derecho que regula la adopción?. ¿No es preciso que el -- adoptante se encuentre en edad de no tener descendencia y que antes lo haya procurado?. Adoptar es pedir a la religión y a la Ley lo que no se ha podido obtener de la naturaleza (10). Cicerón ataca la adopción de Clodio, fundando se en que el hombre que lo ha adoptado tiene ya un hijo, y exclama que esta adopción es contraria al derecho religioso. Cuando se adoptaba un hijo era preciso ante de todo -- darle paso en el culto familiar "introducirlo en la religión doméstica, acercarlo a sus Penates" (11). La adopción celebrábase también con una ceremonia sagrada, semejante a la que marcaba el natalicio de un hijo, por ella quedaba admitido en el hogar, y asociado a la religión. Dioses, objetos sagrados, ritos, oraciones, todo se hacía común, -- su padre adoptivo, decía de él "in sacra transivit ", ha pasado al culto de su nueva familia (12). Por esto mismo -- renunciaba al culto de la antigua, y no podía sacrificar a dos hogares, ni honrar a dos series de antepasados. Admitido en una nueva casa, la paterna se le hacía extraña. Nada tenía ya de común ni podía ofrecer a sus ascendientes, el mismo lazo del culto le retenía (13), completamente ajeno,

(10) Cicerón, Pro domo 13, 14

(11) Iseo, de Apollod, heredi, I Cicerón. Pro domo 13, Tacito Hist I, 15

(12) Valerio Máximo, VII, 7, Cicerón Pro domo 13.

(13) Tito Livio, XLV, 40.

si moría el padre natural no tenía derecho a presidir su entierro y a ofrecer funerales. El hijo adoptado ya no podía recuperar la familia natural, sin embargo era permitido por la ley cuando el adoptado dejaba en la familia adoptante en su lugar a un hijo suyo, se consideraba que dejaba asegurada la perpetuidad del culto y cuanto hemos señalado, pero rompía todo lazo con su propio hijo (14)

José Pérez Barradas (15), dice que la adopción es una institución muy antigua, que tiene por fin el establecimiento de vínculos de parentesco con personas ajenas a la familia. En los pueblos de raza semita apareció como un alumna- to, así es la adopción de Moises, por la hija de Faraón -- adopción de Esther por Mardoqueo, y de Efraim y Manases por Jacob, éstas últimas en el pueblo hebreo, en el que se daba una preponderancia exclusiva a la sucesión natural favorecida con la introducción del levirato, haciendo menos necesaria la adopción. Mahoma prohibió en los árabes dar al adoptado el nombre de adoptante, no permitiendo tampoco el derecho de sucesión (16), en los bienes de este. En Grecia -- llegó a alcanzar la adopción tal importancia que la misma- vez poietos designó al heredero testamentario y al hijo adop- tivo.

(14) Iseo, De Philoct, her. 45; De Aristarchi, her. I Demós- tenes, In Leocharem, 68

(15) J. Pérez Barradas, La familia. Madrid 1.941

(16) Dictionnaire des antiquites grecs et romaines (Paris, - 1.873).

LA ADOPCION EN EL DERECHO ROMANO- ARROGATIO -ADOPTIO

En Roma la adopción es una institución de Derecho Civil cuyo efecto es establecer entre dos personas relaciones análogas a las que crean las justae nuptiae entre el hijo y el jefe de familia. Modestino decía: (18) "Filius familias non solum natura verum es adoptiones faciunt".

De esta manera hace caer bajo la autoridad paterna e introduce en la familia civil a personas que no tienen por lo regular ningún lazo de parentesco natural con el jefe.

Pero podría ser de otra manera: por ejemplo, cuando un ascendiente adoptaba un nieto oriundo de un hijo emancipado o un descendiente nacido de una hija y el mismo Modestino dice: "Quod adoptionis nomen est quidem generale; in duas autem species dividitur; quarum altera adoptio similiter dicitur, altera arrogatio. Adoptantur filii familias adrogantur qui sui juris sunt". (19).

La adopción como la encontramos en el Derecho Justiniano tanto en lo que se refiere a las formalidades, como en los requisitos a exigir al adoptante y sobre todo en los efectos que produce, se diferencia profundamente de la adopción del Derecho antiguo y clásico porque el proceso de debilitación del concepto agnaticio de la familia y su suplantación por la familia natural, se refleja en esta institución.

(18) L. 1 por D. de Adopcionibus.

(19) Desserteau "Etudes sur les effets de l'arrogation" Paris 1.892 .

Las formalidades exigidas para la arrogatio fueron primitivamente solemnidades en conexión con el derecho público. Previa una intervención de los Pontífices, se convocaba una reunión de los Comicios curiados y se consumaba allí la -- arrogatio con una triple interrogación dirigida por el Pontífice al arrogante al arrogado y al pueblo.

La primera de esta propuesta (rogatio) al pueblo que nos ha sido transmitida por Aulo Gelio era la usada para las leyes comiciales iniciadas con las palabras "velitis - jubeatis Quirites", y terminada con la frase "hac ita.uti dixi, ita vos, Quirites rogo"., Mas tarde caidos en desusos los comicios curiados la intervención del pueblo desaparece sustituyendose formulariamente por treinta lictores.

En el derecho clásico las formalidades de la adoptio - en sentido restringido esto es, la adopción de un alieni juris, se desenvolvía en dos fases: una en la que el alieni-juris era liberado de la patria potestas a la que estaba sometido, por una triple venta; y otra consistente en una in jure cessio en la que el nuevo pater familias simulaba reivindicar su derecho de patria potestas como siya se perteneciera de antemano.

Surge aquí un problema no aclarado aún-que es el de la adopción testamentaria. Hay fuentes históricas y de literatura jurídica que hablan de casos en los que la adopción se hace en el testamento del adoptante, el mas conocido es el de la adopción de Octavio por su tio Julio César. Sin embargo los textos jurídicos guardan el más absoluto silencio so

bre tal forma de adoptar, la cual ofrecería además las -- anomalías de no ser un medio de adquisición de la patria-potestas puesto que cuando produce sus efectos, el adoptante ha muerto. Se han dado diversas explicaciones a aquellos datos proporcionados por las fuentes no jurídicas.

Según unos, y la opinión se remonta a Cuyacio se trataría de una adopción non jure facta cuyo defecto de origen está borrado convalidándola las curias como en el caso de Octavio, o el príncipe por un rescripto.

Según otros, se trata más bien o de un uso social cuyo único aspecto jurídico sería el de llevar el adoptado -- el nombre del adoptante o de una institución de heredero -- con esta condición y así explican los actos de convalidación en el caso de Octavio, como una de tantas anomalías -- de aquel periodo de convulsiones políticas y de transición entre las viejas y las nuevas instituciones. Pero el punto más difícil en esta cuestión es el de las adopciones, testamentarias realizadas por las mujeres que hasta la época de Adriano, tenía que salir de su familia agnaticia para poder testar.

Veamos ahora en el derecho clásico los requisitos y -- los efectos de la adopción.

En primer lugar, era indispensable la voluntas del -- arrogante y arrogado en la arrogatio así como la de patrifamilias antiguo y la del nuevo en la adoptio .

Durante mucho tiempo, los romanos no vieron en la -- adopción una imitación de la paternidad natural, sino el -- medio de ingresar en una familia agnaticia por remisión a --

una potestas. Por esta razón los incapaces de engendrar podían adoptar, y todavía en la época de Gayo, era discutible si el adoptante había de ser mayor que el adoptado, Cicerón ya reprochaba a Clodio de haberse hecho arrogar por Fontelio que era plebeyo mas joven que él con el unico objeto de hacerse tribuno (20).

Con respecto a la arrogación en su forma primitiva la hacia inaccesible a la mujeres y a los impúberes y que ni aquellos ni éstos podían asistir a los comicios. Por otra parte la intervención pontifical, podía rechazar los deseos del arrogante y arrogacio y en el ejercicio de esta facultad, es logico que se reflejasen puntos de vista de un ambiente social. Es posible tambien que por el influjo de esta especie de jurisprudencia pontifical, se fueran señalando condiciones extendidas despues a ambas formas de adopción, al mismo tiempo que la desaparación de las curias y su sustitución por la formularia presencia de los lectores levantó la dificultad de acceso a la arrogatio para mujeres e impúberes, pudiendo estos ser arrogados desde la época de Antonino Pio, y las mujeres, arrogar y ser arrogadas.

Por otra parte, es difícil precisar la época en que fueron introduciendose las modificaciones en los requisitos para la adopción porque en gran parte fueron hechas por las interpelaciones de los compiladores justinianeos segun los trabajos de Castelli, Gangenesen y Hergen (21).

(20) - Petit. Tratado de Derecho romano

(21) - Bonfante. Corso di Diritto romano Roma 1.933

En cuanto a los efectos de la adopción en la época -- clásica son los de una capitis domunitio.

El adoptado pasa de una familia a otra variando de -- culto domestico, de nombre, de derechos hereditarios, etc. El arrogado, deja además de ser paterfamilias convirtiéndose en alieni juris pero no solamente en cuanto a él sino que en esa nueva situación de traspaso le acompañan todos los miembros de la familia de la cual anteriormente él era sui juris y jefe de ella. Sus bienes, son totalmente absorbidos por el patrimonio del adoptante al cual pasa civilmente todo el patrimonio del adoptado en cuanto al activo; y en cuanto al pasivo, el pretor concedía a los acreedores la posibilidad de ejercitar su acción contra el arrogado teniendo por no acaecida la capitis diminutio, o contra el arrogante como actio de peculio.

Este modo de adopción fue un medio utilizado por los -- patricios para pasar a una familia plebeya y poder ser así tribunos. Ahora bien, lo que se discute es si es esta la transitio ad plebem de la que hablan los escritores romano o si además de la adopción que comentamos existía otro acto de transitio aparte y como complemento (22).

Como hemos visto tanto la arrogación como la adopción en el derecho antiguo y la, llamada época clásica se fundamenta en un predominio eminente de la familia agnaticia; -- en esa época la familia natural no cuenta o tiene escasa -- importancia, pero a medida del tiempo, cuando ésta va ad-

(22) Groh. La transitio ad plebem, de P. Clodio.

quiriendo su verdadero valor, aquella decae y llegada la era de Justiniano ya el concepto y valor de la familia natural ha sobrepasado con mucho al de la agnaticia.

Veamos pues, como se desenvuelve la adopción en el derecho justiniano en cuanto a las formas requisitos y efectos.

La arrogación se verifica por el rescripto del principe y la adopción por comparecencia ante el magistrado sin que proceda la triple venta que en el derecho anterior servia para liberar al hijo de la patria potestas a que anteriormente estaba sometido.

En cuanto a la arrogación, sabemos que el Emperador asume a su cargo el de Pontifex maximus lo que no sabemos es cuando esta forma, sustituye a la de la ficción de las curias. Según Arias Ramos (23) los textos del Corpus juris de los que parece deducirse su implantación en época de Diocleciano o antes, son sospechosos de interpolación y la arrogatio apud populum es mencionada todavía en textos posteriores como el epitome de Gayo en la Lex Romana Visigothorum y los fragmentos de Autum. Pero su implantación anterior a Justiniano tanto el Libro siro-romano como las constituciones de Constantino insertas en el Código de Teodoriano.

Los requisitos de la adopción en la época justiniana, están inspirados en la máxima : "Adoptio naturam imitatur", es decir, que se busca en esta institución una semejanza con la paternidad natural más que con la antigua jefatura políti-

(23) Arias Ramos. Tratado de Derecho Romano.

ca o de clan, aun cuando no hayan desaparecido por completo todos los vestigios de la antigua concepción pero ya muy difuminados.

A diferencia por ejemplo del derecho anterior, el adoptante debe tener por lo menos diez y ocho años mas que el adoptado, no pueden adoptar nada más que los que sena habiles para engendrar excluyendose por tanto a los castrados y tampoco puede adoptarse por segunda vez y por la misma persona a quien adoptado primeramente fué luego emancipado o dado en adopción a otro; y junto al consentimiento de los padres naturales es necesario tambien el del adoptado o por lo menos en forma pasiva por parte de él no oponiendose a la adopción, y este es uno de los casos en que el silencio determina una eficacia jurídica.

En la arrogación cuyas consecuencias de orden patrimonial eran más importantes, se establecieron medidas alguna de ellas procedentes de disposiciones imperiales de la época clásica, tendentes a proteger tanto al arrogado como a los presuntos herederos del arrogante. Así por ejemplo, no se permitia arrogar: 1º A quien no hubiera cumplido sesenta años salvo en el caso de que su estado de salud induzca a creer que ya no tendrá hijos; o así el arrogado es pariente, 2º.- A quien ya tenga hijos. 3º.- A un pobre respecto a un rico, salvo especiales circunstancias de honorabilidad segura y afecto a este último que concurran en aquel. 4º.- A los tutores respecto a sus pupilos. Y 5º al padre natural respecto a los hijos habidos de concubina.

En cuanto a los efectos, en realidad teórica y directamente los de la arrogación no fueron modificados, pero práctica e indirectamente resultaban bien distintos de la arrogatio antigua por el cambio que se operó en los efectos de la patria potestad sobre los bienes de los hijos, con la cual los bienes que tuviera el arrogado quedaban constituyendo un peculio de las clases conocidas: profecticio, adventicio castrense y cuasi-castrense, bien lejos todo ello de aquella primitiva absorción por el patrimonio del padre arrogador. Por otra parte la transformación operada en el derecho hereditario, basado en la época justiniana fundamentalmente en el parentesco de sangre iluminaba también los radicales efectos de la arrogatio en el derecho antiguo.

Ya desde Antonino Pio, mientras el arrogado era impúbero, se prohibió al arrogante emanciparle sin justa causa, debiendo además devolver al arrogado, cuanto por la arrogación adquirió de él, y además en caso de emancipación sin justa causa o de desheredación también sin ella, además de esta devolución, el impúbero tenía derecho a una cuarta parte (quarta divi Pii) de los bienes propios del padre del arrogante.

