

Algunas consideraciones críticas sobre los requisitos de la adopción: III. forma o procedimiento

FRANCISCO CASTRO LUCINI
Notario de Segovia

SUMARIO: A. Consideraciones generales.—B. Diferentes procedimientos según las clases de adopción.—C. Clasificación de los sistemas legislativos.—D. Sistema español: a) Caracteres generales. b) Fase judicial. a') Adoptando no acogido a un centro benéfico. b') Adoptando acogido a un centro benéfico. c') Cuestiones particulares. c) Fase notarial. d) Fase registral.

III. REQUISITOS DE FORMA (PROCEDIMIENTO DE LA ADOPCIÓN)

A) *Condiciones generales.*

La adopción puede configurarse en nuestra legislación como:

1.º Un negocio jurídico del Derecho de familia. Según Díez PICAZO, el negocio familiar puede definirse como aquel acto de autonomía de las personas que tiene por objeto la constitución, modificación, extinción o reglamentación de una relación jurídica familiar, y se caracteriza por la existencia de un interés público, de subordinación y autoridad, por su conexión con el estado civil de las personas —de donde se derivan ciertas características propias del estado civil— y por la vigorosa actuación del ingrediente ético y de orden público (1). Estos caracteres concurren, cabalmente, en la adopción. Dentro de los negocios jurídicos familiares, la adopción es un negocio de filiación, pues crea una relación de filiación legal.

2.º Un negocio jurídico complejo, pues además del primordial efecto personal y de su repercusión familiar, las diversas declaraciones de voluntad pueden originar vínculos patrimoniales (pacto sobre el uso de los apellidos, pacto sucesorio).

3.º Es un negocio jurídico de formación sucesiva, una especie

(1) Vid. Díez PICAZO, Luis: *El negocio jurídico del Derecho de Familia*, en RGLJ, junio 1962 y correspondiente "separata".

de acto-procedimiento, pues para que nazca son precisas varias declaraciones de voluntad emitidas sucesivamente ante funcionarios diversos, de tal manera que el negocio no surge de una vez pleno y perfecto, sino que se va formando a través de etapas o momentos distintos o sucesivos. Viene a consistir en una concatenación de actos preordenados a la producción de un efecto jurídico, de tal modo que cada uno, por sí solo, no es nada y sólo adquiere sustantividad jurídica mediante su recíproca integración.

Las fases que pueden distinguirse en la adopción, según esto, en nuestro régimen legal son:

1.^a *Fase judicial o previa a la creación del vínculo adoptivo.*

Se integra por el consentimiento inicial manifestado en la solitud de adopción, por la ratificación en ese consentimiento a presencia judicial, por la actividad investigadora y de control del juez y el Ministerio público, y por la declaración del órgano judicial autorizándolo (en su caso) la adopción.

2.^a *Fase notarial, o central, generadora del vínculo adoptivo.*

En esta fase es cuando se constituye propiamente la adopción, mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura pública.

3.^a *Fase registral, final o de publicidad.*

Consiste en la inscripción de la adopción en el Registro del estado civil.

4.^o Un negocio jurídico solemne, como lo son, por lo general, los de Derecho de familia, pues se exige una forma especial, "ad substantiam". Como tal acto solemne precisa la intervención y la sanción de la Autoridad pública, constatada, por regla general, a través de varios funcionarios.

La necesidad de un procedimiento para establecer la adopción no viene sólo determinada por consideraciones doctrinales, sino que es una exigencia práctica. Aunque se quisiera prescindir de construcciones doctrinales es lo cierto que, en la práctica, se impone la necesidad de un procedimiento para la adopción, el cual tiene carácter especial en virtud de las peculiares medidas que sancionan su eficacia, dirigidas a controlarla eficazmente, pues así lo requieren, de una parte, su importancia y trascendencia, y de otra parte, la misma política de favorecer la institución, condicionada a la observancia de requisitos redundantes en beneficio del adoptado, sobre todo en la adopción de menores. He aquí la razón por la que el procedimiento establecido para realizar la adopción llega a adquirir el carácter de verdadero requisito; no se trata ya de una cuestión meramente formal, externa, sino de los requisitos formales de la adopción, con igual importancia que los requisitos materiales y en íntima conexión con ellos (2).

(2) Según MANRESA, las formalidades de la adopción son solemnes, establecidas en interés público y, por lo mismo, inderogables por la voluntad de las

Prueba, al menos indiciaria, de ello es que el procedimiento aparece regulado con preferencia en los Códigos civiles o leyes sustantivas en vez de serlo en las leyes procesales.

Naturalmente, la intervención estatal no se ha dejado sentir con la misma intensidad en todas las épocas. Es curioso notar que mientras en los Derechos antiguos la intervención estatal se encuentra, por regla general, fuertemente establecida, en el Derecho moderno no ha sido así hasta que se impuso la nueva concepción de la institución. En efecto, el sistema liberal e individualista decimonónico destaca el elemento contractual, por lo que PLANIOL, por ejemplo, podía considerar como hecho insólito que el Código civil francés exigiera la homologación judicial del *contrato* de adopción (3). Se podía ver aquí, a fines del pasado siglo y comienzos del presente, una supervivencia del antiguo formalismo, destinada a desaparecer cuando la adopción hubiese adquirido definitivamente su carácter contractual. Mas las cosas ocurrieron de manera muy diferente. Lejos de agudizarse la característica contractual, se oscureció para dejar paso a las modernas concepciones y así, las legislaciones actuales tienden muy netamente a restituir a la adopción su antiguo carácter de acto que interesa no sólo a quienes lo celebran y son partes en el mismo, sino también a la familia y a la sociedad, y que, por esta razón, debe ser controlado directamente por órganos estatales. Desde la antigüedad, se manifiesta la intervención del poder público en la creación del vínculo adoptivo. En el Derecho romano esa intervención iba desde la aprobación del magistrado para la adopción del "alieni iuris" hasta la necesidad de una ley en la adopción del "sui iuris" (arrogación). Con el tiempo, la potestad legislativa pasó del pueblo al príncipe, quien, como depositario de la misma, debía autorizar la adopción (4). Cuando se discutió la adopción en el Consejo de Estado francés, se propuso la forma legislativa como la más adecuada, pero al final se impuso el acuerdo de voluntades sometido a la homologación judicial, que es la forma más difundida aun en el presente.

El formalismo de la adopción actúa de dos maneras diferentes. En sentido estricto, como las formalidades propiamente dichas sin cuya observancia el acto no es válido. En segundo lugar, mediante el establecimiento de un control que somete la adopción, incluso en el

partes (Manresa y Navarro, J. M.: Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil reformada conforme a las bases aprobadas por la Ley de 21 de junio de 1880, 6.^a edic., edit. Reus, Madrid 1948, tomo VIII, págs. 355-382; Comentarios al Código civil español, 6.^a edic. revisada por F. Bonet Ramón, t. II, artículos 154 a 332, Madrid, edit. Reus, 1945, pág. 117).

(3) PLANIOL, Marcel: *Traité élémentaire de Droit civil*, 5eme édit., 1908, tomo I, pág. 516.

(4) Según la Partida 4.^a, título XVI, ley IV, "infante es llamado según latín, todo moço que es menor de siete años: a este a tal non aiendo padre, non lo puede ninguno porfijar: porque non ha entendimiento para consentir. Mas el moço que fuesse mayor de siete años, e menor de catorze bien lo puede porfijar *con otorgamiento de rey*: e non de otra guisa".

caso de que se hayan cumplido todas las formalidades anteriores, a la indispensable aprobación de la autoridad pública. En el primer sentido, se trata de comprobar si se cumplen los requisitos formales y en el segundo de una inspección sobre el fondo, de carácter casi discrecional en cuanto a las facultades que se conceden al órgano competente para realizarla. El control meramente formal y externo está representado en toda su pureza por el Código civil francés de 1804, que limitaba la intervención judicial a comprobar si se habían cumplido los requisitos legales señalados objetivamente (5), mientras que el control material e interno caracteriza a las legislaciones actuales, cuando exigen que la adopción se funde en justos motivos y presente ventajas para el adoptado, otorgando a los órganos llamados a verificar el control la facultad de apreciar si concurren esos justos motivos y ventajas. La diferencia entre ambos tipos de control se percibe claramente comparando el antiguo artículo 355 del Código civil francés, que sólo permitía al tribunal comprobar si se habían cumplido los requisitos legales, con el criterio establecido por la Ley francesa de 19 de junio de 1923, que concedía al tribunal un poder discrecional para estimar si la adopción estaba inspirada en justos motivos y presentaba ventajas para el adoptado (6), criterio que fue recogido por el Decreto-Ley de 29 de julio de 1939, llamado "Código de la familia francés", en su artículo 360, y actualmente por el artículo 361 del Código civil (7). Este sistema es el universalmente seguido hoy día, pudiendo citarse entre otras la ley uruguaya de 20 de noviembre de 1945 (art. 2.º), la húngara de 6 de junio de 1952 (artículo 49), la dominicana de 13 de abril de 1948, la alemana de 23 de noviembre de 1933, la inglesa de 1926, la belga de 1940 (que modifica el artículo 343 del Código civil), la danesa de 25 de mayo de 1956 (art. 8.º) y los Códigos griego (art. 1.578), mejicano (art. 390), peruano (art. 326), venezolano (art. 253) e italiano (art. 312) (8). Esta es también la dirección seguida por nuestro Código civil y mantenida en

(5) Art. 355 del Código civil francés de 1804: "Le tribunal, réuni en la chambre du conseil, et après s'être procuré les renseignements convenables, vérifiera: 1.º, si toutes les conditions de la loi sont remplies; 2.º, si la personne qui se propose d'adopter jouit d'une bonne réputation."

(6) Art. 363 del Código civil francés redactado por Ley de 19 de junio de 1923: "Le tribunal, réuni en la chambre du conseil, après s'être procuré les renseignements convenables, vérifie: 1.º, si toutes les conditions de la loi sont remplies; 2.º, s'il y a de justes motifs de l'adoption et si celle-ci présente des avantages pour l'adopté."

(7) Art. 361 del Código civil francés: Idéntica redacción que el precedente, añadiendo: "3.º Cuando el adoptado es menor de dieciséis años, si existen motivos que puedan oponerse que se le atribuyan como únicos apellidos los del adoptante."

