

El nuevo régimen de la adopción

Gabriel GARCIA CANTERO

SUMARIO: I. *El proceso de elaboración legislativa del nuevo régimen de adopción en el Código Civil.*—1. Líneas directrices del proyecto del Gobierno (PG.).—2. Las Enmiendas al proyecto del Gobierno.—3. El Informe de la Ponencia (IP.), de 22 de mayo de 1970.—4. La discusión del proyecto en la Comisión de Justicia durante los días 9, 10, 11 y 12 de junio de 1970.—II. *Caracteres de la Ley de 4 de julio de 1970.*—1. Aspectos formales.—2. Líneas directrices de la nueva Ley.—III. *El nuevo régimen de la adopción en el Código Civil.*—1. Clases de adopción.—2. Requisitos generales.—A) *Quién puede adoptar.*—a) Tener 30 años cumplidos. b) Hallarse en el ejercicio de todos los derechos civiles. c) Prohibiciones para adoptar.—B) *Quién puede ser adoptado.*—a) La adopción de niños abandonados. b) La adopción de parientes.—C) *La diferencia de edad entre adoptante y adoptado.*—D) *La pluralidad de adoptantes y de adoptados.*—a) La pluralidad de adoptantes. b) La pluralidad de adoptados. c) Pluralidad de adoptantes y de adoptados.—3. *Requisitos especiales de la adopción plena.*—A) *Quién puede adoptar plenamente.*—B) *Quién puede ser adoptado de manera plena.*—4. *Requisitos de la simple adopción.*—5. *El negocio jurídico adoptacional.*—A) *Caracteres del negocio jurídico adoptacional.*—B) *Momento perfectivo de la adopción.*—C) *Formación del negocio adoptacional.*—a) Fase judicial. b) Fase notarial. c) Fase registral.—6. *Efectos de la adopción.*—A) *Efectos en general.*—B) *Efectos de la adopción plena.*—a) Sucesión testamentaria: a') Concurrencia con hijos legítimos. b') Concurrencia con hijos naturales. c') Otros supuestos de concurrencia.—b) Sucesión abintestato. c) Derechos sucesorios de los padres adoptantes en la herencia del adoptado.—C) *Efectos de la adopción simple.*—D) *Derechos sucesorios en relación con la familia de origen del hijo adoptivo.*—7. *Ineficacia y extinción del negocio jurídico adoptacional.*

I. EL PROCESO DE ELABORACION LEGISLATIVA DEL NUEVO REGIMEN DE ADOPCION EN EL CODIGO CIVIL

El texto aprobado por la Ley 7/1970, de 4 de julio (*B. O. del E. del 7 de julio*), no puede ser plenamente comprendido si no se tienen en cuenta las diferentes etapas del *iter* legislativo que han conducido al mismo.

La Ley de 1958, al modificar el régimen de la adopción, produjo

un incremento notable en el número de adopciones realizadas en España, las cuales, si en 1958 alcanzaron la cifra de 1.646, llegaron a 1.903 en el año siguiente, estabilizándose a partir de 1960 con cifras ligeramente decrecientes (1.568 en el año 1961, 1.684 en el año 1963) “debido —según se ha dicho autorizadamente— más a la escasez de niños en condiciones de ser adoptados, que al número de personas que desean adoptar” (1). Es de señalar simultáneamente un creciente interés doctrinal por el tema (2), y un marcado interés social manifestado en las Primeras y Segundas Jornadas Nacionales de Adopción celebradas en 1966 y en 1968, así como en la constitución de Asociaciones de Padres Adoptantes que lograron ver reflejadas sus aspiraciones en la prensa diaria.

El Ministerio de Justicia encargó a la Comisión General de Codificación un Proyecto de regulación de la adopción, el cual, aprobado por el Consejo de Ministros, fue remitido a las Cortes y publicado en el *B. O.* de las mismas del 6 de febrero de 1970 (3). En el seno de la Comisión de Justicia se formó una Ponencia para su

(1) Según manifestaciones del excelentísimo señor Ministro de Justicia al presentar en las Cortes el Proyecto de Ley de Adopción.

(2) Prescindiendo de las obras generales, cabe enumerar, por orden cronológico, los siguientes estudios monográficos: CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE: “La adopción y figuras similares ante la nueva regulación”, en *RCDI*, 35 (1959), páginas 42 y ss. y 194 y ss. GONZÁLEZ ENRÍQUEZ: “La institución contractual del hijo adoptivo y las disposiciones ‘mortis causa’ anteriores y posteriores del adoptante”, en *RDP*, 43 (1959), pp. 936 y ss. GAMBÓN ALIX: *La adopción*, Barcelona, 1960. Es el estudio monográfico más minucioso sobre la institución después de la reforma de 1958. CASASUS HOMET: “La representación respecto a los derechos hereditarios del hijo adoptivo en la herencia del adoptante”, en *RDN*, julio-diciembre 1960, pp. 213 y ss. GULLÓN BALLESTEROS: “Notas sobre los derechos sucesorios del hijo adoptivo después de la reforma del Código Civil”, en *RDP*, 36 (1960), pp. 102 y ss. SOTO NIETO: “Derechos sucesorios del hijo adoptivo en el Código Civil español”, en *RGLJ*, 43 (1961), páginas 681 y ss. CASTRO LUCINI: “La adopción en la Compilación de Derecho Civil especial de Cataluña”, en *ADC*, 15 (1962), pp. 69 y ss. CASTRO LUCINI: “Los derechos sucesorios del hijo adoptivo”, en ídem íd., pp. 617 y ss. MADRUGA MÉNDEZ: “La adopción”, en *ADC*, 16 (1963), pp. 747 y ss. GULLÓN BALLESTEROS: “Problemas de la sucesión del hijo adoptivo”, en *Estudios Homenaje Profesor Serrano*, Valladolid, 1965, I, pp. 405 y ss. SANCHO REBULLIDA: “Notas sobre perfección y forma en la adopción”, en *RCDI*, 41 (1965), pp. 1109 y ss. VERGER GARAU: “Reconsideración y reforma de la regulación de la adopción”, en *RJC*, 67 (1968), p. 901. CASTRO LUCINI: “Algunas consideraciones críticas sobre los requisitos de la adopción”, I, “El adoptante”, en *ADC*, 19 (1966), páginas 337 y ss.; II, “El adoptado”, en ídem, 21 (1968), pp. 369 y ss. ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS: “En torno a los conceptos de abandonado y expósito como sujetos de la adopción”, en *RGLJ*, 45 (1967), pp. 323 y ss. ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS: *La adopción de expósitos y abandonados*, Madrid, 1968. Obra de orientación práctica, aunque no exenta de aportaciones doctrinales. *II Jornadas Nacionales sobre la Adopción*. Crónica comprendiendo las ponencias y las comunicaciones, contenidas en la *Revista de la Obra de Protección de Menores*, septiembre-octubre 1968. CASTRO LUCINI: “Limitaciones a las disposiciones patrimoniales ‘mortis causa’ establecidas en la escritura de adopción”, en *Estudios Homenaje a don José Castán Tobeñas*, III, Pamplona, 1969, pp. 95 y ss. DE LA VALLINA DÍAZ: “Naturaleza jurídica y acto constitutivo en la adopción”, en *RDP*, 45 (1969), pp. 437 y ss.

(3) En adelante será citado por las siglas PG.

estudio constituida por los Procuradores señores Cabanillas Gallas, Fanjul Sedeño, Gómez de Aranda y Serrano, Pérez Serrabona y Piñar López. Esta Ponencia examinó las Enmiendas presentadas reglamentariamente y elaboró su Informe (4), que fue discutido por la Comisión de Justicia en las sesiones celebradas los días 9, 10, 11 y 12 de junio de 1970. El texto definitivo ha sido aprobado por la Ley anteriormente citada, cuyo artículo único da nueva redacción a los artículos 172 a 180 inclusive del Código Civil, además de contener una disposición transitoria.

1. LINEAS DIRECTRICES DEL PROYECTO DEL GOBIERNO (PG.)

Hay que reconocer que la orientación fundamental de la reforma del capítulo de la adopción ha venido marcada por el Proyecto del Gobierno, aunque posteriormente haya sufrido modificaciones importantes en puntos concretos. Mérito suyo ha sido la conservación de la arquitectura del cap. V, tit. VII, Libro I del Código civil, aunque con una notable mejora técnica en la ordenación interna de sus preceptos. El PG. venía precedido de una Exposición de Motivos, cuyo texto, con ligeros retoques, se ha conservado sustancialmente en la Ley de 4 de julio de 1970; a veces, por descuido, se reproducen párrafos correspondientes a materia que no ha sido regulada, o lo ha sido diversamente, por la nueva Ley. En dicha E. de M. se pone el énfasis en demostrar que “lo nuevo no se traduce tanto en una mutación de rumbo como en la continuada y progresiva apertura de derroteros ya esbozados”; pero tal afirmación no resulta del todo exacta si se atiende a algunos aspectos concretos del nuevo régimen legal en abierta ruptura con la anterior normativa.

La orientación general del PG. puede resumirse así:

a) Se trata de facilitar el acceso a la institución mediante la rebaja de la edad para adoptar, la reducción de la diferencia de edad entre adoptante y adoptado, la disminución del número de prohibiciones para adoptar suprimiendo la de los eclesiásticos y atenuando la llamada prohibición de descendientes, y permitiendo expresamente que puedan ser adoptados los propios hijos naturales.

b) Se clarifica y simplifica la noción de menor abandonado con vistas a facilitar la ruptura con la familia de origen.

c) Se concede, por vez primera en nuestra legislación intervención a los Tribunales Tutelares de Menores en el procedimiento adoptacional, atribuyéndoles competencia para declarar la situación de abandono.

d) Se procura robustecer el vínculo adoptivo, enunciando como regla general la equiparación de los hijos adoptivos a los legítimos, si bien con importantes excepciones en el ámbito sucesorio.

e) Se suprime el pacto sucesorio.

(4) En adelante será citado por las siglas IP.

En el PG. se observan importantes lagunas. Se echa en falta toda referencia a los aspectos procesales de la adopción, así como a los problemas de Derecho Internacional Privado. En cuestiones de detalle cabe señalar la falta de actualización contenida en el art. 20, 3 C. C. a los extranjeros adoptados durante su menor edad por españoles, la cual, habiendo sido introducida por la Ley de 15 de julio de 1954, ya no concordaba con la reforma de la adopción en 1958; notable era la desmesurada extensión del art. 174, propia más bien de un precepto reglamentario.

2. LAS ENMIENDAS AL PROYECTO DEL GOBIERNO

Al PG. se presentaron cuarenta y seis escritos de enmiendas, cifra que no basta para dar idea del alcance real de las mismas, pues mientras hay escritos con una sola enmienda, la mayoría de ellos contienen enmiendas a varios artículos. En resumen, cabe afirmar que todos y cada uno de los artículos del PG. fueron objeto de enmienda, en su totalidad o en parte, y que no todas las enmiendas coincidían en su orientación (5).

A continuación destacaré las enmiendas más notables, siguiendo el orden de los artículos del Proyecto.

En relación con el art. 172:

- Basta con exigir la mayoría de edad para adoptar, pues todas las demás edades son discutibles (Enmienda Arrúe). Debe fijarse en veinticinco años la edad del adoptante, siendo once años la diferencia de edad con el adoptado (Enmienda Arteaga Padrón). Debe haber una edad máxima para adoptar fijada indirectamente al señalar que la diferencia de edad entre adoptante y adoptado no debe ser superior a cuarenta años (Enmiendas Pilar Primo de Rivera y Teresa Loring Cortés), o a cuarenta y cinco años (Enmienda Mónica Plaza de Prado).
- Con utilización de diversas fórmulas se trata de obtener que los cónyuges en estado de separación legal puedan adoptar (Enmiendas Batlle, Padrón Quevedo, Lamplé Operé, Miranda Hernández, Oliver Quirant, Vallbona Loro, López Muñiz y G. Madroño y Martínez de Salinas).
- Prohibición de que sean adoptados los mayores de edad, pues tales adopciones persiguen fines extraños a la institución (Enmienda Arrúe).
- En cuanto a la prohibición de descendientes —que en el PG. aparece atenuada— hay cuatro Enmiendas que postulan su supresión pura y simple (Batlle, Arrúe, Angulo Montes y Peiró Rivas), y otras dos que con algún retoque optan por su man-

(5) El detalle pormenorizado es el siguiente: El art. 172 recibió veinticinco enmiendas; el art. 173, once; el art. 174, diecisiete; el art. 175, cinco; el art. 176, cuatro; el art. 177, once; el art. 178, trece; el art. 179, once; el artículo 180, doce, y la disposición transitoria, tres.

tenimiento (Enmiendas García Hernández y Merino García).

- Optan por el mantenimiento de la prohibición de que los eclesiásticos adopten las Enmiendas Arrúe, Angulo Montes y Villegas Girón.
- La Enmienda Batlle propugna la posibilidad legal de adoptar a los propios hijos ilegítimos.

En relación con el art. 173:

- La Enmienda Batlle observaba, con fina matización, que la función del Juez en la adopción no podía ser meramente pasiva, y que en lugar de decir que la adopción requería la *autorización* del Juez, era preferible requerir la *aprobación*.
- Con diversidad de formulaciones, dos escritos de Enmienda apuntaban a introducir la utilidad o conveniencia del adoptado entre los requisitos legales. La Enmienda Arrúe proponía la adición del siguiente párrafo: “En todo caso el Juez aprobará la adopción si está ajustada a la Ley y la cree conveniente al adoptado.” Por su parte la Enmienda Gutiérrez del Castillo sugería el siguiente texto: “La adopción requerirá la autorización del Juez competente, con intervención del Ministerio Fiscal, haciendo constar que se han acreditado por parte del adoptante las cualidades morales necesarias y los medios de vida suficientes.”

El art. 174 contenía una de las innovaciones más interesantes del PG. y fue objeto de enmienda en dos sentidos fundamentales. La Enmienda Escobar Kirkpatrick propugnaba ampliar a todos los casos de abandono la competencia de los Tribunales Tutelares de Menores. Otros enmendantes, con variedad de formulaciones, trataban de paliar el rigor con que el PG. contemplaba el abandono como presupuesto de la adopción; en esta dirección pueden citarse:

- Propuesta de adicionar al párrafo 3.º *b)* el siguiente inciso: “Salvo casos de fuerza mayor que se puedan justificar” (Enmiendas Lamplé Operé y Oliver Quirant).
- Ampliación a dos años del plazo de seis meses establecido en el párrafo 4.º para la declaración de abandono (Enmienda Llobet Llavari).
- Supresión pura y simple del concepto de abandono involuntario, y de los supuestos descritos en los apartados *a)* y *b)*, dado que “el reforzamiento del vínculo de adopción debe ir paralelo a las máximas garantías de legalidad en la creación de dicho vínculo” (Enmienda Arrúe).
- La Enmienda Villegas Girón proponía una nueva redacción del abandono involuntario, requiriendo el consentimiento de los padres del menor en el caso de que justifiquen que el abandono se ha producido por causas involuntarias; en otro caso se castigaba moralmente a unos padres que no tienen culpa alguna de la situación de desamparo.

- La Enmienda López Muñoz y G. Madroño sometía a dura crítica el concepto de abandono involuntario: “Se dota de una amplitud tal al concepto que, en su aplicación, pudieran resultar padres abandonantes aquellos que han demostrado un alto espíritu de sacrificio y diligencia en pro de su hijo menor, o quienes han pasado por una eventualidad o accidente no imputable voluntariamente a los mismos. Efectivamente, sería subsumible en el concepto de abandono la conducta de unos padres que, con propósito de lograr un mejor porvenir para su hijo el día de mañana, y ante la imposibilidad de llevarse con ellos el menor, deciden emigrar para trabajar en el extranjero, y con sus esfuerzos lograr unos pequeños bienes que permitan dar mejor educación y cuidados al menor. Durante su ausencia lo encomiendan a una persona que creen de su confianza, e incluso le envían una cantidad mensual suficiente para su atención. Pero la persona encargada, desatendiendo sus obligaciones, y con ello al menor, pone al mismo en situación objetiva de abandono. O, por citar otro supuesto igualmente real y tomado de la vida, la madre de un menor, mientras regresaba a casa de sus compras, sufre un accidente, como consecuencia del cual es hospitalizada, sin poder ocuparse del mismo, con lo que éste queda carente de toda persona que le asegure la guarda. Aun reconociendo que en ambos casos se dan los elementos reales que el Proyecto requiere para el abandono... falta que el desamparo se ha producido con la voluntad mediata o inmediata de liberarse del menor, lo que significa que los sujetos que realizan y son causa del hecho objetivo del desamparo no buscan en alguna forma tal liberación. A lo que se opone taxativamente la admisión de las “causas involuntarias” a que alude el Proyecto, causas que pueden estar muy lejos de justificar los efectos jurídicos que a la calificación de abandono es necesario atribuir.” En virtud de la precedente argumentación el enmendante proponía la siguiente definición de abandono: “Se considerará abandonado el menor de 14 años que ha sido desamparado por sus padres o guardadores, con la finalidad, mediata o inmediata, de liberarse de su guarda.” En otra dirección, la misma Enmienda proponía la atribución de la competencia para declarar el abandono a la jurisdicción ordinaria, con expresa eliminación de los Tribunales Tutelares de Menores para evitar dualidad de criterios y duplicidad de trámites.

Salvo una Enmienda terminológica de Batlle, el art. 175 sólo suscitó dos Enmiendas de cierto interés, por afectar incidentalmente a cuestiones de fondo. La Enmienda Bosch Estivill proponía la supresión de la fase notarial en la formalización del negocio adoptcional, alegando razones de economía procesal y la conveniencia de la presencia judicial en el momento de la redacción del documento. La Enmienda Ana Ballenilla Fajardo aspiraba a la sustitución del segun-

do párrafo por otro del siguiente tenor: "Se procederá a la destrucción de las partidas originales de nacimiento de los hijos adoptados en adopción plena", para lo cual invocaba los enormes perjuicios producidos al niño por el conocimiento de la verdad de su origen.

Tampoco el art. 176 originó muchas Enmiendas. Cabe señalar dos de signo más bien opuesto, pues mientras la Enmienda Arrúe proponía la supresión del último párrafo de dicho precepto, la Enmienda Angulo Montes sugería la adición de un nuevo párrafo que dijese: "En defecto del adoptante, la patria potestad pasará a los padres por naturaleza."

El art. 177 recibió once Enmiendas, la mayoría de detalle. Pueden destacarse, por ser de signo contrario, las encaminadas a mantener la firmeza y estabilidad del vínculo y las que tratan de facilitar su ruptura o extinción. La Enmienda Escobar Kirkpatrick razonaba así la reducción a dos años del plazo establecido en el art. 177-2.º para pedir la extinción de la adopción: "El plazo de cuatro años parece excesivo para mantener durante él sobre el adoptante la amenaza de que le sea arrebatado el hijo adoptado. En cuatro años se habrán creado normalmente tales vínculos de afecto que resulta cruel al cabo de ellos la separación. No se ve, por otra parte, razón alguna para mantener todo ese tiempo vivo un derecho a quién abandonó a su hijo y no se preocupó por el mismo uno o dos años después, sumados al tiempo transcurrido desde la fecha del abandono a aquella en que se realizó la adopción". Con parecidos argumentos la Enmienda Peiró Rivas justificaba la reducción de dicho plazo a seis meses. En sentido contrario se pronunciaban las propuestas de conceder a los padres legítimos o naturales el derecho a pedir la extinción de la adopción por motivos graves que afecten al cuidado del adoptado menor de edad o incapacitado (Enmiendas Vilalta Caralt, Royán Calderón y García Ribes). Villegas Girón, por su parte, propugnaba un amplio derecho a favor del adoptado para pedir la extinción de la adopción "sin tener necesidad de alegar causa alguna", con base en esta doble justificación: 1) Basta la discrepancia objetiva del adoptado. 2) La presunción de voluntad en el adoptado, al formalizarse la adopción, no debe mantenerse cuando es el propio interesado el que contraría su situación legal deseada.

En el relación con el art. 178 se pretendió el reconocimiento de la facultad de adoptar a los propios hijos ilegítimos (Enmiendas Batlle y Padrón Quevedo), la facultad de que pudieran hacerlo el cónyuge inocente en la separación legal (Enmiendas Ana Ballenilla, López Medel, Miranda Hernández y Escobar Kirkpatrick) y las personas solteras de ambos sexos (Enmiendas Pilar Primo de Rivera, Teresa Loring Cortés y Mónica Plaza). Por su novedad merece destacarse la Enmienda Josefina Veglison Jornet, que proponía se exigiese la prueba de la infertilidad de los cónyuges, mediante informe médico, para la adopción plena. Basadas, hasta cierto punto, en ideas opuestas, cabe mencionar las Enmiendas Arrúe y Gutiérrez del Castillo; según la primera debía suprimirse el inciso final del último párrafo de este

artículo, con lo cual se consumaba la ruptura del adoptado con su familia de origen, al privarle de derechos sucesorios y de alimentos en el caso y medida en que no los pudiera obtener del adoptante; en la segunda se proponía dar la siguiente redacción al citado último párrafo: “Al adoptado no le serán exigibles otros deberes, en razón de parentesco con sus ascendientes o colaterales por naturaleza, que los derivados de la deuda alimenticia.”

El art. 179 —uno de los puntos clave de la reforma— recibió asimismo once enmiendas, cuyas orientaciones fundamentales eran las siguientes:

- Hay mayoría a favor de que se obtengan las últimas consecuencias en materia sucesoria en cuanto a la equiparación entre los hijos plenamente adoptados y los hijos legítimos (Enmiendas Batlle, Arrúe, Padrón Quevedo, Pilar Primo de Rivera, Teresa Loring Cortés, Mónica Plaza y Ana Ballenilla).
- Sólo en la Enmienda Angulo Montes se postula una equiparación de tales hijos adoptivos a los naturales.
- Nadie propugna la conservación del sistema sucesorio introducido por la Ley de 1958, ni, por consiguiente, del pacto sucesorio.

En relación con el régimen de la adopción simple, contenido en el art. 180, caben señalar Enmiendas maximalistas y minimalistas. Entre las primeras, la de Padrón Quevedo, que sugería pura y llanamente la equiparación entre los hijos simplemente adoptados y los hijos legítimos; y la de Josefina Veglison, que proponía rectificar el inciso final de este precepto sustituyendo la expresión “padre natural” por “padre legítimo”. Entre las segundas merece citarse la Enmienda Angulo Montes, que proponía dar la siguiente redacción al párrafo 3.º: “La adopción simple no causa efectos sucesorios, salvo el supuesto de que el adoptante falleciere intestado y sin dejar ninguna de las personas llamadas a sucederle en los arts. 930 a 955 del Código Civil, en el que heredará el hijo adoptivo. En idéntico caso, el adoptante heredará al adoptivo.” Esta Enmienda se justificaba en la supresión del pacto sucesorio y en la necesidad de diversificar los efectos sucesorios de una y otra clase de adopción puesta de relieve en el propio PG. Las Enmiendas López Medel y Miranda Hernández propugnaban que el cónyuge inocente en la separación pudiera realizar la adopción simple sin consentimiento del otro cónyuge. García Hernández postulaba una cláusula cautelar encaminada a evitar que la adopción simple sirviera para encubrir situaciones inmorales. Siguiendo la línea del Proyecto, la Enmienda Reus Cid ofrecía una redacción más detallada y clara que la contenida en aquél. A su juicio, el párrafo final del artículo 180 debía redactarse así: “El hijo adoptivo ostenta en la herencia del adoptante las siguientes posiciones: 1.ª Si concurre con hijos legítimos le corresponderá una cuota igual a la mitad de la legítima estricta de aquéllos. 2.ª Si concurre con hijos naturales reconocidos, recibirán todos el mismo trato. 3.ª Si concurre sólo a la

herencia, el adoptante habrá de respetar en su testamento, en concepto de legítima, un tercio de la herencia”.