Pasemos ahora a considerar la adopción en el derecho justiniano. Justiniano distinguió dos tipos de adoptio según que fuera hecha por un ascendiente consanguíneo, bien fuera paterno o materno del adoptado, o por otra persona extraña. El primer caso es el que se consideró como adoptio plena produciendo los efectos de la adopción antigua caracterizados por la capitis diminutio y sumisión a la pa-

tria potestas del adoptante.

En el segundo caso o sea cuando la adopción la hace un extraño, se trata de una adoptio minus plena, cuyo único fundamental efecto, es dar al adoptado un derecho de heredar pero solo abintestado al adoptante y no cabe una capitis diminutio puesto que el adoptado conserva su situación en su familia anterior y no quedando por tanto sujeto a la patria potestas del adoptante.

Ayudaron a la implantación de este tipo de adopción en el Derecho romano, las influencias provinciales. En las provincias orientales, se extendía, venciendo la resistencia de prohibiciones imperiales, una forma especial de adopción per tabulas ó per tabellionem y de los documentos papirológicos muestran que no se tendía con la institución a una adquisición de patria potestas por el adoptante sino a una concesión por parte de este al adoptado de derechos de asistencia y sucesión mortis causa (24).

(24) M. Meyer: Juristische Papyri-Berlin 1.920 párrafo 21 y sucesivos; Mónica: Introduzione allo studio della Pap. Milan 1.914. Gunnar Bergmann: Beitrage zun rom Adoption_s recht. Lund 1.912.

C A P I T U L O - I I

DERECHO INDIGENA Y ETAPA PRERROMANA

Realmente son sumamente escasas e imprecisas las noticias que nos han llegado acerca de la existencia de la institución entre los primeros pobladores de España, No obstante Otero Varela (25) señala el que "de un párrafo de Diodoro (Bibli.hist., IV,39) parece desprenderse esta conclusión recogiendo también la opinión de Costa (26) como los juristas Manresa (27) y, las modernamente Piñar (28) de que la - adopción ya existía " en tiempos anteriores a la conquista romana, y sus tradiciones hubieron de continuarse durante la Edad Media a juzgar por algunas casos de que nos hablan las historias y las leyendas y por la circunstancia de que el Fuero de adopcionibus y la observancia 27 De generalibus privilegiis, eco del primitivo derecho indígena admitían la institución con los nombres de acogimiento y dación personal". Alonso y Lamban sostiene que en materia de adopción el derecho aragonés se aparta de la influencia romana, sin que tampoco se encuentre restos de germanismos siendo un caso clarísimo de derecho autoctono o indígena (29). Castan - además termina por afirmar siguiendo a costa quemla adopción

-
- (25) - La Adopción en la Historia del Derecho Español. -- Pag. 84. Dos estudios Juridicos.Roma-Madrid 1.955.
(26) - J.Costa, La religión de los celtíberos, Madrid 1.917 Pag. 79.
(27) - Comentarios 7ª ed. t. II, pag. 100.
(28) - La Adopción y sus problemas jurídicos Pag. II.
(29) - La Adopción, Seminario de la Comisión Compiladora - del Derecho foral aragonés, Zaragoza, 1956.Pag.45.

se ha mantenido siempre en el Alto Aragón sin solución de continuidad. No ocurre así en Castilla donde no aparecen datos de la institución hasta que la recogen las Leyes del título 22, libro IV del Fuero Real.

De la época de la denominación romana afirma Pérez Barradas (30) no existe rastro algunos en inscripciones ni fuentes que aludan a la adopción, lo cual fundamenta Otero Varela en sus conclusiones al señalar que así como en Roma adquirió gran importancia por las circunstancias políticas -- llegando a ser un instrumento de política dinástica, estas circunstancias al no darse en España no tenía utilidad en ella la institución. Sabemos también con certeza que en una primera época la adrogatio per populum no podía ser realizada en provincias, hasta que, con la reforma de Diocleciano, la adopción per principale rescriptum abrió esta posibilidad. Sólo y ello teóricamente en consecuencia fué posible -- la datio in adoptionem y a partir del citado emperador la adrogatio. (31).

EPOCA VISIGOTICA.

Dos Códigos visigodos mantienen silencio respecto a la institución, la primera referencia la encontramos en el Breviario de Alarico en el que según Gambon Alix (32), se nos muestra embebida en una confusa institución, la adfiliatio nacida del Derecho romano vulgar y origen de relaciones de parentesco. En el Breviario dice Otero Varela, no se distingue específicamente una forma distinta para la arrogación y otra para la adopción. Ambas se admiten generalmente que se

(30) - J:Perez de Barradas, La Familia, Madrid 1.941. Pag.92.
(31) - Obr. cit pag. 86 y 146.
(32) - La adopción German Gambon Alix. Barcelona 1960. pag.11

celebran en la curia, pero no puede afirmarse con seguridad que las formalidades fueran iguales o distintas. Pitzorno examina los caracteres de la adopción romana tal como aparece en el Breviario a través de la formalidad de la *mancipatio* descrita en *Epit. Gai I, 6, 4* en conexión con el otro texto *God. Th 5, 1, 2* y afirma que *estavadoptio* tiene su confirmación en la práctica jurídica. Sin embargo Otero sigue -- afirmando, de que si bien tenemos el hecho de que la institución, ya evolucionada con respecto al tipo clásico aparece recogida en el Breviario de Alarico, no conocemos ni un solo documento de tal naturaleza celebrado en España, ni -- ello supone una presunción en favor de su aplicación práctica.

Esta misma conclusión la recoge también Castan (33)", -- Después de la caída del imperio romano tampoco logra imponerse. La circunstancia de aparecer descrita identificándola con un instituto de derecho vulgar y la carencia de documentos en toda la época llevan a la conclusión de que se -- seguiría ignorada en la vida práctica. No se menciona siquiera en las demás fuentes visigodas, por lo que puede afirmarse que fué desconocida por el derecho visigodo. Tampoco por otra parte están de acuerdo, los autores en cuanto se refiere a la naturaleza de esta llamada también confusa institución de la *adfilatio*, ya que el Breviario equipara a ella la *adoptio*, pretendiendo explicar ésta por medio de aquella, según afirma Otero Varela. Pero Gambon Alix no está conforme y afirma existen diferencias entre ellas porque la *adfilatio* es más bien, dice, un nombre genérico que podía aplicarse a relaciones variadas, si bien añade la *perfilatio* o *adfilatio* tiene extraordinaria similitud o identidad con --

(33) - Obr. cit pag. 198.

la adopción en el momento en que el concepto es recogido -- por, las partidas. Hay que señalar sin embargo la salvedad -- de que únicamente la perfoliatio de los textos es en todo -- caso la que se asemeja a la adopción. Esto obedece a que en ocasiones se buscó con la perfoliatio producir con ella uni -- camente los efectos patrimoniales que de la misma podían de -- rivarse.

DERECHO DE LOS FUEROS.

Aunque en algunos fueros municipales aparecen datos de -- que la perfoliatio se utilizaba con fines de legitimación -- de hijos habidos fuera de matrimonio señala Alix que había -- degenerado en la práctica hasta convertirse en simple proce -- dimiento de fraude a la legislación civil sucesoria y a la -- fiscal preferentemente y que por otro lado en el terreno de la legislación se advierte un silencio casi general en los -- fueros municipales y territoriales salvo algunos como los -- de Daroca que admite la adopción viviendo hijos del adoptan -- te con tal que consientan en ella y el de Valencia en su li -- bro VIII, ley 1ª que dispone para el caso de morir intesta -- do el que suceda en los bienes" ... aquell que ell haura -- afillat...", también siguiendo a este autor nos habla de -- una fraternidad artificial que debió existir en Galicia y -- León y que tenía por objeto posibilitar el mantenimiento de unidades económicas de tipo familiar (34).

Lo cierto es, de todos modos, que aún suponiendo la -- institución perdida o, muy debilitada durante algunos siglos de la Edad Media, la adopción reaparece en el siglo XIII, -- merced al renacimiento del Derecho romano, y recibe especial regulación sobre la base de este último en el Código de las Costumbres de Tortosa (Cost. I, parr. 2ª. libr. VIII), Fuero --

(34) - Obr cit pags. 11 y 12.

de Valencia (ley 1ª rub 6ª, lib. VIII), Fuero real (leyes - del tit. 22, lib. IV), etc. Castan (35).

Es de destacar por su mayor importancia la institución "RECIBIMIENTO DE FIJO" del Fuero de Soria y Fuero Real. La perfiliatio aparece sumamente romanizada. La influencia del Derecho romano justiniano es evidente. Es también de señalar que entre ambos cuerpos legales existe una notable correspondencia en cuanto se refiere a la adopción. El título 22, libro 4º del Fuero Real procede, sin lugar a dudas del XLVII del Fuero de Soria, si bien las disposiciones de éste no han sido tomadas literalmente, ya que si algunas veces se modifica simplemente la forma de redacción, en otros casos se establecen nuevos requisitos que suponen una mayor influencia del derecho romano, y sobre todo del poder del rey. En ambos Fueros se define el recibimiento de fijo - - (p 457 del de Soria y ley h. t..., 2 del Real) diciendo: Porque el recibimiento de fijo es semejante a la natura exactamente igual que en Ep. Gaii i, 5 pr. aunque llevado aquí al extremo de limitación de edades del derecho justiniano y así se prohíbe que un individuo pueda adoptar a otro de mayor edad o de la misma que él, siendo solamente posible recibir a quien por la edad pudiera haber sido hijo suyo (36) En el recibimiento de hijo se coloca a un extremo en la situación de hijo, pero sin hacer surgir la patria potestad - por ello es permitido adoptar a la mujer y ello sin requisito alguno en el Fuero de Soria, en tanto en el Real sino había perdido hijo en servicio del Rey precisaba su autorización. Sin embargo no había de tener hijos o nietos legítimos o de soltero, hasta el punto de que la supervivencia de hijos dejaba sin efecto el recibimiento. El Fuero Real sólo

(35) - Castan Tobefias. Derecho Civil. Tomo V. Vol. 55 pag. 199.

(36) - Dos Estudios Historico Jurídicos. Alfonso Otero pag. 121

extendía la prohibición al que tuviera hijos legítimos y -- admitía en la Ley 7ª la posibilidad de recibir al hijo extramatrimonial, lo que se efectuaba ante el rey u hombres buenos. Era una especie de legitimación por adopción practicada por los germanos por lo que quizás el elemento godo la introdujo en España. Los efectos del recibimiento de hijo son marcadamente patrimoniales, adquiriendo el porfijado la cuarta parte de la herencia del porfijador.

Solamente podía ser privado de este derecho por alguna de las causas de desheredamiento o por revocación del acto que procede al sobrevenir hijos al porfijador, pudiendo darle en este supuesto lo que quisiera del quinto libre. Tanto en el Fuero de Soria como en el Real el profijador no adquiere ningún derecho de sucesión abintestato. Por último es de señalar respecto a los bienes que el porfijador ha heredado del porfijador a su muerte, no los heredan los parientes de éste sino los naturales del porfijado.

La perfiliatio era un acto de naturaleza privada aun -- que en los textos se reglamente como de naturaleza distinta por realizarse en forma solemne, dicen, ante el concejo y sólo considerada perfecta con la firmanza de la vecindad. Los requisitos formales llegaban a precisar fórmulas y -- días y hasta lugar como en el Fuero de Usagre, estableciéndose la formalidad más sencilla en los Fueros de la Nogueira que bastaba dando ferme ante dos hombres buenos. Muy interesante es la disposición final del Fuero Real 4, 22 con el Recibimiento de los hijos extra matrimonium, por ser -- aquí los efectos distintos a los que hemos visto, ya que -- además del derecho de sucesión se adquiere la condición social del padre y tendrá honra de fidalgo si su padre fuere fidalgo. Fué una forma de legitimación de hijos habidos -- fueradel matrimonio, recogiendo las formas de legitima --

ción del derecho romano como ocurre también en los fueros de Alaclá y Sepúlveda. Pero estas formas como dice Otero Varela, son la legitimación de hijos naturales más bien que de adopción (37).

LAS PARTIDAS

Las Partidas definen la adopción diciendo que es una -- manera que establecieron las leyes por la cual pueden los hombres ser hijos de otros, maguero no lo sean naturalmente. Se -- señala ya una recepción total y exclusiva del derecho justiniano en las Partidas 4 y 16. Se constituye la relación paterno filial colocando un extremo en la posición de hijo con derechos que varían en las especies de adopción, ya que bajo la misma rubrica "porfijamiento" recibieron las Partidas las dos formas romanas de adopción y arrogación, distinguiéndose las no solo por lo que respecta a la persona del adoptado -- sino tambien por la forma de celebración. Según las Partidas 4 y 7: E, este porfijamiento se hace en dos maneras. La arrogación es la adopción de quien no está sometido a patria potestad alguna necesitando autorización del rey y el consentimiento expreso del arrogante y arrogado, naciendo siempre una patria potestad de aquel sobre éste. En cambio la adopción -- en especie tiene lugar cuando se adopta a quien está bajo la patria potestad de su padre natural, de un alieni juris, siendo necesario que no contradijera ante el juez la manifestación de voluntad de el adoptante y de su padre natural, dando lugar en el adoptio plena al nacimiento de la patria potestad del padre adoptivo, lo que no ocurría en la minus plena de alcances más restringidos. Esta subdiciión en plena y -- menos plena tenía lugar segun que el adoptante fuese o nó --

ascendiente del adoptado, adquiriendo además en este caso el adoptado, los derechos del hijo natural, si bien podía hacerse en lugar de hijo de nieto o de bisnieto. Vemos como dice Otero que la adopción regulada en las partidas se inspira como la justiniana en el criterio de que *adoptio imitatur naturam* entendiéndola en el sentido de que la adopción tiende a constituir una relación análoga a la derivada de la generación, sin embargo este notable tratadista hace notar, que si bien del citado principio se derivan los requisitos exigidos en adopción, no tan claro, dice, aparece el que la institución tenga por objeto suplir una falta de la naturaleza y -- que en consecuencia haya sido introducida para consuelo de -- aquellas personas que ni tienen ni pueden esperar sucesión, -- No nos parece muy convincente esta apreciación, y ello porque como tratamos en otro lugar si tiene a nuestro entender -- en tan variados aspectos como pueden producirse el que sea -- precisamente este sentimiento de suplir la falta de la naturaleza el que inspire y determine a hacer uso de un recurso legal para crear una relación ficticia paterno-filial.