(8) Art. 312 del Código civil italiano: "Comprobaciones del Tribunal *de Apelación*.—El Tribunal, elevada la correspondiente información y oídos los padres del adoptante, comprueba: 1) Si se han cumplido todos los requisitos legales. 2) Si goza de buena fama el que desea adoptar. 3) Si la adopción conviene al adoptando."

la reforma de 1958, aunque ésta no haya sido sobre este punto todo lo clara que hubiese sido de desear.

B) *Diferentes procedimientos según las clases de adopción.*

Existen legislaciones que establecen diversas formalidades para la adopción según que el adoptado sea mayor o menor de edad. En el primer caso, la adopción se lleva a cabo con un minimum de solemnidades y publicidad, conservando el acto cierto carácter contractual, mientras que cuando el adoptando es menor, se exigen mayores formalidades, entre ellas, con carácter indispensable, la intervención judicial, bien la de un juez ordinario, bien la de un juez especial de menores o el asesoramiento de organismos especializados en la protección a la juventud. Tal fue el sistema establecido por la Ley de 1.º de agosto de 1934 que introdujo la adopción en Costa Rica, si quiera se haya abandonado posteriormente (9) y por el Código civil peruano de 1936 (art. 326). La protección a los menores de cierta edad se acentúa en algunos países exigiendo, además de la intervención judicial, un informe obligatorio de organismos especializados a los que se concede a veces un derecho de veto. En este sentido, la Ley sueca de 1949 recogiendo el sistema de la Ley de 1917, dispone que cuando el adoptando es menor de dieciocho años, la autoridad judicial encargada de homologar la adopción debe tener en cuenta el dictamen emitido por el Comité de Protección de menores del distrito del adoptante y del distrito del adoptado. Las leyes de diversas provincias canadienses exigen la intervención de las autoridades competentes en materia de Public Welfare e incluso, con mayor especialización, del Child Welfare (10). En Venezuela, la Ley de menores de 30 de diciembre de 1949 confía al Consejo de la infancia la tarea de efectuar una información previa al procedimiento judicial en la que se investigan especialmente los siguientes extremos: 1) las cualidades personales de los padres por la sangre del adoptando, del adoptante, así como sus condiciones de vida y situaciones material y moral; 2) comprobará que los adoptantes no han sido privados de la patria potestad ni removidos del cargo de tutor en los últimos diez años; 3) si el adoptante ofrece garantías suficientes para el cumplimiento de los deberes que le impone la patria potestad sobre el adoptado; 4) el estado de salud de los adoptantes y personas que con ellos conviven; 5) todas las demás circunstancias susceptibles de tomarse en consideración para determinar la oportunidad y conveniencia de la adopción (art. 52). La ley holandesa de 1956 establece preceptivamente el informe del Consejo Central de Adopción y la checoslovaca número 265 de 7 de diciembre de 1949 los informes de las Oficinas

(9) El Decreto de 19 de mayo de 1953 ha unificado el procedimiento de adopción en Costa Rica, estableciendo las mismas formalidades cualquiera que sea la edad del adoptando.

(10) En la mayoría de las provincias canadienses la adopción declarada judicialmente no adquiere carácter definitivo hasta haber transcurrido un período probatorio de seis meses a un año.

protectoras de la Juventud. La ley yugoslava de 1.º de abril de 1947 hace intervenir a los Organismos tutelares y en Alemania, los tribunales ordinarios tienen normalmente facultades para apreciar la oportunidad de la adopción, pero el Tribunal de tutelas debe siempre comprobar si conviene al adoptado menor, requiriéndose además, en ciertos casos, el asesoramiento previo de la Oficina de la Juventud.

Además de las diferencias de procedimiento según la edad del adoptando, las legislaciones que conocen distintas clases de adopción suelen establecer diferente procedimiento para cada una de ellas. Así ocurre en Francia, donde los artículos 358 a 364 del Código civil regulan el procedimiento para la adopción y el artículo 369 del mismo Cuerpo legal el necesario para la legitimación adoptiva. Entre ambos existen las siguientes principales diferencias: mientras para la adopción se exige, previamente a la intervención judicial, que los interesados presten su consentimiento ante los funcionarios que detalla la ley, de tal modo que la base o fundamento de la adopción viene a constituirlo este acto solemne sobre el que ha de pronunciarse el tribunal, homologándolo o no, la legitimación adoptiva resulta sólo de un juicio público, previa información y debate del mismo tribunal a puerta cerrada; mientras la publicidad en materia de adopción se integra por la inserción del extracto de la resolución del tribunal en el periódico oficial del domicilio del adoptante y por la transcripción de la misma en el Registro civil del lugar de nacimiento del adoptado, haciéndose mención de la adopción y de los nuevos apellidos del adoptado al margen del acta de nacimiento de éste, la única publicidad conocida para la legitimación adoptiva consiste en la mención al margen del acta de nacimiento del legitimado.

Según la legislación uruguaya, la adopción ha de verificarse por acto auténtico que se inscribirá en un libro especial de la Dirección General del Registro del estado civil y al margen del acta de nacimiento del adoptado (arts. 169 y 170 del Código de los menores), mientras que la legitimación adoptiva puede ser acordada únicamente por el juez de menores después del oído el inisterio público, siendo el procedimiento absolutamente secreto, escrito y gratuito, verificándose la inscripción en el Registro civil como la de un hijo legítimo inscrito fuera del plazo legal (arts. 2, 3, 6 y 7 de la ley núm. 10.674 de 20 de noviembre de 1945, modificada por la núm. 12.486 de 26 de diciembre de 1957).

El Código civil italiano establece para la adopción la necesidad del consentimiento de los interesados ante el presidente de la Audiencia del domicilio del adoptante, exigiendo igualmente las oportunas informaciones del tribunal, la audiencia del Ministerio público y la decisión sin enunciar los motivos, la cual ha de inscribirse en el Registro, pudiendo asimismo disponer el tribunal la publicidad de la adopción por el medio que estime más idóneo (arts. 311-314). Para la "affiliazione" se establece que será declarada, previa información, por el juez de tutelas, quien debe tener en cuenta si se encuentra justificada por las condiciones morales, familiares y económicas del

solicitante. La resolución favorable, una vez homologada judicialmente, previa audiencia del Ministerio público, se anota al margen del acta de nacimiento del afiliado (art. 406).

En los Estados Unidos de América, por lo general, la adopción de adultos ofrece una simplificación de trámites frente a la de los menores, por entender que aquellos no precisan apenas la protección estatal. En la mayoría de los Estados, el procedimiento para la adopción de los menores, que es de índole judicial, se encuentra sujeto a ciertas formalidades y plazos a fin de conseguir las máximas garantías frente a adopciones demasiado rápidas, velando por el éxito de la institución. Las fases principales son: 1.^a La *petición* (petition) es una solicitud formulada por el futuro adoptante, exponiendo sus condiciones personales (identidad, situación familiar, raza, religión, residencia —todo esto también del adoptado—, recursos, consentimiento de los padres por naturaleza del adoptando o razones por las que no se ha obtenido o no es necesario y los argumentos o razones favorables a la adopción) y solicitando la correspondiente decisión (decrete); 2.^a El *período de prueba* (probationary period) es un período de ensayo durante el cual el adoptando y sus futuros padres adoptivos conviven como si ya se hubiese efectuado la adopción. Su duración, por lo general, es de seis meses a un año y puede tener carácter previo a la petición o posterior, en cuyo caso el tribunal emite una decisión provisional (interlocutory decree), la cual se convierte en definitiva después de la información correspondiente; 3.^a La información (información) o encuesta sobre las aptitudes morales y materiales del adoptante, a cargo generalmente del Public o Social Welfare o incluso de una Organización privada competente designada por el tribunal. Si se ha desarrollado todo ello favorablemente, el tribunal aprueba definitivamente la adopción. De forma que las diferentes fases de la adopción son: solicitud, período de prueba, información, aprobación provisional y aprobación definitiva. Los tribunales ante los que se ventila el procedimiento son tribunales ordinarios, de los que existe una gran variedad: District, Circuit, Probate municipal, Juvenile, Orphans Courts, etc.

La adopción resulta en Inglaterra de una decisión (adoption order) emanada de la High Court of Justice, los Country Courts o los Juvenile Courts, a elección del adoptante, quien puede dirigirse indistintamente a cualquiera de ellos. El procedimiento ante el tribunal es público, oyéndose a la autoridades locales y a las instituciones protectoras en su caso. Las personas que deben consentir la adopción pueden comparecer personalmente o manifestarse por escrito. El elemento más importante es el "tutor ad litem" del menor que defiende sus intereses, nombrado por el tribunal; los County y Juvenile Court, suelen nombrar a un asistente social, y el High Court, un letrado. Se exige que el menor haya permanecido al menos durante los tres meses anteriores a la decisión del tribunal, bajo los cuidados ininterrumpidos de los solicitantes; a estos efectos, si no ha

transcurrido el tiempo, el tribunal puede dictar una decisión provisional.

En Escocia los tribunales competentes son los Sheriff Courts, ya que los Juvenile Courts y el Court of Session (equivalente al High Court inglés), aunque competentes en principio, intervienen raramente.

En Irlanda del Norte el tribunal emite una "interim order", en cuya virtud se confía el menor al futuro adoptante por un período de tres meses a dos años, durante el cual el "tutor ad litem" visita al menor periódicamente informándose de los cuidados que se le prestan. La adopción se inscribe en el Adopted Children Register y al margen de la inscripción de nacimiento del adoptado.

En nuestra Patria el procedimiento es común para ambas clases de adopción, la plena y la menos plena, con la salvedad del secreto que se desea mantener más especialmente para aquélla, lo que origina un diferente tramamiento de la inscripción en el Registro civil. No se ha creído conveniente establecer un procedimiento distinto para cada una de ellas, a pesar de que podía haberse aprovechado la reforma para actualizar los anticuados preceptos que a la materia dedica la Ley de Enjuiciamiento civil. Tan sólo tratándose de expositos o acogidos en establecimientos benéficos existe una ligera diferencia, pues la tramitación del expediente se lleva a cabo, en este caso, por la propia Administración del establecimiento, elevándose posteriormente a la autoridad judicial para su aprobación.