La Disposición transitoria recibió tres Enmiendas de distinto alcance. La de Vallbona Loro convertía la norma, de facultativa en obligatoria; la de Merino García proponía la derogación de la limitación contenida en los arts. 24,1 y 58,1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos; por último, la de Barrera Abella instaba la modificación de la Ley de Enjuiciamiento civil para adaptar sus preceptos a la nueva normativa sustantiva de la adopción.

3. EL INFORME DE LA PONENCIA DE 22 DE MAYO DE 1970

La Ponencia realizó una eficaz labor de selección de Enmiendas, aceptando buen número de ellas, unas veces por unanimidad, y otras —según se expresa en el propio Informe— por mayoría. Introdujo retoques formales que mejoraron el texto, y en materia sucesoria avanzó en una línea progresiva que, por lo menos, tenía la ventaja de la claridad y sencillez.

Como estimo que la confrontación del texto propuesto por la Ponencia puede ser de utilidad para interpretar el texto definitivamente aprobado, transcribo aquél a continuación, con unas observaciones de tipo general (6).

ART. 172. La adopción puede ser plena y simple. La adopción simple se podrá convertir en plena si concurren los requisitos exigidos para ésta.

La adopción requiere que el adoptante se halle en el ejercicio de todos sus derechos civiles y tenga treinta años cumplidos. En la adopción por marido y mujer, basta que uno de ellos haya alcanzado dicha edad. En todo caso, el adoptante o uno de los cónyuges adoptantes habrá de tener, por lo menos, dieciséis años más que el adoptado.

Los propios hijos naturales reconocidos podrán ser adoptados aunque no concurren los requisitos de edad mencionados en el párrafo anterior.

No pueden adoptar:

1.º Los ordenados “in sacris” y los profesos de una Orden o Instituto religioso, canónicamente aprobados.

2.º El tutor respecto del pupilo antes de aprobadas definitivamente las cuentas de la tutela.

3.º Uno de los cónyuges sin consentimiento del otro, salvo el declarado inocente en virtud de ejecutoria de separación.

Fuera de la adopción por ambos cónyuges, nadie puede ser adoptado simultáneamente por más de una persona.

(6) He manejado un texto ciclostilado que tiene al margen como indicaciones de procedencia: “Cortes Españolas. Comisión de Justicia.”

Aparte de algunas reformas meramente formales, en el texto transcrito cabe destacar la reaparición de la prohibición de que adopten los eclesiásticos (aprobada sólo por mayoría) y la desaparición de la llamada “prohibición de descendientes”, respecto de la cual el PG. había sido excesivamente tímido.

Por mayoría se permitió igualmente adoptar al cónyuge separado declarado inocente. Se rechazó, en cambio, la Enmienda Batlle encaminada a permitir la adopción de los propios hijos ilegítimos, en atención —se razona— a que “el respeto al orden público debe primar sobre cualquier otra consideración”; se rechaza, asimismo, la propuesta de establecer un límite máximo de edad para adoptar y ser adoptado, incluso por vías indirectas.

ART. 173. La adopción requiere la aprobación del Juez competente con intervención del Ministerio Fiscal.

Además del adoptante y de su cónyuge, habrán de prestar consentimiento para la adopción, según los casos, el adoptando mayor de catorce años y su cónyuge, el padre y la madre que tuvieren la patria potestad sobre el adoptando menor de edad y el Consejo de Familia, si estuviere constituido. En caso de separación legal, no será necesario el consentimiento del cónyuge del adoptando.

Deberán simplemente ser oídos el adoptando menor de catorce años si tuviere suficiente juicio, el padre o la madre a quienes se hubiere privado o suspendido en el ejercicio de la patria potestad y la persona que estuviere ejerciendo la guarda del adoptando. Cuando se trate de huérfanos, serán oídos los abuelos de la línea del padre o madre premuertos.

Si cualquiera de los llamados a prestar consentimiento, fuera del caso del adoptante y del adoptado, no pudiere ser citado, o citado no concurriera, el Juez resolverá lo que considere más conveniente para el adoptando. Lo mismo se observará en cuanto a las personas que deban ser oídas, aun cuando comparezcan manifestando su criterio desfavorable a la adopción.

En cualquier caso, el Juez valorará especialmente la procedencia de la adopción solicitada si el adoptante tuviere hijos legítimos, legitimados, naturales reconocidos u otros adoptivos.

Hay reformas de detalle que revelan una técnica más depurada: así ocurre con la aceptación de la Enmienda Batlle que proponía sustituir la palabra “autorización” por “aprobación”. Es destacable que reaparezca expresamente la “conveniencia del adoptado”, si bien no como una exigencia general. También llama la atención que se contemple el caso de sucesivas adopciones a cargo de la misma persona.

ART. 174. En la adopción de menores abandonados no será necesario el consentimiento de los padres o del Consejo de Familia, prevenido en el artículo anterior, sin perjuicio de que se oiga a los padres si fueren conocidos o se presentaren.

Se considerará abandonado el menor de catorce años que carezca de persona que le asegure la guarda, alimento y educación. Para apreciar la situación de abandono será irrelevante que ésta se haya producido por causas voluntarias o involuntarias.

La entrega del menor en una casa o establecimiento benéficos se considerará también como abandono en los siguientes casos: *a)* Cuando el menor hubiere sido entregado sin datos que revelen su filiación; *b)* cuando, aun conocida la filiación, constare la voluntad de los padres o guardadores de abandonar al menor, manifestada con simultaneidad a su entrega o inferida de actos posteriores.

En uno y otro caso, la apreciación del abandono exigirá que hayan transcurrido durante el internamiento del menor seis meses continuos sin que el padre, madre, tutor u otros familiares del menor se interesen por él de modo efectivo, mediante actos que demuestren su voluntad de asistencia. La mera petición de noticias no interrumpe por sí sola el referido plazo.

La situación de abandono será apreciada y declarada por el Juez competente para conocer del expediente de adopción.

Si el menor estuviere sometido a la tutela de una casa o establecimiento benéficos, el expediente se tramitará en la forma ordinaria, con informe de la administración de aquéllos sobre la situación de abandono.

El texto propuesto contiene importantes novedades en relación con el PG. Se simplifica la noción de abandono, aunque se mantiene el concepto de abandono involuntario que había sido reiteradamente criticado por los emendantes. La justificación de la conservación del abandono por causas involuntarias no parece demasiado convincente, pues se hace porque “el principio de la seguridad jurídica, de singular trascendencia en materia de Derecho de Familia, exige excluir desde el principio toda medida sobre la circunstancia subjetiva —voluntariedad— en que se produjo el abandono”. Para fundamentar el mantenimiento del plazo de seis meses se aduce “la conveniencia de situar cuanto antes al abandonado en un medio familiar apto, y los autorizados criterios científicos sobre este punto”. La supresión de la intervención de los Tribunales Tutelares de Menores merece a la Ponencia una consideración demasiado breve, sobre todo si se tiene en cuenta que había Enmiendas a favor de aumentar su competencia; se alega simplemente que “la previa declaración de abandono por el Tribunal Tutelar de Menores se considera condicionamiento funcionalmente no indispensable para la aprobación de la adopción por la Jurisdicción ordinaria”.

ART. 175. Aprobada judicialmente la adopción se otorgará escritura pública que se inscribirá en el Registro Civil correspondiente.

El Registro Civil no publicará, a partir de la adopción, dato alguno que revele el origen del adoptado ni su condición de tal. Fuera de los casos taxativamente establecidos en la legislación del Registro Civil, no podrá expedirse certificación literal.

Aparte de retoques terminológicos, no sustanciales, es de destacar la desestimación de las enmiendas que proponían la supresión de la intervención notarial y la destrucción de las partidas originales de los adoptados.

ART. 176. En todo lo no regulado expresamente de modo distinto por la Ley, al hijo adoptivo le corresponden los mismos derechos y obligaciones que al legítimo.

La adopción causa parentesco entre el adoptante, de una parte, y el adoptado y sus descendientes de otra; pero no respecto a la familia del adoptante, sin perjuicio de lo dispuesto sobre impedimentos matrimoniales.

La adopción confiere al adoptante la patria potestad respecto del adoptado menor de edad. Cuando uno de los cónyuges adopte al hijo legítimo, legitimado, natural reconocido o adoptivo del otro consorte, la patria potestad se atribuirá a ambos por el orden establecido en el art. 154, párrafo primero.

Extinguida la patria potestad del adoptante, el Juez proveerá a la guarda del menor conforme a lo establecido en los Capítulos II y IV del título IX Libro I. El Consejo de Familia se compondrá de las personas que el padre o la madre adoptantes hubiesen designado en su testamento o, en su caso, de cinco personas honradas, prefiriendo a los amigos de los adoptantes.

Pocos cambios, pero sustanciales, introdujo la Ponencia en el presente artículo. Ha previsto expresamente la tutela de los hijos adoptivos, con la justificación de que "rota, en virtud de la adopción, la vinculación del adoptado con su familia natural, es la tutela testamentaria o la dativa la institución apropiada para proveer a la guarda del menor o del incapacitado cuando la patria potestad del adoptante se extinga". También se acepta la Enmienda Arrúe que solicitaba la supresión del último párrafo, lo cual se hace "por sus propios fundamentos".

ART. 177. La adopción es irrevocable.

La prueba de la filiación legítima del adoptado, el reconocimiento de su filiación natural o la legitimación no afecta a la adopción.

Podrán pedir judicialmente que se declare extinguida la adopción:

1.º El adoptado, dentro de los dos años siguientes a su mayoría de edad, o a la fecha en que la incapacidad hubiere desaparecido, siempre que se funde en alguna de las causas que dan lugar a la desheredación de los ascendientes.

2.º El padre o la madre legítimos o naturales, dentro de los dos años siguientes a la adopción, sólo en el caso de que no hubieran intervenido en el expediente de adopción, ni prestado consentimiento, si probaren que no fue por causa imputable a ellos.

3.º El Ministerio Fiscal siempre que lleguen a su conocimiento motivos graves que afecten al cuidado del adoptado menor de edad o incapacitado.

La extinción de la adopción no alcanzará a los efectos patrimoniales anteriormente producidos.

En este artículo sólo se han reducido los plazos, que de cuatro años han pasado a ser de dos en los supuestos del número 1.º y 2.º

ART. 178. Sólo podrán adoptar plenamente: Los cónyuges que vivan juntos, procedan de consuno y lleven más de cinco años de matrimonio; el cónyuge declarado inocente en virtud de ejecutoria de separación legal; las personas en estado de viudedad o soltería; uno de los cónyuges al hijo legítimo, legitimado, natural reconocido o adoptivo de su consorte; y el padre o madre, al propio hijo natural reconocido.

Únicamente podrán ser adoptados de manera plena los menores de catorce años y los que, siendo mayores de tal edad, estuvieren viviendo antes de alcanzarla en el hogar y compañía de los adoptantes o de cualquiera de ellos; aunque no mediare esta circunstancia, podrán serlo también los mayores unidos al adoptante por vínculos familiares o afectivos, que el Juez valorará en la forma establecida en el artículo 173.

El adoptado, aunque constare su filiación, ostentará como únicos apellidos los de su adoptante o adoptantes.

Al adoptado no le serán exigibles deberes por razón de parentesco con sus ascendientes o colaterales por naturaleza.

Este artículo es uno de los que más reformas ha sufrido en el detalle de su reglamentación, afectando algunas de ellas a cuestiones sustanciales. En adelante podrán adoptar plenamente: el cónyuge declarado inocente en virtud de ejecutoria de separación legal, las personas en estado de soltería y los mayores unidos al adoptado por vínculos familiares o afectivos. Parece pobre la argumentación aducida para introducir la última de las reformas indicadas: "Se justifica en razones obvias y tiene adecuada compensación en la remisión al prudente arbitrio judicial". Se reitera en el Informe, para esta clase de adopción, la prohibición de adoptar a los propios hijos ilegítimos no naturales, rechazándose la Enmienda Batlle. Se acepta, en cambio, la Enmienda Arrúe que postulaba la supresión del inciso final del último párrafo referente a la conservación por el adoptado de los derechos sucesorios y de alimentos, en relación con la familia natural. La Enmienda presentada por Josefina Veglisson contenía la novedad, ya resaltada, de requerir un certificado médico de infertili-

dad para poder adoptar plenamente, lo cual se califica por la Ponencia de “exigencia, en cierto modo lógica, pero tal vez ya salvada por el plazo de cinco años”, lo que no resulta totalmente convincente.

ART. 179. Los hijos adoptivos ocuparán la posición de legítimos en la sucesión *mortis causa* de los adoptantes y, éstos, la de padres legítimos en la sucesión de aquéllos.

Los parientes por naturaleza no ostentarán derechos por ministerio de la Ley en la herencia del adoptado. sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 812 del Código.

La Ponencia realizó en este precepto una de las reformas más sustanciales en relación con el PG., lo cual justifica —además de por haber sido propuesta por ocho enmendantes—, en razón a ser “la más congruente para la inspiración final del Proyecto, al tiempo que resuelve de plano dificultades prácticas de aplicación del precepto que, de otro modo, habrían de suscitarse”. El derecho de retorno regulado en el segundo párrafo, modifica y aclara lo dispuesto en el PG., con la aceptación de la Enmienda Batlle que, aun sin mencionar expresamente el art. 812 C. C., se refería a su contenido.

ART. 180. La adopción simple no exige otros requisitos que los prevenidos con carácter general en la Sección primera del presente Capítulo. Respecto del cónyuge declarado inocente en virtud de ejecutoria de separación legal, regirá lo establecido en el párrafo primero del art. 172.

En la escritura de adopción podrá convenirse la sustitución de los apellidos del adoptando por los del adoptante o adoptantes, o el uso de un apellido de cada procedencia, en cuyo caso se fijará el orden de los mismos. A falta de pacto expreso, el adoptado conservará sus propios apellidos.

El hijo adoptivo ocupará en la sucesión del adoptante la misma posición que los naturales reconocidos. El adoptante ocupa en la sucesión del hijo adoptivo una posición equivalente a la del padre natural.

Las modificaciones introducidas en este precepto consisten en la posibilidad legal de adoptar reconocida al cónyuge inocente en la separación, y en una nueva redacción del último párrafo con la que éste gana en claridad.

Disposición transitoria.—Las adopciones anteriores a la vigencia de la presente Ley podrán ser acomodadas a sus disposiciones siempre que concurren los requisitos y formalidades en la misma exigidos, quedando en tal caso sin efecto el pacto sucesorio si hubiera mediado.

Precepto sin variación con relación al PG.

4. LA DISCUSION DEL PROYECTO EN LA COMISION DE JUSTICIA DURANTE LOS DIAS 9, 10, 11 y 12 DE JUNIO DE 1970

La Comisión de Justicia de las Cortes españolas, presidida por el excelentísimo señor don Raimundo Fernández Cuesta y Merelo, y de la que fue Secretario don Jesús López Medel, después de que el Presidente de las Cortes dirigiera unas palabras de salutación, y de que el Ministro de Justicia pronunciara el Discurso de presentación de los Proyectos de Ley de Adopción y de Peligrosidad Social, inició la discusión del Proyecto de Ley de modificación del Capítulo V del Título VII del Libro I del Código civil sobre adopción, la cual se desarrolló durante los días 9, 10, 11 y 12 de junio de 1970. Voy a seguir, artículo por artículo, las discusiones en el seno de la Comisión, para subrayar las cuestiones que dieron origen a mayores debates. En algún punto importante la Comisión modificó decisivamente el Informe de la Ponencia.

ART. 172. Algunos enmendantes reprodujeron sus propias Enmiendas no aceptadas por el IP., pero volvieron a ser desestimadas sin que fueran puestas a votación. Así ocurrió con las encaminadas a fijar una edad máxima para adoptar y para ser adoptado, que fueron desestimadas con la invocación del arbitrio judicial (Piñar López), o mediante las ponderadas razones esgrimidas por el señor Gómez de Aranda, quien reconoció ser materia “poco dogmática” la cuestión de la edad del adoptante y del adoptado, pero que habiendo sido aquélla rebajada a treinta años, parece ser ésta, en el estado actual. “la óptima para la adopción”, habiendo sido abandonada, por otra parte, “la fórmula de esperar a que no se tuvieran hijos para poder adoptar”. En cuanto a la fijación de una edad máxima para adoptar y ser adoptado, el propio miembro de la Ponencia hizo observar “que el Código civil es fundamentalmente el Derecho de la libertad”. Tampoco se aceptaron las Enmiendas Batlle y Angulo Montes —en algún sentido incompatibles— según las cuales, respectivamente, se debía permitir la adopción de los propios hijos ilegítimos no naturales, y se debía prohibir la adopción de los propios hijos naturales. El profesor Batlle alegaba que, al amparo de los reconocimientos unilaterales de hijos naturales, el 80 por 100 de adopciones envuelven, a la vez, la adopción de hijos ilegítimos; el señor Angulo Montes se oponía a que el instituto de la adopción se convirtiera en un procedimiento legitimador, o pseudo-legitimador. Pero el tema que suscitó más controversias fue el de la prohibición de los eclesiásticos.

La discusión alcanzó tanta viveza que, incluso, dio lugar a cierta confusión a la hora de valorar el resultado de la votación, siendo de notar, igualmente, que la propia Ponencia estaba dividida en este punto. Mientras en el PG. había desaparecido la prohibición, mantenida sin modificación en el texto primitivo del C. C. (art. 174, núm. 1.º) y en la reforma de 1958 (art. 173, núm. 1.º), en el IP. reaparecía con otra formulación: “No puede adoptar: 1.º Los ordenados *in sacris* y los profesores de una Orden o Instituto religiosos canónicamente aprobados”. Para justificar esta modificación se alegaba lo siguiente:

“Una parte de la Ponencia propone la aceptación de las Enmiendas número 9 (Reus Cid), 10 (Arrúe), 15 (Angulo Montes) y 30 (Villegas Girón), de modo que la prohibición anteriormente existente para los eclesiásticos figure como número primero de este párrafo, redactado, para mayor claridad, de acuerdo con los arts. 83, 4.º y 321 del Código civil. Resulta obvio que otros Ponentes propugnan el mantenimiento de la redacción del Proyecto”. La discusión volvió a replantearse en el seno de la Comisión, interviniendo en contra del mantenimiento de la prohibición los Procuradores Batlle, Landaburu González, Arteaga Padrón, Hertogs Echemendía y Arroyo Arroyo, y consumiendo turno en este sentido los miembros de la Ponencia señores Cabanillas Gallas y Gómez de Aranda. A favor del texto de la Ponencia intervinieron los Procuradores Villegas Girón, Rivas Guadilla, Angulo Montes, Reus Cid, Coronel de Palma y Ballarín Marcial, además de los ponentes señores Piñar López y Fanjul Sedeño. Debe advertirse que, con frecuencia, las intervenciones a favor del mantenimiento de la prohibición eran matizadas, habiendo una fuerte corriente de opinión que limitaba esta prohibición a los religiosos profesos.

Entre los argumentos en contra de la prohibición cabe mencionar los siguientes: *a)* No hay un paralelismo exacto entre la posibilidad de casarse y de adoptar, y no hay razón para disminuir los derechos ciudadanos de los sacerdotes y religiosos (Batlle); *b)* Si fuera conveniente extender la prohibición a los ordenados *in sacris*, debiera ir por otro camino y no por el de una ley civil; *c)* No se debe incurrir en el peligro de ser más papista que el Papa y mantener una postura más regresiva que la del Ministerio de Justicia (señorita Landaburu González); *d)* El hecho de ser un Ministro de la Religión Católica, ¿va a representar un concepto discriminatorio para prohibirle a él lo que no se prohíbe a los Ministros de las demás Confesiones religiosas? (Hertogs Echemendía); *e)* Es una limitación privativa del derecho español, sin más antecedentes históricos que los de nuestro propio país, salvo los del Código Sardo y del Código Austríaco (Cabanillas Gallas).

A favor del mantenimiento de la prohibición se adujeron las razones siguientes: *a)* Si mediante la adopción pretendemos el acogimiento filial en el seno de una familia, es evidente, en principio, que el ordenado *in sacris* carece de familia en que acoger al adoptado; *b)* Permitir la adopción a los religiosos y ordenados *in sacris* no sería bien recibido en nuestra sociedad actual, especialmente en los medios rurales (Rivas Guadilla) (7); *c)* Actualmente la adopción es un expediente legitimador (Piñar López); *d)* Con carácter general, el impacto sociológico (Fanjul Sedeño) (8).

(7) Este Procurador se adherirá, en definitiva, a la postura más moderada, que postula el mantenimiento de la prohibición para los religiosos profesos, permitiendo, en cambio, la adopción a los ordenados *in sacris* con expresa autorización canónica.

(8) Argumento que otros Procuradores habían expuesto, pero que el señor Fanjul Sedeño lo expresa con gran fuerza gráfica: “Si un sacerdote en un pueblo español adopta un niño, ¿os dais cuenta del impacto sociológico que

Sometido a votación el texto de la Ponencia obtuvo mayoría de 15 votos contra 12. El Presidente de la Comisión entendió que se había votado el principio general del mantenimiento de la prohibición, y que, al haber triunfado aquél, cabía admitir fórmulas que matizaran ésta. Puesta a votación una Enmienda *in voce* del señor Angulo Montes, que decía: "No pueden adoptar: 1.º Las personas a quienes su estatuto religioso prohíbe el matrimonio", fue aceptada por 15 votos a favor y 13 en contra (9).

El señor Angulo Montes, antes de terminar la discusión del artículo 172 introdujo una Enmienda *in voce* del tenor siguiente: "Las disposiciones de este capítulo serán aplicables siempre que la adopción deba realizarse ante la Autoridad judicial española, cualquiera que sea la nacionalidad del adoptante y del adoptado". La Ponencia estimó que no era el momento adecuado para discutirla. Ulteriormente no fue admitida.

ART. 173. Aparte de discusiones de detalle, hay que destacar la decisiva intervención del señor Herrero Tejedor para que se introdujera un párrafo relativo a la necesidad de la aprobación judicial de la adopción; Enmienda en la que coincidía fundamentalmente con otra presentada por escrito por el señor Arrúe, y que no había sido aceptada en su integridad por la Ponencia. A juicio del primero había que decir bien claramente que el Juez deberá ponderar siempre la procedencia de la adopción; no está de más decirlo —añadía— pues siempre cabe la inercia humana y natural de que algunos Jueces entiendan que, cumplidos los requisitos necesarios para la adopción, se está en el caso de tener que aprobarla, o que no es posible oponerse a ella; conviene llamar la atención sobre las facultades no puramente de revisión del expediente, sino de las circunstancias que concurren para valorar, según su prudente arbitrio, la procedencia o improcedencia, en cada caso concreto, de la adopción. En el texto definitivamente aprobado se recogía en su primera parte la Enmienda Herrero Tejedor, y en su última parte la Enmienda Arrúe.

ART. 174. Suscitó una amplia controversia la supresión que la Ponencia hizo de la intervención obligada de los Tribunales Tutelares de Menores en la declaración de abandono. En favor de dicha intervención se manifestaron los Procuradores Hernández Navarro, Rivas Guadilla y Hernández Claumarchirant. Argumentaban que estos Tribunales actúan con la doble vertiente de la facultad reformadora y protectora, y que por su especialidad en la materia se encuentran perfectamente facultados para la declaración de esta situación de abandono, y, contando con sus funcionarios especializados, podrían dar a esta declaración una mayor agilización que si se reserva esta facultad al Juez que instruye el expediente. La Ponencia ha modificado algo de lo que el Preámbulo del PG. señala como una de las inno-

representa ver pasear por las calles al muchacho de la mano del sacerdote y llamándole papá?"

(9) El señor Herrero Tejedor dijo en la reunión del día 10, con referencia a la confusión suscitada al votar: "La sesión de ayer es una muestra de lo que no debe hacer la Comisión de Justicia."

vaciones singulares del mismo. Los Tribunales Tutelares de Menores tienen, dentro de sus facultades fundamentales, la protección de los menores abandonados y por ello les corresponde hacer dicha declaración. No son Tribunales Administrativos, sino que desempeñan una función típicamente jurisdiccional.