Como requisitos de fondo tenemos el que podía adoptar quien fuese libre hábil para la generación excediendo en 18 años al adoptado y no estando bajo la potestad de su padre. -- No existía la prohibición que han visto, algunos autores por la abundancia de textos que lo acreditan para aquellos quemtuvieran otros hijos. Si en cambio para la mujer, a no ser -- que concurrieran las circunstancias que ya hemos señalado -- también en el recibimiento del Fuero Real. Sin que el pupilo hubiese cumplido los veinticinco años y concluida la guarda si existía otorgamiento del rey podían adoptar los tutores. -- Por lo que respecta a los adoptados en la arrogación no podían serlo los infantes de menos de siete años ni los liber-

gos en la adopción. En cuanto a formalidades, la arrogación se hacia con autorización del rey, el cual preguntaba al arrogante y arrogado si querian adoptar o ser adoptado reciprocamente debiendo el arrogado manifestar expresamente su consentimiento. La adopción exigía la intervención del Juez ante el cual manifestaba su consentimiento expreso el padre natural y el adoptante bastando la no contradicción del adoptado, haciendo entender la fórmula de porfijamiento que dispone la Partida 3, 18, 91.

Los efectos en el arrogado eran los de una capitis diminutio al convertirle en alieni iuris, pero con el derecho de suceder por testamento y abintestado, con la sanción para el arrogante de la "Quarta divi Pii", en el caso de ser emancipado o desheredado sin justa causa con un caracter más extensivo que en el derecho romano además de restituir todos los bienes que hubiera recibido del arrogado con las ganancias posteriores, con la sola excepción del usufructo devengado durante el tiempo de la arrogación.

Por lo que respecta a las adopciones, la plena tenia como consecuencia la extinción de la patria potestad en el padre natural y el derecho a la sucesión testamentaria y abintestato. En la menos plena, más limitados los efectos, no se realiza el ingreso del adoptado en la patria potestad del adoptante y se le atribuye solo el derecho de sucesión abintestato en todos sus bienes si no tuviere hijos y en una cuota igual a la de los demás cuando los hubiere.

Gambon Alix (38) atribuye al sistema de las Partidas su falta de adecuación con el sentido jurídico del pueblo en aquella época, el no hallarse los preceptos recogidos en un sólo título y la excesiva compliación en el derecho de adopción de los sui iuris.

!!

De todas formas es muy posible que la adopción de las -- Partidas fuese de muy escasa aplicación práctica como parece deducirse de los escasísimos documentos que han llegado hasta nosotros y que a ella hagan referencia. Tan solo dos. Una -- aprobación de prohiamiento en un formulario notarial castellano del siglo XV y una interesante fórmula de arrogación -- (39).--

LEYES DE TORO Y NOVISIMA RECOPIACION.

Carecemos de referencia respecto a la adopción después -- de las Partidas hasta que la Ley 12 de Toro trató de hacer -- desaparecer la contradicción respecto a la concesión de los -- derechos hereditarios establecidos en las Partidas y Fuero -- Real, pero unicamente en lo tocante a los legitimados por -- rescripto o privilegio del rey, los cuales si después su padre tuviere algún hijo legítimo o legitimado por subsiguiente matrimonio no podía suceder con los legítimos abintestato ni por testamento y solo podía recibir lo que éstos quisieran dejarle del quinto de sus bienes, prefiriendo el sistema tradicional representado por el Fuero Real al de las Partidas -- en el que todos los hijos de una clase o de otra engraban en el reparto del caudal relicto.

El silencio que guardaron las Leyes de Toro respecto a los derechos sucesorios de los hijos adoptivos fué resuelto en la Novísima Recopilación estableciéndose en las Leyes 1ª y 7ª, tit 20, libro XVI que el adoptado era heredero abintestato del adoptante que careciese de descendencia o ascendencia legítima o natural, pero sin concedérsele porción legítima -- ria alguna y con la posibilidad de ser por tanto preterido -- en testamento.

(39) - Luisa Cuesta, Formulario Notarial Castellano siglo XV Madrid 1.948. pag.89 y Galo Sanchez. Formularium instrumentorum V. Graneál en Ahne (1.925)

CAPITULO III

LA CODIFICACION. EL PROYECTO DE 1851. LA ADOPCION EN EL CODIGO CIVIL

Proyecto de 1851. - Languidecia el uso de la institucion por falta de arraigo en nuestras costumbres, a pesar de esta recogida en las leyes de Partida y Fuero Real, porque no se le daban las circunstancias que hemos examinados y la hicieron florecer en el derecho romano. Por ello al prepararse el Proyecto del Codice de 1851 en un principio se trato con acuerdo casi unanime de la comision codificadora de no dar cabida la institucion, lo que hubiera acontecido a no ser por un vocal de andalucia al hacer presente, segun justificacion de Garcia Goyena, -- que en una region se daban algunos casos, aunque raros de ella y esto, unido a que se trata de un titulo no imperativo, -- sino permisivo y facultativo y que puede conducir a sentimientos dulces y beneficis, fueron segun el citado jurista la causa de la inclusion (40). El proyecto trata la dopcion en sus articulos 133 a 141, y segun Alix (41). con traza -- que se asemeja notablemente a la adoptio minus plena del --

(40) Garcia Goyena Concordancias motivos y comentarios del Código Civil Español. Madrid 1.852 pag. 147

(41) Gambon Alix obr. cit. pag. 26.

Derecho romano justinianeo y luego de las Partidas. Se prescinde pues de la distinción entre arrogación y adopción. — También se tuvieron presentes los Códigos francés, napolitano y sardo, tomándose como base de discusión el Proyecto de Cirilo Alvarez en 1844 quien había redactado por encargo de la Comisión de codificación un Proyecto de Código Civil en cuyo título V del libro I se regulaba la adopción configurada esencialmente como luego fue recogida en el proyecto que examinados y pasó más tarde al Código.

Como requisitos de fondo se establecía el que podían — adoptar las personas de ambos sexos que hubiesen cumplido la edad de cuarenta y cinco años con lo que vemos suprimida la prohibición del derecho romano y las Partidas de adoptar las mujeres, así como el cambio de la edad de los sesenta años — del derecho justinianeo y el que no se precisase en las Partidas. También la diferencia de edad entre adoptante y adoptado que se reduce a quince años modifica la de dieciocho — de los dos citados derechos con los que acusa diferencias — esenciales.

Según el art. 137 los conyuges pueden adoptar conjuntamente, pero fuera de este caso nadie puede ser adoptado — por más de una persona. Ello está de acuerdo con el principio romano *Adoptio imitatur naturam*. Se prohíbe la adopción a los eclesiásticos y a los que tengan descendientes legítimos, cosa que no ocurría en el Derecho romano y en las Partidas. El conyuge conforme a un sentido de miramiento entre — los esposos, no puede adoptar sin el consentimiento de su conyuge. Se mantiene en cambio la misma prohibición de que el tu

tor no puede adoptar al menor hasta que le hayan sido aprobadas definitivamente las cuentas de la tutela.

En cuanto a la forma, es sencilla. Segun el art. 139 la adopcion ha de celebrarse presentandose ante el alcalde el adoptante, el adoptado, y las personas que deban prestar su consentimiento, y se consignará en escritura pública. El consentimiento ha de ser prestado expresamente por el adoptado si es mayor de edad, si es menor se necesita el consentimiento de las personas que pueden prestarlo para casarse.

En cuanto a los efectos se distingue otra diferencia esencial con los anteriores derechos, como la de atribuir al adoptante la patria potestad sobre el adoptado menor de edad.

No adquiere sin embargo el usufructo sobre sus bienes. Respecto a los apellidos se precisa el acuerdo previo al efecto en la escritura de adopción. Segun el art. 141 existe un recíproco derecho alimentario entre adoptante y adoptado. Este conserva tal como ocurre en la adopcion menos plena del derecho romano justiniano, en las Partidas y en el Proyecto de 1944, todos los derechos en la familia natural.

Tambien son semejantes los efectos hereditarios a los que la adopcion menos plena de las Partidas y justiniana, no sin que en el seno de la comisión calificadora faltasen las dudas y vacilaciones. Se niega expresamente un derecho de sucesión abintestato ya que a pesar del incompleto art. 148, en el 165, en el que se relacionan las categorias de personas que heredan sin testamento, no se hallan los adoptados. El vincu-

lo de adopción, por último al ser considerada como cognación o parentesco civil producida impedimento entre adoptante y adoptado.

LA ADOPCION EN EL CODIGO CIVIL

El Código Civil admitió y reglamentó la adopción en el texto de sus artículos 173 a 180, según ha estado vigente hasta la reforma de abril de 1958, simplificando su régimen al prescindir como señalan Castán y Piñar de las antiguas especies en que la había diversificado el derecho romano. Pero como hacen notar estos tratadistas si se logra dar a la institución una orientación práctica y un matiz moderno. Y que la orientación del Código es híbrida y borrosa, planteando a la doctrina y a la jurisprudencia difíciles problemas de no fácil solución. Muy acertadamente Mucius Scaevola en su examen crítico sobre como trata la disciplina de la adopción el Código dice que por una parte busca en las apariencias corporales por la diferencia de edad, la imagen de la naturaleza entre padre e hijo, y por otra cercena los derechos del adoptado a los somete a un formalismo ridículo. Siguiendo el criterio de los Códigos del grupo latino, sometió el nuestro la adopción a condiciones muy rigurosas, y por otra parte, reguló sus efectos de modo tal que la adopción se nos mostraba co

no institución establecida en beneficio del adoptante mas que del hijo adoptivo. No puede afirmarse que creara una relación de paternidad y filiación, siquiera puramente civil, ya que, el derecho a los alimentos, salvando el preferente a los hijos naturales reconocidos y de los ascendientes del adoptante, y el uso del apellido de este ultimo, no son ni con mucho, los efectos civiles de la paternidad legitima (42) Sin que tampoco como observa Valverde (43) significase una institucion de protección de menores de edad-pues los mayores pueden ser tambien adoptados, ni está encaminada a favorecer a los huérfanos, porque pueden ser -- adoptados segun el propio Código los sometidos a la potestad de otros.

A nuestro modesto entender adoleció nuestro Código al inspirarse en el frances, al que ha seguido paso a paso sus huellas, no solo en esta institucion sino casi en todas, - creyendo hubiera sido mas facil modelarla con un espíritu- inspirado en el Derecho romano, salvando aquella diferencia que existia dentro del tiempo y del distinto modo en - que se ordena al status familiae. Porque, en efecto, el Código español segun hemos señalado si bien se apartó del - francés no considerando a la adopción como una institución de proteccion infantil por cuanto que segun su articulado podian ser adoptados los mayores de edad, ni de protección-

(42) Castan Tobefias. Ob. cit. pag. 200

(43) Valverde Tratado del derecho civil t. IV pag. 473

de orfandad puesto que pueden ser adoptados los hijos de -- otros, si siguió la pauta francesa de que la adopción era -- mas que nada un derecho concedido en beneficio del adoptante. Tal como aparecía en nuestro Código era una institución adulterada que casi no conservaba nada de los motivos romanos y que según García Goyena, resultaba prácticamente inútil. No cabe duda que los miembros de la comisión codificadora del pasado siglo miraron siempre esta institución con bastante suspicacia o por lo menos con toda clase de reservas.

Siguiendo a Valverde podemos resumir los caracteres con que fue tratada la institución mientras ha estado en vigor -- el régimen establecido por el Código civil hasta la nueva -- reforma, diciendo que era un acto jurídico de forma determinada y de naturaleza irrevocable, ser uno de los modos de -- entrar en la patria potestad aunque el adoptado no se desliga de su familia natural, puesto que conserva íntegros sus -- derechos sobre ella, que se trata de un acto civil condicionado por el consentimiento de los adoptados y la intervención judicial y por último que se regulaba por el principio de -- unidad de personas, ya que ninguno puede ser adoptado, simultáneamente por más de una, a excepción de cuando los adoptantes son conyuges.

Consecuencia de la crítica expuesta ha sido el que como señala Pifarré en su Conferencia de 31 de enero de 1950 en la Academia Matritense del Notariado una poderosa corriente de opinión propugnase la reforma del Código y la consiguiente sustitución de sus normas confusas, aisladas y carentes de

desarrollo por otras mas precisas y sistemáticas. De acuerdo con Puig Peña (44) decía que la adopción, regulada en -- nuestro Código bajo un regimen de disgusto y pura tolerancia, exigiria con urgencia una reforma toda vez que se está asistiendo a una tercera vida de la institucion. Para Batlle era raquítica y su ordenamiento adolecía de imperfección -- técnica, en duro contraste con su importancia social y la -- corriente humanitaria que la habia revalorizado (45) Por último citaremos a Casale Collde-carrera para quien se trataba la institución adulterada, borrosa e imprecisa, carente de orientación pñética y necesitaba de una novísima elaboración (46)

(44) Las situaciones finales en la adopción Revista del Derecho Priraso. 1958. pag. 1945

(45) Observaciones sobre la reforma del Código civil. Revista general de Legislación y Jurisprudencia 1958 pag.426

(46) Nueva Enciclopedia Juridica. Tomo II pag. 398

C A P I T U L O I V

D E R E C H O C O M P A R A D O . -

- 1.- LA ADOPCION EN LOS CODIGOS DEL SIGLO - XIX
- 2.- MOVIMIENTO FAVORABLE EN LAS LEGISLACIONES-
DEL SIGLO - XX
- 3.- RESURGIMIENTO ACTUAL Y ESTABILIDAD DE LA -
INSTITUCION.