C) *Clasificación de los sistemas legislativos.*

Las formalidades de la adopción, entendidas en sentido estricto, pueden presentarse en las legislaciones de dos maneras diversas. La más frecuente consiste en la previa autenticación del acto y la posterior homologación judicial, resultando desdoblada la adopción en dos actos distintos, la escritura y la aprobación judicial, por este orden inverso; tal es el sistema europeo continental y el seguido por la mayoría de los países iberoamericanos. En un segundo sistema, cuyo remoto precedente nos lo ofrece la legislación del Bajo Imperio, el acto es redactado directamente por la Autoridad judicial o administrativa ante la que comparecen los interesados. Tal sucede en Inglaterra, donde el tribunal posee amplios poderes para extender el acta de adopción y para insertar en ella las cláusulas que estime convenientes dada la respectiva situación de las partes y los intereses que se encuentren en juego. El sistema seguido por los Códigos italiano de 1942, rumano de 1939 y griego de 1940 se aproxima a este modelo. A veces, aunque más raramente, es la Autoridad administrativa, no la judicial, la que extiende el acta de adopción, como ocurre en los países donde la adopción resulta de una declaración efectuada ante el encargado del Registro de estado civil. En Dinamarca, la adopción se concede por real decreto, delegado en el Ministro de Justicia. Por todo ello, teniendo en cuenta la competencia de las autoridades o funcionarios ante quienes ha de efec-

tuarse la adopción, se pueden distinguir los siguientes sistemas al respecto:

1. *La adopción como acto privado.*

Sistema hoy en desuso, pero del que se conocen ejemplos, como en el Derecho musulmán (en la medida que conoce esta institución) y el antiguo Derecho chino, en el que bastaba cualquier escrito y aun no era necesario cuando el adoptado había sido tomado a su cargo por el adoptante desde edad temprana y tratado como hijo.

2. *La adopción como acto solemne.*

A) *Sistema judicial puro* (exclusiva competencia de los órganos jurisdiccionales):

a) *Competencia de la jurisdicción civil ordinaria*: Argentina, Bolivia, Bulgaria, Nueva Brunswic, Nueva Escocia, Ontario, Isla del Príncipe Eduardo, Quebec y Terranova (Canadá), EE. UU. de América (en general), Finlandia, Gran Bretaña, Grecia, Guatemala, Israel, Italia, Nueva Zelanda, Polonia, Puerto Rico, Uruguay (para la legitimación adoptiva) y Venezuela. La competencia se determina por el domicilio del adoptante.

b) *Competencia de un tribunal especial*: Australia Meridional (11), Portugal, sentencia del tribunal de menores, a. 1973, C. c. 1966, Nueva Gales del Sur (12), Victoria y Unión Surafricana (ex) (13).

B) *Sistema administrativo puro*: (exclusiva competencia de los órganos administrativos):

a) *Se requiere la autorización de un órgano administrativo*: Dinamarca y Noruega (autorización real), Islandia (autorización del Presidente de la República), Irlanda (14), Hungría, Rumania, Queensland (15), U. R. S. S. (16) y Yugoslavia.

(11) En Australia Meridional es competente un tribunal especial integrado por un magistrado especializado y dos asesores, de los cuales uno ha de pertenecer obligatoriamente al sexo femenino. El tribunal debe asegurarse que la adopción se hace enteramente en interés del adoptado y puede dilatar discrecionalmente su decisión hasta el máximo de un año, durante cuyo período el adoptando es confiado provisionalmente a los adoptantes.

(12) En Nueva Gales del Sur es competente el Tribunal Supremo (Supreme court) pudiendo celebrarse el acto a puerta cerrada. El Ministerio de Educación puede hacerse representar por un funcionario del Welfare Department.

En Victoria, la adopción puede solicitarse tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal de condado (County Court), el cual puede establecer un período de espera o dictar una resolución provisional por el máximo de dos años.

(13) En la ex-Unión Sudafricana la adopción resulta de una resolución del Tribunal de menores (Children's Court) del distrito. El procedimiento es público.

(14) En Irlanda del Norte, la adopción se lleva a efecto en virtud de la autorización emanada de un Organismo llamado "An Bord Uchtála" (el Consejo), integrado por un presidente y seis miembros nombrados por el Gobierno, requiriéndose la presencia del primero y de dos miembros para su actuación. La aprobación puede ser provisional hasta el máximo de dos años y subordinada a condiciones relativas al mantenimiento, educación y bienestar del adoptado.

(15) La adopción en Queensland resulta de la decisión emanada del Director del State Children Department, la cual puede ser anulada discrecionalmente

b) *Basta un acto público*: Brasil, Costa Rica (17), Perú (en la adopción de mayores) y Uruguay (para la adopción).

C) *Sistema mixto* (intervención administrativa y judicial):

a) *Lo solicitud se presenta a un órgano administrativo, el cual, si la investigación practicada es satisfactoria, la traslada al tribunal que ha de decidir*: Columbia Británica, Alberta, Manitoba y Saskatchewan (Canadá).

b) *La solicitud se presenta ante el tribunal que ha de decidir a la vista del informe emitido por un órgano administrativo*: Checoslovaquia, Holanda.

c) *Necesidad de un acto jurídico especialmente constatado (acta, escritura) y de aprobación del órgano judicial*:

a') *La aprobación del tribunal recae sobre el acta de adopción* (sistema de la homologación judicial): Alemania, Austria, Bélgica, Brasil (en el Derecho anterior al actualmente vigente), República Dominicana, Francia, Luxemburgo, Mónaco (18) y Suiza.

b') *El acta de adopción se redacta una vez ha aprobado el ór-*

por el Governor in Council. Cabe una decisión provisional por un tiempo máximo de seis meses, durante el cual, salvo dispensa del Director del citado Departamento, el adoptante está sometido al control de los Organismos establecidos por la Infant Life Protection Act.

(16) La adopción presenta unas características parecidas en los países del telón de acero y hasta el procedimiento viene a ser similar, siendo competente la Oficina de tutelas. Así sucede en Hungría, Rumania, Yugoslavia y la U. R. S. S., por lo que me limitaré a exponer algunas ideas sobre el procedimiento seguido en la Unión Soviética. Conforme a la disposición emanada de los tres Comisariados del Pueblo, de Instrucción, Sanidad y Justicia, aprobada el 8 de abril de 1943 por el Consejo de las Comisiones del Pueblo, la adopción es declarada, previa solicitud del adoptante, por los órganos de la tutela: el Comité ejecutivo del Soviet de "rayon" (circunscripción territorial intermedia) del domicilio del adoptado. La solicitud se informa por la sección del Ministerio de Educación cerca del Comité Ejecutivo del Soviet correspondiente. Este autoriza la adopción si, a la vista de los informes presentados, está convencido de que la entrada del adoptado en la nueva familia redundará en beneficio de su educación e instrucción y se han observado estrictamente todas las condiciones legales. Contra la decisión que deniega la adopción cabe recurso ante el órgano superior inmediato, el Comité Ejecutivo del Soviet de región ("crai"). En todo caso, la decisión ha de ser registrada en la Oficina del Registro civil para que surta efectos jurídicos.

(17) El procedimiento de la adopción se reglamenta en los artículos 5 a 13 del Decreto costarricense de 19 de mayo de 1953, distinguiendo las siguientes fases: 1) Otorgamiento de escritura pública ante notario, por las personas llamadas a dar su consentimiento. 2) Publicación de un extracto del acta de adopción en la "Gaceta" (periódico oficial), con objeto de que toda persona interesada pueda oponerse en el plazo de un mes, exponiendo por escrito ante el Oficial del Registro civil las razones por las que considera ilegal la adopción y aportando las pruebas pertinentes. 3) Inscripción del documento de adopción en el Registro del estado civil, en defecto de oposición o si ésta es desestimada. La oposición se resuelve por el juez civil competente según las reglas de los incidentes.

(18) En Mónaco, el juez de paz del domicilio del adoptante es el único competente para extender el acta de adopción, al contrario de la mayoría de los países citados en este apartado, donde también puede acudir al notario. Además en Mónaco el procedimiento es doble, pues ha de llevarse a cabo

gano judicial la adopción (sistema de la aprobación judicial previa): ESPAÑA, Chile, Colombia, Cuba, Ecuador, Méjico, Panamá, Perú en la adopción de menores), El Salvador.

c') *El acta puede ser previa o posterior a la aprobación judicial*: Turquía.

D) *Sistema español.*—a) *Caracteres generales.*

Se adscribe nuestra legislación, como hemos visto, al sistema mixto, caracterizado por la intervención administrativa a la par que por la judicial —representada, respectivamente, por el notario y el juez— y, dentro de dicho sistema, a un subgrupo cuya última especialidad consiste en que la aprobación judicial ha de preceder a la formalización de la adopción mediante la oportuna escritura pública y, naturalmente, a la inscripción en el Registro (19). También plantea el problema de duplicidad o más bien diríamos multiplicidad legislativa, por cuanto la regulación en el Código civil, en la Ley de Enjuiciamiento civil y en el Reglamento Notarial no siempre aparece claramente deslindada, conteniéndose en el Código preceptos de carácter procesal (v. gr.: art. 176) y en la Ley procesal preceptos sustantivos (v. gr.: art. 1.831), párrafo 2.º). Se refieren al procedimiento de la adopción los artículos 176 y 177 del Código civil. Este es una transcripción literal del anterior artículo 179, sin más alteración que el cambio de lugar de la palabra “definitivamente”. En cambio, el artículo 176 ofrece importantes diferencias con el anterior artículo 178, como son la introducción de todo el párrafo segundo —que viene a ser un resumen de los arts. 2.º y 3.º de la Ley de 17 de octubre de 1941—, el de hacer referencia al expediente y, por otra parte, sólo referirse a la intervención del Ministerio fiscal en los casos de adoptando sujetos a la tutela de algún establecimiento benéfico (si bien conforme a la Ley procesal y por tratarse de una cuestión que afecta al estado civil la intervención fiscal sigue siendo necesaria en todo caso), hablar, siguiendo el léxico procesal, de “adoptando”, asimilar a efectos del consentimiento de ciertas personas al menor y al incapaz —lo que origina los problemas que veremos más adelante— establecer la absoluta necesidad del consentimiento del cónyuge del adoptando, que antes no se exigía (20) y, en fin, declarar expresamente la nulidad de la adopción en la que no se cumplan los requisitos exigidos por el mismo precepto. Interesa destacar la supresión en el actual artículo 176 del último inciso del antiguo artículo 178 —según el cual, el juez “aprobará la adopción, si está ajustada a la ley y la cree conveniente al adoptado”— lo que plantea el problema

ante el tribunal de primera instancia y luego ante el de apelación, los cuales resolverán si ha o no lugar a la adopción sin enunciar los motivos.