Esta propuesta no prosperó, ni siquiera en la forma más atenuada mantenida por el señor Viola Sauret, en el sentido de que fuera exigido el informe previo de los Tribunales Tutelares para que el Juez de Primera Instancia pudiera hacer la declaración de abandono. Por la Ponencia el señor Fanjul Sedeño alegó que sostener la decisión vinculante del Tribunal de Menores sería empuqueñecer la función del Juez de Primera Instancia, e incluso, dejarle en una posición ridícula al tener que aceptar necesariamente la decisión del Tribunal Tutelar de Menores. El señor Hernández Navarro se refirió a que, cuando se apruebe la Ley Orgánica del Poder Judicial, se verá cómo queda todo y si se constituyen Tribunales jurisdiccionales especializados para los menores, pero hoy por hoy, ni como fórmula de transacción tales Tribunales son equiparables a los Jueces Ordinarios. Herrero Tejedor se opuso a que los Tribunales Tutelares de Menores sean institucionalizados en el Código civil, y alegó que puede ocurrir que se trate de adoptandos respecto de los cuales no había intervenido previamente el Tribunal Tutelar, en cuyo caso su informe sería un informe en blanco. Se aludió también a los Tribunales Familiares, que pudieran ser la nueva fórmula que adoptasen los citados Tribunales, pero el señor Fanjul Sedeño hizo notar que en tal caso los Jueces no serían funcionarios designados libremente por la Administración, sino elegidos entre la misma Magistratura.

Extraña en la discusión de este precepto que las importantes modificaciones en torno a la noción de abandono no suscitaran más intervenciones que la del señor Arrúe, quien, reiterando su Enmienda escrita, solicitó que desapareciera el concepto de abandono por causas involuntarias. Por la Ponencia le contestó el señor Piñar López con una vaga referencia "a razones de orden práctico".

ART. 175. Aquí la única discusión de algún interés fue la suscitada por el señor Poveda Murcia al solicitar que se introdujera en el segundo párrafo el inciso "salvo decisión judicial en contrario", lo que fue rechazado tras corto debate.

ART. 176. Hizo notar le señor Herrero Tejedor que en su primer párrafo se contenía la única referencia del proyecto al hijo "adoptivo", expresión terminológica que prefería sustituir por la de hijo "adoptado". El señor Gómez de Aranda, por la Ponencia, rechazó la propuesta (10).

ART. 177. La señora Veglison Jornet pidió que se suprimiera del segundo párrafo la facultad concedida a los padres naturales para impugnar la adopción, pues tal posibilidad constituye un verdadero trauma, tanto para la familia adoptante como para el hijo adoptivo.

(10) De "hijos adoptivos" se hablaba en los arts. 173, 178 y 179 del IP, además del propio art. 176.

Por la Ponencia contestó oponiéndose el señor Cabanillas Gallas, invocando las potestades decisorias del Juez.

ART. 178. El supuesto normal de la adopción plena realizada por cónyuges que llevan más de cinco años de matrimonio dio origen a un interesante debate suscitado por la señora Veglison Jornet, quien hizo ver que el plazo de cinco años que el precepto exige puede ser insuficiente en los casos de fecundidad tardía, y que si el legislador se proponía tener la seguridad de que no iba a haber descendencia, parecía lo mejor exigir un plazo mayor; en otro caso, proponía suprimirlo o sustituirlo por un certificado médico de infertilidad. En cierto modo esta propuesta —que ya había sido rechazada al ser hecha por escrito— venía a constituir un test sobre el grado de sensibilización del legislador español hacia los problemas planteados por la Medicina moderna en el Derecho civil (11). Se opusieron los Señores Rivas Guadilla y Villegas Girón, y por parte de la Ponencia el señor Gómez de Aranda argumentó que tal certificado carecía de razón de ser desde el momento en que cabía legalmente la concurrencia de hijos legítimos con hijos adoptivos, y que, por otra parte, el plazo de cinco años era exigido, no para asegurar la esterilidad del matrimonio sino para garantizar la estabilidad del mismo. Razones todas ellas que fueron aceptadas por la Enmendante.

ART. 179. A lo largo de toda la discusión del Proyecto el señor Angulo Montes había planteado insistentemente dos cuestiones de fondo, que reprodujo con ocasión de la discusión de este precepto, originando un debate de altura, calificado por un miembro de la Ponencia como “el último gran tema de esta ley”. Dicho Procurador se oponía a la posibilidad legal de que los propios hijos naturales fueran adoptados por sus padres, y, paralelamente, propugnaba con gran convicción y energía que los hijos plenamente adoptados fueran equiparados, a efectos sucesorios, con los hijos naturales. El núcleo de su argumentación era el siguiente: “Es de temer que un exceso de mal entendido progresismo, en orden a los efectos económicos de la adopción, de suyo secundarios, desencadenando situaciones de eventual perjuicio para los hijos legítimos, para el cónyuge, para los ascendientes, pueda conducirnos, antes que a facilitar, a restringir el uso previsible del instituto de la adopción”. “Tanto la filiación natural —añadía— como la adoptiva son filiaciones imperfectas frente a la completa que es la filiación legítima; y no parece propio que una filiación incompleta, la adoptiva, se equipare a la completa, sino a la otra también incompleta, a la del hijo natural reconocido”. Brillante fue la defensa de su Enmienda, haciendo ver los inconvenientes que para la familia legítima se derivaban del principio de equiparación:

“En primer lugar, en relación con los hijos legítimos, es obvio que, autorizada la adopción para quien tiene hijos legítimos,

(11) Tema que ha sido objeto de estudio en el Congreso de Derecho Comparado de Pescara de 1970.

el derecho sucesorio de éstos se verá afectado directamente por la equiparación incondicional del adoptivo o adoptivos. El cónyuge que ha de consentir se sentirá menos propicio a la adopción; los que han de recibir como hermanos al adoptado podrán participar de esos sentimientos. La recepción en el seno de la familia puede realizarse en condiciones menos idóneas al fin primordial de este instituto. Las disensiones familiares durante el proceso de la adopción pueden ser importantes; es previsible la frustración del intento de adoptar en muchos casos.

“En segundo término, en relación con los ascendientes del adoptante, pues éstos resultarán excluidos de la sucesión forzosa y de la legítima. Si concurren con un hijo natural reconocido —o con el adoptivo a éste equiparado— conservan su cuota legitimaria en la sucesión testada, y no son pospuestos en la intestada; pero si el adoptivo se equipara al legítimo, tales ascendientes pierden la cuota legitimaria y quedan pospuestos en la intestada.

“Por otra parte, como entre el adoptivo y los ascendientes del adoptante no se origina parentesco, los padres del adoptante, privados de todo derecho sucesorio, no podrán pedir alimentos al adoptivo de su hijo.

“Por lo que se refiere al cónyuge, respecto de la sucesión testada, el eventual perjuicio del cónyuge viudo en concurrencia con un hijo adoptivo —peor si con varios— es más notable que el correspondiente a la situación prevista en el Proyecto del Gobierno. En la intestada, el cónyuge del adoptante quedará reducido al usufructo viudal, perdiendo el llamamiento sucesorio. (...)

“La reserva no está prevista para el caso de adopción, en que resultaría más exigible que en los dos supuestos que la originan; y en la especial del art. 811, la problemática sería más acuciante aún. Será, pues, forzoso, decidir si el fallecimiento del hijo adoptivo determinará la obligación de reservar en favor de otros adoptivos o de los legítimos; si al fallecimiento del legítimo, el adoptivo es reservatario”.

La Enmienda Angulo Montes fue aceptada por el señor Rivas Guadilla, quien, sin embargo, se mostró de acuerdo con el PG., del que dijo que había recibido la aquiescencia de una Asociación de Padres de Hijos Adoptivos. También apoyó la Enmienda el señor Viola Sauret, quien planteó el dilema de equiparar los hijos adoptivos a los legítimos o a los naturales; personalmente estaba impresionado por las vulneraciones del derecho de la familia legítima que originaba el IP., y por ello votaría a favor de la Enmienda Angulo Montes; posteriormente se mostró partidario de una fórmula casuística de compromiso.

Fue el señor Herrero Tejedor quien planteó una vía intermedia con estas palabras: “Frente a la posición de la Ponencia de desarrollo al máximo; frente a la posición del señor Angulo de seguir como

está en el Código Civil, me uno a la del Gobierno de ir avanzando moderadamente". Este camino fue seguido por varios Procuradores; así, Poveda Murcia propuso que el hijo adoptivo ocupase en la sucesión del adoptante la misma posición que los hijos legítimos, si bien en la sucesión testamentaria no podría percibir más que el hijo legítimo menos favorecido; fórmula aceptada igualmente por la señorita Landaburu González. Muy matizada fue la propuesta del señor Ballarín Marcial, quien distinguió las siguientes hipótesis: 1.^a) Cuando no exista más que el hijo adoptivo debe ser totalmente equiparado al legítimo; 2.^a) Concurriendo con hijos legítimos, el padre puede disponer del tercio de libre disposición en su favor, pero el hijo adoptivo no puede percibir en los tercios de legítima y de mejora más que el hijo legítimo menos favorecido; 3.^a) Concurriendo con hijos naturales, sus legítimas deben ser iguales.

Ante la fuerte reacción en contra del IP. los miembros de la Ponencia no pusieron gran énfasis en la defensa del texto propuesto. Así, por ejemplo, el señor Cabanillas Gallas se limitó a destacar que la concurrencia de hijos legítimos con hijos adoptivos "será un acontecimiento realmente extraño" por su escasa frecuencia estadística—argumento de nulo valor dogmático—, viniendo a reconocer que no se sabe qué hacer con los derechos sucesorios de los hijos adoptivos, al no encontrarse el encaje adecuado en el sistema normativo del Código Civil. El señor Piñar López alegó el interesante precedente de la familia catalana, en la que no ha producido perturbación la equiparación sucesoria de los hijos adoptivos con los legítimos. Paradójicamente el texto de la Ponencia recibió el apoyo más entusiasta de parte de Procuradores que no integraban aquélla, en las intervenciones del señor Arrúe y, de modo especial, de la señora Veglison Jornet (12).

Por la Ponencia el señor Fanjul Sedeño propuso una fórmula de transacción: "El hijo adoptivo ocupa en la sucesión del adoptante la posición del hijo legítimo, si bien en la sucesión testamentaria no podrá percibir más que el hijo legítimo menos favorecido". Dicha fórmula fue retocada por el señor Cabanillas Gallas de la siguiente manera: "Los hijos adoptivos ocuparán la posición de los legítimos en la sucesión *mortis causa*, pero no podrá ninguno de aquéllos percibir a título de mejora o legítima más que el hijo legítimo menos favorecido".

Sometida a votación la última fórmula de la Ponencia, fue derrotada por 11 votos contra 12. La Enmienda Angulo Montes (equiparación de los hijos adoptivos a los hijos naturales) fue igualmente derrotada por 4 votos a favor contra 17. Otra Enmienda similar, presentada por el señor Rivas Guadilla, corrió idéntica suerte, siendo derrotada por 7 votos contra 13.

La jornada del 11 de junio finalizó en la Comisión de Justicia

(12) Las palabras de la Procuradora señora Veglison Jornet se encuentran transcritas en mi trabajo sobre "Aspectos sucesorios de la nueva Ley de adopción", en *RGLJ*, 51 (1970), p. 672, nota 5.

de las Cortes en un verdadero *impasse*, ya que había sido rechazado el texto del IP., y, simultáneamente, la Enmienda del señor Angulo Montes. Con frase certera el señor Fanjul Sedeño recordó que “en el Código Civil cabe inventar poco”.

En la sesión del día 12 de junio se vuelve a abrir un debate que sirve para que la Ponencia, por boca del señor Cabanillas Gallas, haga una exposición de los motivos que la condujeron a establecer la equiparación de los hijos adoptivos con los legítimos, pero después de una nueva votación negativa se vuelve a discutir el texto contenido en el PG.

Previamente, y a propuesta del señor Botija Cabo, la Ponencia acepta introducir dos importantes reformas en el texto del PG. consistentes en la supresión de la tercera particularidad y en la introducción de la expresión “por mejora” en la primera particularidad. En el nuevo texto se advierte la reintroducción del principio de equiparación, lo que si, de una parte, representa un buen ejemplo de habilidad dialéctica en el juego parlamentario, de otra tendrá difícil encaje con la aceptación de una norma especial para regular la concurrencia con hijos naturales, peligrosa concesión cuya falta de congruencia con el sistema había sido ya denunciada, desde otra perspectiva, por Angulo Montes (13). Finalmente, puesto a votación el artículo 179 queda aprobado por 21 votos a favor y 2 en contra. Este artículo ha sido el más debatido en el seno de la Comisión de todo el proyecto de ley, y su interpretación dará lugar a las más serias dudas doctrinales.

ART. 180. Queda aprobado sin discusión.

Disposición transitoria. No prosperaron las Enmiendas *in voce* encaminadas a que se declarase expresamente el régimen de las adopciones formalizadas antes de la nueva ley (Ballarín Marcial); a que se exigiera la conformidad del adoptado para la supresión del pacto sucesorio (León Sola); y a que se derogase la limitación establecida en los arts. 24, 1, y 58, 1, de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Tampoco prosperaron las Enmiendas Viola Sauret relativa a la competencia consular, ni Angulo Montes referente a la aplicación preferente de la *lex fori* en las adopciones realizadas en España (14).

(13) En la sesión del día 12 de junio había dicho el señor Angulo Montes: “Puede darse el caso de la triple concurrencia: los legítimos, los naturales y los adoptivos; y resulta que por esta regla no puede percibir el natural reconocido menos que el adoptivo y éste no puede percibir más que el legítimo. Por tanto, siguiendo la regla matemática de que ‘si dos cosas son iguales a una tercera son iguales entre sí’, resultan equiparados los tres: los naturales, los legítimos y los adoptivos.”

(14) Al terminar la discusión del proyecto de Ley, y a propuesta de los Procuradores señores García Valdecasas y Batlle, se acordó elevar una moción al Gobierno para la revisión total del Derecho de Familia.

II. CARACTERES DE LA LEY DE 4 DE JULIO DE 1970

1. ASPECTOS FORMALES

La Exposición de Motivos resume acertadamente los aspectos formales más destacados de la nueva normativa:

“La Ley mantiene la distribución del articulado correspondiente al capítulo V del título VII del libro I en tres secciones, tal y como se hizo, si no estrictamente, en la Ley de 1958, sí en la proyección de ésta en el Código Civil: una primera sección dedicada con cierta amplitud a las disposiciones generales; y dos secciones consagradas a los preceptos específicos de las dos clases de adopción admitidas. Para no introducir alteraciones numéricas que pueden resultar en algún aspecto perturbadoras, se ha hecho el esfuerzo de mantener el mismo número de artículos a costa quizá de desbordar los límites más deseables. Dentro de la sección primera ha parecido conveniente invertir el orden expositivo, anteponiendo, por obvias razones, las normas que regulan la constitución de la adopción a las que se refieren a los efectos y a la extinción de la misma.”

Baste añadir a lo transcrito que la estructura de la Ley es idéntica a la del PG., ya que en este aspecto el IP. se limitó a introducir modificaciones de contenido sin afectar a la forma. Con relación al articulado del Código Civil, tal como fue reformado en 1958, pueden señalarse las siguientes modificaciones de detalle: El nuevo artículo 172 recoge sustancialmente el contenido de los antiguos artículos 172 y 173; el nuevo art. 173 recoge perfeccionado el antiguo artículo 176; el actual art. 174 representa una novedad, conteniendo alguno de los elementos del párrafo 2.º del antiguo art. 178; el vigente art. 175 regula la materia contenida en los antiguos artículos 177 y párrafo 4.º del art. 178; el nuevo art. 176 contiene, con nueva orientación y sistemática, la materia del antiguo art. 174; el nuevo art. 177 reproduce el derogado art. 175 con meras modificaciones de detalle; por último, si bien los arts. 178, 179 y 180 vienen a coincidir con la materia regulada en los correlativos del texto derogado, su orientación ha sido decisivamente alterada, contribuyendo a dar una nueva fisonomía a la institución de la adopción en nuestro ordenamiento.

La técnica de conservar la numeración de los preceptos del Código es ya habitual en nuestro legislador, y corresponde, sin duda, al propósito de mantener la vieja estructura de aquél al realizar reformas parciales. Si bien no es éste el momento de someter a depurado análisis tal procedimiento legislativo, cabe destacar que no está exento de peligros; el propio legislador ha reconocido que con esta Ley se han desbordado los límites más deseables de extensión de algunos preceptos (como ocurre, por ej., con los arts. 173 y 174 de índole propiamente procesal y reglamentaria). Pero el riesgo ma-

yor estriba en el desajuste que una institución renovada puede producir en el sistema general del Código; tal inconveniente no parece haber sido descartado en la presente Ley —como tendré ocasión de poner de relieve— y ha debido inspirar seguramente las Mociones dirigidas al Gobierno en solicitud de una reforma general del Derecho de Familia.

2. LINEAS DIRECTRICES DE LA NUEVA LEY

Resumidamente dice la Exposición de Motivos que “como tónica dominante, la Ley persigue facilitar y robustecer el vínculo adoptivo”. Estas dos ideas fundamentales pueden servir para exponer las líneas directrices de la reforma.

La facilitación de la adopción se ha logrado a través de la rebaja de la edad para adoptar y de la diferencia entre las edades de adoptante y adoptado; al mismo fin coadyuva la desaparición de la prohibición de descendientes, y la cuidadosa definición de la noción de abandono, que viene a ser uno de los ejes de la institución, y que, acaso, ha sido peligrosamente ampliada al comprenderse en la Ley el llamado abandono involuntario; hay que incluir aquí la expresa permisión de que puedan ser adoptados los propios hijos naturales, y la considerable ampliación del ámbito de la adopción plena, ahora posible a los solteros y a los cónyuges separados inocentes, y que puede recaer, no sólo sobre los menores de catorce años, sino sobre los mayores de esta edad que convivieran antes de alcanzarla con el adoptante o adoptantes, y sobre los mayores unidos al adoptante por vínculos familiares o afectivos.

El robustecimiento del vínculo adoptivo se logra a través de la declaración general de que “en todo lo no regulado expresamente de modo distinto por la ley, al hijo adoptivo le corresponden los mismos derechos y obligaciones que al legítimo” (art. 176, 1); la equiparación de la adopción simple con la filiación natural a efectos sucesorios; la reducción de plazos para impugnar la adopción y la progresiva desvinculación del hijo adoptivo respecto de su familia de origen; en general, la supresión del pacto sucesorio y la nueva regulación de los aspectos sucesorios de la adopción implican un reforzamiento de los efectos de ésta, si bien merece algunas reservas el sistema sucesorio definitivamente aprobado.

Otro tipo de novedades no parece que puedan adscribirse especialmente a ninguna de las dos finalidades indicadas. Así ocurre con el mantenimiento de la competencia de la jurisdicción ordinaria frente a la intervención que se pretendía otorgar a los Tribunales Tutelares de Menores; la necesidad de que el Juez valore la conveniencia de la adopción sirve fundamentalmente para instaurar un control judicial de las condiciones de fondo que conducirá, a la larga, al robustecimiento del vínculo, aunque aparentemente no facilite las adopciones indiscriminadas; en general, se han incrementado los poderes del Juez en el proceso adopcional, respondiendo a la cre-

ciente intervención estatal en el Derecho de Familia; de carácter predominantemente técnico son las reformas introducidas en el artículo 173 en relación con la perfección del negocio jurídico adopticional; por último, apenas si presentan importancia sustancial las modificaciones terminológicas.

Al hacer un estudio paralelo de las líneas directrices de la Ley con las inspiradoras del PG. se advierte una sustancial coincidencia, si bien no faltan diferencias de detalle, pues se ha eliminado la intervención de los Tribunales Tutelares de Menores en la declaración de abandono, se ha restablecido la prohibición de los eclesiásticos, se ha suprimido la atenuada prohibición de descendientes, y se ha perfeccionado la redacción de algunos artículos (cfr. por ej., los artículos 173, 174 y 180).

Si la nueva Ley se compara con el IP. se observa una regresión en la línea progresiva de éste, especialmente en materia sucesoria.

III. EL NUEVO REGIMEN DE LA ADOPCION EN EL CODIGO CIVIL

1. CLASES DE ADOPCION

La nueva Ley ha conservado la dualidad de formas adoptcionales que introdujo la reforma de 1958, lo que está de acuerdo con la orientación seguida por algunas leyes europeas de fecha reciente, pero ha modificado la terminología por razones —al parecer— de tipo psicológico; así se dice en la E. de M. que la adopción menos plena “parece denotar una adopción de entidad escasa y movía a verla con recelo”; entiendo que tal dificultad podía haberse superado utilizando otras denominaciones, por ej., las de adopción normal y especial.

Si se atiende al encabezamiento del art. 180, la adopción simple es la figura normal o general, mientras que la plena constituye una figura especial o privilegiada (“sólo podrán adoptar plenamente”, dice el art. 178). Pero ocurre que las disposiciones generales contienen algunas normas que luego se reiteran en la adopción plena; que la nueva Ley ha ampliado considerablemente el ámbito de aplicación de la misma, por lo cual ya no está reservada sólo a los casados o a los viudos, ni únicamente puede recaer —como en el régimen anterior— sobre los menores de catorce años abandonados o expósitos, o respecto de mayores prohijados; y, por último, que el régimen de la adopción simple es tan parco en disposiciones que ofrece la impresión de que el propio legislador ha querido prestarle escasa atención, como si estuviera destinado a tener una reducida aplicación práctica. Por todo ello, quizá, no fuera aventurado concluir que la adopción plena va a convertirse en el supuesto normal o típico de la adopción, mientras que la simple será excepcional.

Con todo, conviene puntualizar que las partes que intervienen en el negocio jurídico adopticional son libres de utilizar una u otra forma

de adopción, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, válido, aunque de aplicación restringida en el ámbito del Derecho de Familia, y ello pese a alguna expresión de la Exposición de Motivos que pudiera interpretarse en sentido contrario (15).

Aun sin llegar a constituir clases de adopción como las dos anteriormente indicadas, hay ciertas modalidades que merecen alguna atención especial por las particularidades de su régimen jurídico.

Por razón del sujeto adoptante, pueden distinguirse:

a) La adopción conjunta por marido y mujer, privilegiada en cuanto a que, fuera de este caso, "nadie puede ser adoptado simultáneamente por más de una persona" (párrafo final del art. 172), y con relación a la edad mínima para adoptar (párrafo 3.º del propio artículo); tiene aplicación para la adopción simple y para la plena.

b) La adopción por el cónyuge inocente en virtud de ejecutoria de separación, que es una modalidad privilegiada aplicable a ambas clases, y que posee una regulación indebidamente reiterada (en rigor, bastaba la norma del art. 172,3, siendo innecesarias las referencias en los arts. 178,1 y 180,1).

c) La adopción por quien tiene hijos legítimos, legitimados, naturales reconocidos o adoptivos de cualquier clase, que es aplicable a ambas clases de adopción, y que tiene un régimen más riguroso al exigirse una especial valoración del Juez en orden a la conveniencia del menor (art. 173, párrafo final), si bien constituye una fórmula más atenuada que la derogada prohibición de descendientes.