Hemos señalado el importante papel que la adopción llegó a alcanzar en las sociedades primitivas y muy especialmente en Roma, donde sirvió hasta en forma de institución meramente civil para perseguir fines políticos preparando la transmisión del poder, ya que comodice en su notable trabajo Marcel-Henri Prevost, las adopciones políticas practicadas por los miembros de la nobilitas en los últimos siglos de la República, todas eran en su esencia jurídica adopciones privadas (47). Permitio además corregir algunos excesos de la parentela legítima, siendo de ver que en ciertos aspectos y en lo que concierne a los hijos naturales conservó este papel en las legislaciones, siendo favorecida y alcanzado un destacado lugar entre las instituciones del derecho privado. En una segunda etapa al decaer las tradiciones primitivas, la adopción es llamada todavía a cumplir un gran papel-

(47) - Marcel-Henri Prevost. Las adopciones Políticas en Roma, bajo la República y el Principado. Paris, 1949.- pag. 61.

en las sociedades jerarquizas, como sucedía en el antiguo derecho ruso preocupado de la transmisión de los títulos nobiliarios, estableciendo variedades de adopción diferentes según que los intereses pertenecieran a la nobleza, a la clase mercantil o a la de burgueses y paisanos. Pero — cuando estas consideraciones primeras dice ANCEL (48), han perdido su fuerza, cuando las sociedades son unificadas, — cuando el derecho de familia no conserva más el aspecto de derecho público que las legislaciones le conferían, la adopción cae en desuso en todas las sociedades burguesas del siglo XIX. En ellas se muestra la adopción como supervivencia, poco practicada por otra parte y susceptible de favorecer fraudes ya contra la Ley fiscal, ya incluso contra la ley civil, pues ella puede permitir eludir el procedimiento normal de la legitimación. Es su periplo de disfavor y hasta del olvido.

En Francia al estallar la revolución había casi desaparecido esta institución pero el estado de espíritu de la época revolucionaria era favorable a la restauración de la adopción y la Asamblea legislativa de 18 de enero de 1792 invitó a la comisión de legislación a incluir la adopción dentro del plan general de las leyes civiles. Fue muy largo y trabajosa en el Consejo de Estado la elaboración del concepto y características de la adopción y múltiples los proyectos elaborados por los redactores del Código napoleónico en la discusión de los cuales intervino personalmente el primer Consul y como consecuencia de tales debates llegaron los codificadores franceses a la elaboración de un concepto de adopción que se separaba completamente de los precedentes romanos, así

(48) — L'Adoption dans les législations modernes. Marc Ancel Sirey 1958 pag. 7.

Berlier en la exposicion de motivos presentada al Cuerpo legislativo declaró que los autores del proyecto no habian tomado en consideracion las leyes romanas, que no se ajustaban y a las leyes del momento, sino que se habia partido de los puntos de vista contenidos en el Código prásiano(49).

Continuando con la Revolución francesa diremos que es el momento en el que nuevas tendencias se manifiestan y alcanzan a conferir a la institucion un interes social nuevo. Es un medio cómodo de acercar las clases sociales, por ello la favorecen y así Berlier, ya citado, se expresaba al presentar el proyecto de Ley, "esta institucion estará con las de primer rango de las diétadas para interés de la sociedad. Es tambien cuando se modifica sustancialmente la institucion de la adopcion puesto que en la legislacion romana, y al decir esto nos referimos a la justiniana, hay por decirlo así un cierto equilibrio entre los intereses del adoptante que aspiraba a la continuacion de su estirpe y los del adoptado que ingresaba en la nueva familia con derecho a nombre y a sucesión aunque ésta a falta de pacto fuera intestada. La concepción de los redactores del Código napoleónico estructura la adopcion exclusivamente en beneficio del adoptante elaborándola en forma filantrópica. Así tenemos al tan citado Berlier que estimaba a la institucion como consuelo de los matrimoniales esteriles y fuente de socorros para los niños pobres.

A pesar de cuanto llevamos expuesto la adopcion debió su admisión en el Código civil frances al prestigio de la Roma antigua y a la influencia personal de Bonaparte. Los códigos del XIX no la acogieron en general sino con dificultad. En Italia la fuerza de la tradicion romana la impone y mantiene en el código de 1.866 como ocurrió con el español de 1.889 y en el rumano de 1.863. La excluyen completamente códigos de inspiracion latina como en de los Países Bajos de

(49) - Fenet, tom

1.838, el portugues de 1.867 al chileno de 1.857 y varios otros de la America Latina. Por otra parte en Gran Bretaña, Escandinavia, Hungría y Grecia no fue mas que tolerada por la practica sin que se estimase util su reconocimiento por las legislaciones.

MOVIMIENTO FAVORABLE EN LA LEGISLACION DEL
SIGLO - XX

Es al fin del siglo XIX y al principio del XX, cuando la adopcion se encuentra como llamada para el gran movimiento en favor de la proteccion de la infancia, sucediendo a las consideraciones filantrópicas un poco vagas a fines del siglo XVIII un punto de vista mas preciso y utilitario de defensa de la comunidad social. Se asiste así con el principio del siglo XX a una revocacion de la institución, no tratandose segun Ancel al que seguimos en este aspecto (50), solamente de consagracion legislativa sin contenido practico, sino persiguiendo el favor de los que a ella se dirigen, aumentando muy sensiblemente en los paises el numero anual de las adopciones, motivando su practica en gran modo las reformas de las leyes inglesas y escandinava. Pureba de ello es que los Paises Bajos no pudieron mantener la prohibicion del Código de 1.838, y lo sucedido en la URSS, que despues de prescindir de la institucion de 1.918 la destaca durante y despues de la ultima guerra mundial con el decreto de 8 de septiembre de 1.943 que establece un regimen de adopción que asimila completamente los huérfanos adoptados a los hijos del adoptante.

Asistimos con el comienzo del siglo XX a la desaparición de la desconfianza del legislador a admitir la adopción, siendo intrudica de 1.914 a 1.940 oficialmente en

(50) Ancel obr. cit. pag. 6.

la legislación civil de la Gran Bretaña, Brasil, Chile, Costa Rica, Dinamarca, Finlandia, Grecia, Noruega, Panamá y Suecia. legislaciones en las que además de desistir del derecho anterior se trata de poder dar efectos legales a las adopciones de hecho cada vez más numerosas. Después de la última guerra la adopción ha sido restablecida netamente en Argentina, Ecuador, Guatemala, Países Bajos y en el Salvador. En los países que conocían ya la institución, la legislación restrictiva del XIX dió paso a una reglamentación igualmente orientada a favorecer la institución, Como ejemplo de reformas tenemos las dos de Francia de 1.923 a 1.939, y no tan profunda la llevada a cabo en los códigos italiano de 1.942 y rumano de 1.939 y en la ley polonesa del mismo año que han procurado hacer más fácil la adopción y de extender sus efectos.

No deja sin embargo de tener inconvenientes esta política legislativa favorable a la adopción al comportar peligros que se esfuerzan en evitar ya que paradójicamente las facilidades dadas a la adopción tiene por consecuencia suponer a su vez ciertas limitaciones o intervenciones de la autoridad pública, dictándose disposiciones con el fin de no permitir fraudes fiscales o ciertos tráficos. Ejemplo de ello tenemos de Adoption of Children. act de 1.939 y el que cada vez más la adopción se encuentre sometida a un control riguroso. Los poderes ya reconocidos al Juez de esta materia son casi siempre aumentados por las leyes nuevas. Ello constituye una de las tendencias más acusadas en el terreno de la adopción. Se manifiesta como dice ANCEL (51) un dirigismo jurídico y una publicidad que tiende a modificar no solamente la reglamentación, sino frecuentemente el carácter jurídico.

RESURGIMIENTO

Al hablar sobre "La Adopción y sus problemas jurídicos de notable justicia Blas Piñar hizo notar el que "los estudiosos de Derecho privado, seducidos por los problemas de tráfico jurídico y

por la intensa actividad mercantil de nuestro tiempo, han descuidado un poco el estudio del Derecho de familia, hasta tal punto que la producción bibliográfica sobre esta disciplina puede considerarse de muy escaso volumen en comparación con la dedicada a investigar y exponer las otras ramas e instituciones del Derecho privado, y el que no se hubiere sabido estructurar y sistematizar debidamente instituciones como del que vamos a tratar, tradiciones en el Derecho del familiar llegándose con BEKKER a propugnar "que el total apartamiento de los derechos de familia constituye un gran paso para la identificación de Derecho privado, con el Derecho Patrimonial y con CICU a que el Derecho de familia debe sistematizarse sobre fundamentos autónomos, con perfecta separación del Derecho Privado y construcción a fin a la del Derecho Público. (52). Hoy podemos decir que ha sido salvada la unidad jurídica que puso en peligro el pandectismo abstracto y mercantilista. La adopción ha resurgido como consecuencia principalmente de los cambios que han motivado las dos últimas grandes contiendas mundiales.

Después del eclipse que en los últimos siglos sufrió, renace ahora con nuevas formas y gran aplicación en la práctica, recogiendo la institución las legislaciones más recientes. (53) Así en tanto se afirmaba por Philippe Sécretan en 1.914 que la adopción era una institución caída en desuso y que no jugaba un papel importante en el Derecho de familia moderno (54) Savatier publicaba en 1.949 en la Revista Dalloz hebdomadaire su artículo - "Una institución civil en euforia: l'adopción devant le Parlement français". Y Castan "Frente a las críticas hostiles a la adopción existen, sin duda, motivos considerables que aconsejan el mante-

(52) - La adopción y sus problemas jurídicos. pag. 3, I.E.R. Madrid 1.954.

(53) - Castan Derecho civil Español Comun y Foral. Tomo V, vol. II pag. 194. Madrid 1.958

(54) - Blas Pinse. Nuevas orientaciones en materia de adopción Boletín del ilustre colegio de Madrid. sepbre. octubre 1'

nimiento de este Instituto, llamado a proporcionar los beneficios de la filiación y de la paternidad a personas que — por la naturaleza, carecían de ellos" (55). La adopción ha sido conocida en uno u otro grado por casi todos los pueblos. Ello ha sido así por ser una institución a la que dávida la misma naturaleza del hombre. Hay una supra - causa - que la ha mantenido, superando geografías y civilización y solo sometida en su ordenamiento al mayor o menor predominio de los factores, podemos decir inmutables, que cualitativamente la han influenciado y sostenido a lo largo de los tiempos. Sus transformaciones, vitalidad y efectos, son resultantes de impulsos siempre vivos en todas las sociedades - tales son los instintos paternales, los caritativos, y en un mayor grado de madurez de anhelos benéficos - Sociales.- Han constituido lo que podemos llamar la línea permanente de la institución. También como aspectos humanos han existido — factores circunstanciales en lo social y en lo particular; — no otra cosa fueron las adopciones políticas en Roma bajo la República y el Principado, el dar cauce a los mejores sentimientos del hombre que reviven en todas las portguerras liberando de frías orfandades a sus huérfanos, y a veces, buscando una — solución de fondo egoísta, como cuando la adopción alcanzó — su gran importancia en los pueblos antiguos, al consti - tuir el recurso ofrecido por la religión y las leyes para — asegurar la continuidad del culto doméstico y poder perpetuar la descendencia. Como veremos más adelante fueron los — factores religioso y político los que dieron/a la ins - titución. Afirma Pinar, (56), que tres factores fundamenta -

(55) - Castan Op. cit. pag. 194.

(56) - Pinar. Trabajo citado la adopción y sus problemas - jurídicos. pag.5.

les militan a través de la adopción, el político, el sentimental y el benéfico administrativo, pero junto a estos factores, que sucesivamente o de consumo matizan a la adopción y babonan su subsistencia en el cuadro institucional del Derecho de familia, otras razones, dice, por el contrario, se oponen a su mantenimiento y que no puede desconocer una ordenada política legislativa, y señala los que podemos llamar factores negativos, que son : los perjuicios, que su misión puede acarrear a las familias legítimas, el fin legitimador de proles adulterinas o incestuosas, su ascendencia aristocrática en pugna con las nuevas ideas democráticas y el pretendido fraude de disposiciones fiscales.

Débiles parecen hoy estos factores negativos ¿que puede significar para la bondad de la institución el que en alguna ocasión llegue a suponer la adopción un rompimiento del fondo ético-familiar? y por otra parte, la gran mayoría de adopciones se realizan por familias de clase media y modestas, siendo particularísimos los casos en que su fin puede ser defraudar al Estado, lo cual en último término siempre será un aspecto de difícil corrección. El mismo notable jurista comenta " la experiencia nos dice que la inmensa mayoría de las adopciones la llevan a cabo matrimonios de posición modesta en los que la generosidad florece con mayor abundancia que en otros mejor dotados por la fortuna" (57) Borrel y Soler (58). redoge esta misma observación al advertir que "son muchas las familias humildes que gustosamente admiten en su hogar al hijo de algún vecino, que por fallecimiento de éste quedó desamparado."

(57) --Pifarr. Trabajo citado. Nuevas orientaciones en materia de adopción .pag. 474.

(58) - Derecho civil. Tomo IV Pag. 119.Barcelona 1.954.