(19) El Proyecto de 1851 disponía que el acto se celebrase ante el alcalde.

(20) En este sentido —que no es requisito que afecte a la validez de la adopción el consentimiento del cónyuge del adoptado—, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1951.

de si nuestra legislación actual no exige los justos motivos de la adopción y que ésta se considere conveniente al adoptado, del que ya nos hemos ocupado en un trabajo anterior (21) y que debe resolverse manteniendo la subsistencia de dichos requisitos por las razones allí expuestas, como son principalmente que si para declarar extinguida la adopción el juez resolverá lo que estime más conveniente para el adoptado (art. 175, núm. 1.º, párr. 2.º, C. c.), no se ve una razón clara para que no haya de tener igualmente en cuenta esa conveniencia al autorizar la adopción, siendo así que ésta se concibe en interés del adoptado, y que la Ley de Enjuiciamiento civil exige que la adopción se considere por el juez útil al adoptando (art. 1,831), sin que deba entenderse derogada por el Código civil.

De la Ley de Enjuiciamiento civil y del Código civil resulta la distinción, en orden al procedimiento, de tres fases, con la subdistinción, en la primera de ellas, según que el adoptando esté o no sometido a la tutela de algún establecimiento benéfico, fases a las que hemos aludido al comienzo de este trabajo. Dichas fases son:

- 1.ª) *Fase judicial o previa a la creación del vínculo adoptivo.*
- 1') *Adoptando no sometido a la tutela de Centro benéfico.*
- 2') *Adoptando sometido a la tutela de algún Centro benéfico.*
- 2.ª) *Fase notarial o central, generadora del vínculo adoptivo.*
- 3.ª) *Fase registral, final o de publicidad.*

b) *Fase judicial.*

La Ley de Enjuiciamiento civil dedica al procedimiento de la adopción los artículos 1.825 a 1.832, correspondientes al título II del libro III, relativo éste a la jurisdicción voluntaria. Estos preceptos constituyen una regulación supletoria con respecto a los posteriores del Código civil y solamente son aplicables en cuanto no se opongan a los expresados en éste. Por esta razón ha de entenderse derogado el artículo 1.832 de la L. E. C., pues las adopciones mediante otorgamiento del Rey y las arrogaciones son instituciones que hoy no existen (22).

Prescindiendo de reproducir aquí toda la polémica en torno al concepto de la jurisdicción voluntaria, interesa, sin embargo, llamar la atención sobre el hecho de que la inmensa mayoría de los procesalistas sostienen que la llamada impropriamente jurisdicción voluntaria no es una actividad jurisdiccional, sino administrativa, cuyo ejercicio no es conceptualmente necesario que se atribuya a los jueces y,

(21) Vid. A.D.C., 1966, pp. 339-345.

(22) Por Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo, de fecha 8 de mayo de 1889, se recomendó que el Ministerio Fiscal tuviese en cuenta al interponer su oficio que de entonces en adelante las adopciones han de efectuarse siempre mediante aprobación judicial. Según MANRESA, el artículo 1.825 de la L. E. C. ha de entenderse redactado así: "La autorización judicial que para la adopción exige el artículo 178 —hoy 176— del Código civil, será solicitada por el adoptante al juez de primera instancia competente..." (Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil, 6.ª edic., 1948, t. VIII, pág. 360).

de hecho, no se les atribuye exclusivamente, por cuanto participan en ella los notarios, registradores, etc., es decir, funcionarios administrativos. En confirmación de este aserto basta recordar la diversidad de sistemas legislativos en punto a los requisitos formales de la adopción y como, según algunos de ellos, es una actividad puramente administrativa. Se trata de lo que se ha llamado administración judicial del Derecho privado (23).

a') *Adoptando no sometido a la tutela de centro benéfico.*

El artículo 176 del Código civil comienza diciendo que "la adopción se autorizará previo expediente". Este expediente, cuya finalidad es obtener la oportuna autorización judicial para que la adopción pueda efectuarse (24) —luego esta autorización o licencia para efectuar la adopción es necesariamente previa a la constitución del vínculo adoptivo—, se inicia por medio de una solicitud o escrito, sin necesidad de valerse de abogado ni procurador, dirigido al juez de primera instancia del domicilio del adoptante, en el cual se expondrán las circunstancias personales de adoptante y adoptado, las razones que tengan para llevar a cabo la adopción, la justificación de que concurren los requisitos legales y se ofrecerá —en el mismo cuerpo del escrito o en otrosí del mismo— la correspondiente información testifical de, al menos tres testigos, para acreditar las circunstancias que no sea posible justificar documentalmente (25), así como sobre la utilidad de la adopción para al adoptando (arts. 4.º, núm. 7.º, 63, regla 16.ª y 1.825 de la L. E. C.). Esta solicitud ha de ser suscrita por el adoptante o adontantes (cuando adopten ambos cónyuges) o por su representante. También podrán suscribirla el padre o la madre que tengan bajo su potestad al adoptando (art. 1.826 L. E. C.). A la solicitud se acompañarán las certificaciones de nacimiento de adoptante y adoptando o, en su defecto, las partidas de bautismo respectivas, y los

(23) Vid. sobre el particular, ORBANEJA, E.: *Derecho procesal*, vol. I, Madrid, 1951, págs. 726 y sigs.; GUASP, J.: *Derecho procesal civil*, Instituto Estudios Políticos, Madrid, 1956, págs. 1.660 y sigs., el cual afirma que "la jurisdicción voluntaria no es auténtica jurisdicción. Su naturaleza ha de buscarse en el campo de la Administración. La jurisdicción voluntaria es, pues, actividad administrativa". Y reconoce que "hay otros sectores del Derecho, como los notariales y los registrales, que se acercan más a la jurisdicción voluntaria que a la contenciosa".

(24) Con escaso tecnicismo hablan nuestras leyes unas veces de autorización judicial (arts. 176. párr. 1.º del C. c. y 1.831 de al L. E. C.), otras de licencia judicial (art. 1.825 L. E. C.), otras de aprobación judicial (arts. 176, párr. 2.º y 177 del C. c.) y otras de autorización y licencia (art. 1.831 L. E. C.). Puede entenderse que cuando la ley habla de licencia o autorización se refiere a la necesaria para que la adopción se realice, mientras que la aprobación se refiere directamente al expediente, aunque el resultado venga a ser el mismo.

(25) Extensiva, en su caso, a que no concurren las prohibiciones del artículo 173 cuando alguna de éstas, por su carácter de hechos negativos, no sea fácil probar de otro modo (si lo será la soltería o viudez, se deberá aportar el documento que acredite la aprobación definitiva de las cuentas del tutor; más difícil probar documentalmente que no se es eclesiástico y que se carece de descendientes).

demás documentos que se estimen pertinentes (art. 1.825, párr. 2.º de la L. E. C.).

Una vez admitido la solicitud y documentos adjuntos por el juez, éste hará que se ratifique ante él el padre o la madre del adoptando si hubieran suscrito la solicitud; y si no la hubiesen suscrito, deberán dar su consentimiento a presencia judicial, consignándose en los autos. Cuando el adoptando sea mayor de siete años, el juez le hará comparecer para explorar su voluntad, consignándose también en los autos si está conforme con la adopción o no la contradice (arts. 1.826 y 1.827 L. E. C.) (26). Además hay que tener en cuenta que, conforme al párrafo 1.º del artículo 176 del Código civil, ha de manifestarse a la presencia judicial el consentimiento del adoptado mayor de edad, el de las personas que deban darlo para su matrimonio si aquél fuera menor o incapaz, y el del cónyuge del adoptando. De modo que, en resumen, es preciso que presten su consentimiento las siguientes personas: el adoptante, el adoptado, mayor de edad, sus respectivos cónyuges, el padre o madre del adoptando menor y la persona que debiera consentir el matrimonio del adoptando menor o incapaz. El adoptando menor de edad pero mayor de siete años no es preciso que consienta la adopción, pero sí que el juez explore su voluntad y se consigne en autos si está conforme con la adopción o no la contradice.

En este punto se plantean las siguientes cuestiones:

1.ª) Si el adoptando menor de edad contradice la adopción o muestra su disconformidad, ¿podrá el juez, no obstante, autorizar la adopción? Creemos que la respuesta ha de ser afirmativa, es decir, que el juez no está vinculado por la disconformidad del adoptando, sino que apreciará ésta discrecional y racionalmente, valorando los motivos expuestos por el adoptando en relación con su edad y dotes de juicio, para decidir si autoriza o no la adopción. Esta solución puede mantenerse desde el punto de vista legal en base a la expresión condicional empleada por el artículo 1.827. Pudiera objetarse a ello que el artículo 1.828 exige la no oposición del adoptando para que prosiga el expediente y se admita la información testifical, pero creo que tal objeción no es insalvable. La falta de oposición puede entenderse referida al adoptando mayor de edad y a la misma oposición del adoptando menor una vez valorada por el juez y estimada intrascente (v. gr.: negativa caprichosa, oposición cuya única razón consiste en encontrarse muy a gusto en el estado actual). En última instancia, no vemos exigido el consentimiento del adoptando menor de edad en ningún precepto como requisito de la adopción, por lo que parece que su actitud deberá ser objeto de la valoración judicial. El

(26) Conviene oír al adoptando, pues ello puede evitar un posible pleito de impugnación más adelante, pero la omisión de esta circunstancia parece que no originará la nulidad de la adopción, por no establecerse así expresamente. En todo caso, el juez podrá conceder la autorización para la adopción aunque el adoptando menor de edad no esté conforme con ella. Este podrá impugnarla en su día con arreglo al artículo 175 del Código civil.

artículo 176 del Código civil sólo exige el consentimiento del adoptando *mayor de edad*. Y esto nos lleva a la segunda cuestión.