Por razón del sujeto adoptado cabe diferenciar:

a) La adopción de los propios hijos naturales reconocidos, que es una interesante novedad respecto del régimen anterior, y que, si bien figura entre las disposiciones generales, en realidad parece aplicable únicamente a la adopción plena.

b) La adopción de menores abandonados, que es una modalidad privilegiada porque en ella "no será necesario el consentimiento de los padres o del tutor" (art. 174,1), y que, como novedad de la ley, resulta aplicable a ambas clases de adopción.

c) La adopción de huérfanos, posible en ambas clases de adopción, y meramente aludida en el art. 173 para exigir que en el proceso adoptacional sean "oídos los abuelos de la línea del padre o madre premuertos".

d) La adopción del hijo legítimo, legitimado, natural reconocido o adoptivo del consorte, que es una modalidad regulada expresamente en la adopción plena (art. 178,1), pero que parece de apli-

(15) El texto de la E. de M. dice lo siguiente: "De esta manera, la adopción simple viene a cubrir una etapa en la que no es posible constituir la en forma plena por faltar los requisitos específicos, advenidos los cuales podrán conducir sin solución de continuidad a la adopción plena." No parece que la frase subrayada permita fundar la opinión de que la adopción simple sólo es posible cuando no se dan los requisitos para la plena. Por el contrario, entiendo que las partes tienen autonomía para, supuestos los requisitos legales, elegir una u otra forma de adopción.

cación general por la referencia del art. 176,3 y por el precedente del derogado art. 180,1.

e) La adopción plena de mayores de catorce años conviventes con el adoptante o con cualquiera de los adoptantes, y la adopción plena de mayores —se entiende que de edad— unidos al adoptante por vínculos familiares o afectivos, reguladas ambas en el artículo 178,2 como modalidades privilegiadas de lo que parece ser el tipo general de adopción plena (adopción de menores de catorce años); la segunda de las contempladas requiere una especial valoración del Juez conforme al párrafo final del art. 173.

2. REQUISITOS GENERALES

Expondré, bajo este epígrafe, los requisitos generales para adoptar y ser adoptado, aplicables a cualquier clase de adopción y deducidos de la sección primera.

A) *Quién puede adoptar.*

Puede adoptar, en principio, cualquier persona individual, hombre o mujer, mayor de treinta años, que se halle en el ejercicio de todos sus derechos civiles, y que no esté incurso en ninguna prohibición legal.

a) Tener treinta años cumplidos.

Es muy notable la rebaja sucesiva de la edad mínima para adoptar, que ha pasado de los cuarenta y cinco años en la primitiva edición del C. C. a los treinta y cinco años de la reforma de 1958, y a los treinta años en la nueva Ley. Con acierto se preguntaba Castro Lucini (16), poco antes de la última reforma: “¿Cuál es el fundamento de la exigencia de esta edad especial? ¿Por qué no se permite adoptar, sin más, a los que han llegado a la edad de la pubertad —o, al menos, a los que tienen dieciocho años, si se sigue el criterio justinianeo—, o, en fin, a los mayores de edad? No es fácil contestar a esta pregunta. Rota la correlación entre la fijación de la edad mínima para adoptar y la exigencia de carecer de descendientes legítimos, el fundamento de la primera podía encontrarse en... evitar adopciones prematuras, fruto del entusiasmo juvenil... exigiendo para ello una edad que presume la madurez.” Se trata, ciertamente, de una materia no sujeta a rigurosas exigencias dogmáticas, sino que debe encomendarse a la prudencia legislativa, fijando como límite mínimo infranqueable la mayoría civil de edad. Algún Procurador propuso, efectivamente, esta última edad, lo que ya tiene precedentes en las legislaciones de los países socialistas (la Ley yugoslava de Adopción sólo exige en su art. 4.º que el adoptante tenga dieciocho años más que el adoptado; el art. 114, 3 del Código Polaco de Fami-

(16) CASTRO LUCINI: *Algunas consideraciones...* I, *El adoptante* cit., página 353. VERGER GARAU: *Loc. cit.*, p. 958, había propugnado reducir a treinta años el límite de edad mínima para adoptar, exigiéndola sólo a uno de los esposos.

lia y de Tutela de 1964 se limita a exigir al adoptante la plena capacidad de ejercicio).

Esta edad de treinta años es una edad especial, para cuyo cómputo se incluirá completo el día del nacimiento sea cualquiera la hora de éste. En la adopción conjunta por marido y mujer bastará que uno cualquiera de ellos la haya alcanzado; tampoco es preciso haberla cumplido en la adopción de los propios hijos naturales reconocidos. Pero fuera de estos casos no cabe dispensa de edad. Obsérvese, por último, que esta edad mínima puede elevarse como consecuencia de la aplicación del requisito de la diferencia de edades entre adoptante y adoptado de dieciséis años de edad.

Respondiendo a la idea de facilitar en lo posible la aplicación de la institución, no fija la ley una edad máxima para adoptar. Una meditada reflexión sobre este problema hubiera conducido probablemente a establecerla, pues hoy día no es posible ignorar las conclusiones médicas, psicológicas y sociológicas sobre esta materia. En una reciente obra colectiva se dice a este respecto (17):

“La adopción por un matrimonio de edad y sin hijos produce en la mayoría de los casos una mala adopción. Es lo que se desprende de las antiguas estadísticas de la Asistencia Pública, las cuales indican una proporción muy importante de fracasos cuando los adoptantes han superado los cincuenta años. Es preciso conocer sobre todo las dificultades ulteriores que se producen cuando, al crecer el hijo, los adoptantes se oponen a sus juegos, a sus diversiones y le someten a una disciplina de prohibiciones. La decisión tan tardía de una adopción es, en sí misma, bastante sospechosa. Bien entendido que, a menos que se presente de modo inesperado como imposición repentina para un niño ya mayor, huérfano o abandonado, la adopción voluntariamente decidida por un matrimonio de edad hace pensar que el temor de la soledad es el motivo subyacente determinante. De cualquier modo, parece indicado no crear voluntariamente una situación familiar que normalmente es ya una fuente de especiales dificultades.”

En nuestro derecho, en defecto de una limitación legal, la edad avanzada del o de los adoptantes sólo puede venir valorada de manera genérica por el Juez conforme al párrafo final del art. 173. Los informes médicos y psicológicos pueden resultar decisivos. Habrá que tener en cuenta la totalidad de circunstancias concurrentes; así, el hecho de que el adoptado haya convivido con el adoptante con mucha anterioridad a la adopción, o cuando el adoptado está unido al adoptante por lazos familiares o afectivos, puede eliminar los riesgos derivados de una edad avanzada en el adoptante.

(17) LAUNAY-SOULE-VEIL: *L'adoption* ³, París, 1968, pp. 65 y s.

b) Hallarse en el ejercicio de todos los derechos civiles.

La nueva fórmula del párrafo 3.º del art. 172 sustituye a la invariablemente mantenida desde la primitiva redacción del C. C. de hallarse el adoptante "en el pleno uso de sus derechos civiles". Aquella procede del PG., habiendo pasado sin variaciones al IP. y al texto definitivo.

Castro Lucini (18), recogiendo el parecer general de la doctrina anterior, interpretaba la fórmula derogada en el sentido de que al emplear la ley la expresión "pleno uso" en vez de "plena posesión", se exige en el presunto adoptante no sólo que esté en la posibilidad de ostentar unos determinados derechos civiles, sino que efectivamente los ostente y, además, que pueda ejercitarlos en toda su extensión, sin limitación alguna; lo cual se justifica en el superior interés del adoptado que merece la máxima protección.

El cambio de fórmula no parece haber variado el sentido del precepto, que habrá de interpretarse como la exigencia de la plena capacidad de obrar, aplicable a todos los casos, incluso en los de dispensa legal de la edad mínima; parece, por tanto, que la mujer soltera mayor de edad, pero menor de veinticinco años, obligada a vivir en el domicilio paterno, no podrá adoptar a su hijo natural hasta que alcance esta última edad, pues no "ejerce" la totalidad de sus derechos civiles.

Por no reunir aquella capacidad, no pueden adoptar los locos y dementes judicialmente declarados, aunque tengan intervalos lúcidos, los sordomudos que no sepan leer y escribir, los pródigos, los sujetos a interdicción civil, los concursados y los quebrados.

En principio, el supuesto de los menores de edad, aunque estén emancipados, no debiera plantearse aquí al no reunir la edad mínima para adoptar; sin embargo ofrece interés su consideración en los casos de dispensa legal de edad; en la adopción conjunta por marido y mujer, aunque se dispensa para uno de ellos el requisito de haber cumplido la edad de treinta años, no puede prescindirse de que éste se halle en el ejercicio de *todos* sus derechos civiles, y por ello se le exigirá como mínimo la mayoría de edad (19); lo propio se diga del padre natural que adopta a su hijo.

En cuanto al ausente, parece que tendrá capacidad para adoptar, exigirá como mínimo la mayoría de edad (19); lo propio se diga del de ausencia en otro lugar disminuya por ello sólo su capacidad civil (20).

Ciertas circunstancias personales afectan de algún modo a la capacidad para adoptar. La Comisión de Justicia no quiso pronunciar-

(18) CASTRO LUCINI: *Loc. cit.*, p. 347.

(19) Comentando la nueva Ley, ARCE y FLÓREZ-VALDÉS: "En torno al consentimiento para la adopción a tenor de la Ley de 4 de julio de 1970", en *RGLJ*, 51 (1970), y en ed. sep., p. 48, dice que está implícita la limitación de que "en todo caso, el cónyuge menor de treinta años, en la adopción conjunta, ha de ser mayor de edad, toda vez que en caso contrario no se hallaría en el ejercicio de todos sus derechos civiles".

(20) CASTRO LUCINI: *Loc. cit.*, p. 350.

se sobre el problema de las adopciones por extranjeros realizadas en España, ni tampoco se planteó la cuestión de poner al día la referencia a la adopción contenida en el art. 20, 3 C. C., que correspondía al régimen primitivo de la adopción y ya no concordaba con la reforma de 1958. En principio, para la adopción realizada por extranjeros en España habrá que aplicar la ley nacional, conforme al art. 9 C. C. y la Resolución de 7 de diciembre de 1949, si bien no faltan orientaciones favorables a la acumulación de la ley personal con la ley española (21). También parece que habrá que permitir a un extranjero que adopte en España según la ley española, de conformidad con el art. 27 C. C. En último término la condición de extranjero podrá ser valorada genéricamente por el Juez para decidir sobre la conveniencia de la adopción para el adoptado.

La pertenencia o adscripción a una determinada confesión religiosa condicionará, en su caso, la aplicación de la primera de las prohibiciones para adoptar del art. 172

La situación económico-social y el propio *status* de filiación del adoptante, así como su estado familiar serán circunstancias muy importantes que el Juez podrá valorar caso por caso para aprobar, o no, una adopción; en este orden de ideas, la petición de informes a toda clase de expertos parece sumamente aconsejable (22). Por otra parte, el *status* de casado, o de cónyuge separado, influyen a la hora de integrar el consentimiento del adoptante en la formación del negocio adoptional.

c) Prohibición para adoptar.

La nueva normativa ha eliminado la llamada prohibición de descendientes, y ha conservado las otras dos, si bien dando una nueva formulación a la antigua prohibición de los eclesiásticos.

Ya se ha explicado anteriormente el proceso seguido hasta la supresión de la prohibición de descendientes. El PG. inició un tímido movimiento de reforma, permitiendo la adopción a quien tenía descendientes legítimos, legitimados o hijos naturales reconocidos, con dispensa del Jefe del Estado, lo cual fue visto con ciertos reparos por la doctrina (23). Cierta número de Enmiendas propugnaron la desa-

(21) Cfr. LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA: *Derecho de Familia*, Barcelona, 1966, pp. 425 y s.

(22) Aportan mucha luz las páginas dedicadas a "los que no deberían adoptar" que se contienen en la citada obra de LAUNAY-SOULE-VEIL, pp. 72 y s.

(23) CASTRO LUCINI: "Ante el proyecto de Ley modificando la adopción", en *RDN*, enero-marzo 1970, p. 63, ha escrito: "La atribución de la dispensa al Jefe del Estado es posible que ofrezca ciertos reparos, ya que puede suceder que, una vez concedida, el Juez no autorice la adopción, con la consecuencia de resultar estéril, o, a la inversa, que el Juez se predispone favorablemente en virtud de la dispensa concedida. Además, como la dispensa parece que deberá concederse para adoptar a una persona determinada, no para adoptar *in genere*, su tramitación puede perjudicar al adoptado si acaba por denegarse, pues acaso le prive de otras oportunidades. Si no fuera así, es decir, si se admite la dispensa para adoptar sin especificación del adoptado, queda por determinar por cuánto tiempo es válida la dispensa, ya que las circunstancias que aconsejaron concederla pueden variar con el tiempo." El sistema de dis-

parición de la prohibición, orientación aceptada por el IP., por lo cual fue suprimido el núm. 2.º del art. 173 C. C., siendo de notar que en todo momento de este proceso legislativo se permitió la adopción de los hijos naturales reconocidos, no obstante la oposición de algún Procurador. Coherentemente con la indicada supresión, la nueva normativa contempla expresamente la concurrencia de los hijos adoptivos con los legítimos y naturales en el ámbito sucesorio (art. 179). De modo general cabe concluir que la reforma ha sido un acierto del legislador, ya que la prohibición era muy discutida por la doctrina (24), siendo muy convincentes las razones esgrimidas en contra (25). Con la supresión se ha logrado, no sólo un acercamiento, sino, a lo que creo, una identificación con el Derecho foral catalán, de suerte que el art. 6.º de su Compilación carece ya de propio contenido. Pero debe advertirse que, quizá, como una concesión a quienes defendían la subsistencia de la prohibición, el art. 173 párrafo final ordena al Juez que valore muy especialmente la conveniencia de la adopción para el adoptando en el supuesto de que el adoptante tuviera hijos legítimos, legitimados, naturales reconocidos u otros adoptivos. Entiendo que tal exigencia no sería debidamente cumplida si el Juez se limitara a oír a tales descendientes, si estuvieran en edad de expresar una opinión y asintieran a la adopción, sino que debe proceder a una valoración objetiva de las circunstancias, no estando, tampoco, vinculado por una opinión contraria a la adopción emitida por tales descendientes. Por razones de moralidad, podría ser desaconsejable la convivencia del adoptado con un hijo natural del adoptante; igualmente, el fracaso de una primera adopción, o la grave dificultad de la misma, pueden desaconsejar una segunda experiencia. El sistema de que

pensa por el Jefe del Estado es el actualmente en vigor en Francia después de la Ley de 11 de julio de 1966. Dice MORIN: *La réforme de l'adoption*, París, 1967, pp. 12 y s.: "Durante la discusión del proyecto de Ley la Asamblea Nacional había admitido la posibilidad de la adopción, aun en presencia de hijos legítimos, bajo ciertas condiciones. El Senado ha preferido volver a la regla antigua, en virtud de la cual la adopción sólo se permite en ausencia de descendientes legítimos. Y finalmente se ha aceptado esta disposición. Cuando una persona, o los cónyuges, tienen hijos legítimos vivos, no les está permitido adoptar otros (art. 345,1). Ocorre lo mismo cuando han muerto los hijos de los adoptantes dejando una descendencia legítima. Por el contrario, la adopción es posible si los hijos de los adoptantes han muerto sin posteridad. Pero teniendo en cuenta ciertas circunstancias excepcionales, el legislador ha previsto la posibilidad de derogar la regla anterior por la vía de la dispensa del Presidente de la República. A título de ejemplo, el señor Jozeau-Marigné ha considerado en su *rapport* de modo especial el caso de niños abandonados recogidos por familias en las que son considerados por todos como hijos legítimos." CASTÁN VÁZQUEZ: "La descendencia del adoptante como obstáculo para la adopción", en *RDP*, 46 (1970), y en ed. sep., p. 16, no dejaba de ver ventajas en el sistema del PG. y recordaba que el Código Civil admite tradicionalmente la legitimación de hijos naturales por concesión real.

(24) Resume muy bien los argumentos en contra, CASTÁN VÁZQUEZ: *Loc. últimamente cit.*, pp. 5 y s.

(25) A juicio de CASTÁN VÁZQUEZ: *Loc. cit.*, p. 6, la prohibición es débil ante los argumentos modernos de índole social o práctica; no puede escudarse en el precedente del Derecho Natural ni en el precedente del Derecho Romano.

el Juez valore especialmente la conveniencia de la adopción en estos casos, es, en mi opinión, diverso del de dispensa judicial propugnado por algún autor como sustitutivo de la dispensa del Jefe del Estado (26).

La prohibición de los eclesiásticos ha seguido un proceso legislativo en sentido inverso al de la prohibición de descendientes. Fue abolida aquélla en el PG., siendo restablecida por mayoría de votos en el IP. con una nueva formulación que respondía mejor a la finalidad del precepto (expresado así: “Ordenados *in sacris* y los profesos en una Orden o Instituto religioso canónicamente aprobados”), según había puesto de relieve la doctrina (27). Después de un animado debate en la Comisión de Justicia, se llegó al texto siguiente: “No pueden adoptar: 1.º Las personas a quienes su estatuto religioso prohíba el matrimonio”. Bajo un ropaje más actual se aloja, sin duda, una prohibición típica del ordenamiento español, sólo parangonable a la establecida en el § 179 All. BGB. austríaco, y que parece chocar con las ideas actualmente vigentes en materia de libertad religiosa. Por otra parte, su formulación es tan amplia, que desborda literalmente los límites de la antigua prohibición. Ha prevalecido, sin embargo, la convicción de que el Estado puede imponer limitaciones a los derechos individuales por razones de ética social; en ambientes bastante amplios está vigente la idea de que no debe permitirse la adopción a las personas a quienes la ley prohíbe el matrimonio, y la nueva normativa se ha hecho eco de la misma; con todo, parece prudente que el legislador esté atento a la rápida evolución de la opinión pública en este ámbito. La fórmula resulta igualitaria para todas las confesiones religiosas —y ello representa un acierto, sin duda— sin que se mantenga lo que podía interpretarse como especial discriminación para los miembros de la Iglesia Católica. Entiendo que la prohibición no se aplicará al sacerdote o religioso secularizado, con dispensa canónica del voto de castidad. A través de esta prohibición, la ascripción a una determinada confesión religiosa puede influir en la capacidad civil para adoptar de manera indirecta, siempre que el respectivo estatuto religioso prohíba el matrimonio. Hay aquí una remisión, no sólo al Derecho canónico de la Iglesia Católica sino al derecho propio de cualquier otra confesión religiosa, ya que la ley prohibitiva del matrimonio que aquí se toma en cuenta no es la norma civil, sino la religiosa. No es de esperar que esta prohibición origine graves problemas interpretativos; sin embargo, la fórmula utilizada no parece muy acertada.

La prohibición impuesta a los tutores se ha mantenido con leves retoques de expresión. El texto derogado prohibía la adopción “al tutor respecto de su pupilo hasta que le hayan sido aprobadas definitivamente las cuentas”. Ahora se expresa que no puede adoptar “el

(26) CASTRO LUCINI, en *RDN* últimamente cit., p. 63, sostenía que “quizá hubiera sido más indicado atribuir la facultad de dispensar al propio Juez que debe autorizar la adopción, quien está más en contacto con la variabilidad de los casos y circunstancias, simplificando trámites”.

(27) Cfr. LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA: *Op. cit.*, p. 426, nota 2.

tutor respecto de su pupilo antes de aprobadas definitivamente las cuentas de la tutela". Como se había puesto de relieve por la doctrina (28) debe tratarse de las cuentas generales o finales, alcanzando la prohibición al tutor que recibió el cargo con asignación de frutos por alimentos, no exigiendo, sin embargo, el texto legal que el saldo final haya sido satisfecho, pese a que dejar pendiente esta deuda hace sumamente difícil su cobro después de la adopción; si hay controversia sobre la rendición de cuentas, deberá esperarse a que se resuelva por sentencia firme.

B) *Quién puede ser adoptado.*

En principio, puede ser adoptada cualquier persona, varón o hembra, cualquiera sea su edad, mayor o menor, con tal que tenga dieciséis años menos que el adoptante, capaz o incapaz, sean cualesquiera su propio *status* de filiación, su estado familiar, su religión y su nacionalidad.

No hay discriminación por razón del sexo en sí mismo considerado, ni con relación al del adoptante. No hay límites legales, mínimos ni máximos, con relación a la edad del adoptado; podrá adoptarse a un recién nacido (con tal que no haya sido internado en una casa o establecimiento benéficos), y parece que también a un *nasciturus* (29), ya que la adopción debe considerarse como un efecto favorable para el mismo, a tenor del art. 29 C. C.; tratándose de niños abandonados que han sido internados en una casa o establecimiento benéficos, del art. 174 resulta un plazo mínimo de seis meses para que proceda la declaración judicial de abandono, la cual constituye un presupuesto legal de la adopción en estos casos. No prevalecieron en la Comisión de Justicia las Enmiendas encaminadas a reducir la adopción a los menores de edad; hay que reconocer que no se ven muy claras las finalidades de la adopción realizada en favor de mayores de edad, salvo que se trate de incapacitados (30).

Mientras que al adoptante se le exige la plena capacidad jurídica y la plena capacidad de obrar, la ley sólo requiere en el adoptando la primera; cualquier persona individual, capaz o incapaz es, en principio, susceptible de ser adoptada; el art. 173 letra D) contempla expresamente el caso de un adoptando sometido a tutela; tratándose de niños subnormales, la adopción —en particular, si es plena— puede ser un excelente complemento y sustituto de la tutela.

(28) Cfr. CASTRO LUCINI: "Algunas consideraciones críticas...". II, "El adoptado", en *ADC*, 21 (1968), pp. 407 y ss.

(29) Se ocupa de este caso GAMBON ALIX: *Op. cit.*, pp. 113 y s., llegando a una solución afirmativa siempre "que conste con la debida certeza el estado de embarazo de la madre y además que exista algún motivo para que la relación de adopción deba constituirse con premura, sin esperar el nacimiento y la viabilidad".

(30) Sumariamente me ocupé del tema en mi comunicación sobre *La adopción de mayores de edad* a las II Jornadas Nacionales sobre la Adopción de Oviedo; cfr. el número de septiembre-octubre de la *Revista de la Obra de Protección de Menores*, pp. 88 y ss.

Es indiferente el *status* de filiación del adoptando y así puede ser adoptado tanto un hijo legítimo, como legitimado, natural reconocido o no reconocido, o ilegítimo no natural. Con todo hay que reconocer que las finalidades asistenciales de esta institución se cumplen ordinariamente respecto de huérfanos, abandonados o hijos ilegítimos en general. Tampoco importa la situación familiar en que se encuentre el adoptando, el cual puede ser soltero, casado (en cuyo supuesto el cónyuge deberá prestar el consentimiento a la adopción, conforme al art. 173 apartado B), o separado declarado judicialmente inocente (en cuya hipótesis se le dispensa de obtener tal consentimiento).

No se toma en cuenta la posible diferencia de religión entre adoptante y adoptando; sin embargo, acaso quepa plantear aquí el problema práctico de asegurar la educación religiosa del adoptando en el seno de la confesión en que fue bautizado, exigiendo garantías al adoptante de religión distinta, y no autorizándose la adopción por el Juez en el caso de no ser prestadas.

No parece dudoso que un súbdito español pueda adoptar a un extranjero, ni que un extranjero pueda hacerlo respecto de otro extranjero o respecto de un español (31).

Ofrece especiales características la adopción de abandonados y de parientes.

a) La adopción de niños abandonados.

Se trata de una de las novedades de la reforma que representa una mejora respecto del régimen anterior, no exenta, sin embargo, de algún reparo. La E. de M. justifica así el contenido del nuevo art. 174:

“La situación del menor abandonado, que en el texto precedente se contemplaba junto con la del expósito y a los estrictos efectos de la adopción plena, es considerada ahora de manera más amplia y precisa en el plano de las disposiciones generales. El texto propuesto bosqueja un concepto del menor abandonado en términos que hacen innecesaria la referencia a la figura anacrónica y peyorativa del expósito. Sobre la base de datos facilitados por la experiencia, unidos a criterios que tienen el respaldo de la ciencia médica, con el propósito de dispensar la máxima protección al menor, ha parecido oportuno reducir el tiempo requerido para apreciar determinadas situaciones de abandono al exigir sólo el transcurso de seis meses. Así resultará legalmente posible la adopción en edad óptima para el adoptado, tanto en el sentido de poder beneficiarse primero de los cuidados del adoptante, como en el de no percibir el cambio que en otras edades necesariamente se experimenta.”