La adopcion como dice Alix (59) maestrarse decididamente - en un signo ascensional y ha cobrado un nuevo sentido que la revitaliza, "Los pueblos han descubierto que constituye un - instrumento muy útil para ejercitar la beneficencia por ser , como entendieron los autores del código francés, una institu- cion filantrópica, consuelo de los matrimonios estériles y - abundante fuente de socorros para los niños pobres" y a con- tinuacion el que dos necesidades simultaneamente sentidas, la de proteger a los muchos seres que nacen sin filiacion cono- cida y por tanto sin un hogar establec donde se desarrollan 9 normalmente sus potencias anímicas y la de proporcionar a los matrimonios estériles e incluso a los célibes o solteros in- voluntarios la satisfaccion de sus instintos paternales o - maternales, hacen que la adopcion tenga ante sí un brillan - te porvenir.

Entendemos que las críticas funda, entales que ha sufri - do la adopcion por insignes civilistas (algunos y buen nume - ro de autores apreciando en ella simplemente una institucion de patronato o benefica a lãgando a la conclusion con Sanchez- Roman y Castan de no pasar de ser una ficcion juridica como- medio de establecer entre personas extrañas relaciones anãlo- gas a las de la filiacion sanguínea lo fueron como consecuen- cia de no percibir mas que parcialmente la evolucion de una - institucion juridica de vitalidad y características propias- que depues de sobrevivir a su significado esencial de fondo - politico religioso y patrimonial que tuvo bajo la inspiracion del Derecho romano, atendiendo sobre todo al interes de la fa- milia, ni puede romper con un principio romano adoptio imita tur natura^m ni dejar de cumplir una funcion altamente social en bien del interes publico creando con notas peculiares un

parentesco ex novo a que el Derecho da origen mediante la norma positiva, norma que como señala (60) Marc Ancel plantea para el Legislador el problema de ser dictada en dependencia del papel que la institucion esta llamada a puede ser llamada a jugar en una sociedad determinada "Son consideraciones politicias, sociales, morales o religiosas, las que determinanen amplia medida la politica que el legislador ha de seguir al respecto y esta politica legislativa conduce en definitiva a fijar para un pais dado y en un momento dado, el caracter juridico de la institucion".

El legislador ha comprendido los nuevos fines que hoy cumple la adopcion y la importancia social que ha alcanzado, por ello se regula con excepcionalisimos casos como el de Portugal, Haiti, Honduras, Nicaragua y Paraguay en las legislaciones mas diversas no siendo propio hablar segun el citado Marc Ancel de una imitacion legislativa, sino que se trata de una verdadera propagacion espontanea, la adopcion ha tomado nueva vida. Esta en las legislaciones mas diversas que se inspiren en datos en el Derecho romano, en la Common Law, en las del Extremo Oriente, o en los Europeos y tanto en las Democracias populares como en las legislaciones de paises occidentales con una nota que señalar, esencial a nuestro entender, cual es la de ser las mismas preocupaciones base, segun hemos expuesto y como corolario el que los procedimientos tecnicos sean no muy diferentes. Y es, que lo que hemos llamado linea permanente de la institucion unido al cuadro general tomado del Derecho romano y a los fines nuevos sociales. hacen contemplar hoy en una verdadera panoramiva del derecho comparado la estabilidad de la adopcion. que expresa muy concluyentemente el citado jurista frances al decir "Los marcos generales de esta institucion son relativamente simples y parecen particularmente estables, presentando un poco en todos los sitios una identidad que alcanza ya a su origen primitivo, ya a la naturaleza de las cosas."

C A P I T U L O V

NATURALEZA JURIDICA DE LA ADOPCION

1.- ACTO PUBLICO CON BASE CONTRACTUAL

2.- LA PROTECCION DEL ADOPTADO EN LAS NUEVAS LEGISLACIONES

Ya hemos señalado que por lo general las leyes positivas no definen la adopción y únicamente lo hacen algunos códigos de la América latina como los de Bolivia (art.79), Colombia (art. 268) y Guatemala (art. 1), diciendo que es el acto por el cual una persona toma por hijo al que lo es por naturaleza. Definición como vemos que no hace sino recordar la vieja máxima romana "adoptio naturam imitatur". Se ha eludido el dar una indicación definitiva sobre la naturaleza jurídica de la Institución. Para Marc Ancel (1) la noción se ha encontrado precisada desde su origen, ya por la tradición romana, que las leyes modernas no hacen sino volver a tomar, ya por la práctica de la costumbre poco a poco impuesta por el uso admitiéndose un poco por todas partes que la adopción es un contrato por el cual ciertas formalidades o ciertas solemnidades especiales son necesarias, y que tiene por efecto establecer lazos ficticios de parentesco entre las partes contratantes.

Más convincente nos parece no obstante la opinión de Gambón Alix quien ve una marcada oposición de criterios en el análisis jurídico-conceptual de la adopción (2) entre los cua-

(1) Marc Ancel L'Adoptión ob. cit. pag. 10

(2) Alix ob. cit. pag. 44

les destacan los que ven en la adopción un contrato, tesis -- de la que son partidarios los anotadores de Ennecerus, Scaevola, Rogrón, Robles Fonseca y Vismard entre otros, y los que la consideran una institución entre los que tenemos a Puig Peña, Rodríguez Arias, Poviria, Ruiz Jimenez, Renard y Haurion. Y más numerosos son los que hacen observar que en la adopción no hay tal convenio sino un acto jurídico, pero sin que suela matizarse convenientemente la distinción, así opinan Castan, Planiol, Demolombe, Baudry-Lacantinerie, Colin y Capitan y Valverde. Otros como De Crescencio opone que el estado civil no puede ser objeto de contrato, y Cicu para quien precisa para perfeccionarse de la homologación judicial. Veamos como estas dos últimas posiciones están mas en consonancia con la doctrina actual para la cual el carácter público de la institución no cesa de afirmarse cada día más en las legislaciones del siglo XX.

LA ADOPCION ACTO PUBLICO CON BASE CONTRACTUAL

Después de considerar que la adopción es en definitiva lo que la ley al establecer sus requisitos y efectos establece, pudiendo existir contrato, o haciendo uso de la terminología de Ennecerus, es un acto jurídico semejante a un contrato cuando el ordenamiento configure imperativamente las consecuencias que haya de producir la relación creada, Gambon Alix (3) considera que en todo caso tal acto se ha ejecutado con la conciencia de los efectos que le son característicos, por lo que su naturaleza coincide esencialmente con la de las

(3) La Adoption ob. cit. pag. 45

declaraciones de voluntad o negocios y han de ser gobernados por los mismos principios que estas. Y que en España dado que alguno de los efectos propios de la adopción dependen no ya en el "quantum" sino incluso en el "quid" de la voluntad de los interesados, particularmente en la adopción menos plena, es obvio que la adopción como acto constitutivo tiene naturaleza de contrato, en los demás países dependerá de la legislación vigente en cada momento. Llega en definitiva a la conclusión de que no hay nada a su juicio que signifique obstáculo insuperable para que un contrato sirva de base a una institución y que los conceptos de contrato e institución no se repelen en la escasa medida en que la libertad es admitida por los ordenamientos que regulan la adopción.

No admite discusión el que ~~en todas las legislaciones~~ se requiere la concurrencia de las voluntades del adoptante y de quien ostenta la guarda potestad sobre el adoptado, y que estas voluntades van directamente encaminadas a la producción de determinados efectos jurídicos que son aceptados por las partes, pero como acto de derecho privado la adopción es de los de carácter menos simple y menos fácil también de definir por el solo término de contrato. Claro está que si el ordenamiento jurídico en cuestión permite la libre estipulación de las consecuencias que haya de producir la relación creada podemos decir que nos encontramos ante un contrato de adopción. Más también es indudable que las

condiciones especiales de capacidad y de consentimiento exigidas para la adopción son diferentes a las condiciones generales del derecho común de los contratos, y que los lazos y derechos sobre los cuales se extiende normalmente el dominio de la autonomía de la voluntad son por su naturaleza diferentes de aquellos a que dan lugar los efectos de la adopción, que modifican el estado de las personas, tocan el orden de las sucesiones y establecen entre personas extrañas derechos y deberes de orden moral y patrimonial.

La orientación mas reciente no obstante el apoyo consensual de la adopción huye de adscribir la figura a la órbita del contrato. La autonomía de la voluntad de inoperante, ni términos, ni condiciones, ni menos libertad de pactos. El común asenso al igual que en el matrimonio o en el reconocimiento del hijo natural, da vida a una institución reglada por un conjunto de normas que sirven a un interés superior y que no pueden ser alteradas ni deformadas. A esta concepción dice Piñar (4) se debe que ante la adopción "in fieri" no estamos en presencia de un negocio jurídico simple que se perfecciona con el consentimiento común. El interés personal -- del adoptado y el interés social que su porvenir lleva consigo postulan la intervención de la Sociedad, que a través del Estado y mediante la actividad del órgano que ejerce la jurisdicción voluntaria, proyecta su vigilancia mediante un trámite en el que se investiga y resuelve acerca de la conveniencia y la legalidad del cambio de estado que la adopción implica.

(4) Nuevas orientaciones en materia de adopción ob. cit. pag. 476

En la misma Roma la arrogatio se hacia ante los comicios , o sea con el concurso del pueblo, y en el derecho de Justiniano la adopción estaba directamente dirigida por el mismo magistrado. Por consecuencia este acto se encontró desde su origen sometido a la autoridad pública.

Esta concepción de la adopción no ha hecho sino que desenvolverse en las legislaciones modernas, en las que es excepción Alemania donde la fuerza de la costumbre hace que se considere la adopción como un simple contrato. En Francia a partir de la reforma de 1.923 se reconoció la realidad de que la adopción habia cesado de ser una convención libremente consentida, pues la nueva ley permitia la adopción de menores y no la autorizaba más que por justos motivos dejados a la apreación del tribunal en forma discrecional. Esta evolución se acentuó más con la legitimación adoptiva de 1.939.

En España antes de la reforma tenia una clara naturaleza convencional ya que los efectos mas característicos como la unidad del apellido y el derecho a suceder mortis causa, no existian sino en tanto en cuanto fueran expresamente pactados, pudiendo decirse lo mismo respecto a la ley adopción menos plena teniendo en cambio naturaleza de institución la plena.

Como conclusión en lo que se refiere a la doctrina actual podemos decir que en realidad la adopción descansa hoy todavia sobre una base contractual cierta, pero sin que la noción de contrato baste a explicarla. No está fuera del derecho privado, pero no se la puede considerar simplemente como un acto libremente convenido según el solo principio

de autonomía de la voluntad. El legislador moderno se acerca al legislador primitivo al tomar conciencia de la importancia que la adopción puede tener en la organización de la sociedad y de la realidad del lazo adoptivo. Podemos pues decir que estamos ante un acto público con base contractual pero con alcance social.

LA PROTECCION DEL ADOPTADO EN LAS NUEVAS LE- GISLACIONES

La legislación del siglo XX no tiene solamente por rasgo característico el de cambiar en favor de la institución que había sido un poco olvidada. Ella tiende igualmente a transformar el carácter. La adopción tradicional tanto la del derecho romano como la del código de Napoleón era concebida con el solo interés de la familia adoptante encarnada en su jefe. La adopción moderna al contrario, dice Ancel, es concebida en adelante en interés del adoptado, objeto principal y beneficiario de la nueva reglamentación. Sigue en legislación una evolución que la aproxima a la tutela. Las legislaciones modernas tienden a no ser más obstáculo a la adopción por una persona de sus hijos naturales. Y esta posibilidad que aparecía en el último siglo uno de los inconvenientes o uno de los peligros de la adopción aparece sin embargo hoy como una ventaja, Planiol, Traité elem de droit civ. Las leyes modernas y principalmente las más recientes conceden una importancia particular a la adopción de los niños abandonados, habiendo contribuido notablemente a la evolución de los antiguos conceptos la situación de los huérfanos de guerra.

C A P I T U L O - V I

LA LEY DEL 24 DE ABRIL DE 1.958

CO M E N T A R I O S

- 1 .- ESTUDIO SOBRE EL CRITERIO LEGISLATIVO.
2. - MODIFICACION DE EDAD.
- 3 .- LA VINCULACION DEL ADOPTADO AL NUEVO CIRCULO PARENTAL
- 4 .- LA ADOPCION DEL PROPIO HIJO ILEGITIMO.
- 5 .- REVOCACION Y RESOLUCION DE LA ADOPCION.
- 6 .- SUPERVENIENCIA O SUPERVIVENCIA DE HIJOS DEL ADOPTANTE.

El punto de vista doctrinal venía señalando la insuficiente y falta de eficacia de las normas que regulaban la adopción en España, que si bien, como se dice en el preambulo de la Ley de Abril del 58 había caído en desuso en la época codificadora, ha llegado a adquirir una pujante vitalidad, por lo que con un criterio orientado en el orden personal se preocupa de mejorar la situación jurídica del adoptado, reconociendo que el Código Civil "influido por las tendencias entonces dominantes concibiese la adopción con perfiles y efectos muy estrechos, situara a los adoptados entre dos círculos parentales sin adscripción clara a ninguno de ellos, y el que, sobre todo dice", se mostrase manifiestamente insuficiente la ordenación legal, ante la muy frecuente adopción de expósitos, donde al fallar los vínculos efectivos propios de la generación se acrecientan los derivados de la convivencia entre adoptantes y adoptados, siempre expuestos al riesgo de que la familia natural, invocando pretendidos derechos cuyos deberes correlativos no

afrontó, rompa los efectos nacidos de la adopción y arranque al adoptado del ambiente familiar en que se formó". A esta preocupación del legislador indica Castan (1) responden especialmente las nuevas normas sobre la adopción de niños abandonados o expósitos.

Los fines al modificar la rúbrica del capítulo V, del título 7º del libro 1º del Código, dice Federico de Castro, ha sido regular de nuevo la adopción dándola mucha más eficacia mediante la adopción plena, si bien no cree suscite el interés general, y que las diferencias versarán sobre matices de la regulación y sobre el mayor o menor acierto técnico teniendo al redactar los nuevos artículos (2). Según Batlle (3). La reforma del ordenamiento jurídico de la adopción fué precedida de una favorable opinión general siendo aplaudida a porteriori.