2.^a) El artículo 176 del Código civil, ¿ha modificado los extremos procesales relativos a la intervención de ciertas personas en el expediente de adopción? Creo que debe contestarse afirmativamente mas con ciertas salvedades. No cabe duda que sancionando el propio artículo 176 la inobservancia de los requisitos por él exigidos con la nulidad de la adopción, ha de estimarse que deben cumplirse *a presencia judicial* los que el mismo enumera, principalmente el consentimiento del adoptado mayor de edad, de su cónyuge y de las personas que debieran darlo para su matrimonio si fuera menor o incapaz. Normalmente estas personas serán el padre o la madre, pero pueden no serlo en otros casos. Las salvedades consisten en que no deben entenderse derogados por el Código civil aquellos artículos de la Ley procesal que exigen determinados trámites a los que el Código no se refiere (v. gr.: exploración del adoptando mayor de siete años) o aluden a ciertos requisitos no expresados claramente en el Código (v. gr.: conveniencia de la adopción para el adoptado). Ahora bien, cuando haya colisión de preceptos deberán prevalecer los del Código civil.

3.^a ¿Podrá en la práctica aplicarse textualmente el texto del Código según el cual si el adoptado fuera menor o *incapaz* se manifestará a la presencial judicial el consentimiento de las personas que debieran darlo para su matrimonio? Parece que no, en razón a la absurda equiparación que hace entre menor e incapaz y porque no distingue entre menos emancipado por anteriores nupcias y el resto de los menores. Además, según el tenor literal del desgraciado artículo 176, resulta que tales personas serían siempre llamadas a consentir la adopción incluso aunque no ejercieran la patria potestad o la tutela del menor o incapaz, lo que parece absurdo. Por último, el citado artículo 176 deja sin resolver la cuestión de si entre los llamados a prestar el consentimiento para la adopción figuran el Ordinario del lugar o el Presidente de la audiencia territorial, puesto que “a todos los efectos, la autorización equivaldrá a la licencia” (art. 49), siendo tal posibilidad —que, sin gran esfuerzo, puede desprenderse del artículo 176— más absurda todavía. En los casos en que coincidan las personas que ejerzan la tutela del menor o incapaz con las que enumeran los arts. 46 y 47 del Código civil, la cosa no es grave. En otro caso, excluidos el Ordinario del lugar y el Presidente de la Audiencia Territorial nos encontramos con que:

1.^o Si el adoptado es mayor de edad incapaz. Hay muchas causas de incapacidad y no todas producen los mismos efectos. Por ello, aunque el artículo 176 no distingue y exija en todo caso el consentimiento de esas otras personas, creo que cuando el incapacitado tenga discernimiento, él deberá consentir (v. gr.: adopción del pródigo). En otro caso, la ley llama a prestar el consentimiento a la persona que debiera darlo para su matrimonio. Pero da la casualidad de que esa persona no existe, pues el consentimiento para el matrimonio sólo lo requieren

las personas citadas en el art. 45, núm. 1.º del Código civil, entre los que no se encuentran los mayores de edad —sean capaces o incapaces— ni los menores emancipados por anteriores nupcias. Y ello es lógico, ya que una de dos: o quien contrae matrimonio está cuerdo o en un intervalo lúcido, caso en que, siendo mayor de edad o emancipado por anterior matrimonio, no precisa la sedicente licencia, o está privado de uso de razón, caso en que tampoco precisa licencia ya que no puede contraer matrimonio. Con un máximo esfuerzo pudiera entenderse que el artículo 176 se refiere a aquellas personas que, de haber sido menor no emancipado por anterior matrimonio el mayor incapaz, deberían, para esa hipótesis que entra en el terreno de lo imposible pues se parte del caso de adoptando mayor de edad, dar su licencia para el matrimonio. Es decir, se refiere la ley a las personas que hubieran debido dar el consentimiento para el matrimonio del mayor de edad incapaz si éste fuese menor no emancipado por anteriores nupcias. La conclusión no puede ser más rebuscada. De donde resulta que la adopción no es un acto personalísimo y se puede adoptar a una persona en virtud de una voluntad ajena. Y aquí no cabe argumentar en que se trata de una cesión o traspaso de la patria potestad, pues ésta no existe sobre mayores incapacitados, sino que se les provee de un tutor, el cual normalmente será el cónyuge, después el padre, la madre, los hijos..., orden distinto del establecido en los arts. 46 y 47 para dar la licencia matrimonial. Lo normal sería que tratándose de mayores incapaces se exigiera la autorización del Consejo de familia o el consentimiento del tutor.

2.º Análogas consideraciones pueden hacerse con respecto al menor emancipado por anteriores nupcias, el cual no precisa licencia para contraer nuevo matrimonio, con la agravante de que la norma general es que la emancipación habilita para regir la propia persona como si se fuera mayor y no se incluye la adopción entre las limitaciones impuestas a los emancipados. Además, en este caso no se puede llamar al Consejo de familia, a no ser que se constituya expresamente para este fin —lo que implica dificultar la adopción— pues no existe para los emancipados (27).

La solución más sencilla para evitar llegar a conclusiones absurdas o que, al menos, entrañan una rémora en el curso de la adopción, consiste en interpretar el artículo 176 en el sentido de que el término *menor* se emplea como *menor no emancipado por anteriores nupcias* y

(27) Según el artículo 176 del Proyecto, “la adopción se autorizará previo expediente en el que necesariamente se manifestará a la presencia judicial el consentimiento del adoptado mayor de edad; si fuese menor, el de las personas que debieran darlo para su matrimonio; y si fuera incapaz, el de su tutor.

El Juez interrogará a cuantos intervengan en el expediente sobre la conveniencia de la adopción y oír al Ministerio Fiscal. Practicadas cualesquiera otras diligencias que estime necesarias aprobará la adopción si está ajustada a la ley y la considera conveniente al adoptado.

Será nula la adopción en la que no se cumplan estos requisitos.

En la impugnación de la adopción se observarán los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.”

el de *incapaz* como *incapaz menor de edad no emancipado por anteriores nupcias*, interpretación restrictiva de la que hay ejemplos en otros artículos del Código (v. gr.: 1903), es decir, circunscribir el alcance y exigencia del consentimiento expresado en el artículo 176 al propio artículo 45, del que se derivan —como desarrollo de su número 1.º— los artículos 46 y 47. Así resultaría que el menor emancipado por anteriores nupcias no precisaría más que el consentimiento de su cónyuge. Y el adoptando mayor de edad incapacitado que carezca de discernimiento, el acuerdo favorable del Consejo de familia y consentimiento del tutor. En definitiva, estaríamos en estos dos casos ante una laguna legal que habría que llenar acudiendo a los principios generales recogidos en las normas que regulan tales situaciones. De este modo no chocaría tanto con que el propio artículo 176 exigiese el consentimiento del adoptado mayor de edad (no del emancipado por matrimonio), puesto que admitimos la existencia de una laguna legal.

Una vez explorada la voluntad del adoptando si es menor no emancipado por matrimonio o manifestado su consentimiento si es mayor de edad o menor emancipado por matrimonio, así como habiéndose manifestado el consentimiento de las personas llamadas a prestarlo, según los casos, el juez admite la información ofrecida, con citación del Ministerio Fiscal. Esta información deberá ser, por lo menos, de tres testigos, de cuyo conocimiento dará fe el secretario. y sino los conociere se presentarán dos testigos que respondan del conocimiento de aquéllos (art. 1.828 L. E. C.). Dada la información, se pasará el expediente al Ministerio Fiscal, por término de seis días, para que emita dictamen sobre si se han justificado en forma los requisitos legales para la adopción, o si estima necesario que se amplíe la justificación o se subsane algún defecto en el procedimiento (art. 1.829 L. E. C.).

Devuelto el expediente por el Ministerio Fiscal y subsanados o suplidos, en su caso, los defectos u omisiones que hubiere notado, el juez llamará los autos a la vista, y dentro de cinco días dictará auto con la resolución que estime procedente (art. 1.830).

Al no especificarlo la Ley, resulta no ser preciso que el juez cite a las partes para la vista ni para la resolución. Esta habrá de ser motivada (art. 371 L. E. C.), a diferencia de lo establecido en los Códigos civiles francés e italiano (28).

El criterio que ha de seguir el juez para aprobar o no la adopción resulta del art. 1.831 de la L. E. C., el cual atiende a dos circunstancias, una de derecho y otra de hecho. Aquella consiste en que se hayan cumplido todos los requisitos legales de fondo y forma. La segunda, en que la adopción sea útil al adoptando. Y este criterio acerca de la utilidad no es más que los justos motivos y

(28) Art. 362 del C. c. francés: "Después de haber oído al procurador de la República, y sin formalidad alguna, el tribunal declara, sin enunciar los motivos, si ha lugar o no ha lugar a la adopción."

ventajas estudiados en otro lugar, al cual nos remitimos (29). Si el juez estima que procede la adopción según derecho, y que es útil al adoptando, concederá la autorización y licencia judicial para que se lleve a efecto, mandando que se libre y entregue a los interesados el oportuno testimonio para el otorgamiento de la correspondiente escritura (art. 1.831 L. E. C.). Caso contrario, el juez denegará la autorización, en resolución que entiendo revestirá asimismo la forma de auto, igualmente motivado.

Como la resolución judicial no tiene autoridad de cosa juzgada, los interesados podrán renovar su solicitud si fue desestimada. Además, contra la resolución negativa del juez es posible interponer recurso conforme a las reglas generales contenidas en los artículos 1.819 a 1.824 de la L. E. C.

b') *Adoptando sometido a la tutela de algún centro benéfico.*

Si el adoptando estuviere sometido a la tutela de una casa de expósitos u otro establecimiento de beneficencia, el expediente se tramitará exclusivamente por la Administración de éste, haciendo las comprobaciones necesarias, oyendo al adoptado, si tuviere suficiente juicio, y a sus más próximos parientes, si fueren conocidos. El expediente se elevará al juez, quien en el plazo de ocho días, y previa audiencia del Ministerio Fiscal, lo aprobará o señalará las causas que lo impidan (art. 176, párr. 2.º C. c.).