(31) Sobre el problema en general, cfr. María Francisca DURÁN CARO: “La adopción y los extranjeros”, en la *Rev. cit.*, pp. 85 y s.; ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS: *La adopción de expósitos y abandonados* cit., pp. 77 y s. La Res. de 7 de diciembre de 1949 declaró, en un caso de adopción de una expósito por un matrimonio peruano, que los requisitos de forma deben ser examinados según la Ley española.

Un niño abandonado podrá ser objeto, tanto de adopción simple como de adopción plena. Se han eliminado las antiguas dudas surgidas en torno a los conceptos de abandonado y expósito (32), que se sustituyen por un concepto unitario que engloba las diversas hipótesis penales y civiles que pueden darse. Este supuesto de adopción de niños abandonados se presenta como privilegiado, ya que, según el art. 174, 1 "no será necesario el consentimiento de los padres o del tutor, prevenido en el artículo anterior". Además constituye un caso especial porque se exige la previa declaración judicial de abandono como presupuesto de la adopción de menores de catorce años que se encuentren en tal situación.

A efectos de la adopción, el abandono constituye una situación objetiva con independencia de su causa. Dice el párrafo 2.º del artículo 174: "Se considerará abandonado el menor de catorce años que carezca de persona que le asegure la guarda, alimento y educación. Para apreciar la situación de abandono será irrelevante que éste se haya producido por causas voluntarias o involuntarias". De la discusión en la Comisión de Justicia de las Cortes resulta claro que entran en aquel concepto: el niño recién nacido a quien su madre deja en un portal sin ningún elemento identificador; el huérfano que carece de toda clase de familiares y respecto del cual no se ha constituido todavía la tutela; el menor de catorce años extraviado por sus padres con ocasión de una calamidad pública. No parece, sin embargo, que baste una carencia momentánea de cuidados por causa de una ausencia pasajera de los padres; pero el plazo de seis meses que el propio artículo establece más adelante, lo considero no aplicable al abandono simple, es decir, al no cualificado por la entrega del menor a una casa o establecimiento benéfico.

La lectura detenida del art. 174 nos conduce a la conclusión de que hay dos clases de abandono, uno simple y otro cualificado. El simple abandono puede ser realizado mediante declaración expresa o tácita de voluntad de la persona encargada de la guarda, alimento y educación del menor de catorce años. Obsérvese que no se exige que tal situación sea provocada precisamente por el titular de la patria potestad; podría darse el caso de que el padre y la madre, al ausentarse de España para trabajar en el extranjero, hubieran entregado a sus hijos menores de catorce años a parientes o personas de su confianza, o, incluso, a un centro docente en calidad de interno, y que por el descuido o negligencia de estas personas o entidades viniera a resultar procedente la declaración judicial de abandono; tal declaración sería, en mi opinión, ajustada al texto legal, con independencia de las acciones que a los padres otorga el art. 177 para pedir que se declare extinguida la adopción. En un laudable deseo de facilitar la adopción estimo que el legislador ha llegado demasiado lejos, y debe

(32) Cfr. por todos ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS: *En torno a los conceptos de abandonado y expósito* cit.; CASTRO LUCINI: *Algunas consideraciones críticas...* II, *El adoptado* cit., pp. 381 y ss.

ser función delicada e indeclinable de los Tribunales matizar y perfilar el concepto legal de abandono.

Hay, además, un abandono cualificado por “la entrega del menor en una casa o establecimiento benéficos” (párrafo 3.º del art. 174). Esta entrega cabe concebir que se haga con una expresa reserva de los derechos de patria potestad sobre el menor; más aún, es aconsejable que así se haga cuando la madre desea evitar dolorosas sorpresas posteriores; en principio tal acto de la madre no supone nada deshonoroso, y la ley debe respetar en lo posible su voluntad manifestada de conservar a su hijo. Pero tal entrega puede hacerse con una expresa declaración de abandono, o ésta puede surgir posteriormente; a dicha declaración de voluntad el art. 174 equipara la circunstancia de que el menor hubiera sido entregado sin datos que revelen su filiación, o cuando se ha producido la falta de interés por el menor de modo efectivo mediante actos que demuestren la voluntad de no asistencia. A diferencia del simple abandono, que no exige un plazo determinado para su apreciación, pudiendo ser simultáneo con la declaración de voluntad del abandonante, o inferirse al cabo de un tiempo prudencial de actos concluyentes de su autor, el abandono cualificado debe mantenerse como mínimo durante seis meses, aclarando el art. 174 que “la mera petición de noticias no interrumpe por sí sola el referido plazo”.

En consecuencia, hay diferencias sustanciales entre el simple abandono y el que denomino cualificado; el primero puede resultar de una mera declaración de voluntad ejecutada de modo inmediato, o de un hecho de inasistencia del menor cuyos efectos se prolongan por un espacio relativamente corto de tiempo; el segundo exigirá en todos los casos el transcurso de seis meses, durante los cuales sería, incluso, relevante la retractación de una inicial voluntad de abandono, la cual no considero significativa en el primer supuesto.

El párrafo final del art. 174 ordena que la situación de abandono sea apreciada y declarada por el Juez competente para conocer el expediente de adopción. Esta ha sido una de las materias más debatidas del PG., ya que tal competencia era inicialmente atribuida a los Tribunales Tutelares de Menores, pasando luego en el IP. a la competencia de la jurisdicción ordinaria. Quizá haya que pensar en un próximo futuro en la creación de Jueces o Tribunales especializados en Derecho de Familia.

Nada se dice en la ley sobre el procedimiento para hacer la declaración judicial de abandono; es una laguna sensible si se tiene en cuenta la falta de concordancia, acusada hace tiempo, entre la Ley procesal civil y el C. C. en materia de adopción.

b) La adopción de parientes.

No puede en ningún caso plantearse la adopción de un ascendiente por un descendiente, ya que siempre faltaría la diferencia de edad exigida con carácter general. Entiendo también que ningún ascendiente por consanguinidad legítima tiene interés en adoptar a su descendiente de cualquier grado (hijo o nieto), ya que los beneficios de tal

adopción no podrían superar a los que proporciona el vínculo de legitimidad; la solución parece clara en el caso del padre con respecto a su hijo legítimo (y lo mismo podrá predicarse en el caso de hijo legitimado por subsiguiente matrimonio); opino que el abuelo tampoco podrá adoptar al nieto, hijo legítimo de un hijo legítimo, ni siquiera con la finalidad de conservar el apellido materno que apunta algún autor (33).

En cambio, a diferencia del régimen anterior tal como lo interpretaba la doctrina (34), se declara expresamente que "los propios hijos naturales reconocidos podrán ser adoptados aunque no concurren los requisitos de edad mencionados en el párrafo anterior" (artículo 172,4); permisión que según la E. de M. "se inserta así en la muy difundida corriente de dignificación de la filiación natural". Ha coadyuvado probablemente a ello la desaparición de la prohibición de descendientes, y la mejora de situación jurídica del hijo adoptivo. Ahora bien, pese a la inserción de aquella norma dentro de las disposiciones generales, cabe preguntar si tiene, en realidad, aplicación a ambas formas de adopción. Si en la simple adopción, el hijo adoptivo ocupa en la sucesión del adoptante la misma posición que los naturales reconocidos (art. 180,3), se puede dudar seriamente que convenga al hijo natural tal forma de adopción; por otra parte, el art. 178,1 vuelve a reiterar que pueden adoptar plenamente el padre o madre al propio hijo natural reconocido, con lo cual se plantea el problema de si la mención de esta modalidad de adopción en el párrafo 4.º del art. 172 fue un descuido del legislador. Acaso pueda concluirse que la adopción de los hijos naturales reconocidos sólo parece conveniente en forma plena, siendo privilegiada en cuanto a los requisitos de edad y sin que sea exigida la especial valoración que el párrafo final del art. 173 exige al Juez cuando el adoptante tenga hijos naturales reconocidos, ya que semejante rigor sería contradictorio con la consideración favorable que al legislador merece este tipo de adopción

Anteriormente me he referido a la desestimación de la Enmienda Batlle encaminada al reconocimiento expreso de la posibilidad legal de adoptar a los propios hijos ilegítimos no naturales. Pese a ello entiendo que no hay base en la ley para negar tal posibilidad. Naturalmente, habrá que cumplir los requisitos generales, y así el cónyuge del adoptante podrá, en su caso, negar su consentimiento a la adopción del hijo adulterino de este último. La misma solución permisiva entiendo que deberá darse al caso de filiación natural no reconocida (35).

No reputo posible la adopción entre hermanos consanguíneos, pero

(33) CASTRO LUCINI: *Loc. últim. cit.*, p. 402.

(34) La *communis opinio* la recoge GAMBON ALIX: *Op. cit.*, pp. 142 y s. La doctrina recoge la Res. de 23 de octubre de 1947, según la cual la madre no puede adoptar al hijo natural reconocido por ella.

(35) Con anterioridad a la Ley eran favorables a la adopción de los propios hijos ilegítimos no naturales: CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE: *Loc. cit.*, pp. 61 y s.; CASTRO LUCINI: *Loc. últim. cit.*, pp. 402 y s.

sí entre otros colaterales; tampoco deberá admitirse la adopción entre cónyuges, la cual repugna a la naturaleza de la institución (36).

La adopción entre parientes por afinidad no parece suscitar reparos doctrinales (37), y, por otra parte, el derogado art. 180,1 contemplaba algún supuesto que en la nueva regulación se ha tipificado con carácter general (cfr. el art. 176,3 que regula la adopción por un cónyuge del hijo legítimo, legitimado o natural reconocido del otro); a su lado entiendo que cabe concebir la adopción entre cuñados o la que el suegro o suegra puedan efectuar respecto de su yerno o nuera.

C) *La diferencia de edad entre adoptante y adoptado.*

Pertenece a la naturaleza de la institución que exista una diferencia de edad entre el sujeto adoptante y el adoptado, no sólo porque *adoptio imitatur naturae*, sino porque lo exige así el cumplimiento de la finalidad asistencial de la institución. La fijación de tal diferencia ha variado de unas épocas a otras, y de unas legislaciones a otras. Resumiendo Castán Vázquez (38) las tendencias actuales del Derecho Comparado, afirma que subsiste el antiguo requisito, situándose los límites mínimos de la diferencia entre quince y veinte años, mientras que los límites máximos, cuando se ponen, suelen situarse en cuarenta y cinco o cincuenta años, cabiendo también un sistema de límites discrecionales.

En nuestro Derecho es un requisito constante, pero que ha variado en su extensión; la primitiva redacción del C. C. señaló la edad de quince años, pasando a ser de dieciocho años en la reforma de 1958. y reduciéndose a dieciséis años en la vigente Ley. La Exposición de Motivos parece justificar esa reducción por la operada en la edad para adoptar.

Observa Castán Vázquez (39) que se continúa exigiendo objetivamente la diferencia mínima de edad sin formular, como algún ordenamiento extranjero, excepciones; se exige en las dos especies de adopción y no puede ser dispensada por el Juez. La adopción conjunta por marido y mujer y la adopción de los propios hijos naturales, no son privilegiadas a este respecto.

En las adopciones en edad temprana, la diferencia mínima de edad viene absorbida por la exigencia de los treinta años como edad mínima para adoptar, desde un punto de vista práctico; tal diferencia comienza a funcionar en las adopciones de jóvenes y de adultos, haciendo elevar indirectamente la indicada edad mínima. Cabe des-

(36) En la doctrina española no ven obstáculo a la adopción entre hermanos: LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA: *Op. cit.*, p. 427, y CASTRO LUCINI: *Op. últim. cit.*, p. 403. Por mi parte entiendo que al vínculo de fraternidad repugna que se le superponga uno de filiación adoptiva. En cuanto a la adopción entre cónyuges se está de acuerdo, por lo general, en rechazarla.

(37) Se ocupa de ella CASTRO LUCINI: *Op. últim. cit.*, p. 403, y la considera posible en nuestro Derecho.

(38) CASTÁN VÁZQUEZ: "La edad del adoptado", en *RGLJ*, 51 (1970), y en ed. sep., p. 22.

(39) CASTÁN VÁZQUEZ: *Op. últim. cit.*, p. 34.

tacar, por último, que es, probablemente, pura coincidencia aritmética la circunstancia de que la suma de los dieciséis años (de la diferencia de edad) con los catorce (de la edad máxima para ser adoptado plenamente en los supuestos que pueden considerarse normales) arroja como resultado la edad mínima para adoptar.

En cambio, no se ha aprovechado la reforma para introducir una diferencia máxima de edad entre adoptante y adoptado, tal como había sido propuesto por algunos enmendantes. Estimo —pese a alguna autorizada opinión contraria (40)— que hubiera sido conveniente que la Ley, actuando con prudencia, hubiera cerrado el paso a adopciones que de ningún modo pueden cumplir su fin.

D) *La pluralidad de adoptantes o de adoptados.*

Hasta ahora se ha considerado el supuesto normal de que el negocio jurídico adoptcional se perfecciona entre un solo adoptante y un único adoptado. Examinaré a continuación las especialidades originadas por la pluralidad de adoptantes o de adoptados, o de ambas simultáneamente.

Bajo la reforma de 1958 la doctrina española entendía (41) que en esta materia regía el principio de unicidad de persona del lado del adoptante, sin más excepciones que la adopción conjunta por marido y mujer, y de la pluralidad de adoptados a cargo de la misma persona, bien simultánea, bien sucesivamente. Entiendo que tales principios siguen vigentes después de la reforma de 1970, si bien con alguna variación en su aplicación.

a) *La pluralidad de adoptantes.*

Ahora ya no puede afirmarse, como bajo la ley derogada, que la adopción conjunta por marido y mujer era una posibilidad sólo permitida en la adopción menos plena, y la norma general en la plena, sin otra excepción que la adopción por una persona viuda (42). La adopción conjunta por marido y mujer sigue siendo una posibilidad abierta para ambas clases de adopción, y fuera de este caso “nadie puede ser adoptado simultáneamente por más de una persona”. (artículo 172 *in fine*); pero ahora la adopción plena está abierta tanto a solteros como a casados.

La pluralidad de adoptantes puede originarse simultánea o suce-

(40) Dice CASTÁN VÁZQUEZ: *Op. et loc. cit.*: “A tenor de la Ley española (coincidente, en verdad, con la mayoría de las extranjeras), es posible aprobar la adopción aun cuando la diferencia de edad sea superior a la que normalmente separa a padres e hijos. Ello, sin embargo, no parece que deba constituir un motivo de crítica.” Alega la escasa frecuencia de este tipo de adopciones solicitadas por adoptantes de avanzada edad y al examen por el Juez antes de conceder su aprobación. Estimo por mi parte que hubiera bastado la fijación de una edad límite para que el Juez, sin más, pudiera denegar la adopción superándola, mientras que ahora la ausencia de dicho límite puede inducir la existencia de una norma permisiva.

(41) GAMBON ALIX: *Op. cit.*, pp. 103 y ss. y 122 y ss.

(42) Como hacía, por ej., CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE: *Op. cit.*, p. 56.

sivamente, y ello tanto para la adopción simple como para la plena. La pluralidad simultánea se da cuando ambos cónyuges en el mismo expediente formalizan el negocio adopcional respecto de la misma persona; bien entendido que no se trata de la prestación del consentimiento que contempla el art. 173 letra A) sino del que se trata en el párrafo final del art. 172; en el primer caso se exige, propiamente, un asentimiento a la adopción que integra la voluntad negociada que es, exclusivamente, del adoptante; en la adopción conjunta se dan dos voluntades negociales, igualmente integrantes del acto. El que prestó meramente su asentimiento a la adopción realizada por su cónyuge puede, ulteriormente, adoptar a su vez a la misma persona. Pero no es el único caso de adopción plural sucesiva; la madre soltera que adopta a su hijo natural, que luego se casa y obtiene de su cónyuge que también adopte a su hijo; el cónyuge viudo que reitera matrimonio y cuyo nuevo cónyuge adopta al hijo que adoptó aquél en su primer matrimonio, son también supuestos de adopción plural sucesiva. Por vez primera en nuestro Derecho se contempla como típica la hipótesis de que uno de los cónyuges adopte al hijo adoptivo del otro consorte (arts. 176,3 y 178,1). En todos los casos de adopción plural sucesiva parece que debe darse una adhesión total a la adopción primitiva por parte del nuevo adoptante, de suerte que sea igual la clase de adopción utilizada e idénticas las condiciones bajo las que se realiza. No parece posible que la originaria sea realizada en forma plena y la sucesiva en forma simple; cabrá, sin embargo, efectuar una conversión si se dan las condiciones legales.

b) La pluralidad de adoptados.

Puede realizarse simultánea y sucesivamente. Aunque no está expresamente regulada por la nueva Ley, del art. 173 párrafo final se deduce que es legalmente posible que la misma persona haya efectuado pluralidad de adopciones y, como no se distingue, tanto en forma plena como simple.

Ningún precepto prohíbe que el mismo negocio adopcional se perfeccione simultáneamente respecto de dos o más adoptandos, siempre que cada uno de éstos reúna los requisitos legales. Tal forma negociada parece aconsejable en el caso de la adopción de varios hermanos, pero no hay obstáculos a que se realice en cualquier supuesto de pluralidad de adoptandos. La adopción simultánea de varias personas no dará, por sí sola, lugar a que se efectúe la especial valoración del Juez que ordena el párrafo final del art. 173 (43).

Quien ha perfeccionado una vez un negocio adopcional conserva, en principio, capacidad para realizar posteriormente otro u otros, siempre que continúe reuniendo los requisitos legales. Parece, incluso, deseable la pluralidad de adopciones para evitar el complejo de hijo único. Observa Castán Vázquez (44) que "la Ley parece ver con al-

(43) CASTÁN VÁZQUEZ: *La descendencia del adoptante como obstáculo para la adopción* cit., p. 20.

(44) CASTÁN VÁZQUEZ: *Op. últim. cit.*, p. 19.

guna prevención ese supuesto, y, previniéndolo, obliga al Juez a considerar muy especialmente la circunstancia referida". La exigencia del párrafo final del art. 173, con referencia a este supuesto, me parece poco justificada, explicable únicamente por una razón de paralelismo con el caso del que tiene hijos legítimos, legitimados o naturales reconocidos. Como observa el autor citado "el hecho de que quien tiene ya un hijo adoptivo desee adoptar otro, revela, en principio, que la adopción ha dado buen resultado y que el adoptante tiene vocación y medios para cumplir sus deberes respecto a ambos hijos adoptivos. La experiencia demuestra que en los hogares donde hay más de un adoptado, se cumplen bien los fines de la adopción". Hay que notar, por último, que los diversos adoptados, ya lo sean de la misma o de distinta clase, no tienen parentesco alguno entre sí, no tienen ninguna obligación de prestarse recíprocamente alimentos y carecen entre sí de derechos sucesorios.

c) Pluralidad de adoptantes y de adoptados.

Su posibilidad resultará de combinar las dos hipótesis anteriormente examinadas. Un matrimonio adopta simultáneamente a dos o más niños; el consorte del adoptante adopta a su vez a los varios niños adoptados por éste. Su régimen no ofrecerá dificultad.

3. REQUISITOS ESPECIALES DE LA ADOPCION PLENA

La nueva normativa ha ampliado considerablemente el ámbito subjetivo de la adopción plena, introduciendo importantes modificaciones en cuanto a la capacidad para adoptar y para ser adoptado.

A) *Quién puede adoptar plenamente.*

Del párrafo 1.º del art. 178 se deduce que pueden adoptar plenamente:

1. Los cónyuges que vivan juntos, procedan de consumo y lleven más de cinco años de matrimonio.
2. El cónyuge declarado inocente en virtud de ejecutoria de separación legal.
3. Uno de los cónyuges al hijo legítimo, legitimado, natural reconocido o adoptivo de su consorte.
4. Las personas en estado de viudedad.
5. Las personas en estado de soltería.
6. El padre o madre al propio hijo natural reconocido.

Se trata de una enumeración aparentemente limitativa. ("Sólo podrán adoptar", dice el encabezamiento del precepto, quizá por arrastre terminológico de la anterior redacción), que induciría a la conclusión de un *númerus clausus*. Pero si se comparan estas normas de capacidad con las generales, se observa que tal criterio limitativo

sólo existe para las personas casadas y aún atenuado con relación al régimen anterior; que hay situaciones de la persona, no expresamente incluidas en la norma, pero que no deben impedir la adopción. Por todo lo cual, acaso hubiera sido más apropiado enumerar las personas que no pueden adoptar plenamente con esta o parecida fórmula: "No pueden adoptar plenamente los cónyuges que no lleven cinco años de matrimonio, o los que, aun llevándolos, viven separados de hecho al solicitar la adopción, así como el cónyuge declarado culpable en la separación judicial."

Entiendo que también podrán adoptar plenamente: la persona cuyo matrimonio ha sido declarado nulo aun por culpa propia; el cónyuge respecto del cual se ha disuelto el matrimonio civil por aplicación del privilegio paulino; los casados civilmente y divorciados con arreglo a la legislación republicana.

Se da por supuesto que las personas enumeradas en el párrafo 1.º del art. 178 deben reunir los requisitos generales de la sección primera.

El núm. 1 no ha sufrido modificación con relación al régimen derogado, por lo cual es aplicable la doctrina anterior. La adopción plena se reserva, en primer lugar, a los cónyuges que vivan juntos; la E. de M. de la Ley de 24 de abril de 1958 decía a este respecto que se "pretende crear una situación familiar de alguna manera análoga a la que dimana de la paternidad legítima". Como escribe Castro Lucini (45), se entiende que la convivencia se refiere al momento de la adopción, y, en principio, no la impediría una separación previa si ha habido subsiguiente reconciliación; con todo, entiendo que tal circunstancia puede ser valorada por el Juez para denegar la aprobación si el hogar adoptante no le inspira confianza. La separación de hecho obsta a que se entienda cumplido este requisito, pero no la ausencia momentánea o circunstancial de uno de los cónyuges (46). Gambón Alix (47) escribía "Proceder de consumo quiere decir efectuar conjuntamente la adopción; la simultaneidad se deriva de la razón de ser del instituto; se quiere que ambos consortes sean respectivamente padre y madre del adoptado y que lo sean desde el principio." En cambio podemos preguntarnos si está justificado que se mantenga el requisito de que los cónyuges lleven más de cinco años de matrimonio, ya que, al haber desaparecido la prohibición de descendientes, carece de sentido prevenir, en la medida de lo posible, la supervivencia de hijos (48); tampoco considero decisiva la finalidad de evitar adopciones precipitadas en los primeros tiempos del matrimonio, porque ¿necesitará mayor reflexión la decisión de casarse que la de adoptar? Cuestión controvertida en la doctrina es determinar el efecto que en

(45) CASTRO LUCINI: "Algunas consideraciones críticas...". I, "El adoptante", en *ADC*, 19 (1966), p. 367.

(46) CASTRO LUCINI: *Op. et loc. últim. cit.*

(47) GAMBÓN ALIX: *Op. cit.*, p. 109.

(48) Como pretende CASTRO LUCINI: *Op. et loc. últim. cit.*, p. 368.

la adopción produce la declaración de nulidad del matrimonio (49).

El núm. 2 es una innovación de la Ley, recogiendo opiniones doctrinales (50) y bastantes Enmiendas (51). No se aclara si para el cónyuge separado regirá el plazo de cinco años de matrimonio. Reconciliados los cónyuges, podrá el culpable adherirse a la adopción realizada por el inocente, aunque es de temer que la misma, más que motivo de acercamiento, lo sea de distanciamiento. Observé anteriormente que el legislador ha incurrido en una redundancia inútil al reproducir la norma en las disposiciones generales y en las otras dos secciones.

El núm. 3 constituye una acertada generalización de la norma que en el régimen derogado se establecía únicamente para la adopción menos plena. Tampoco se aclara si le es aplicable el plazo de cinco años (52)

El núm. 4 es una repetición de la norma anterior, aceptada plenamente por la doctrina (53); pero no se aclaran las dudas relativas a si el estado de viudedad ha de tener una duración determinada o si el viudo tenía que haber estado casado durante cierto tiempo (54).