CLASES DE ADOPCION

Se ha fijado dice el preámbulo como punto de partida para la reforma la distinción de dos clases de adopción. La plena y la menos plena. Según Castan la distinción de estas dos especies ha sido la innovación fundamental de la reforma de 1.958, y servido de punto de partida para toda la nueva regulación del instituto. Con arreglo a la nueva redacción de los artículos 172 y siguientes, señala Rimblas, (4), es fundamental las dos clases de adopción. La plena (reservada exclusivamente a los abandonados y expósitos) y la menos plena (configurada en términos semejantes a los que el código civil ha venido dedi-

-
- (1) - Castan. Op. cit. pág. 206
 - (2) - Federico de Castro y Bravo. Compendio de Derecho Civil (Apendice) págs. 13 y 16.
 - (3) - Observaciones sobre la Reforma del Código Civil. Revista General del L y G. pág. 426.
 - (4) - J. Rimblas - Código Civil Comentado. Barcelona 1.958

cando a la única clase de adopción por él admitida). El preámbulo hace además cuestión especial de la terminología añadiendo que lo hace 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 significar perturbador.

Después de exponer que la adopción plena y la menos plena como modalidades de una misma institución, se justifican en la exposición de Motivos por los intereses contrapuestos que existen entre los parientes naturales, con los que el adoptado está unido por vínculos de sangre y la nueva familia adoptiva, vemos que para el notable jurista Blas Piñar, tales intereses contrapuestos deben subordinarse en la orientación actual de la adopción a los más altos intereses del adoptado, lo que no permite tratándose de un menor, abandonado, exposito o huérfano, mantenerlo en una postura híbrida en la que se entrelazan y contraponen vínculos de sangre y de adopción, sumando a los derechos que le corresponden en su familia natural de los dimanados del vínculo civil, sino en desligarlo de una vez del vínculo parental de origen, integrándolo en el grupo familiar donde fué recibido en condiciones de lozanía y normalidad necesarias para que la nueva vinculación fructifique, difuminándose el círculo parental de origen. Tal es lo que ha pretendido el legislador con la adopción plena: romper la vinculación del adoptado con su familia natural, ligándola a la familia adoptiva.

No llega a tanto la ley y así aunque configura prácticamente el estado de hijo adoptivo como el de un hijo legítimo el legislador vacila, explicablemente, y señala "en último término cuando razones graves así lo aconsejan, no se veda la investigación y demostración de la realidad de la situación adoptiva".

La adopción plena de nuestra legislación actual viene a coincidir, en líneas generales, con la institución de la legitimación adoptiva, ensayada con éxito en otros países. El legislador español sin embargo no ha llegado a atribuirle la absoluta plenitud de efectos.

No se crea sin embargo, comenta con acertado criterio a nuestro entender, Piñar, que por no llegar a la meta deseada merece censuras la reforma. Lo conseguido en la ordenanza legal de la adopción plena sobre el derecho anterior es mucho, y mucho el avance con relación a otras legislaciones vigentes. Si se exceptua la legitimación adoptiva francesa y uruguay, la adopción japonesa con resabios tradicionales, y la de algunos Estados norteamericanos, es una de las más adelantadas y vigorosas.

MODIFICACION DE LA EDAD.

El artículo 173 ha fijado la edad mínima del adoptante en 35 años, siendo por lo tanto disminuida en 10 años la que estaba establecida. Con ello se ha seguido la tendencia general de rebajar la edad estando más en armonía con el derecho comparado. Tal sucede con la ley belga y la del Salvador. Estimamos excesivamente rebajada la de 30 años de algunos estados como Méjico, 25 en Gran Bretaña y otros, o la simple mayoría de edad como en Nueva-York. Creemos debería expresamente disponer la ley que como sucede en algunos países debe el adoptante acreditar su solvencia, como exigía la ley derogada de 17 de Octubre de 1.914. No obstante en los expedientes de adopción se hace constar.

La diferencia mínima de edad entre adoptante y adoptado ha sido aumentada de 15 a 18 años. Ello está más en consonancia con la filiación ficticia que tiende a crear la adopción imitando en cuanto sea posible a la naturaleza. Es la más

frecuentemente exigida. Nos parece sin embargo que tal como sucede en otros países como Argentina y Francia, esta condición no debe ser impuesta en forma rígida debiéndose admitir la posibilidad de dispensas, siempre que el juez considere es en interés del menor.

Engloba este artículo el 174 antiguo referente a las prohibiciones, aumentando el número 2º la referente a los que tengan hijos naturales reconocidos. Ello es congruente con el artº 154 del Código por no ser admisible que existía al mismo tiempo una relación legal y otra natural, pues los hijos naturales reconocidos están bajo la potestad del padre o madre que les reconoce.

Respecto a la prohibición de adoptar el conyuge sin consentimiento de su consorte, una sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Noviembre de 1.961 estimó que la adopción no puede ser eficaz si falta el consentimiento del cónyuge del adoptante, lo que en definitiva hace inexistente el acto por faltarle un requisito esencial en su formación.

LA VINCULACION DEL ADOPTADO AL NUEVO CIRCULO PARENTAL

En el nuevo artículo 174 se propende a la vinculación del adoptado al nuevo círculo parental. Los adoptantes adquieren 1-ª patria potestad con la plenitud de los padres legítimos con la administración y el usufructo de los bienes del adoptado como se desprende de los artículos 154 y 174 y a sensu contrario del 166 reformado. Y adoptante y adoptado se deben reciprocamente alimentos. Sin embargo el legislador dudando se ha detenido, por temer que una separación perfecta y definitiva del círculo parental originario pueda en algunos supuestos dar origen a situaciones dolorosas y no ha querido tampoco conceder la legitimidad al hijo adoptivo. Lo vemos porque si

bién el adoptado conserva los derechos sucesorios que le corresponden en su familia natural y puede exigir de sus parientes de origen la prestación alimenticia cuando no la obtenga de la adoptante o adoptantes en la medida necesaria, según el artº 174 párrafo 4º y 179, párrafo 2º, y los padres por naturaleza conservan el derecho a exigirla del adoptado en el supuesto de incapacidad en la exposición o abandono y buena conducta acreditada a partir del mismo, también es cierto que el adoptado no adquiere propiamente el carácter de hijo legítimo del adoptante y ello como dice Piñar no sólo porque carece de un status familiae, sino porque su status filii se identifica con el del hijo natural reconocido en materia sucesoria (art.179, párrafo 1º), e incluso se pospone al mismo cuando se trata de la prestación alimenticia (artº.174, 2º), de la organización de la tutela y de la representación y defensa del ausente.

LA ADOPCION DEL PROPIO HIJO ILEGITIMO

Las legislaciones la han consentido o rechazado expresamente, habiendo también guardando silencio sobre el particular el derecho español, tenemos antecedentes en la Ley 7ª del título XXII del Fuero Real. Los demás cuerpos legales y proyectos del código civil han silenciado la cuestión incluso después de la reforma actual.

En contra de las opiniones de Castan y Scaevola sostiene Gambon Alix con acertado criterio que no se ha apreciado suficientemente que nuestro código civil, contiene simplemente -- una serie de prohibiciones y que en parte alguna aparece la del padre en cuenta al hijo ilegítimo. Por consiguiente y en vista de que nos hallamos ante una cuestión en que la interpretación ha de ser restrictiva, tan sólo si se demuestra que

el supuesto que hemos planteado atenta contra los principios esenciales de la institución, podrá rechazarse con base legal y con exclusión de los naturales reconocidos no ofrecen cuestión alguna de la adopción de los demás hijos ilegítimos tanto porque la paternidad es legalmente desconocida, tanto porque si así no fuera les sería sin duda beneficiosa su adopción por el padre.

Según Majada (1), dado el texto, habrá de estimarse que no es obstáculo para adoptar el tratarse de hijos ilegítimos en quienes no concurren la condición legal de naturales.

REVOCACION Y RESOLUCION DE LA ADOPCION

La idea de proteger a las partes contra impulsos que darian lugar a posteriores arrepentimientos ha conducido a una reglamentación de la revocación la cual ha ido tomando una importancia cada vez mayor a medida que se debilitaba la concepción puramente contractual. Gambon Alix la define como aquel modo de extinción que se funda en la voluntad, posterior al acto, de una o de las dos partes de la relación jurídica creada, con la concurrencia a sin ella de determinados requisitos condicionantes.

La revocación de la adopción hasta hoy no está universalmente admitida, sin embargo todas las leyes que desde hace treinta años han reglamentado la adopción admiten en principio la revocación o multiplican las antiguas causas admitidas.

Según el artículo 175 del C.c. actual la adopción es irrevocable. Se resuelve esta cuestión por primera vez en

(1) - Arturo Majada, La Reforma del Código Civil.

la legislación española. Frente al sistema de cierto número de legislaciones entre las que se encuentran Alemania, Estados Unidos, Suiza, Brasil y Argentina que conceden a las partes del derecho de revocar la adopción por el simple acuerdo de sus voluntades queda claro que en nuestro derecho positivo no se reconoce esta clase de revocación.

Tampoco será posible como consecuencia de acuerdo de las partes posterior al acto de la adopción. Nuestro ordenamiento sigue la corriente doctrinal latina favorable a la irrevocabilidad con las posibilidades de impugnación que establece.

La resolución es promovida por aquella impugnación que nace del incumplimiento por el otro sujeto de la relación adoptional de todos o de alguno de sus deberes fundamentales. Los motivos de resolución que tienen sello legal son los que aparezcan envueltos en las causas de desheredación, catalogadas en el artículo 854 y concordantes. El artículo 175 presenta dos acciones solamente de resolución. La que puede instar el Fiscal y la revocación a instancia del adoptado.

SUPERVENIENCIA O SUPERVIVENCIA DE HIJOS DEL ADOPTANTE

Superveniencia de hijos. En algunas legislaciones positivas el sobrevenir hijos del adoptante es motivo de revocación legal. Pero la mayor parte de las legislaciones se han decidido después de haber previsto el problema confirmando la eficacia de la adopción. Únicamente se extiende la negativa en el supuesto de reconocimiento de hijo natural hecho con posterioridad al acto de la adopción.

En cuanto a nuestro derecho actual del examen de los artículos 173, que prohíbe la adopción a quienes tengan descendientes legítimos, legitimados o hijos naturales reconocidos, del 174 que establece el que el adoptante y adoptado se deben recíprocamente alimentos, sin perjuicio del preferente derecho de los hijos legítimos, legitimados o naturales reconocidos y del

180 en el que también deja a salvo los derechos sucesorios de los citados hijos, con lo que se está refiriendo forzosamente a los que hubieran sobrevenido posteriormente a la constitución de la relación adoptional.

Supervivencia de hijos.- Se produce cuando el hijo que se reputaba fallecido resulta vivo. Si ha habido fraude o falsedad la adopción es ineficaz. Pero puede ocurrir que haya existido buena fé y que en el expediente de adopción tramitado con arreglo a las prescripciones del C.c. el presunto adoptante con algun descendiente que suponía muerto obtuvo previamente la declaración de fallecimiento de su hijo o descendiente. Surge pues el problema sin con posterioridad a la relación adoptional se tienen noticias o se presenta. Entonces no tenemos en nuestro derecho mas referencia que el artículo 197 del C. c. para el caso de que se presente el ausente después de la declaración de fallecimiento o que se pruebe su existencia. Pero una cosa es restituir a un sujeto lo que se considera suyo y otra muy distinta que su aparición opere ipso facto la cesación de una relación parental a la que es ajeno..

Así y todo es lo cierto y nos parece correcto el criterio de Gambon Alix de que la adopción creada infringe objetivamente el derecho positivo y lleva en si misma una razón de ineficacia y que en caso de supervivencia cesa la relación adoptional.

C A P I T U L O VII

LA ADOPCION EN FRANCIA, ITALIA Y ALEMANIA

LA ADOPCION EN FRANCIA

El Código civil le consagró el libro 8º del título I (artículo 343), pero no autoriza otra adopción que la de mayores, para los menores funciona solamente la tutela oficiosa (art. 363) que permite por otra parte la adopción testamentaria (art. 366) en el caso de que el tutor oficioso llegue a morir sin haber podido realizar la adopción.

La Ley de 19 de junio de 1923, promulgada a continuación de la guerra del 14, en razón de consideraciones demográficas y para favorecer la adopción de los huérfanos de guerra ha re- to con el sistema restrictivo del código de 1804 y favorecido la adopción facilitando las condiciones y simplificando las formas.

El decreto ley de 29 de Julio de 1939, llamado Código de la familia ha modificado el título de la adopción, principalmente para reforzar los efectos de la filiación adoptiva. La ley de 8 de agosto de 1941 ha variado diversos puntos y precisado la reglamentación existente, todo para facilitar en ciertos aspectos el establecimiento del lazo adoptivo, y tratado de realizar en ciertos casos la asimilación del hijo adoptado al hijo legítimo.

Una ley del 17 de abril de 1957 ha modificado los artículos 344 y 368 del Código civil en camino de permitir la adopción y la legitimación adoptiva de los menores recogidos antes del nacimiento de uno o de varios hijos legítimos (art. 1º y 2º), ella tiende así a encauzar la suerte de los menores abandonados por hechos de guerra y huérfanos de la misma.

Condiciones de fondo.- El adoptante debe tener cuarenta años de edad. Sin embargo cuando la adopción es hecha por dos esposos no separados, es suficiente que uno de ellos tenga más de 30 años, a condición de que el matrimonio lleve más de lo año y que no haya nacido hijo alguno. El adoptante debe tener al menos 15 años más que el adoptado, art. 344. Si el adoptado es hijo del esposo del adoptante, la diferencia de edad mínima se reduce a lo años y puede ser según el mismo artículo aún menor por dispensa del Jefe del Estado. Ninguna condición de edad es exigida para el adoptado, pero la adopción no puede suponer ruptura de los lazos con la familia natural a no ser que el adoptado sea menor de 21 años y la legitimación adoptivo no es posible más que en favor de niños de menos de 5 años. Sin embargo el artículo 3º de la ley de 17 de abril de 1957, la hace posible para niños de más de 5 años durante un periodo de dos años a partir de su promulgación. Ninguna condición de moralidad es impuesta al adoptante. El código civil exige que tenga buena reputación. La ley actual no lo dice pero evidentemente -

el examen de la reputación del adoptante entre en el poder de apreciación del tribunal.