Los Reglamentos de dichos centros benéficos suelen contener algunas referencias a los expedientes de adopción. Así el artículo 86 del Reglamento de Régimen interno del Instituto Provincial de Puericultura e Inclusa de Madrid, establece que "las adopciones se llevarán a cabo en todos los casos con arreglo a las disposiciones vigentes, a cuyos preceptos será ajustada la tramitación de los respectivos expedientes y condiciones que a estos efectos deban reunir los solicitantes. Por delegación del excelentísimo señor Presidente de la Corporación provincial, se considera autorizado el Director de la Institución para suscribir las actas —debió decir escrituras— notariales oportunas, sin perjuicio de que dicha Autoridad acuda personalmente cuando lo crea conveniente a formalizar las actas de defunción."

c') *Cuestiones particulares.*

El valor de la resolución judicial aprobando el expediente o autorizando la adopción no es constitutivo. El auto judicial no crea el vínculo adoptivo. Este no nace hasta el otorgamiento de la escritura pública. Consiguientemente es posible el desistimiento de los interesados antes de dicho otorgamiento y ello no supone revocación de la adopción, pues sólo puede revocarse lo que se ha efectuado. Que el acto judicial no crea el vínculo adoptivo se desprende sin gran esfuerzo de los mismos textos legales: "La adopción *se autorizará* previo

(29) Vid. Art. 313 del C. c. italiano: "El tribunal..., sin expresar los motivos, declara en estos términos; si ha lugar o no ha lugar a la adopción."

expediente...” (art. 176, párr. 1.º C. c.); “el expediente se elevará al juez quien... lo aprobará o señalará las causas que lo impidan” (art. 176, párr. 2.º C. c.); “*aprobada* definitivamente la adopción por el juez...” (art. 177 C. c.); “...el juez... concederá la *autorización y licencia judicial para que se lleve a efecto...*” (art. 1.831 L. E. C.). Luego si ha de llevarse a efecto la adopción es que aún no se ha celebrado (30). Tampoco tiene la resolución judicial valor declarativo, reconociendo la existencia de una adopción preexistente, a diferencia de otros sistemas en que la escritura precede a la intervención judicial.

En cuanto a los *recursos contra la resolución judicial*, a diferencia del Código civil francés no contiene el nuestro precepto alguno sobre el particular. Es ésta una cuestión que, a pesar de estar expresamente regulada en el artículo 363 del Código Napoleón (31), no ha dejado de plantear algunas críticas y divergencias de opinión en el vecino país. En primer lugar, se critica la reglamentación por demasiado sucinta (32). De otro lado, la doctrina se manifiesta contraria a la exageración de las diferencias existentes entre la adopción y la legi-

(30) En este sentido, vid. PIÑAR, B.: “L adopción y sus problemas jurídicos”, conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 31 de enero de 1950 y recogida en el tomo VIII de los Anales de dicha Academia, especialmente págs. 158 y 159, el cual, entre otras cosas dice: “La adopción es un negocio complejo que no se perfecciona mientras no concurren los hechos jurídicos que lo integran, el último de los cuales consiste, precisamente, en el otorgamiento de dicha escritura. El consentimiento inicial no tiene eficacia constitutiva y es tan sólo prueba de una simple, necesaria y concorde pretensión procesal en el inicio del expediente, sobre cuya base el juez, en acto de jurisdicción voluntaria, pronuncia un *nihil obstat*, que no perfecciona ni constituye el acto y que implica tan sólo una declaración pública y fehaciente formulada por un órgano judicial del Estado que, en el ejercicio de una actividad administrativa manifiesta que la “adopción está ajustada a la Ley y es conveniente al adoptado”. De ningún modo puede considerarse que la aprobación judicial constituye o perfecciona la adopción. La adopción y el Derecho de familia en que aquella se encuadra forman parte del Derecho privado y excluyen de su seno, por consiguiente, toda declaración estatal constitutiva. Al igual que en el matrimonio, la intervención de un órgano del Estado carece de la densidad jurídica necesaria para transformar a los otros requisitos legales en simples presupuestos de hecho. Nuestra tesis encuentra apoyo... en el cuadro general de los negocios de Derecho de familia contemplados y regulados por el mismo Código civil. Así, de los artículos 131 y 133 se infiere que el reconocimiento del hijo natural menor de edad en documento público que no sea testamento o acta de nacimiento, requiere la aprobación judicial. Esta aprobación, sin embargo, no confiere la cualidad jurídica de hijo natural, sino que es un simple antecedente de la escritura pública en que dicho reconocimiento se verifica.”

(31) Artículo 363 del Código civil francés: “En caso de denegarse la homologación, cada una de las partes puede, dentro del mes siguiente, recurrir al tribunal de apelación que procederá en la misma forma que el de primera instancia y resolverá sin enunciar los motivos. ...En caso de admitirse la homologación, el Ministerio público puede interponer la apelación; el mismo derecho corresponde a las partes, en lo que concierne a la parte de la resolución judicial que le perjudica. ...El recurso de casación por vicios de forma contra la resolución desestimatoria de la solicitud de homologación es admisible.”

(32) Vid. LAGARDE, *Rev. Trim. Dr. civ.*, 1949, págs. 402 y sigs.

timación adoptiva llevadas a cabo por los tribunales, en cuya virtud éstos muestran repugnancia a admitir la oposición de terceros contra las resoluciones dictadas en materia de legitimación adoptiva (33), desconociendo el paralelismo existente entre ella y la adopción. Se fundan en que la oposición de terceros no es admisible contra los actos de jurisdicción voluntaria. Mas la Ley de 15 de julio de 1944, que modifica el artículo 888 de la Ley procesal, y la reciente jurisprudencia se muestran favorables a la admisión de recursos contra aquellas resoluciones cuya naturaleza sea susceptible de causar un perjuicio a los terceros, sin distinguir su carácter contencioso o voluntario. En realidad y sin desconocer que, en ocasiones, será preferible la vía de la nulidad, lo esencial es que los interesados hayan sido o no parte en el expediente tengan a su disposición un medio de salvaguardar sus intereses comprometidos por una adopción irregular (34).

Por su parte, es curioso observar que la jurisprudencia turca admite que toda resolución, favorable o contraria a la adopción, es susceptible de recurso de casación, sin que ello impida a los interesados interponer la acción de nulidad, que no está sujeta a prescripción (sentencia de 23 de enero de 1948 (35)).

En cambio, la Ley alemana de 12 de abril de 1938 antepuso el siguiente párrafo al parágrafo 1.756 del B. G. B.: "Por la confirmación firme se subsana la inobservancia de alguna formalidad establecida para la adopción."

En nuestro Derecho, ante el silencio legal en esta materia de posibles recursos contra la resolución judicial autorizando o denegando la licencia para la adopción, parece que deberán aplicarse las reglas generales y entender que "si a la solicitud de adopción se hiciera oposición por alguno que tenga interés en el asunto, se hará contencioso el expediente, sin alterar la situación que tuvieren, al tiempo de ser incoado, los interesados y lo que fuere objeto de él, y se sujetará a los trámites establecidos para el juicio que corresponda según la cuantía o naturaleza", que será, en este caso, el ordinario de mayor cuantía (argumentos: arts. 483, núm. 3.º y 1.817, L. E. C.). Contra la sentencia se darán los recursos ordinarios. Admitidos éstos en caso de hacerse contencioso el expediente, no vemos por qué razón

(33) En este sentido desfavorable a admitir la oposición de terceros contra las resoluciones en materia de legitimación adoptiva, las sentencias de los tribunales de París de 3 de febrero de 1949 (J. C. P., 1949.II.4911), Briançon de 24 de mayo de 1947 (S., 1947.II.57; Rev. Trim. Dr. civ., 1947, pág. 317).

(34) En favor de la oposición de terceros contra las resoluciones en materia de legitimación adoptiva, vid. BASTIAN: De la tierce-opposition aux jugements rendus en matière d'état et de capacité, en Revue critique de législation et de jurisprudence, 1935, y MOREL: Traité élém. de proc. civ., 2.ª édít., número 686.

(35) (Kömürçüoğlu & Ergüney (K. E.), pág. 305. Se trata de un repertorio privado de jurisprudencia, que comprende todas las sentencias relativas a cuestiones de estado, derecho de familia y sucesiones.

habría de excluirse el recurso de apelación ante la Audiencia en los términos que determinan los artículos 1.819 a 1.821 de la L. E. C. en otro caso y el ulterior recurso de casación conforme al artículo 1.822 de la propia Ley, tanto por infracción de ley como por quebrantamiento de forma. Así la da a entender la expresión “aprobada *definitivamente* la adopción por el juez” del artículo 177 del Código civil. No se opone, en absoluto, a semejante posibilidad el principio de irrevocabilidad de la adopción, pues para que ésta actúe es preciso que la adopción sea perfecta, lo que se consigue a partir del otorgamiento de la escritura pública, momento desde el cual registrará dicho principio de irrevocabilidad, pero no antes (36).

Cuestión distinta al posible recurso que puedan interponer los interesados, es la de la *nulidad de la adopción*, cuyo estudio detenido no corresponde hacer aquí, sino al referirse al tema de la extinción de la adopción. Pero como el Código civil establece en el artículo 176, párrafo final que “será nula la adopción en la que no se cumplan estos requisitos”, conviene referirse, siquiera sea brevemente al alcance de esta disposición. La misma deja al margen de su ámbito aquellos requisitos o defectos a los que no se refiere el propio artículo 176. La falta de los primeros dará lugar a la inexistencia o nulidad, en su caso, pero no por el párrafo que comentamos, sino por el artículo 4.º del Código. Los defectos que impliquen vicios del consentimiento parece que sólo darán lugar a la anulabilidad. De entre ellos ofrecerá la mayor importancia el error sobre la persona del adoptante o del adoptando. El campo de aplicación de esta disposición que sanciona con nulidad la adopción se circunscribe a aquellos requisitos exigidos por el propio artículo 176 con carácter necesario (“necesariamente”, dice el propio artículo): el consentimiento de las personas que cita, la audiencia del Ministerio Fiscal y la subsiguiente aprobación judicial. Sobre estos elementos deberá versar la calificación del Notario, para decidirse éste a autorizar o no la correspondiente escritura. Entiendo que, en efecto, el Notario no salva su responsabilidad con autorizar la escritura siempre que se presente ante él la correspondiente autorización judicial, sino que, como las causas de nulidad deben ser estimadas de oficio por cualquier funcionario, a fin de negar su colaboración si existieran, el Notario deberá formarse un juicio, a través del testimonio de la resolución judi-

(36) Manifiesta MANRESA, en el mismo sentido, que contra el auto del juez otorgando o denegando la licencia para la adopción se da el recurso de apelación para ante la Audiencia conforme a los artículos 1819 a 1821 de la L. E. C. y contra el fallo de ésta se dará el recurso de casación por infracción de ley y por quebrantamiento de forma, conforme al art. 1822. Añade que no reserva el Código ni habría sido práctico reservar a las partes el derecho a ventilar la misma cuestión en juicio ordinario (Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil reformada conforme a las bases aprobadas por Ley de 21 de junio de 1880, 6.ª edic., Madrid, Reus, 1948, tomo VIII, página 365). En cambio, GAMBON ALIX afirma que no cabe recurso de casación (*La adopción*, Barcelona, 1960, pág. 155).

cial y lo que a su presencia manifiesten los otorgantes, de que se han observado y concurren los requisitos legales.

c) *Fase notarial.*

Es en esta fase cuando se crea el vínculo adoptivo mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura pública. Manifiesta el artículo 177 del Código civil que, “aprobada definitivamente la adopción por el juez, se otorgará escritura, expresando en ella las condiciones con que se haya hecho...”. Según el artículo 1.831 de la Ley de Enjuiciamiento civil, “si el juez estimare que procede la adopción según derecho y que es útil al adoptando, concederá la autorización y licencia judicial para que se lleve a efecto, mandando que se libre y entregue a los interesados el oportuno testimonio para el otorgamiento de la correspondiente escritura”, en la que “intervenirán el adoptante, el padre o la madre del adoptando y éste si fuere mayor de catorce años”.