El núm. 5 constituye una innovación introducida en el IP. al acep-

(49) CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE: *Op. cit.*, p. 57, parece propugnar en todo caso la nulidad de la adopción cuando se declara la nulidad del matrimonio, con independencia de la buena o mala fe de los cónyuges. En el mismo sentido, GAMBON ALIX: *Op. cit.*, pp. 110 y 423 y ss., por lo que se refiere a la que llama "adopción conjunta preceptiva". En cambio, LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA: *Op. cit.*, p. 427, ponen en duda que no sea posible aplicar sin más la doctrina del matrimonio putativo.

(50) CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE: *Op. cit.*, pp. 57 y s., no encontraba apoyo legal para estimar que una adopción ya realizada quedaba sin efecto por causa de la separación de los cónyuges; GAMBON ALIX: *Op. cit.*, p. 110, opinaba, por el contrario, que la separación, tanto de hecho como de derecho, impedía la adopción plena.

(51) Propusieron la aptitud para la adopción del cónyuge inocente legalmente separado las enmiendas Padrón Quevedo, López Medel, Miranda Hernández, Escobar Kirkpatrick y Ana Ballenilla Fajardo. Pero observa ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS: "En torno al consentimiento para la adopción a tenor de la Ley de 4 de julio de 1970", en *RGLJ*, 51 (1970), y en ed. sep., p. 60, que "el texto resultante no es la conclusión lógica de los argumentos ofrecidos por la mayoría de los enmendantes ni de las alegaciones que, desde el campo doctrinal, se habían aducido para justificar la no exigencia del consentimiento del cónyuge no adoptante en caso de mediar separación entre ambos. Decimos esto porque el fundamento de tal exigencia se quiere ver en la común unión de vida de los esposos, y, por tanto, lo que en principio es razonable y justo como exigencia del proceder comunitario y de consuno —que los esposos adopten conjuntamente, o si lo hace uno solo de ellos obtenga el consentimiento del otro— deja de ser tal cuando, como consecuencia de la separación, han cesado aquellos efectos de unidad que respecto al matrimonio no separado son predicables. Ello con independencia de los calificativos de 'inocente' o 'culpable', de tan fluida y difícil valoración aplicados a los sujetos del matrimonio".

(52) Por la misma naturaleza del supuesto de hecho parece no aplicable este requisito.

(53) Así, LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA: *Op. cit.*, p. 434.

(54) Parece razonable la opinión negativa de GAMBON ALIX: *Op. cit.*, página 112.

tarse varias Enmiendas (55). Representa una extraordinaria ampliación subjetiva de la adopción plena, que viene a desbordar la idea que el legislador tuvo al crearla en 1958. Ya no puede sostenerse la opinión de Castro Lucini (56) de que este tipo de adopción pretende crear una situación familiar de alguna manera análoga a la que dimana de la paternidad legítima. Es dudoso el acierto de la reforma, y de no fácil aplicación práctica, ¿cómo, al adoptado plenamente por un soltero, podrán atribuírsele los mismos derechos y obligaciones que al hijo legítimo? ¿Qué apellidos le corresponderán? Al no exigírsele especiales requisitos, bastará que un soltero mayor de treinta años cumpla los requisitos generales, para que pueda adoptar plenamente, con lo cual la Ley trata más rigurosamente al casado que pretende adoptar plenamente, que al soltero. Al Juez le corresponderá una delicada valoración de las íntimas motivaciones del adoptante, y deberá denegar la adopción cuando responde a un sentimiento de soledad o de frustración por no haber contraído matrimonio (57).

El juicio negativo que me merece la posibilidad de una adopción plena por personas solteras se transforma en favorable cuando se trata de la efectuada por el padre o madre naturales en favor de su propio hijo. Cabe augurar una amplia utilización del núm. 6, en tanto no se mejore la situación jurídica de los hijos naturales en nuestro Derecho.

B) *Quién puede ser adoptado de manera plena.*

Del párrafo 2.º del art. 178 resulta que únicamente pueden ser adoptados de manera plena las siguientes personas:

1. Los menores de catorce años; se entiende, de ambos sexos, y al no limitarse a los abandonados o expósitos, como se hacía en el derogado art. 178, hay que concluir que cabe la adopción plena respecto de los menores de esa edad sometidos a patria potestad o tutela, de los simplemente huérfanos (58), así como de los abandonados a que se refiere el art. 174. Ahora la noción de abandono no interesa como requisito de la adopción, sino como especialidad del procedimiento para adoptar en su fase judicial. Como puntualiza la E. de M.

(55) Propuestas por las señoritas Pilar Primo de Rivera, Teresa Loring Cortés y Mónica Plaza de Prado.

(56) CASTRO LUCINI: *Op. et loc. últim. cit.*, p. 364.

(57) Dicen LAUNAY-SOULE-VEIL: *Op. cit.*, pp. 69 y s.: "La adopción por una mujer sola se considera en todas partes, con razón, como suponiendo más riesgos que la adopción por un matrimonio. Incluso varias Asociaciones extranjeras no aceptan a los solteros como padres adoptivos. Las estadísticas de la Asistencia Pública indican que la proporción de fracasos (niños devueltos por los eventuales adoptantes) es de 1,48 por 100 si se trata de un matrimonio, de 4,21 por 100 si se trata de solteros, de 5,71 por 100 si se trata de viudos y de 9,09 por 100 si se trata de divorciados. Las causas de los fracasos son, a veces, de orden material o económico (insuficiente previsión presupuestaria), pero casi siempre de orden psicológico (se considera al niño de comportamiento demasiado difícil). Esto no significa, sin embargo, que no haya también excelentes adopciones realizadas en tales condiciones."

(58) Que había propugnado MADRUGA: *Op. cit.*, p. 756.

“cabe la adopción plena del menor de catorce años sin necesidad de que se encuentre en la situación de abandono; esta situación contará sólo a los fines de no requerirse el consentimiento de los padres”. Se trata de una medida que estimo sumamente acertada (59).

2. Los mayores de catorce años que estuvieren viviendo antes de alcanzar esa edad en el hogar y compañía de los adoptantes o de cualquiera de ellos. Con esta fórmula se trata de sustituir a la del prohijamiento que recogía el derogado art. 178. No se exige plazo de convivencia, pero en todo caso tendrá que haber sido efectiva y con cierto carácter de permanencia.

3. El último caso contemplado en el párrafo 2.º del art. 178 no resulta de interpretación fácil, ni en su razón de ser, ni en el alcance del precepto. Aunque no mediare la circunstancia de la convivencia, podrán ser adoptados “los mayores unidos al adoptante por vínculos familiares o afectivos que el Juez valorará en la forma establecida en el art. 173”. Esta norma no figuraba en el PG. y se introdujo en el IP. por razones poco claras (60). La E. de M. de la Ley no aporta ninguna luz al respecto. El presunto adoptante deberá invocar tales vínculos familiares o afectivos, y el Juez deberá valorarlos de modo especial. En principio parece que el concepto de vínculo familiar habrá que limitarlo a la familia legítima, única admitida por el C. c.; pero las relaciones de parentesco natural, e incluso ilegítimo no natural podrían ser tenidas en cuenta por la vía de los vínculos afectivos. Se abre aquí un amplio margen a la discrecionalidad judicial. Anteriormente expuse mi opinión contraria a la adopción entre abuelos y nietos legítimos, entre hermanos y entre cónyuges; opinión que doy aquí por reproducida. Considero, en cambio, base de una adopción plena los vínculos entre tíos y sobrinos carnales, y entre primos carnales, así como entre parientes más alejados; también estimo admisibles las relaciones entre padrinos y ahijados, así como cualquier grado de parentesco por afinidad. Más dudoso es si las meras relaciones de amistad podrían incluirse entre los vínculos afectivos, siendo aquéllas tan difíciles de precisar jurídicamente. Estimo claramente rechazable la invocación del afecto que se puede tener al hijo de la propia concubina, o del que media entre los mismos concubinos.

4. REQUISITOS DE LA SIMPLE ADOPCION

No hay normas especiales, sino que todas las personas que reúnen los requisitos de la sección primera, tanto para adoptar como para ser adoptado, pueden formalizar una adopción simple. Hay, sin duda, una inútil repetición en la referencia al cónyuge inocente contenida en el art. 180,1, como expuse anteriormente. Si se compara el ámbito

(59) La doctrina anterior había reiteradamente denunciado el escollo que suponía tener que contar siempre con el consentimiento de los padres del menor para la adopción.

(60) Se alega simplemente que tal reforma se justifica “en razones obvias y tiene adecuada compensación en la remisión al prudente arbitrio judicial”.

subjetivo de la adopción simple con la plena, las mayores diferencias se observan, por parte de los adoptantes, en que no hay limitaciones para los cónyuges, y respecto de los adoptados, en que no las hay para los mayores de catorce años.

5. EL NEGOCIO JURIDICO ADOPCIONAL

Uno de los aspectos más interesantes de la reforma, desde el punto de vista dogmático, es la caracterización del negocio jurídico adopticional, para lo cual la nueva Ley suministra nuevos datos y una técnica más depurada que la anterior normativa. Con todo, las dificultades para llegar a conclusiones seguras no se han superado debido a circunstancias de diversa índole. Ante todo, por las vacilaciones doctrinales en torno a la figura genérica del negocio jurídico de Derecho de familia, a lo que debe sumarse la falta de acuerdo en la doctrina anterior (61), y la complejidad de fuentes legales en materia procesal y registral.

Si bien había vacilaciones doctrinales acerca de la vigencia de los arts. 1.825 a 1.832 de la L. E. C. (62), la práctica tendía a considerarlos vigentes, y es lo que probablemente ocurrirá ahora, hasta que no se reforme dicha Ley. Urge una detenida labor de exégesis de aquellos preceptos para impedir que por pura rutina queden frustradas las finalidades de la nueva Ley de adopción.

El art. 1.825 presupone que no en todos los casos era necesaria la intervención judicial, aparte de calificar de "licencia" a lo que el art. 173 denomina "aprobación" del Juez competente. La tramitación procesal que contiene aquel precepto responde a la de los actos de jurisdicción voluntaria, adaptable al nuevo régimen, con tal que la prueba que se enumera no deba entenderse limitada a la documental y testifical. Por lo demás resulta muy actual la exigencia de que se ofrezca prueba "sobre la utilidad de la adopción para el adoptando".

El art. 1.826 debe acomodarse a la nueva función que la Ley atribuye a los padres del adoptando en el negocio adopticional. En la adopción de menores abandonados ya no es necesario el consen-

(61) Una completa exposición de teorías acerca de la naturaleza jurídica de la adopción, últimamente en DE LA VALLINA DÍAZ: *Op. cit.*, pp. 439 y ss.

(62) Dice MADRUGA: *Op. cit.*, pp. 757, que "la forma de la adopción se encuentra establecida por los arts. 176 y 177 del Código Civil y los arts. 1.825 a 1.832 de la Ley de Enjuiciamiento Civil", añadiendo que "son aplicables a la adopción los textos antes citados en cuanto sean compatibles, pero las incompatibilidades se resolverán dando preferencia al Código Civil, según entiende Royo Martínez". LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA: *Op. cit.*, p. 428, nota 6, afirman de modo genérico que los artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil "deben ser concordados con el Código Civil" y que "es lástima no se redactasen de nuevo esos preceptos—como se hizo con otros de la Ley de Enjuiciamiento Civil—con ocasión de la reforma de 1958". En cambio, ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS: *En torno al consentimiento*, etc., cit., pp. 73 y ss., parece considerar ilimitadamente vigentes los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

timiento de los padres (art. 174,1); respecto de los demás casos, si bien en principio la letra C) del art. 173 exige que se preste tal consentimiento, conjuntamente o por separado, el propio precepto autoriza al Juez a prescindir del mismo si, citados para prestarlo, no han concurrido, o si no ha sido posible citarlos (pár. 4.º). Hay que concluir que la norma del párrafo 2.º del art. 1.826 L. E. C. se ha convertido de obligatoria en facultativa.

El art. 1.827 debe entenderse derogado por el párrafo 3.º del artículo 173. Ahora el Juez se limitará a oír al adoptando menor de catorce años, sin que le vincule su disentimiento.

El art. 1.828 debe entenderse en el sentido de que la información testifical ofrecida por el adoptante no está condicionada en su aceptación a que el adoptando menor de catorce años no se oponga a la adopción, ni a que presten su consentimiento el padre o la madre.

La intervención del Ministerio Fiscal que previene el art. 1.829 deberá tener una mayor amplitud; su dictamen deberá comprender no sólo los requisitos de forma sino de fondo, y además los casos de especial valoración a que se refiere el art. 173. Debe entenderse que podrá solicitar toda clase de pruebas, incluso el dictamen de expertos.

El art. 1.831 puede mantenerse en su primer párrafo con la oportuna modificación terminológica, y entenderse modificado en su segundo párrafo de acuerdo con el art. 173 del C. c.

El art. 1.832 debe entenderse derogado.

Hay que realizar la acomodación de los preceptos registrales a la nueva normativa de la adopción. En una visión general cabe observar lo siguiente:

Debe reputarse vigente el art. 46 de la Ley de Registro Civil en cuanto ordena que la adopción se inscribirá al margen de la correspondiente inscripción de nacimiento. En cambio, el art. 56 de la misma deberá entenderse aplicable sólo a la simple adopción en cuanto esté de acuerdo con el art. 180 párrafo 2.º C. c.

Algunas modificaciones habrán de producirse en los correlativos artículos del Reglamento. Así, mientras en el art. 201 en su primera proposición parece plenamente conforme con el art. 178,3 C. c., en cambio puede plantearse la duda de si en la adopción plena formalizada por una mujer tendrá aplicación lo dispuesto en la proposición final. El art. 202 sólo será aplicable a la adopción simple, e igualmente el artículo siguiente. Por último, el art. 204 parece tendrá aplicación en ambas clases de adopción.

Para determinar las partes que intervienen en el negocio adoptacional procede definirse previamente acerca del carácter unilateral o bilateral del mismo.

Entiendo que la adopción es un negocio bilateral (63), y que las

(63) En este sentido, LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA: *Op. cit.*, p. 430; SERRANO: "Consentimiento para la adopción", en *Revista de la Obra de Protección de Menores*, loc. cit., p. 151; DE LA VALLINA DÍEZ: *Op. cit.*, p. 453. Como puntualiza Serrano, el negocio será plurilateral cuando se trate de adop-

partes intervinientes son, por un lado, el adoptante —o adoptantes en la adopción conjunta—, y, de otra, el adoptando si es mayor de catorce años, pudiendo ser suplido si es menor de esta edad no por su padre, madre o tutor, sino por el Juez.

El consentimiento del adoptante o adoptantes no plantea especiales problemas y no debe faltar nunca. El consentimiento del adoptando capaz mayor de veintiún años, tampoco ofrece dificultad. Pero si siendo menor de edad es mayor de catorce años, se puede preguntar si su voluntad es la básica para la adopción, o si la suple su padre, madre o tutor por la vía de la representación legal. A la vista de la regulación total del art. 173 soy del parecer que, en nuestro Derecho, conforme a la Ley de 1970, el mayor de catorce años es capaz de consentir su propia adopción con el complemento del “consentimiento” de su padre, madre o tutor. La adopción de un menor de 14 años sigue siendo un negocio bilateral, lo que ocurre es que la Ley no encomienda suplir su voluntad al padre, madre o tutor, sino al propio Juez, quien aunque dichas personas no la presten “resolverá lo que considere más conveniente para el adoptado”; llego a tal conclusión como consecuencia de la norma que estima únicos consentimientos relevantes los del adoptante y adoptado (mejor, adoptando). Por lo demás, la declaración de voluntad de las indicadas partes requerirá el complemento e integración conforme al art. 173, y que luego estudiaré.

A) *Caracteres del negocio jurídico adoptional.*

La adopción en nuestro Derecho es un negocio jurídico de Derecho de Familia puro, habiendo desaparecido el carácter patrimonial que en el régimen derogado ofrecía el pacto sucesorio; tiene por finalidad la creación de un vínculo de filiación equiparado en gran parte a la filiación legítima (art. 176,1) o, eventualmente, a la filiación natural (art. 180,3).

Es un negocio bilateral, con causa típica o, mejor, con un motivo —“la conveniencia del adoptado”— que el legislador ha elevado a causa, y cuya falta o falsedad podrá dar lugar a su impugnación conforme a la doctrina general del negocio jurídico.

Es irrevocable (art. 177,1), solemne y, probablemente, no admite la representación (64). Es un negocio jurídico complejo que se ca-

ción conjunta por ambos cónyuges. Cuando adopta sólo uno, con el consentimiento del otro, entiendo por mi parte que el negocio es bilateral; lo propio cuando el adoptado es casado y consiente su cónyuge. Tales consentimientos integrarán, respectivamente, las declaraciones de voluntad del adoptante y del adoptado, sin que por el hecho de ser emitidas se transforme el negocio en plurilateral.

(64) Podría invocarse por analogía la posibilidad de representación en el matrimonio civil; en contra podrá alegarse que la regulación del art. 173 muestra una cierta hostilidad del legislador a que la voluntad del adoptando menor sea suplida por sus representantes legales, de lo que cabría inducir un criterio legislativo contrario a todo tipo de representación.

racteriza por una fuerte intervención del Estado a través del control judicial, exigiéndose la aprobación del Juez competente con intervención del Ministerio Fiscal (art. 173,1), y, en ocasiones, una declaración previa de la situación de abandono del adoptando (art. 174), así como una especial valoración de determinadas circunstancias concurrentes (art. 173, párrafo final).

B) *Momento perfectivo de la adopción.*

Se trata de un tema polémico en la doctrina anterior a la nueva Ley, y respecto del cual la E. de M. ha querido pronunciarse en forma, obviamente, no vinculante para el intérprete.

“No se han introducido modificaciones sustanciales en la consideración de la adopción como un acto, a la vez, consensual y forestal, que requiere indispensablemente el concurso de la voluntad, la autorización judicial y el otorgamiento de la escritura pública, todo ello con igual valor constitutivo.”

En la nueva Ley el proceso formativo de la adopción consta de tres fases claramente diferenciadas: la *judicial*, en la que se emiten las declaraciones de voluntad básicas con los complementos exigidos por la ley, culminando en la aprobación por el Juez; la *notarial*, consistente en el otorgamiento de la escritura de adopción con el contenido obligatorio y el facultativo (por ejemplo, los pactos sobre el uso de apellidos en la adopción simple), debiendo aclararse que, en la nueva normativa este último ha perdido trascendencia; la *registral*, inscribiéndose en el Registro Civil correspondiente mediante anotación al margen de la partida de nacimiento del adoptando.

Estas tres etapas en el *iter* negocial de la adopción no son forzosas ni se configuran de igual forma en todos los ordenamientos (65); en el proceso de elaboración de la presente ley, la Enmienda Bosch Estivill propuso la supresión de la fase notarial (66), lo cual fue re-

Con anterioridad a la nueva Ley, SERRANO: *Op. cit.*, p. 149, opinaba: “La representación que cabe es la de la persona del menor o incapaz que ostentan el padre o madre, ejercientes de la patria potestad, o, en su caso, la persona que debe prestar su consentimiento al matrimonio. También se ha postulado la posibilidad de que se aplique la doctrina del art. 87, referente al matrimonio por poder, y en la realidad se da la representación repetidas veces cuando se trata de la adopción de menores expósitos o acogidos a establecimientos de beneficencia, porque los Presidentes de las Diputaciones Provinciales o de las Juntas de Protección de Menores se hacen representar por otros, sin que se haya visto dificultad en ello.” Con arreglo a la vigente normativa, ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS: *Op. últim. cit.*, pp. 49 y ss., se muestra a favor, tanto de la representación legal como de la voluntaria.

(65) Ultimamente, con amplitud, DE LA VALLINA DÍAZ: *Op. cit.*, pp. 438 y s.

(66) La Enmienda Bosch Estivill proponía la siguiente redacción del párrafo 1.º del art. 175: “Autorizada la adopción por el Juez, se expresarán ante su presencia las condiciones con que se realice, de lo que se levantará el oportuno documento, que se inscribirá en el Registro Civil correspondiente.” Se aducía la siguiente justificación: “Se suprime el trámite de otorgamiento de escritura pública por razón de economía procesal y por considerar que es

chazado por la Ponencia por no aducirse “razones convincentes”, que, sin embargo, sí habían sido alegadas por la doctrina (67).

Frente al parecer de la mayor parte de la doctrina anterior (68), entiendo que la nueva Ley ofrece base para considerar como momento perfectivo del negocio de adopción el de la aprobación judicial después del intercambio de consentimientos entre el adoptante y el adoptado. El párrafo final del art. 173 prevé el supuesto de que “concurran todos los requisitos necesarios para la adopción”, frase un tanto incorrecta que hay que interpretar en el sentido de que es necesaria, además, la aprobación judicial por ser conveniente al adoptado, pero que revela el pensamiento del legislador de no ser la escritura pública un requisito *ad substantiam*, pues en otro caso hubiera hecho alguna alusión al mismo. El primer párrafo del art. 175 ofrece el mismo argumento textual que el derogado artículo 177, expresándose en pretérito y refiriendo la aprobación a la adopción en su fase judicial y no a la escritura. La doctrina ha matizado el significado de los términos “autorización” y “aprobación”; como escribe Vallina Díaz (69), “tanto la autorización como la aprobación representan medios de expresión de un control en cuanto el Estado —a través del Juez, en este caso— valora el negocio jurídico privado en su utilidad, oportunidad y conveniencia. La diferencia está en que la aprobación sigue al negocio y la autorización lo precede”. Pues bien, el proceso de elaboración legislativa del art. 173 revela bien a las claras el propósito de precisar los términos utilizados, y la sustitución de “autorización” contenida en el PG. por “aprobación” en el IP., en virtud de la Enmienda Batlle, adquiere así todo su significado.

De acuerdo con la opinión expresada, no será posible el desistimiento unilateral de cualquiera de las partes en el período comprendido entre la aprobación judicial y la formalización de la escritura (70); la muerte o incapacidad de cualquiera de las partes en dicho

conveniente la presencia del Juez al conocer las condiciones de la adopción para que continúe en función de velar por el adoptando.”

(67) Cfr. CAMY Y SÁNCHEZ-CAÑETE: *Op. cit.*, pp. 73 y ss.

(68) LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA: *Op. cit.*, p. 430; SERRANO: *Op. citada*, pp. 149 y ss.; DE LA VALLINA DÍAZ: *Op. cit.*, p. 454. Para la nueva normativa, ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS: *Op. últim. cit.*, p. 81, se limita a seguir la orientación marcada por la E. de M. de la misma.

(69) DE LA VALLINA DÍAZ: *Op. cit.*, p. 449.

(70) No podrá hablarse, parece, como hacen LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA: *Op. cit.*, p. 433, nota 11, de que el adoptante puede desistir después del auto judicial, incurriendo en una especie de *culpa in contrahendo* o de responsabilidad análoga a la de incumplimiento de esponsales. A la misma tesis se adhiere DE LA VALLINA DÍAZ: *Op. cit.*, p. 455, nota 147, quien la prefiere por las dificultades de prueba que presentaría la culpa extracontractual. Por su parte, SERRANO: *Op. cit.*, pp. 153 y ss., ofrece una solución más matizada: “Quienes han pedido la adopción por su mutuo acuerdo homologado por el Juzgado o por la Administración y el Juzgado pueden desistir de llevar a cabo la adopción, dejando de otorgar la escritura pública. En cuanto al desistimiento unilateral habría que tratar de diferente modo el del que consintió por el adoptado y el del adoptante. El primero no debe contar porque la adopción se establece en beneficio del adoptando y esta circunstancia ha sido encontrada concurrir en la aprobada definitivamente por el

período de tiempo no afectarán a la existencia de la adopción, aunque produzcan otros efectos que serán consecuencia de una adopción ya realizada (71).

De lege ferenda cabe postular la supresión del requisito de la escritura pública (72), pero mientras subsista en la ley debe configurarse como requisito documentador del negocio de adopción, que facilita su inscripción en el Registro Civil. Lo expresa acertadamente —sin compartirlo— Vallina Díaz (73): “El notario da fe de que la adopción existe, pero no la produce”.