Una jurisprudencia solidamente establecida despues de - un decreto de la corte de casación de 1º de abril de 1846 - hace posible la adopción por un individuo de su hijo natural simple o adulterino.

La adopción de los menores no puede realizarse mas que con el consentimiento de los padres del adoptado, el consentimiento de uno solo es suficiente si el otro ha muerto o - está imposibilitado de manifestar su voluntad. En caso de divorcio o de separación de cuerpos es suficiente el consentimiento del progenitor en provecho delcual el divorcio o la separación de cuerpos ha sido provunciada y a quien la custodia del niño ha estado confiada. Pero el acto de adopción debe ser notificado al otro progenitor quien a su vez puede hacerlo con su oposición al secretario del tribunal encargado de pronunciar la homologación. El tribunal entonces ha de oírle antes de pronunciarse (art. 347) Si el niño no tiene padre ni madre o se trata de un hijo natural no reconocido, la autorización es dada por el Consejo de familia (art. 349) Si el adoptado tiene mas de 16 años, el debe igualmente dar su consentimiento y concurrir al acto de adopción - (art. 358) Un esposo no puede adoptar o ser adoptado mas que con el consentimiento de su conyuge, salvo cuando esté y en la imposibilidad de manifestar su voluntad o cuando exista separación de cuerpos entre los dos esposos Art. 346. La -- adopción de los pupilos del Estado obedece a reglar particulares que han sido dadas por una Ley de 15 de abril de 1943.

El adoptante no debe tener hijos o descendientes legítimos en el día de la adopción art. 344. salvo si el adoptado ha sido recogido por los dos esposos anteriormente al nacimiento de su hijo legítimo art. 1º de la ley de 17 de abril de 1957 completando el art. 344 del código civil.

Pero la existencia de hijos adoptados o legitimados por adopción no es obstáculo a la adopción (art. 348) Un extranjero puede adoptar un extranjero o ser adoptado por él (art. 345) Nadie puede ser adoptado por más de una persona sino lo es por dos esposos (art. 346).

Condiciones de forma.- La adopción se realiza por una declaración hecha ante el juez de paz del domicilio del adoptante o ante un notario. Esta declaración debe ser suscrita por el adoptante y por el adoptado si es mayor de 16 años. Si el adoptado tiene menos de 16 años, la declaración es hecha en lo que le concierne, por su representante legal (art. 358). Así dirigido el acto de adopción debe ser homologado por el tribunal civil del domicilio del adoptante (art. 360) El tribunal se constituye en cámara de consejo y acepta o rehusa la adopción sin dar motivo (art. 361 y 362), el fallo es pronunciado en audiencia pública. El tribunal tiene esencialmente un doble papel. Le corresponde verificar: 1º. Si las condiciones de la adopción están cumplidas. 2º Si existen justos motivos en la adopción y si ella comporta ventajas para el adoptado. Pero puede resolver sobre otros puntos: 1º. Cuando el adoptado es menor de 16 años, verifica si hay una razón que se opone a que en adelante lleve el nombre del adoptante (art. 361), 2º --

puede igualmente ser llamado o pronunciarse sobre la ruptura de los lazos de parentesco del adoptado con su familia de origen (art. 362) 3º puede modificar los apellidos del adoptado en la demanda del adoptante (art. 350).

Un extracto del fallo de homologación es publicado en un periodico de anuncios legales del domicilio del adoptante (art. 364). La parte dispositiva de la sentencia es transcrita en los registros del estado civil al margen del acta de nacimiento del adoptado y si ha nacido en el extranjero en los registros de la alcaldía del primer distrito de Paris - El defecto de transcripción no está sancionado por la nulidad de la adopción, sino por su imposibilidad a terceros.

Efectos de la adopción.- Despues del decreto -Ley de 29 de julio de 1939, la adopción es susceptible de producir efectos muy diferentes según que ella mantenga o rompa los lazos del adoptado con su familia natural.

Adopción con mantenimiento de lazos familiares.- En efecto de decisión expresa del tribunal la adopción no hace salir al menor de su familia natural. Los lazos que le sujetan a sus padres no son rotos. Permanece tenue con respecto a los padres y otros parientes todas sus obligaciones y conservados sus derechos como la sucesión. El tiene con ellos la obligación alimenticia pero ellos no tienen con el tal obligación de alimentos sino en el caso de no poder obtenerlos del adoptante. art. 355. Por otra parte el adoptado es considerado como hijo legitimo del adoptante. La adopción le confiere el apellido del adoptante. Este apellido es sola -

mente unido al suyo si tiene mas de 16 años. Cuando la adopción es hecha por una mujer casada, el tribunal puede decidir que el adoptado tomará el apellido de su marido con su consentimiento, o en su defecto de sus herederos o de sus sucesores.

En principio el adoptado conserva sus nombres de pila - pero el tribunal puede decidir por otra parte lo contrario a instancia del adoptante.

El adoptante está despues de la adopción solo investido de los derechos de la patria potestad con respecto al adoptado así como del derecho a consentir en su matrimonio. En el caso de adopción por los dos esposos, el marido adoptante administra los bienes del adoptado en las mismas condiciones - que el padre legitimo los de sus hijos. En caso de divorcio o de separacion la suerte del hijo está decidida por el -- tribunal como para un hijo legítimo nacido del matrimonio art. 351. Las disposiciones relativas a la protección de niños maltratados o moralmente abandonados y a la pérdida de la patria potestad son aplicables al adoptado y al adoptante art. 367.

Uno de los efectos mas importantes de la adopcion, es de dar al adoptado y a sus descendientes legítimos los mismos derechos sucesorios que a los hijos o descendientes legítimos - del adoptante. Pero al recíproca no es verdadera y el adoptante y sus descendientes no tiene en la sucesion del adoptado - mas que un retorno legal - 357. El adoptado no tiene ningun derecho sobre los bienes de los padres del adoptante. art. 356

La adopción no crea relaciones jurídicas mas que entre adoptante y adoptado. Pero el lazo de parentesco resultante de la adopción es extensivo a los hijos legítimos del adoptado art. 357. Constituye impedimento para el matrimonio entre el adoptado y sus descendientes de una parte, y el adoptante su conyuge, sus descendientes y sus hijos adoptivos de otra parte, art. 354.

Adopción con ruptura de lazos familiares..- Cuando el adoptado es menor de 21 años el adoptante puede pedir al tribunal que la decisión debe ser precedida de una información para que la adopción lleve consigo una ruptura de los lazos con la familia natural. El adoptado cesa entonces de pertenecer a esta familia con excepción de lo referente a los impedimentos de matrimonio. La obligación de alimentos y los derechos sucesorios resultante de la familia de origen desaparecen. Ningún reconocimiento posterior es admitido, art. 352, La adopción produce en los lazos entre el adoptante y el adoptado los otros efectos señalados. La adopción con ruptura de los lazos familiares aparece como una forma intermedia entre la adopción ordinaria que no hace salir al adoptado, de su familia de origen y la legitimación adoptiva.

Revocación .- La revocación puede ser pronunciada por motivos graves dejados a la apreciación del tribunal, art. 367 La Revocación de la adopción puede ser pedida por el adoptado o el adoptante. El tribunal resuelve siguiendo el procedimiento ordinario, oído el ministerio público, por una decisión motivada susceptible de vías de recursos normales. La revocación es sometida a la misma publicidad que la adopción misma.

La revocación hace cesar para el futuro los efectos de la adopción. Sin embargo, después de la revocación de la adopción, el adoptante y sus descendientes conservan su derecho de retorno legal sobre los bienes dados al adoptado, art. 367.

Legitimación adoptiva - El decreto ley de 29 de Julio de 1939 modificado por la Ley de 8 de agosto de 1941 ha organizado una nueva forma de adopción la legitimación adoptiva, que da al adoptado la cualidad del hijo legítimo del adoptante. La legitimación adoptiva no es posible más que en favor de niños de edad menor de 5 años - abandonados por sus padres bajo reserva del art. 3 de la ley de 17 de abril de 1957 precitado, o cuando los padres son desconocidos, desaparecidos o muertos, art. 368.

La legitimación adoptiva es pronunciada por fallo del tribunal en audiencia pública previa información y debates en Cámara de consejo. La administración o la persona que eleva al niño está llamada a dar su aviso. (art. 369) El adoptado sale de la familia natural y tiene los mismos derechos y las mismas obligaciones que si hubiera nacido del matrimonio de sus padres adoptivos, art. 370. Al contrario de la adopción ordinaria, la legitimación adoptiva es irrevocable.

Proyecto de reforma. - La comisión de reforma del código civil publicó en 1955 un anteproyecto comprendiendo en un libro relativo a las personas físicas y a la familia nuevas disposiciones sobre la adopción

Las principales modificaciones que la comisión propuso aportar se inspiró en los principios siguientes:

1.- Simplificación de las condiciones de la adopción -- ordinaria, disminuyendo las condiciones de edad y duración de matrimonio exigidos en el caso de adopción por los dos esposos y por la posibilidad en ciertos casos de pasar por alto la negativa de consentimiento de uno de los padres del adoptado. 2º.- Simplificación de las formas de la adopción por la supresión del acto de adopción, así como por la sustitución del tribunal para niños del tribunal civil -- en el caso en que el adoptado es un menor.- 3º.- Extensión de los efectos de la adopción sobre todo en vía de asegurar al menor adoptado una protección más eficaz.- 4º.- Desarrollo de la legitimación adoptiva. Examinando a este fin el permitirle más ampliamente para menores de 5 años y en particular de hacer posible la transformación de la adopción ordinaria en legitimación adoptiva cuando el menor ha sido adoptado antes de los 5 años. Igualmente propuso suprimir las disposiciones del art. 370 de manera que fuese completa la asimilación de hijo al que es objeto de legitimación adoptiva al de hijo legítimo hasta con respecto de los ascendientes de los adoptantes (1)

LA ADOPCION EN ITALIA

En primer proyecto de código civil presentado en 1860 -- por le Garde des Sceaux Pisanelli excluía la adopción por es-

(1) Institut de Droit Compare de R'Universite de Paris
Sirex 1958. Notice mise a jour per M.G.B. Herzog.

tar en oposición con los hábitos de la sociedad contemporánea y como inmoral. Pero la fuerza de la tradición romana animó a la comisión del Senado a mantener la adopción en el proyecto definitivo. El código de 1867 no la admite sin embargo más que de una manera muy restrictiva. El exige en particular que el adoptado tuviese al menos 18 años. El código de 1942 por el contrario ha tratado de favorecer la institución.

El informe del Ministerio de Justicia explica que el fin del legislador ha sido encauzar más ampliamente la adopción y extender sus efectos, conservar en la materia los principios tradicionales bajo reserva de las modificaciones que hayan parecido necesarias por razones de política general y de ciertas suplementarias aportadas por la nueva ley.

Condiciones de fondo.- El adoptante debe ser al menos -
de 50 años de edad y tener 18 -
más que el adoptado. En casos excepcionales el tribunal de -
apelación puede autorizar la adopción cuando el adoptante no
tenga más que 40 años y una diferencia de los años con el -
adoptado. El adoptante no debe tener hijos legítimos, art. 291
Una persona no puede adoptar sus hijos naturales. Pero la adop-
ción no puede ser anulada por este hecho si en el momento en
que ella es intervenida la cualidad de hijo natural no resul-
ta de un reconocimiento voluntario o judicial, salvo cuando
tal reconocimiento es imposible por tratarse de hijos adúlter-
inos o incestuosos. Una persona no puede tener varios hijos
adoptivos salvo si son adoptados por el mismo acto. Nadie --

puede ser adoptado por mas de una persona sino son esposos art. 294, El tutor no puede adoptar a su pupilo sino después de la rendición de cuentas, art. 295. La adopción necesita el consentimiento del adoptante y del adoptado. Si éste tiene menos de 18 años el consentimiento es dado por su representante legal, si tiene mas de 18 y menos de 21 tambien el representante legal de su consentimiento. Si el adoptado tiene mas de 12 años debe ser oido, art. 296. El consentimiento del conyuge del adoptante y del adoptado es necesario los mismo que el de los padres dell adoptado.

Condiciones de forma.- El tribunal después de las informaciones necesarias y oido a los padres del adoptado, verifica si las condiciones legales están cumplidas, si el que quiere adoptar tiene una buena reputación, si la adopción es útil para el adoptado - art. 312. El tribunal, en cámara de concejo, oido el ministerio público y sin otra formalidad de proceder, pronuncia sin enunciar los motivos que hay o no lugar a la adopción. art. 313. La decision es inscrita en un registro y transmitida en los diez dias por el secretario de la oficina del estado civil por transcripcion al margen del acta de nacimiento del adoptante y del adoptado. La autoridad judicial puede ordenar la publicación de la adopción o de la revocación segun el modo de publicidad que le parezca oportuno - Art. 314.