La primera cuestión surge cuando se trata de determinar la legislación por la que se rige el otorgamiento de la escritura pública. A mi juicio la respuesta no puede ser más que ésta: el otorgamiento de la escritura pública se rige por la legislación notarial, salvo en lo relativo al pacto sucesorio en que registrarán, en cuanto a su forma y requisitos o solemnidades, los preceptos de la legislación civil, acoplándose a los mismos la notarial, como norma supletoria en todo cuanto no implique modificación de aquéllos. Así resulta claramente de los artículos 1.217 del Código civil y 143 del Reglamento notarial. Por tanto, habrá que atender a lo dispuesto en la Ley de 28 de mayo de 1862 y el Reglamento de 2 de junio de 1944, habida cuenta de que la reserva hecha a favor de la forma, requisitos y solemnidades opera en cuanto a lo que establece el propio artículo 174 del Código civil (cuestiones de fondo), sin que la inserción del mismo en la escritura entrañe especialidad formal alguna. Por eso precisamente el Código civil no establece quiénes han de intervenir en la escritura y se cuida muy bien el artículo 176 de puntualizar que el consentimiento de las personas a que se refiere *se manifestará a la presencia judicial*. Incumbe al Notario determinarlo, “en vista de la naturaleza del acto o contrato y de las prescripciones del Derecho sustantivo en orden a la capacidad de las personas”, haciendo constar “que, a su juicio, los otorgantes, en el concepto con que intervienen, tienen capacidad civil suficiente para otorgar el acto o contrato de que se trate” (art. 167 del Reglamento notarial). Por tanto, ha de estimarse derogado el párrafo final del artículo 1831 de la L. E. C., según el cual habrían de intervenir en la escritura el adoptante, el padre o la madre del adoptando y éste si fuere mayor de catorce años. Será el Notario quien determinará, teniendo en cuenta los requisitos de la adopción, quienes deberán intervenir en el otorgamiento de la escritura y el modo y manera de acreditar la representación de los incapaces y

demás personas en casos especiales, a tenor de lo que dispone el Reglamento notarial (v. gr.: arts. 164, 168) (37).

Según lo dicho, creo que deberán intervenir en la escritura pública de adopción el adoptante, el adoptado si es mayor de edad y capaz, o menor emancipado, su prerepresentante legal en otro caso, y el cónyuge del adoptante. No parece que sea preciso intervenga el cónyuge del adoptado, pues el artículo 176 sólo requiere que se manifieste “a la presencia judicial”, aunque como lo que abunda no daña, en nada perjudica se le haga comparecer. Pero su falta de consentimiento no es obstáculo para el otorgamiento de la escritura, si lo ha manifestado ante el juez. Si no lo hubiese hecho, no sería posible otorgar la escritura, porque en ésta no se pueden subsanar los vicios cometidos en la fase judicial. Por la misma razón, quien ha de intervenir en la escritura cuando el adoptado sea menor o incapaz es su representante legal, y no las personas que debieran dar su consentimiento para el matrimonio del menor, o sea aquél de los padres que ejerza la patria potestad, el tutor con autorización del Consejo de familia o el Director del Establecimiento benéfico a quien corresponda reglamentariamente. Entiendo que no precisarán complemento de capacidad los menores emancipados, pues no se encuentra tal limitación en los artículos 59 ni 317 del Código civil, antes bien, la regla general aplicable a todos los tipos de emancipación (38) es la de que “la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor.” No hace falta decir que este es uno de los casos en que deberá hacerse constar la edad de adoptante y adoptado (art. 158 del Regl. not.).

En algún caso resultará que el adoptante deberá intervenir en la escritura en un doble concepto: como tal adoptante y, además, en representación del adoptado (v. g.: adopción plena del anteriormente

(37) Según BLAS PIÑAR LÓPEZ, “el primer problema que surge, tratándose de la adopción de menores de edad, es la de si en la escritura de adopción debe compararse o no el adoptado”. Este autor resuelve la antinomia entre los artículos 1.831 L. E. C. y 178 (antiguo) del Código civil, rechazando la posible existencia de una edad especial (catorce años) y que deba intervenir el menor en la escritura. Creo bastaba considerar que el anterior art. 178 del Código civil se refería, como ahora el art. 176, exclusivamente a los requisitos que han de cumplirse en la fase procesal del procedimiento de adopción, sin entrar para nada en el aspecto notarial, objeto del anterior art. 179 y actual artículo 177. Añade dicho autor que “claro resulta que tan sólo el adoptante o adoptantes, el adoptado si es mayor de edad o las personas que por minoridad o incapacidad del adoptado representen a éste, son las que han de comparecer y otorgar en consentimiento para que la adopción surja” (*La adopción y sus problemas jurídicos*, en *A. A. M. N.*, vol. VIII, págs. 160-161). Pero se olvida que también es preciso el consentimiento del cónyuge del adoptante (antiguo art. 174 núm. 4.º y actual art. 173 núm. 4.º del C. c.) y no se plantea la cuestión del adoptado menor emancipado que creo debe resolverse admitiendo la posibilidad de que comparezca por sí solo.

(38) Vid. las obras del profesor DE CASTRO Y BRAVO, *Compendio de Derecho civil*, Madrid, 1964, pág. 219 y *Derecho civil de España (Parte General)*, tomo II, parte 1.ª, Madrid, 1952, pág. 219.

adoptado según la única forma posible antes de la reforma de 1958, que, según creo, es perfectamente posible).

Otra cuestión es la relativa al valor de la escritura pública. Aquí caben dos posiciones, pues una de dos: o la adopción existe antes del otorgamiento de la escritura, o no existe hasta el otorgamiento de la escritura. Si lo primero, la intervención judicial es necesariamente constitutiva y la intervención notarial es simplemente certificadora o de fijación; el notario da fe de que la adopción existe, pero no crea el vínculo. En consecuencia, la escritura deberá limitarse a reproducir textualmente la resolución judicial, sin que sea posible añadir ni quitar cosa alguna. Por el contrario, si se estima que la adopción no existe hasta el otorgamiento de la escritura, quiere decirse que la intervención judicial no es constitutiva, sino fiscalizadora o de control, mientras que la intervención notarial es la que crea o constituye el vínculo adoptivo; el notario no da fe de la existencia de una adopción ya existente, sino que da fe de que, en su presencia, las partes crean la adopción. En consecuencia la escritura no precisará atenerse literalmente a la resolución judicial, sino que podrá completarse o modificarse en todo lo que siendo consustancial con el acto mismo suponga un mayor beneficio para el adoptado (v. gr.: si a presencia judicial nada se estableció sobre la posible sucesión del adoptado al adoptante o se estableció pero sin especificar la cuantía o estableciendo un tope por debajo del máximo autorizado, en la escritura se podrá, respectivamente, crear tal derecho sucesorio, determinar su cuantía o aumentarla; si en la fase judicial nada se expuso en orden al posible uso del adoptado menos pleno de los apellidos del adoptante, podrá hacerse constar semejante posibilidad en la escritura). ¿Cuál de estas dos concepciones conviene a nuestro Derecho? Aunque una interpretación excesivamente literal del artículo 177 —“haya hecho” como referido a la fase judicial precedente— pudiera inclinarnos a admitir el valor constitutivo de la resolución judicial, entiendo que existen sobradas razones, ya expuestas en un apartado anterior, para rechazar esta posición. El artículo 176 del Código civil dice que la adopción se autorizará previo expediente. Aquí se nos explica justamente la esencia de la intervención judicial, limitada a *autorizar* a los interesados para que acudan ante el notario a fin de constituir o dar vida a la adopción. Se admita o no en toda su integridad la tesis de NÚÑEZ LAGOS respecto al carácter constitutivo de la escritura pública que escape al ámbito del artículo 1.224 del Código civil (39), no parece haber duda que una cosa es el consentimiento previo dado a presencia judicial y otra distinta el consentimiento prestado ante el notario al otorgar la escritura. Por otra parte, la expresión del artículo 177 del Código civil —“se otorgará”— lleva la idea del carácter solemne y requisito esencial de la escritura para que surja la

(39) Vid. NÚÑEZ, Rafael: *Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial*, Madrid, 1945, especialmente pág. 125.

adopción: sin escritura no hay adopción. Rige aquí el brocardo "forma dat esse rei".

¿Es conveniente o perjudicial esa dualidad de funcionarios? De lege ferenda nada impide que el notario fuera el único funcionario que interviniera y aún sería lo más práctico. Cuantas más personas intervengan, mayores gastos, mayor dilación, menos garantía del secreto. Si se confía la instrucción del expediente de adopción al director —o subalternos— de un establecimiento público, no veo por qué el notario no puede instruirlo. La aprobación judicial podría recaer sobre el expediente tramitado notarialmente (algo análogo a las actas de los artículos 200 y 203 de la Ley Hipotecaria) e incluso prescindirse de ella, limitándose a dar vista de la misma al Ministerio fiscal.