C) Formación del negocio adoptional.

De las tres fases en que se desarrolla la adopción, la más importante es la primera o judicial, no sólo por estar detalladamente regulada en los arts. 173 y 174, sino porque representa la fase constitutiva del negocio adoptional.

Juez. En cuanto al desistimiento del adoptante habrá que pensar que a quien cambia de parecer y ya no quiere soportar la carga de un hijo adoptivo, será un error gravemente perjudicial para el adoptando, el que a pesar de todo tenga que pasar al poder y compañía del adoptante. Si la ley autoriza al Ministerio Fiscal a pedir la extinción de la adopción cuando lleguen a su conocimiento motivos graves que afecten al cuidado del adoptado, con mayor motivo no deberá establecerse este vínculo cuando va a faltar el cariño y ternura, así como el sacrificio necesario a la gestión de padre. Puede ocurrir también que un Presidente de la Diputación o de la Junta de Protección de Menores reciba, después de aprobada la adopción por el Juez, verídica información de conducta del adoptante, contraria a la primeramente recibida, por lo cual podría justamente negarse a otorgar la escritura de adopción y la consiguiente entrega del adoptando”. Con posterioridad a la Ley de 1970, ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS: *Op. ultim. cit.*, pp. 82 y ss., sostiene una postura intermedia: “No cabe de suyo la revocación del consentimiento prestado en el expediente judicial, una vez dictada resolución aprobatoria definitiva y firme, puesto que, aparte el carácter constituyente que lo impide, es aplicable la prohibición establecida por el art. 1.818-2.º de la Ley de Enjuiciamiento civil. Ahora bien, de aquí no se desprende, de forma inexorable, que la adopción haya de perfeccionarse, puesto que cabe perfectamente que ambas partes desistan del otorgamiento de escritura, de común acuerdo”; cita a Serrano y se muestra disconforme con su opinión, invocando el art. 1.279, pronunciándose a favor de mantener la vigencia del consentimiento durante cierto tiempo; “respecto al desistimiento del consentimiento prestado —añade—, antes de haber recaído resolución judicial o ser ésta firme, cabe aducir las mismas razones de fondo para su inviabilidad”, si bien, citando a Gambón Alix, hace observar que formalmente habría contención y ya no se podría dictar en vía de jurisdicción voluntaria una resolución homologatoria.

Por mi parte entiendo que la adecuada resolución del problema del desistimiento exige decidir previamente el momento de la perfección del negocio jurídico adoptional, y que una vez fijado, basta aplicar las normas generales sobre los negocios jurídicos.

(71) La muerte del adoptante dará origen a la apertura de su sucesión en la que el hijo adoptivo tendrá los derechos que le confiere la ley.

(72) Como lo propuso CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE: *Op. cit.*, pp. 74 y ss. A sus razones cabe añadir la desaparición del pacto sucesorio en la nueva normativa. Discrepo, sin embargo, de la calificación que el mismo autor hace de la adopción, considerándola como acto jurídico consistente en una simple declaración de voluntad (pp. 47 y ss.).

(73) DE LA VALLINA DÍAZ: *Op. cit.*, p. 455.

a) Fase judicial.

Dice con precisión Vallina Díaz (74):

“La adopción nace a la vida jurídica a través de un expediente de jurisdicción voluntaria, por el cual el Estado presta su conformidad lo mismo que en otros numerosos negocios jurídicos, y, por medio de ella, los hace válidos; vigila la conclusión de los mismos y los autoriza; coopera a la constitución de un estado que las partes están conformes en constituir; comprueba el requisito de la necesidad y utilidad; colabora a su nacimiento; en definitiva, actúa una finalidad protectora de los derechos privados”.

La nueva normativa ha introducido dos reformas en esta fase: la ha hecho necesaria en todo caso, al suprimir la tramitación administrativa del expediente en el supuesto de los adoptandos sometidos a tutela de una Casa de Expósitos u otro Establecimiento de Beneficencia (art. 176,2 derogado); y al exigir en ciertos casos, como requisito previo, la declaración judicial de abandono (art. 174), a la que anteriormente me referí.

Prescindiendo aquí de los aspectos procesales, debe destacarse que en la fase judicial ordinaria se reciben las declaraciones de voluntad, se formulan eventualmente ciertas valoraciones especiales, se valora siempre la conveniencia de la adopción para el adoptado aprobándose mediante un auto.

La nueva Ley ha precisado con mayor exactitud que el texto derogado, la regulación de la prestación del consentimiento. Dice a este respecto la E. de M.:

“Por lo que concierne al consentimiento, se han estimado oportunas algunas matizaciones. En la regulación propuesta son distinguibles tres grados o escalas. Hay un consentimiento básico, sin el cual carecería de sentido siquiera pensar en la adopción: el del adoptante y el del adoptando mayor de catorce años. El Juez carece, como es natural, de facultades decisorias en contra del consentimiento de tales personas o ante la falta del mismo. En segundo lugar, aparecen ciertas modalidades del consentimiento, como el del cónyuge si la adopción no es conjunta, el de los padres del menor de edad y el del tutor, que técnicamente tendrían mejor encaje quizá en la figura del asentimiento; si bien la falta en el Código Civil de una acepción de la palabra en ese significado específico ha aconsejado prescindir de su empleo. En las hipótesis indicadas, si la citación del llamado a consentir o a asentir no pudiera efectuarse o, practicada, no concurriera, el Juez resolverá lo más conveniente para el adoptando. El último grado o escala lo ocupan las personas que simplemente habrán de ser oídas: el adoptando menor de catorce años, el padre o la madre privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad y la persona que ejerciere la guarda del adoptando. En tales casos el

(74) DE LA VALLINA DÍAZ: *Op. cit.*, p. 447.

Juez tiene plenas facultades para decidir no sólo si es imposible citar a dichas personas, o si citadas, no concurrieren, sino también para hacerlo en contra de un criterio de las mismas opuesto o desfavorable a la adopción.”

El consentimiento negocial —al que denomina básico la E. de M.— está constituido por las declaraciones de voluntad del adoptante y del adoptando mayor de catorce años. Para los menores de esta edad se exige, además, el consentimiento —asentimiento le llama la E. de M.— de sus padres o de su tutor. Anteriormente razoné mi opinión de que tales declaraciones de voluntad no suplen a la del adoptando, sino que debe entenderse que pueden ser suplidas por el Juez, quien “resolverá lo que considere más conveniente para el adoptando” (artículo 173, párrafo 4.º). Cabe deducir un principio opuesto a la admisión de la representación legal, y, por vía indirecta, idéntica oposición a la representación voluntaria.

Además del consentimiento negocial, el art. 173 requiere otro tipo de consentimiento de difícil catalogación, y que deben prestarlo las siguientes personas: el cónyuge del adoptante en la adopción conjunta, salvo el caso de que adopte el declarado inocente en virtud de separación legal (art. 172-3.º); el cónyuge del adoptando, salvo el caso de separación legal (art. 173,2 letra B); el padre y la madre del adoptando menor de edad sujeto a patria potestad (art. 173,2 letra C); el tutor con autorización del consejo de familia si la tutela estuviere constituida (art. 173,2 letra D).

La eficacia del consentimiento de estas personas es mayor que la de la licencia otorgada a los menores para contraer matrimonio, pues si el cónyuge, los padres o el tutor, no consienten, el negocio adoptacional no puede perfeccionarse. Tal conclusión se desprende, para el cónyuge del adoptante, de la prohibición contenida en el art. 172-3.º, y para los restantes supuestos, del imperativo “habrán de prestar consentimiento para la adopción” del art. 173,2.

Por otra parte, la prestación de tales consentimientos aparece plenamente justificada. Para el cónyuge del adoptante la adopción supone un aumento de cargas en la sociedad conyugal y una reducción de las expectativas sucesorias, aparte de que el legislador —como dice con acierto Gambón Alix (75)— “trate de evitar que mediante un acto unilateral de gran trascendencia uno de los consortes encuentre alterada la situación familiar mediante la inmisión en la familia de un extraño”. El consentimiento del cónyuge del adoptando fue exigido por primera vez en la reforma de 1958, resolviendo dudas de la doctrina anterior; no se fundamenta en la licencia marital, pues tiene que prestarlo la mujer cuando el marido es adoptado, sino en que la adopción produce consecuencias para la familia del adoptado. El consentimiento de quienes ejercen la patria potestad o la tutela sobre el adoptando aparece, asimismo, plenamente justificado, ya que por

(75) GAMBÓN ALIX: *Op. cit.*, p. 162. Después de la nueva ley, trata ampliamente del tema ARCE Y FLÓREZ VALDÉS: *Op. ultim. cit.*, pp. 59 y ss.

la adopción del hijo se acaba la patria potestad (art. 167-3.º) y la tutela (art. 278-1.º), y si la adopción es plena, se produce una ruptura casi total con la familia de origen.

Pero la nueva normativa ha minimizado, de algún modo, tales consentimientos al disponer que si tales personas no pudieran ser citadas, o si citadas no concurrieran “el Juez resolverá lo que considere más conveniente para el adoptando” (art. 173,4). Es decir, como norma general tales consentimientos sirven para integrar la voluntad negocial de las partes, pero no constituye ya un obstáculo insalvable la imposibilidad de que tales personas sean citadas, o su actitud de no colaboración, todo lo cual será apreciado discrecionalmente por el Juez. Entiendo que el Juez podrá, incluso, suplirlos, dando por cumplido este requisito.

Según el párrafo 3.º del artículo 173 “deberán simplemente ser oídos el adoptando menor de catorce años si tuviere suficiente juicio, el padre o la madre a quienes se hubiere privado o suspendido en el ejercicio de la patria potestad y la persona que estuviere ejerciendo la guarda del adoptado. Cuando se trate de huérfanos, serán también oídos los abuelos de la línea del padre o madre premuertos”. El parecer de estas personas servirá al Juez para formar su convicción, pero no le vinculará en ningún sentido, si bien el párrafo 4.º se refiere sólo al caso de que “comparezcan manifestando su criterio desfavorable a la adopción”. La imposibilidad de citación, o la incomparecencia, siguen análogo régimen que en el caso anterior.

Es de notar que el texto legal no exige imperativamente que se oiga a otras personas que también pueden estar interesadas en la adopción. Así ocurre con los ascendientes del adoptante cuyas expectativas sucesorias se ven afectadas por la adopción; con los descendientes del propio adoptante, pese a que la circunstancia de tener hijos legítimos, legitimados o naturales reconocidos obliga al Juez a una especial valoración de la conveniencia de la adopción para el adoptando; y con los descendientes del adoptando a quienes, siendo menores de edad, afecta el cambio de apellidos de sus padres. Parece, sin embargo, que entre las facultades discrecionales del Juez entra la de oír a estas personas.

Un considerable acierto de la nueva normativa ha sido la exigencia de la conveniencia de la adopción para el menor como presupuesto expreso de ésta. Se trataba de un requisito omitido inexplicablemente en la reforma de 1958, pese a lo cual la doctrina lo consideraba vigente sobre la base del art. 1.831 L. E. C. (76). La ley encomienda al Juez la apreciación de tal conveniencia, la que no puede entenderse

(76) Refleja la *communis opinio* GAMBON ALIX: *Op. cit.*, p. 149. Para SERRANO: *Op. cit.*, p. 151, “la adopción es un negocio jurídico causal, porque legalmente... se produce por razones de pura liberalidad, pensando en el bien del adoptando. La causa es a título gratuito, fundado en la mera liberalidad del bienhechor y como todos los negocios gratuitos son *intuitae personae*. Esta causa puede ser ilícita, por ejemplo, adopción de la concubina por el separado de su mujer, o simulada”. Bajo la nueva normativa sería, al menos, discutible, la validez de la adopción contemplada en el caso resuelto por la S. de 30 de mayo de 1951.

cumplida con una mera comprobación de los requisitos de forma. El Juez debe hacer una delicada valoración de todas las circunstancias concurrentes, no limitándose a constatar que los solicitantes poseen la capacidad exigida por la ley, ya que ésta es un presupuesto mínimo; debe exigirse que la adopción se produzca en condiciones óptimas para el adoptado, o, al menos, normales, para lo cual resulta ya imprescindible el asesoramiento de expertos en adopción (médicos, psicólogos, pedagogos, etc.) Procesalmente la aprobación se efectúa mediante auto (art. 1.830 L. E. C.), en el que el Juez ordenará 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). En la misma resolución podrán efectuarse, en su caso, las valoraciones especiales previstas por la ley (cuando el adoptante tuviere hijos legítimos, legitimados, naturales reconocidos u otros adoptivos, y cuando se solicita la adopción plena de mayores unidos al adoptante por vínculos familiares o afectivos).

b) Fase notarial.

Se refiere a ella de modo muy sucinto el art. 175.1. "Aprobada judicialmente la adopción, se otorgará escritura pública". Se ha omitido la expresión del derogado art. 177 "expresando en ella las condiciones con que se haya hecho"; lo que acaso se deba a la supresión del pacto sucesorio y al escaso margen concedido ahora a la autonomía de la voluntad en el negocio adoptacional. Esta escritura, como expresé anteriormente, es un requisito de documentación del negocio, simple forma *ad probationem* y no *ad substantiam*, y sólo valdrá en cuanto recoja fielmente las declaraciones de voluntad y la aprobación judicial recaídas en la fase anterior, sin que pueda plantearse siquiera la posibilidad de una variación de contenido (77).

c) Fase registral.

Según el art. 175,1, una vez otorgada escritura pública "se inscribirá en el Registro Civil correspondiente". Como dice Gambón Alix (78) "el hecho de que se trate de una inscripción marginal no tiene trascendencia sustantiva en cuanto a la eficacia del asiento —idéntica a la de las inscripciones principales—, teniendo significado tan sólo a efectos de la ordenación interna registral y en cuanto a la competencia territorial, ya que ésta viene dada en función de la que rige la inscripción de nacimiento, que abre el folio registral de la Sección L". La inscripción de la adopción constituye la prueba normal y privilegiada del acto de adopción, sin que tenga apoyo alguno en el Derecho vigente la doctrina de la Res. de 22 de marzo de 1946,

(77) Por regla general plantean tal posibilidad todos los autores que expresa, o implícitamente, sostienen que el momento perfectivo de la adopción radica en el otorgamiento de la escritura pública. Cfr. GAMBÓN ALIX: *Op. cit.*, p. 176; MADRUGA: *Op. cit.*, p. 758.

(78) GAMBÓN ALIX: *Op. cit.*, p. 178.

según la cual la adopción “no queda perfeccionada sin el requisito esencial de la extensión de dicha nota” (79).

Ahora el párrafo 2.º del art. 175 dicta con carácter general una norma que antes estaba parcialmente contenida en el régimen de la adopción plena. “El Registro Civil no publicará, a partir de la adopción, dato alguno que revele el origen del adoptado ni su condición de tal. Fuera de los casos taxativamente establecidos en la legislación del Registro Civil, no podrá expedirse certificación literal”. Parece que ello es una consecuencia indirecta de la equiparación del hijo adoptivo al hijo legítimo, y puede plantear problemas en la adopción simple cuando el adoptado conserva sus propios apellidos. Anteriormente el párrafo 3.º del art. 178 decía: “El Registro Civil no publicará, a partir de la adopción, los apellidos impuestos al adoptado en su inscripción de nacimiento ni dato alguno que revele su origen”. No prevaleció la Enmienda que proponía la destrucción de las partidas originales de nacimiento del adoptado (80), con lo cual, si bien se eliminaba registralmente todo rastro de su origen, hacía de imposible o muy difícil aplicación el régimen de los impedimentos matrimoniales. También parece un acierto la remisión a la legislación del Registro para expedir certificaciones literales.

6. EFECTOS DE LA ADOPCION

La *ratio legis* de las reformas de la adopción suele radicar en el propósito del legislador de incrementar sus efectos. La española de 1970 no escapa a esta regla. A un mayor reforzamiento y robustecimiento del vínculo adoptional suele responder una relajación del vínculo que une al adoptado con su familia de origen. En la adopción plena, este vínculo es tan tenue que casi llega a desaparecer.

A) *Efectos en general.*

He escrito en otro lugar (81) que el párrafo 1.º del art. 176 establece un principio general de incalculable alcance cuya trascendencia deriva de estar incluido entre las disposiciones generales y que servirá de norma interpretativa de la nueva regulación de la adopción. Conforme al mismo: “En todo lo no regulado expresamente de modo distinto por la Ley, al hijo adoptivo le corresponden los mismos derechos y obligaciones que al legítimo”. Esta norma, según

(79) Vid. la refutación de esta Resolución, con arreglo a la anterior normativa —que reputo válida para la vigente—, en GAMBON ALIX: *Op. cit.*, página 179, nota 121. En general, los aspectos registrales de la adopción están tratadas ampliamente por el autor cit. *op. cit.*, pp. 178 y ss.

(80) Propuesta por la Procuradora Ana Ballenilla Fajardo que la justificaba porque “ninguno de los argumentos esgrimidos a favor de la conservación de estas partidas resultan convincentes frente a los enormes perjuicios producidos al niño por el conocimiento de la verdad de su origen”.

(81) GARCÍA CANTERO: *Aspectos sucesorios de la nueva ley de adopción*, ed. sep., pp. 104 y ss.

la Exposición de Motivos, se mantiene fiel a una tendencia muy difundida en el mundo, que responde al frecuente deseo de los adoptantes y viene a potenciar el instituto de la adopción". No fue objeto de enmienda ni de discusión en el seno de la Comisión. Ahora bien, debemos aclarar en primer lugar, cuál es el significado de la frase "al hijo adoptivo le corresponden los mismos derechos y obligaciones que al legítimo". ¿Habrà identidad total o simple analogía? A juzgar por las intervenciones de los miembros de la Ponencia (82) durante las discusiones en el seno de la Comisión de las Cortes, se trataría de una equiparación total, de suerte que acaso pudiéramos ver un efecto idéntico al de la legitimación por subsiguiente matrimonio (artículos 122 y 123 C. C.) que aquí se produciría a partir de la fecha de la adopción. Con todo, conviene precisar que si la adopción es una fuente de legitimidad, lo es sólo en cuanto crea un *status filii* pero no, sin más, en cuanto crea un *status familiae*. Por otra parte, tanto para la adopción plena como para la simple, el principio de equiparación sufre importantes derogaciones en el orden sucesorio y, para la última, además, en otros campos. Por todo ello puede avanzarse, al menos, la duda de si era oportuna la inserción con carácter de norma general, de un principio que en sí mismo necesita de aclaraciones y que sufre, en su aplicación, importantes limitaciones.

Dentro de los efectos generales de la adopción, aplicables, por tanto a ambas formas, los restantes párrafos del art. 176 contienen normas relativas a la extensión subjetiva del parentesco surgido de la adopción, a la patria potestad y a los efectos de la extinción de la del adoptante.

"La adopción causa parentesco entre el adoptante, de una parte, y el adoptado y sus descendientes, de otra; pero no respecto a la familia del adoptante, sin perjuicio de lo dispuesto sobre impedimentos matrimoniales". La norma es reproducción del art. 174 párrafo final de la normativa derogada con la supresión del calificativo "legítimos" relativo a los descendientes del adoptado. El texto pasó sin modificación alguna del P.G. al I.P. Su integración exige la remisión al art. 84, números 5 y 6. Con anterioridad a la última reforma, escribía MADRUGA (83) que, con relación al adoptante, tenemos *paternitatis legalis* y el hijo adoptivo deviene hijo propiamente dicho de su padre con todos los deberes y todos los derechos que se deriven de esta condición. Ahora hay que decir que por declaración de la Ley, esa paternidad es un vínculo de filiación legítima entre el padre o madre adoptantes y el adoptado, y ello tanto para la adopción plena como para la simple. Habrá parentesco legal entre el adoptante y sus descendientes, tanto legítimos como naturales; la discriminación del régimen anterior en cuanto a los últimos no parecía justificada a la doctrina (84). No hay, en cambio, parentesco entre los ascendientes y co-

(82) Así manifestó Piñar López (de la Ponencia) en la sesión del día 12 de junio de 1970: "Las fuentes de legitimación no están sólo en el matrimonio, sino que se produce también por la vía de la adopción".

(83) MADRUGA: *Op. cit.*, p. 766.

(84) GAMBON ALIX: *Op. cit.*, p. 236.

laterales del adoptante y el adoptado y su familia, a excepción de los impedimentos matrimoniales (85).

Con carácter también general se establece que “la adopción confiere al adoptante la patria potestad respecto al adoptado menor de edad” (art. 176,3), norma que reproduce el derogado art. 174,1 y que se basa en la idea de que “la adopción representa, de manera primordial y genuina, un instrumento para procurar el traspaso entre dos personas de la patria potestad respecto a otra” (86); este efecto ha sido constante bajo todos los regímenes de la adopción en el C. C. según se desprende de los arts. 167,3 y 278,1. Este efecto, que puede considerarse fin primordial del instituto, no puede producirse cuando el adoptado está ya emancipado o es mayor de edad. La nueva Ley ha generalizado y ampliado una norma para el caso de adopción sucesiva conjunta que antes figuraba en la sección de adopción menos plena. En efecto: “Cuando uno de los cónyuges adopte al hijo legítimo, legitimado, natural reconocido o adoptivo del otro consorte, la patria potestad pasará a los padres por naturaleza”. La fórmula el art. 154, párrafo 1.º. Norma lógica que pone de acuerdo el régimen general de la patria potestad con el de la adopción evitando posibles conflictos.

El párrafo 4.º del art. 176 no se contenía en el PG. Aparece en el IP. como respuesta de la Comisión a una Enmienda del señor Angulo Montes concebida en estos términos: “En defecto del adoptante, la patria potestad pasará a los padres por naturaleza”. La fórmula acogida, ya no es que recoja literalmente la Enmienda citada, sino que opta por una solución diametralmente opuesta a la propugnada por la doctrina (87), defendida en la enmienda citada y que se justifica en estos términos: “Rota, en virtud de la adopción, la vinculación del adoptado con su familia natural, es la tutela testamentaria o la dativa la institución apropiada para proveer a la guarda del menor o del incapacitado cuando la patria potestad del adoptante se extinga”. En virtud de ello se establece: “Extinguida la patria potestad del adoptante, el Juez proveerá a la guarda del menor, conforme a lo establecido en los Capítulos II y IV del Título IX, Libro I. El Consejo de familia se compondrá de las personas que el padre o la madre adoptantes hubiesen designado en su testamento o, en su caso, de cinco personas honradas, prefiriendo a los amigos de los adoptantes”. Se desprende de esta norma que no se produce una readquisición de la patria potestad por el padre legítimo o natural del adoptado en virtud de una “potestad residual” que algunos autores defendían, sino que la pérdida que sanciona el art. 167,3 es definitiva.

La norma citada aclara el pensamiento del legislador acerca de la intensidad de la ruptura que la adopción supone para el adoptado,

(85) Sobre los impedimentos matrimoniales nacidos de la adopción vid. GARCÍA CANTERO: *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español* (Roma-Madrid, 1959), pp. 149 y ss.

(86) GAMBON ALIX: *Op. cit.*, p. 208.

(87) GAMBON ALIX: *Op. cit.*, pp. 216 y ss.

con su familia de origen, y que la doctrina anterior solía afrontar con vacilaciones (88). Parece indudable, por un lado, que el adoptado deberá tener en cuenta su parentesco de consanguinidad y afinidad legítima y natural para los efectos de los impedimentos matrimoniales y, seguramente, con esta finalidad no se ha aceptado la enmienda que proponía la destrucción de las partidas originales; el supuesto permitirá al Juez autorizar una certificación literal conforme al art. 51 Ley. Registro Civil. Pero a excepción de lo indicado, el adoptado parece que no guardará ninguna relación con su familia de origen. A ello puede obedecer la desaparición del párrafo 5.º del derogado artículo 174, conforme al cual: "El adoptado conservará los derechos sucesorios que le correspondan en la familia por naturaleza" y que figuraba con otra redacción en el PG. En el IP. se dice que así se acepta la Enmienda Arrée; es de observar que esta Enmienda propugnaba "cortar radicalmente todas las relaciones del adoptado con su familia de origen a excepción, únicamente, de los impedimentos para el matrimonio". Si se considera que en la reforma de 1958 desapareció también el inciso final del art. 178, según el cual "el adoptado conserva los derechos que le corresponden en su familia natural a excepción de los relativos a la patria potestad", parece razonable concluir que se ha consumado, o está consumándose, el proceso legislativo de ruptura con la familia natural.