Efectos de la adopcion.- La adopción produce sus efectos a partir de la decisión que la pronuncia. Hasta ella el adoptante y el adoptado pueden revocar su consentimiento. El adoptado toma el nombre del adoptante, y le añade al suyo propio. El si adoptado es un hijo natural no reconocido, el toma como nombre único el del adoptante y un reconocimiento ulterior no le hará cambiar de nombre, salvo si la adopción es ulteriormente revocada. art. 299:

La patria potestad pertenece al adoptante. Debe educar al adoptado como su propio hijo. La administración de los bienes personales del adoptado, pertenecen al adoptante durante su miseria, sin embargo, el adoptante no tiene el usufructo legal, pero puede utilizar las rentas para las necesidades de su educación, excepto el sobrante. A este respecto tiene la responsabilidad de un tutor. art. 301. El adoptante debe hacer inventario de los bienes del adoptado y transmitirlo en el mes al juez de tutelas. Si la patria potestad cesan los padres del adoptado la recobran, si no pueden hacerlo, el juez de tutelas ordena las medidas que le parezcan utiles para la fuerda del menor su representacion y administraciób de sus bienes 303. La adopcion no da al adoptante ningún derecho de sucesion. El art. 304 prevee que el adoptado adquiere sobre la sucesion del adoptante un derecho que será reglado al titulo de las sucesiones.

Revocacion de la adopcion En los terminos del art. 306 del codigo de 1942, la revocación ppede ser pronunciada por el tribunal a instancia del adoptante, cuando el adoptado ha atentado a su vida o a la del

del conyuge, de sus descendientes o de sus ascendientes, o ha sido declarado culpable de un delito punible con pena superior a tres años de prisión. El art. 307 prevee que en los mismos casos del adopción puede ser revocada a instancia del adoptado por delitos cometidos por el adoptante, si el adoptado es menor el ministerio publico ejerce la accion. El art. 308 añade que el ministerio publico puede siempre provocar la revocación de la adopción por razones que atentan las buenas costumbres. El fin el articulo 310 prevee un caso de revocación legal, la adopción cesa de producir sus efectos en caso de matrimonio entre las partes.

Los efectos de la adopcion fuera del caso comprendido en el art. 310 cesan a partir del fallo de revocación. Por otra parte, si la revocacion es pronunciada después de la muerte del adoptante por hechos imputables al adoptado, el adoptado y sus descendientes son excluidos de la sucesion del adoptante. 309.

La afiliacion.- El codigo de 1942, bajo la denominación d'affiliazione, ha introducido - en la legislacion italiana una nueva institucion. Es una clase de pequeña adopción que no puede tener objeto mas que para menores de 18 años, nacidos de padres desconocidos o recogidos o asistenciados en una asociacion de beneficencia, o - que se encuentran en estado de abandono moral o material, - o en fin que son hijos naturales reconocidos solamente por su madre, art. 401. El tribunal de casación rehusa el beneficio de la afiliacion a los hijos adulterinos. La afiliación es posible hasta cuando la persona que la solicita tiene hijos. Ella es pronunciada despues de informe por el juez de tu-

telas, quien debe examinar que las condiciones familiares morales y economicas del requirente y del menor justifican esta filiacion; ella es seguidamente objeto de una homologacion del tribunal art. 406. La persona que obtiene la afiliacion ejerce la patria potestad sobre el afiliado. La revocacion puede ser pronunciada, por el juez de tutelas en caso de perdida de la patria potestad del afiliante, cuando se encuentra en la imposibilidad de ejercerla, o a instancia de la persona que la ha obtenido por mala conducta del menor, o por imposibilidad en que se encuentra de atender a su cuidado(2)

LA ADOPCION EN ALEMANIA

La adopcion ha sido siempre concordia y practicada en Alemania, y una de las legislaciones más antiguas en la materia se encuentra en el código prusiano de 1794 en el que ^{la}reglamentación extremadamente restrictiva no pudo serlo sin influencia del regimen adoptado en Francia en el código de 1804. El código civil alemán de 1900 tomó la materia en sus artículos 1741 y siguientes que reproducen la mayor parte de las disposiciones del código prusiano.

Parece que a continuacion de la guerra del 14 existió en Alemania un cierto tráfico de apellidos y de títulos de nobleza en el medio de matrimonios simulados o de adopciones. La ley de 23 de noviembre de 1933 se propuso reprimir estos abusos, interviniendo en un plazo de 6 meses la revisión de las

(2) Op. cit. Institut de Droit Comparé Notico mise a jour par Tullio Arcarelli (Roma).

adopciones posteriores a 1910. Esta ley modificó el art. 1754 a fin de conceder al juez más amplios poderes de apreciación y permitirle ejercer un control susceptible de dar a la institución de la adopción un sentido y un marco más conforme con los deseos del nuevo legislador. La ley de 12 de abril de 1938 quien ha reformado el derecho de familia ha introducido algunas nuevas disposiciones en lo concerniente a la revocación de la adopción, revocación que puede revestir la forma judicial y-- ha completado el art. 1756 del código civil.

Las modificaciones aportadas al derecho de la adopción -- después de 1945 tienen un aspecto más liberal. Algunas restringen el control de la adopción y suprimen disposiciones tanto del art. 1745 del código civil (control administrativo) como de la Ley de 12 de abril de 1938, con modalidades variando según las diversas zonas. Así como la revocación judicial fue suprimida en la zona británica. Una reforma tendente a facilitar la adopción no experimenta por las leyes de 1948 en la D.-D.R. y por la ley de 8 de agosto de 1950 en la República Federal, esta última no será aplicable sino durante un período de cinco años y ha sido provocada por la situación de la postguerra.

La ley de 29 de marzo de 1951 admite de nuevo como intermediarias algunas asociaciones privadas, agrupamientos confesionales al lado de las Oficinas de la Juventud.

Condiciones de fondo..- El adoptante según el artículo 1744 del código civil debe tener cumplidos los 50 años y 18 más que el adoptado. En el Brandenburgo-ley

20-4-48 la edad minima del adoptante es rebajada a 30 años. Dispensas de edad pueden sin embargo ser obtenidas pero el adoptante debe al menos ser mayor. art, 1745 del c.c. El adoptante debe si es casado obtener el consentimiento de su conyuge salvo si no puede darle a su paradero es desconocido, art. 1756 c.c. El adoptado menor si es hijo legítimo debe ser autorizado por sus padres, y si es natural unicamente por su madre. El adoptado si esta casado debe obtener el consentimiento del otro conyuge. art. 1746 c.c.

El adoptante no debe tener, segun el art. 1741 del Código civil ningún hijo legítimo o legitimado. Sin embargo en la zona oriental, las leyes de 1948 prevén dispensas en este aspecto la ley brandeburguesa, tiene hasta suprimida esta condicion para las adopciones de menores. Segun la ley federal del 8 de agosto de 1950 las dispensas no pueden ser acordadas sino cuando los intereses respectivos de los hijos legítimos y del menor a adoptar no estan comprometidos. La existencia de un hijo adoptivo no es obstáculo para nuevas adopciones, art. 1753 del c.c. Una mujer no puede adoptar si tiene un hijo natural. El tutor no puede adoptar a su pupilo antes de la rendición de las cuentas de tutela art. 1752. del c.c. Nadie puede ser adoptado por mas de una persona, salvo por dos esposos art, ¹⁷⁴⁹ del c.c. El articulo 742 precisa en fin que la adopción no esté afectada por término o condición.

Condiciones de forma.- El contrato de adopción es un - - acto solemne art. 1750. Las partes no puede hacerse representar salvo si el adoptado es menor de 14 años en que el representante legal puede concluir el contrato con la aprobacion del tribunal de tuteladas, art.1750

del c.c. El tribunal debe homologar el contrato de adopción - sino existe una de las causas de negación enumeradas en el - art. 1754. La ley de 23 de noviembre de 1933 concede al tri- bunal un cierto poder de apreciación. Estas disposiciones no han permanecido enteramente en vigor. En la Republica Democra- tica Alemana el art. 1754 se mantiene en su redaccion primi- tiva En la zona inglesa la homologacion puede todavia ser -- rehusada en el caso de duda sobre la intención de crear un la- zo de familia. En las zonas norteamericadas y francesa el art 1754 ha conservado integramente la redaccion que el tenia de la ley de 23 de noviembre de 1933. Cuando el adoptado es menor el tribunal de tutelas deba investigar si, la adopcion proyec- tada beneficia a sus intereses.

Efectos de la adopcion.- El adoptado adquiere en princi - pio la situacion de hijo legí- timo del adoptante, art. 1757 del c.c. Toma su apellido y -- puede unirle el suyo de origen, salvo estipulacion contraria - en el acto de la adopcion art. 1758 del c.c.

Si el adoptado es menor, el adoptado ejerce la patria -- potestad y la representacion legal, art. 1765. La adopción - supone una obligacion alimenticia recíproca, art. 1766. Un im- pedimento de matrimonio entre el adoptante de una parte y el - adoptado y sus descendientes de otra durante toda la duracion de la adopción art. 1311. El adoptado adquiere un derecho - de sucesión 1759, Cuando posee bienes el adoptante ha de pre- sentar al tribunal un inventario. El tribunal de tutelas pue- de retirar la administracion de los bienes en el caso en que no respete esta distribucion 1760

Los efectos de la adopción se extienden a los descendientes del adoptado que existían en el momento de la adopción, si ellos han sido partes en el acto de la adopción, y se extienden de pleno derecho a los descendientes nacidos posteriormente art 1762 del c.c. La adopción lo es sin efecto sobre la nacionalidad del adoptado. No modifica en principio los lazos del adoptado con sus parientes de sangre. 1764. No produce ningún efecto respecto a los parientes del adoptante, 1763.

Las partes pueden en cierta manera modificar los efectos de la adopción por cláusulas expresas del acto, pueden suprimir los derechos sucesorios del adoptado y decidir que el adoptante no tenga la representación legal de los bienes del adoptado menor, 1767. La adopción produce sus efectos entre las partes después de la conclusión del contrato, pero en cuanto a terceros en principio solamente cuando la homologación es definitiva, art.- 1754 c.c. modificado por la ley de 23 de noviembre de 1933.

Bajo el punto de vista de conflicto de las leyes, la adopción está regida por la Ley alemana cuando en el momento de la adopción, el adoptante posee la nacionalidad alemana. Cuando el adoptante es extranjero y el adoptado de nacionalidad alemana las condiciones de consentimiento previstas por la ley alemana para el adoptado o los parientes de este deben ser respectivas, art. 22 de la ley de introducción

Revocación de la adopción.- Según el código civil la adopción puede ser objeto de revocación, ya legal, ya convencional, la revocación legal se produce por matrimonio entre las partes, art. 1771 del c.c. La revocación convencional resulta por acuerdo de las partes homologado por el tribunal art. 1768

La ley de 23 de noviembre de 33 instituyó a título excepcional y temporal una revocación judicial para las adopciones abusivas anteriores a 1933. La ley de 12 de abril del 38 admitió a título normal esta revocación judicial cuando existiesen serios motivos en la persona del adoptante o del adoptado. Estas disposiciones han sido después de 1945 abrogadas en varias zonas.

La revocación sitúa para el futuro las partes en la situación en que ellas se encontraban antes de la adopción. De ello resulta que el adoptado no puede conservar el apellido del adoptante.

La revocación convencional no produce sus efectos hasta después de la homologación del tribunal, quien no dispone en este aspecto de ningún poder de apreciación, quien no puede rehusar la homologación más que a falta de las condiciones exigidas por la Ley art. 1772 del c.c. condiciones que corresponden en el fondo a las exigidas para la formación regular del lazo de la adopción (3)

(3) Op. cit. Institut del Droit Comparé Notice mise a jour par Mlle R. Nillus y Hans Nölle (Hamburgo).

B I B L I O G R A F I A
=====

- FUSTEL DE COULANGES:LA CIUDAD ANTIGUA.- MADRID 1.920.
- DESSERTÉAN:ETUDES SUR LES EFFETS DE L'ARROGATION.PARIS 1.892.
- PETIT:TRATADO DE DERECHO ROMANO.
- BONFANTE:CORSO DI DIRITTO ROMANO.ROMA 1.933.
- GROCH:LA TRANSITIO AD PLEBEM DE P.CLODIO.
- ARIAS RAMOS:TRATADO DE DERECHO ROMANO.
- M.MEYER:JURISTISCHE PAPYRI-BERLIN 1.920.
- MODICA:INTRODUZIONE ALLO STUDIO DELLA PAP.MILAN 1.914.
- GUNNAR BERGMANN:BEITRAGE ZUN ROM ADOPTIONS RECHT.LUND 1.912.
- OTERO VARELA:DOS ESTUDIOS HISTORICO-JURIDICOS. LA ADOPCION
EN LA HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL.ROMA-MADRID 1955.
- J.COSTA:LA RELIGION DE LOS CELTIBEROS.MADRID 1.917.
- MANRESA:COMENTARIOS 7ª EDICION, T II.
- PIÑAR LOPEZ:LA ADOPCION Y SUS PROBLEMAS JURIDICOS.- I.E.R.
MADRID 1.954.
- GAMBON ALIX:LA ADOPCION.- BARCELONA 1.960.
- CASTAN TOBEÑAS:DERECHO CIVIL ESPAÑOL COMUN Y FORAL.- T.V.VOL II
MADRID 1.958.
- CUESTA:FORMULARIO.-MADRID 1.948.
- GALO SANCHEZ:FORMULARIUM INSTRUMENTORUM V.GRANELL 1.925.
- GARCIA GOYENA:CONCORDANCIAS MOTIVOS Y COMENTARIOS DEL CODIGO
CIVIL ESPAÑOL.MADRID 1.852.
- VALVERDE:TRATADO DEL DERECHO CIVIL T.IV.
- MARCEL-HENRI PREVOST.- LES ADOPTIONS POLITIQUES A ROME.PARIS 1.949
- FENET:T.X
- MARC ANCEL:L'ADOPTION DANS LES LEGISLATIONS MODERNES SIREY 1.958.
- PIÑAR LOPEZ:NUEVAS ORIENTACIONES EN MATERIA DE ADOPTION.-MADRID
1.961.
- BORREL:Y SOLER: DERECHO CIVIL TOMO IV. BARCELONA 1.954.
- DE CASTRO Y BRAVO:COMPENDIO DE DERECHO CIVIL (APENDICE).
MADRID 1.958.