Una vez determinado el valor de la escritura y admitido su carácter de requisito esencial, se resuelven fácilmente los problemas relativos al posible contenido de la escritura con respecto a lo que exprese la resolución judicial, admitiendo la posibilidad de ampliar o modificar ésta en cuanto favorezca al adoptado, así como la posibilidad de la adopción póstuma, nombre con el que se conoce la llevada a cabo después del fallecimiento de alguno de los adoptantes. Es decir, fallece una vez iniciado el procedimiento y antes de la homologación judicial o el otorgamiento de la escritura. A diferencia de lo establecido en los artículos 360 (antiguo), 369 (reformado por Ley de 1923) y actual 366 (40) del Código civil francés, 217 del Código civil italiano de 1865, 296 del Código italiano de 1939 y 298 del vigente, así como el parágrafo 1.753 del B. G. B., que admiten semejante posibilidad, de nuestro sistema legal se desprende que no es posible llevar a cabo la adopción cuando ha fallecido el adoptante o el adoptado con anterioridad al otorgamiento de la escritura (41).

(40) Artículo 366 del Código civil francés: "Si el adoptante fallece después de que el acto que constata la voluntad de formalizar el contrato de adopción ha sido recibido y que la solicitud de homologación ha sido presentada al tribunal civil, se continúa el procedimiento y se admite la adopción, si ha lugar. En este caso, la adopción produce sus efectos desde el momento de la muerte del adoptante. Los herederos del adoptante pueden, si estiman indamisible la adopción, elevar al procurador de la República todas las memorias y observaciones a este respecto."

Artículo 298 del Código civil italiano: "...Si el adoptante fallece después de haber prestado su consentimiento y antes de que se dicte el decreto, se puede proceder al cumplimiento de los actos precisos para la adopción. Los herederos del adoptante pueden presentar al tribunal memorias y observaciones para oponerse a la adopción. Si se admite la adopción, produce sus efectos desde el momento de la muerte del adoptante."

Parágrafo 1.753 del B. G. B.: "La aprobación del contrato de adopción no puede tener lugar después de la muerte del adoptando. Después de la muerte del adoptante, sólo es admisible la aprobación cuando el adoptante o el adoptando han presentado la petición de aprobación al tribunal competente, o cuando habiendo redactado o hecho redactar el contrato ante el juez o ante notario, han confiado la presentación al tribunal o al notario. La aprobación hecha después de la muerte del adoptante produce los mismos efectos que si se hubiese realizado antes."

(41) Una especie de la adopción póstuma está constituida por la adopción

Manifiesta el artículo 177 de nuestro Código civil que en la escritura se expresarán las condiciones en que se haya hecho la adopción. El término *condiciones* se emplea en sentido impropio, no en sentido técnico, como sinónimo de cláusulas.

En el caso de la adopción realizada por los cónyuges no veo obstáculo para que ambos puedan realizar la adopción en el mismo instrumento o en escrituras separadas, pues la expresión "*conjuntamente*" del artículo 173, núm. 4.º, debe interpretarse en el sentido de que se permite la adopción a la vez de una persona por otras dos (cónyuges) —en contra del principio general de que nadie puede ser adoptado por más de una persona simultáneamente—, pero no en el que se requiera necesariamente que la adopción se formalice en el mismo instrumento. De modo análogo, aunque la solución sea aquí más dudosa, parece que en la adopción plena podrán adoptar ambos cónyuges en la misma escritura o en escrituras distintas, siempre que se patencie que proceden de consumo, es decir, con unidad de propósito. Se trata de algo análogo a lo que sucede con el testamento mancomunado aragonés: la sentencia de 18 de mayo de 1959 establece que el testamento mancomunado no deja de ser tal por el hecho de que los cónyuges lo otorguen en instrumentos separados siempre que comparezcan conjuntamente ante el notario y resulte que obraban de perfecto acuerdo, manifestando su voluntad de modo sucesivo y sin solución de continuidad. Sin perjuicio de esto, regirá el principio de unidad de acto, en los términos en que se exige por la legislación notarial.

El notario deberá unir el testimonio del auto o resolución judicial a la matriz, legitimando la firma del secretario judicial.

No es posible verdadera y propia representación voluntaria, sino únicamente la actuación del nuncio, ya que por tratarse de un acto personalísimo no cabe sustitución en la determinación del querer interno, sino sólo en su emisión material.

d) *Fase registral*

Esta se integra de la inscripción en un Registro, que puede ir precedida de la publicación de la adopción en el periódico oficial (42).

testamentaria, de que se conocieron varios casos en el Derecho romano, como las de Pomponio Atico y Mario el Joven, la de Dolabella por Livia y, sobre todo, la de Octavio por César, en el testamento de éste del año 45 a C. Esta última destaca singularmente, no sólo por la categoría de los interesados y las consecuencias políticas que produjo, sino porque plantea el problema del carácter que desempeñaba la aprobación por las curias ("*lex curiata*"). Vid. sobre el particular M. H. PREVOST, *Adoption d'Octave*, en *Rev. Int. Dr. antiq.*, III, año, tomo V, 1950. La adopción testamentaria fue admitida por el Código francés de 1804, una vez transcurridos cinco años de la tutela oficiosa, siempre que el testador no hubiese dejado hijos legítimos. Actualmente ha desaparecido.

(42) En general, la inscripción de la adopción se efectúa en el Registro del estado civil y es precisa para que la adopción surta efectos contra terceros. Así, el art. 365, párr. 2.º del Código civil francés ("*La adopción no es oponible a los terceros, sino a partir de la transcripción de la resolución de homologación*"), art. 7.º de la Ley chilena núm. 7.613, art. 314 del Código civil

Según el artículo 177 del Código civil, “aprobada... la adopción... se otorgará escritura... y se inscribirá en el Registro civil correspondiente.” Este Registro civil correspondiente es el Registro en que figure inscrito el nacimiento del adoptado, si bien la solicitud de inscripción puede formularse en el Registro del domicilio de quien la solicite (artículos 46 de la Ley del Registro civil de 8 de junio de 1957, 2.º y 175 de su Reglamento, aprobado por Decreto de 14 de noviembre de 1958). En su caso, será competente el Registro Central conforme al artículo 18 de la Ley.

La inscripción, según esto, se practicará normalmente al margen de la inscripción de nacimiento del adoptado, previa presentación por parte de la persona obligada a ello —y lo están especialmente el adoptante y adoptado capaces— del título correspondiente —que será, por lo general, la copia de la escritura pública —o testimonio de la misma— dentro del plazo normal de tres días siguientes al otorgamiento de la escritura y subsiguiente expedición de la copia o testimonio, haciéndose contar en la expresada inscripción marginal la clase de adopción —plena o menos plena— y los demás requisitos generales (arts. 1.º 2.º, 35 y especialmente 46 y 56 de la Ley del Registro civil y 6, 21, 22, 36, 37, 175 y 201 a 204 de su Reglamento).

La inscripción no tiene valor constitutivo, sino el de título de legitimación (43). Al propio tiempo, la adopción no inscrita no podrá oponerse al tercero de buena fe.

italiano —el cual establece la posibilidad de su publicación en el periódico oficial, a semejanza de lo dispuesto en el art. 364 del Código civil francés y el art. 8.º de la Ley costarricense de 19 de mayo de 1953—, pero también es frecuente que conste en un Registro especial, como el Adopted Children Register inglés (Ley de 4 de agosto de 1926, XI). Es muy interesante destacar que la Ley uruguaya de 14 de noviembre de 1945 sobre legitimación adoptiva, modificada por la de 26 de diciembre de 1957, autoriza una verdadera falsificación oficial de las actas del Registro civil a fin de mantener a rajatabla el secreto de la legitimación: “Con el solo testimonio de la sentencia ejecutoriada que autorice la legitimación, la parte solicitante efectuará la inscripción del menor en el Registro del estado civil como hijo legítimo inscrito fuera de plazo. En la partida correspondiente no hará mención alguna del juicio y su texto será el corriente en dichos instrumentos. Se realizará también la anotación pertinente en la Libreta de la Organización de Familia, de modo idéntico a la de los hijos legítimos (art. 3.º). Además, se destruye la ficha y expediente del menor pupilo del Consejo del Niño, se castiga penal y civilmente la violación del secreto, etc. El radicalismo se lleva a tal punto, que cuando se desee legitimar adoptivamente a dos o más menores al mismo tiempo y no haya la diferencia de 180 días entre sus respectivos nacimientos, el juez está autorizado para modificar éstas y ponerlas de acuerdo con el plazo mínimo, con objeto de evitar que de ellas pueda deducirse que al adoptado no ha sido fruto del matrimonio: “Cuando se pretenda legitimar dos o más menores simultáneamente, no será obstáculo la circunstancia de que medien menos de 180 días entre los respectivos nacimientos. En este caso, el Juzgado establecerá en la sentencia las fechas de nacimiento de cada uno, en forma que no se viole el plazo mínimo establecido en el art. 215 del Código civil” (artículo 2.º).

(43) Acerca de la inscripción en el Registro civil conforme a nuestra legislación vigente, puede verse la parte que al particular se dedica en la obra

Además la adopción se hará constar en el libro de familia y en el de filiación, conforme a los artículos 36 a 40 del Reglamento.

Con esto, queda perfectamente concluido el procedimiento de adopción y cumplidos todos los requisitos legales, gozando los interesados plenamente de las ventajas inherentes a su condición y afectándoles también íntegramente las limitaciones y obligaciones pertinentes (44).

de GAMBON ALIX, Germán, *La adopción*, Bosch, 1960 (págs. 178 a 192), debida a PÉREZ RALUY, José. Sobre la carencia de efectos constitutivos de la inscripción y su valor como título de legitimación y su oponibilidad, merece consultarse la reciente obra del profesor CASTRO Y BRAVO, Federico: *Compendio de Derecho civil*, Madrid, 1964, págs. 182 a 185 y 336 a 338.

(44) Este trabajo fue escrito hace tiempo, antes de las reformas legislativas que la adopción ha experimentado en países tales como Francia, Portugal, Italia y Bélgica, siendo la tercera y última parte de un estudio sobre los requisitos de la institución, cuyas dos primeras partes fueron publicadas en el fascículo segundo de los tomos XIX (págs. 337-368) y XXI (páginas 369-411) de esta Revista.