Esta conclusión debe, sin embargo, contrastarse con el régimen especial dictado para cada una de las clases de adopción.

Establecido el principio general de equiparación y delimitada su aplicación, estimo que resulta supérfluo hacer aplicaciones concretas de aquél, como el texto derogado formulaba en los párrafos 2.º (alimentos) y 6.º (tutela y ausencia) del art. 174. La equiparación entre el hijo adoptivo y el legítimo desplegará su eficacia en todo el contenido general y particular del estado del hijo, sin más limitaciones que las expresamente contenidas en la Ley. Preceptos aclaratorios como el párrafo 3.º del art. 772, carecen de sentido; y probablemente se puede afirmar lo propio del art. 20,2 en materia de nacionalidad. Es más dudoso que, por ser una Ley especial, deba reputarse supérflua la referencia a los hijos adoptivos contenida en el artículo 58,1 L. A. U., si bien, en estricta lógica, debieran aquéllos considerarse incluidos, sin más, en la referencia a los descendientes; cabe esperar que en una reforma de L. A. U. se aclare la duda, dando satisfacción a los enmendantes que no lograron ver atendidas sus propuestas al discutirse la Ley de Adopción.

B) *Efectos de la adopción plena*

Se refieren a los apellidos, a los deberes del adoptado con relación a la familia natural, a los derechos sucesorios entre adoptante y adoptado y a los derechos sucesorios de los parientes por naturaleza en la herencia del adoptado.

(88) Cfr. el tratamiento de GAMBON ALIX: *Op. cit.*, pp. 238 y ss.

Puede avanzarse la duda de si era necesaria la norma del párrafo 3.º del art. 178, pues si, en principio, el hijo adoptivo tiene los mismos derechos que el legítimo y no se dice nada en contra, era inevitable la aplicación del art. 114,1. Sin embargo, hay que concluir por la necesidad de una norma aclaratoria, ya que pudiendo adoptar tanto los viudos como los solteros, el art. 114 no parecía ofrecer un criterio de atribución de apellidos a la legitimidad únicamente *ex patre* o *ex matre*. En consecuencia se establece: “El adoptado, aunque constare su filiación, ostentará como únicos apellidos los de su adoptante o adoptantes”. En la adopción conjunta es cuando se dará una total identidad con la filiación legítima en este aspecto, ya que el adoptado tendrá por su orden el primer apellido del padre y el primero de la madre. En la adopción por una sola persona será difícilmente exteriorizable el aspecto de legitimidad que el art. 176,1 proclama. La norma del párrafo 3.º del art. 178 no dice en qué orden se ostentarán los apellidos del único adoptante. El art. 201 del Reglamento R.C. dice que “el hijo adoptado en forma plena sólo por varón tiene, por el mismo orden, los apellidos del adoptante”. Esta norma parece concordar perfectamente con la citada. Si el adoptante es mujer —prosigue dicho artículo— “llevará sus dos primeros apellidos, pudiéndose invertir el orden en la propia escritura o después, con sujeción a las formalidades de la adopción”. Es dudoso si esta última norma debe considerarse vigente, aunque debe reconocerse que la apariencia externa de legitimidad se logra mejor, en el caso de la adopción por una mujer, cuando se invierten los apellidos.

Debe reputarse vigente el art. 204 del citado Reglamento. En consecuencia el adoptado transmite el primer apellido a los descendientes y el cambio de apellidos por adopción alcanza a los sujetos a la patria potestad y también a los demás descendientes que expresamente lo consientan en la propia escritura o dentro de los dos meses siguientes.

Dice el párrafo 4.º del art. 178 que “al adoptado no le serán exigibles deberes por razón de parentesco con sus ascendientes o colaterales por naturaleza”. La norma es reproducción, casi literal, de la contenida en el derogado art. 179.2; pero de ésta ha desaparecido el inciso alusivo a la conservación de los derechos sucesorios que se mantuvo en la redacción del PG. Parece que se confirma para la adopción plena la ruptura, en principio total, del adoptado en relación con su familia de origen. Es obvio que el parentesco de sangre no ha desaparecido físicamente pero ha dejado de producir efectos jurídicos; concretamente, al adoptado no le podrán exigir alimentos sus parientes por naturaleza. Aunque el nuevo texto no lo dice, habiendo desaparecido el inciso final del párrafo 2.º del art. 179, parece lógico que el adoptado no pueda exigirlos de dichos parientes, ni siquiera en el caso de que no pueda obtenerlos del adoptante en la medida necesaria.

De la discusión en las Cortes del proyecto de Ley de adopción se deduce que el adoptado tampoco conserva derechos sucesorios en

relación con sus parientes por naturaleza; lo cual se corresponde, en virtud del principio de reciprocidad sucesoria, con el párrafo final del art. 179, conforme al cual “los parientes por naturaleza no ostentarán derechos por ministerio de la Ley en la herencia del adoptado”, si bien, como excepción, se deja a salvo lo dispuesto en el artículo 812.

La materia de los derechos sucesorios de los hijos adoptivos ha sido una de las más debatidas en el seno de la Comisión de las Cortes, y de la que me he ocupado con detalle en otro lugar (89). Como resultado de una transacción entre tendencias contrapuestas, se aprobó, tras un accidentado debate, la siguiente normativa:

“El hijo adoptivo ocupa en la sucesión del adoptante la misma posición que los hijos legítimos, con las siguientes particularidades:

Primera.—Concurriendo sólo con hijos legítimos, y tratándose de sucesión testamentaria, no podrá percibir por mejora más que el hijo legítimo menos favorecido.

Segunda.—Si concurriere con hijos naturales reconocidos, cada uno de éstos no podrá percibir menos porción que el adoptivo.

Los adoptantes ocuparán en la sucesión del hijo adoptivo la posición de padres legítimos” (art. 179, párrafos 1.º y 2.º).

Cuando en la sucesión del adoptante concurren exclusivamente uno o varios hijos plenamente adoptados, juega en toda su plenitud el párrafo 1.º del art. 179 ocupando “la misma posición que los hijos legítimos”. La complicación surge cuando se da concurrencia de hijos adoptivos con otros legítimos o naturales, haciendo entrar en juego las “particularidades” del art. 179 (90). Sin que en esta materia se pueda llegar todavía a conclusiones seguras, cabe avanzar las siguientes soluciones provisionales:

a) Sucesión testamentaria:

a') Concurrencia con hijos legítimos.

El texto de la primera “particularidad” habla de “hijos” en plural, pero parece que la norma se aplicará al caso de concurrencia con un solo hijo legítimo. Y aunque no se regula la concurrencia con hijos y nietos legítimos o sólo con nietos, hay que concluir por idéntica aplicación. Sin embargo, parece claro que la mera concurrencia del hijo adoptivo con el cónyuge viudo del adoptante no hace funcionar la particularidad.

Dice Vallet de Goytisolo (91) que hay que felicitar a la Comisión

(89) GARCÍA CANTERO: *Aspectos sucesorios de la nueva ley de adopción* citado.

(90) Vid. observaciones críticas sobre la terminología utilizada en loc. citado, p. 107.

(91) VALLET DE GOYTISOLO: *Los derechos sucesorios dimanantes de la adopción después de la reforma de 4 de julio de 1970 en ADC.* 23 (1970), página 602.

de Justicia de las Cortes que limitó a la mejora ese *no recibir más* del hijo adoptivo, pues extendido a la parte de libre disposición, le hubiese dejado en peor situación respecto a ésta que a cualquier extraño, en una rara versión del tipo de limitación de la vieja Ley *Hac Edictali*. Conforme a la particularidad primera “concurriendo sólo con hijos legítimos... (el hijo adoptivo) no podrá percibir por mejora más que el hijo legítimo menos favorecido”. Ello supone una limitación de la facultad de mejorar al hijo adoptivo para evitar que, por este concepto, perciba más que cualquiera de los legítimos. No se le prohíbe mejorarle pero sí hacerlo en cantidad superior al hijo legítimo menos favorecido. Constituye una limitación de la facultad concedida al testador en el art. 808, párrafo 2.º, que, de otra suerte, jugaría sin limitaciones, en aplicación del principio de equiparación. La limitación no juega en cuanto al tercio de libre disposición, que podrá ir destinado totalmente al hijo adoptivo.

b') Concurrencia con hijos naturales.

Dice la segunda “particularidad” que si el hijo adoptivo “concurriere con hijos naturales reconocidos, cada uno de éstos no podrá percibir menos porción que el adoptivo”. La norma procede del PG, y ha sido reproducida literalmente en el texto aprobado, habiendo sido propuesta por la Ponencia después de la reñida votación en que fue derrotado su Informe, en el que habían desaparecido estas peculiaridades. Estimo que basta la concurrencia de un solo hijo natural para que funcione esta limitación cuyo alcance fundamental consiste en que se descarta la aplicación del art. 840, párrafo 1.º, en el supuesto de que concurren los hijos naturales con uno o varios adoptivos en adopción plena, aplicación que vendría impuesta por la equiparación de éstos a los legítimos. Esta particularidad no se limita literalmente a la sucesión testamentaria, dejando abierta la puerta para que se entienda aplicable la norma a la sucesión abintestato, lo que resulta doblemente vejatorio para los hijos adoptivos. En cuanto a la sucesión testamentaria, es de notar que el precepto no se refiere exclusivamente a la legítima, debiendo concluirse que el hijo adoptivo que concurre con uno o más hijos naturales reconocidos, no podrá percibir por cualquier concepto mayor porción que cualquiera de los naturales (92).

c') Otros supuestos de concurrencia.

La Ley no ha previsto otros supuestos de concurrencia cuya resolución puede ser, por lo menos, dudosa. Así, en el caso de concurrir hijos legítimos, hijos naturales reconocidos e hijos adoptados plenamente, la presencia de, al menos un hijo legítimo, puede apoyar la

(92) A parecidas conclusiones parece llegar VALLET DE GOYTISOLO: *Op. citado*, p. 603. Para GÓMEZ-FERRER SAPIÑA: *Reflexiones sobre el nuevo artículo 179 del Código Civil en RCDI*, 46 (1970), p. 1.194, la norma pretende lograr un mayor número de adopciones de hijos naturales que de extraños, finalidad que, a mi juicio, no aparece muy clara en la ley.

tesis de su equiparación con el adoptivo, lo que conduciría a que la legítima del natural reconocido fuera reducida a la mitad; pero el texto de la primera particularidad no parece apoyar esta solución (93).

La presencia de un único hijo adoptado plenamente, excluirá, sin más, a los ascendientes del padre adoptante por mera aplicación del artículo 807.2. Pero si, además, existe un hijo natural reconocido, ¿será aplicable el art. 841 dándose entrada a los ascendientes del adoptante? Hasta ahora el interrogante no ha recibido respuestas satisfactorias en la doctrina. El problema se ha planteado por falta de encaje del nuevo sistema sucesorio instaurado para la adopción, con el general del Código. En mi opinión debe prevalecer, a este respecto, la equiparación del hijo adoptivo al legítimo y sólo a efectos de la cuantía de las respectivas cuotas hereditarias entrará en aplicación la “particularidad” segunda del art. 179; de ello se deriva la exclusión de los ascendientes.

b) Sucesión abintestato.

El hijo adoptivo único o una pluralidad de hijos plenamente adoptados no originan problemas; en el último supuesto heredarán por partes iguales por aplicación del art. 932.

La concurrencia con hijos legítimos queda fuera del ámbito de aplicación de la primera “particularidad” y se aplicará el criterio igualitario por efecto del principio de equiparación del art. 179, párrafo 1.º

La concurrencia de hijos adoptivos y naturales reconocidos parece que obligará a tener en cuenta la segunda “particularidad”, equiparándolos a todos. A menos que se entienda —y ello parecería una interpretación forzada— que está sobreentendida la frase “tratándose de sucesión testamentaria” y que la palabra “porción” equivale a “porción legítima”.

La concurrencia de hijos legítimos, naturales reconocidos y plenamente adoptados no está prevista expresamente por el legislador. ¿Tendrá fuerza suficiente la inicial declaración de igualdad del primer párrafo del art. 179 para excluir la segunda “particularidad”? Será

(93) VALLET DE GOYTISOLO: *Op. cit.*, pp. 605 y ss., ha realizado un detallado desarrollo de este supuesto de concurrencia, llegando a la conclusión de que “tal vez el número 2 del art. 179 & 1 debe entenderse aplicable exclusivamente al supuesto de concurrir adoptados con adopción plena e hijos naturales no habiendo descendientes legítimos. De ser así, en el supuesto de concurrir las tres clases de hijos no se aplicaría el núm. 2, sino exclusivamente el art. 840”. Diversamente GÓMEZ-FERRER SAPIÑA: *Op. cit.*, pp. 1.197 y siguientes: “En el supuesto de concurrencia de hijos legítimos, adoptivos y naturales reconocidos consideramos que el precepto del párrafo 1.º, particularidad primera, del art. 179 del Código Civil reformado, es defectuoso en su redacción... Lo más acertado sería interpretar el precepto entendiéndolo que es de aplicación a todo supuesto de concurrencia de hijos legítimos y adoptivos, aunque además existan otros legitimarios”. Este autor propugna, en definitiva que a todo este párrafo se le aplique un criterio extensivo de interpretación, y no se interprete extensivamente una particularidad y restrictivamente otra cuando ambas forman una unidad de excepción a un principio general de equiparación.

ésta una de las cuestiones que los Tribunales deberán aclarar. También deberán decidir los Tribunales, si basta la presencia de un hijo plenamente adoptado, en concurrencia con hijos naturales reconocidos, para excluir a los ascendientes. Personalmente me inclino por la afirmativa, por razones similares a las expuestas en el supuesto de sucesión testamentaria (94).

c) Derechos sucesorios de los padres adoptantes en la herencia del adoptado.

Dice el penúltimo párrafo del art. 179 que “los adoptantes ocuparán en la sucesión del hijo adoptivo la posición de padres legítimos”. Es curioso constatar la quiebra que aquí se ha producido en relación con el principio de reciprocidad, básico en el Derecho de sucesiones, ya que mientras que al hijo adoptivo se le limitan considerablemente, en ciertos casos, sus derechos sucesorios, no ocurre lo propio con el padre adoptante, respecto del cual la Ley no establece ninguna “particularidad”; circunstancia esta última en la que nadie reparó durante la discusión del proyecto en las Cortes.

Tratándose de la sucesión testamentaria de un hijo plenamente adoptado, el principio de equiparación obligará a aplicar los artículos 807-2.º, 809, 810 párrafo 1.º (no así el segundo párrafo, ya que el parentesco adoptivo en línea ascendente no se extiende más allá del primer grado), 811 (cuya aplicación origina muy interesantes problemas interpretativos) y 812. Tratándose de sucesión abintestato, resultarán directamente aplicables los arts. 935, 936 y 938 (95).

C) *Efectos de la adopción simple.*

Conviene aclarar que, también para la simple adopción, rige el principio general de equiparación del hijo adoptivo con el legítimo, tal como lo he expuesto anteriormente al hablar de los efectos en general de la adopción. Las limitaciones en tal equiparación se dan en cuanto al uso de los apellidos, y en cuanto a los derechos sucesorios del hijo adoptivo y del padre adoptante.

El inciso final, párrafo segundo, del art. 180 establece que “a falta de pacto expreso, el adoptado conservará sus propios apellidos”. Este supuesto representa el máximo alejamiento de la posición jurídica del hijo simplemente adoptado en relación con el hijo legítimo, ya que aquél difícilmente podrá ser tenido por los terceros como hijo legítimo de su adoptante si no lleva sus apellidos.

(94) Parece adoptar también esta solución VALLET DE GOYTISOLO: *Op. cit.*, p. 604.

(95) A propósito de estos derechos sucesorios a favor del adoptante, escribe VALLET DE GOYTISOLO: *Op. cit.*, p. 610: “Se vislumbra así la posibilidad —en la que no ha pensado la reforma— de adopciones motivadas por la intención de privar a los ascendientes por naturaleza de sus derechos legítimos. Es decir, una adopción intencionalmente no a favor del adoptado, sino contra los ascendientes por naturaleza”. He de reconocer que el supuesto me parece difícilmente imaginable, y fácil de ser evitado, si se trata de los padres del adoptado menor de edad, negando su consentimiento a la adopción.

La posibilidad de pacto está prevista en el propio párrafo con una fórmula ligeramente modificada respecto de la contenida en el derogado art. 180 (versión de 1958) y de la propuesta en el PG. Se decía en aquél que “el adoptado podrá usar con el apellido de su familia, el del adoptante si se expresa en la escritura de adopción, en la que en tal caso se establecerá el orden en que haya de usarlos” (96). Ahora el contenido del pacto se refiere también a la sustitución de los apellidos del adoptado —habrá que entender que se trata de los dos que figuren en su partida de nacimiento— por los del adoptante, o por el primero de cada adoptante; subsiste inalterada la facultad de acumular o adicionar un apellido de cada procedencia, exigiéndose —igual que en la norma derogada— que se fije el orden, y de no hacerlo así parece que seguirá teniendo aplicación el art. 202 del Reglamento del Registro Civil.

En cuanto a los derechos sucesorios de los hijos simplemente adoptados, he escrito en otro lugar (97) que el texto aprobado corresponde literalmente al IP., sin que en la Comisión se introdujera modificación alguna. La Ponencia mejoró notablemente la redacción y la técnica del correlativo artículo del PG. Es de notar que una propuesta de equiparar los hijos plenamente adoptados a los hijos naturales reconocidos en el ámbito sucesorio, fue derrotada en la Comisión por un claro margen de votos: era evidente la voluntad de la Comisión de que hubiera diferencias en el tratamiento sucesorio de ambas clases de adopción. Lo que ya resulta menos claro es que, debido a la aplicación de la “particularidad” segunda del art. 179, se produzca en algún supuesto esa equiparación entre el hijo plenamente adoptado y el natural reconocido que se había rechazado con carácter general.

Tratándose de la simple adopción “el hijo adoptivo ocupa en la sucesión del adoptante la misma posición que los naturales reconocidos”. Principio general que no contiene de modo expreso limitación alguna, y que obliga a aplicar los arts. 840 a 847 para la sucesión testamentaria, y los arts. 939 a 945 para la sucesión abintestato.

La concurrencia de hijos legítimos con un hijo simplemente adoptado determinará para éste la aplicación del vejatorio art. 840 que, ciertamente, la Comisión encargada de la reforma de la adopción no podía alterar.

El art. 841 regulará la concurrencia con ascendientes legítimos y con el cónyuge.

En el caso de que a la sucesión del adoptante concurren sólo los hijos simplemente adoptados, por aplicación del art. 842 tendrán éstos derecho a la tercera parte de la herencia en concepto de legítima.

La imputación de donaciones hechas por el adoptante al hijo simplemente adoptado se regirá por lo dispuesto en el art. 847.

Si concurren en la sucesión del mismo adoptante hijos plenamente adoptados con hijos simplemente adoptados, los derechos sucesorios

(96) Sobre esta problemática cfr. GAMBON ALIX: *Op. cit.*, p. 199.

(97) GARCÍA CANTERO: *Aspectos sucesorios, etc.*, cit., pp. 110 y ss.

rios de éstos serán la mitad de los de aquéllos. Sin embargo, basta la presencia de un hijo natural reconocido para que se produzca la paradójica consecuencia de que los derechos de todos se equiparan a los de los hijos naturales.

En cuanto a la sucesión abintestato, el art. 939 habrá que entenderlo en adelante con el siguiente tenor: "A falta de descendientes y ascendientes legítimos sucederán al difunto en el todo de la herencia los hijos naturales legalmente reconocidos, los legitimados por concesión real y los adoptados en adopción simple". Entre sí heredarán por partes iguales.

El inciso final del párrafo 3.º del artículo 180 dispone: "El adoptante ocupa en la sucesión del hijo adoptivo una posición equivalente a la del padre natural". Aparentemente esta norma no plantea problemas de interpretación; pero agudamente observa Vallet de Goytisoló (98) que faltan criterios para resolver los posibles supuestos de concurrencia con la familia de origen, ya esté representada por el padre legítimo o por el padre natural. Antes, sin embargo, de dilucidar este problema hay que resolver si entre el adoptado y su familia de origen se conservan recíprocamente derechos sucesorios.

D) *Derechos sucesorios en relación con la familia de origen del hijo adoptivo.*

Los autores que, bajo la nueva Ley, se han ocupado del tema no se muestran conformes en su solución. Así, mientras Gómez-Ferrer Sapiña (99) de manera general, y sin distinguir entre ambas clases de adopción, sostiene que los adoptados no conservan derechos sucesorios en la familia por naturaleza, por su parte Vallet de Goytisoló (100) entiende que, en cuanto a la adopción plena, deben mantenerse vigentes los derechos del adoptado respecto de sus ascendientes por naturaleza; postura que defiende asimismo Chico Ortiz (101) porque se pondrían en duda los derechos adquiridos y, además, porque en el caso de que un cónyuge adoptase al hijo legítimo, legitimado o natural reconocido del otro consorte, se perderían los derechos sucesorios respecto del padre o madre por naturaleza (102).

Por mi parte entiendo, como he escrito en otro lugar (103), que no resulta fácil construir el sistema sucesorio querido por el legislador en relación con la familia de origen; hay que conjugar normas expresas y silencios legales que pueden ser significativos cuando se refieren al sistema anterior derogado.

(98) VALLET DE GOYTISOLO: *Op. cit.*, pp. 610 y ss.

(99) GÓMEZ-FERRER SAPIÑA: *Reflexiones sobre el nuevo artículo 179 del Código Civil en RCDI*. 46 (1970), p. 1199.

(100) VALLET DE GOYTISOLO: *Op. cit.*, p. 610.

(101) CHICO ORTIZ: *La adopción y el Registro de la Propiedad en RCDI*. 46 (1970), p. 1468.

(102) El autor incluye también al hijo adoptivo del otro cónyuge, pero aquí el argumento carece de fuerza porque no se trata de un "pariente por naturaleza".

(103) GARCÍA CANTERO: *Aspectos sucesorios cit.*, p. 114.

Conviene determinar previamente las clases de parientes que aquí consideramos con posible derecho a suceder y a ser sucedidos, y la clase de sucesión.

Bajo la expresión “parientes por naturaleza” del último párrafo del art. 179 hay que entender tanto los parientes legítimos como los naturales reconocidos, pero en ningún caso se incluirán aquí los parientes adoptivos, ya que no lo son “por naturaleza”. Tampoco se incluirán los descendientes (tanto legítimos como naturales reconocidos) (104), ni el cónyuge del adoptado. Por exclusión hay que concluir que se trata de los ascendientes y de los colaterales, como con mayor precisión dice el art. 178, párrafo 4.º

Ni el adoptado, ni sus ascendientes por naturaleza en el sentido indicado, ostentarán recíprocamente derechos en cuanto a la legítima cuando se trata de la adopción plena; en cuanto al adoptado se deduce esta conclusión de la supresión en el texto definitivo del último párrafo del art. 176 del PG., conforme al cual: “La adopción no priva al adoptado de los derechos sucesorios que le correspondan en la familia por naturaleza”; en cuanto a los ascendientes por naturaleza lo dispone así el párrafo final del art. 179. Pero es obvio que estas personas —así como los colaterales a que antes aludí— podrán suceder y ser heredadas por vía testamentaria en la parte de libre disposición. En cuanto a la sucesión abintestato, entiendo que se aplicará idéntica regla que para la legítima.

En cuanto a la adopción simple, anteriormente me había inclinado a pensar en la supresión de los derechos sucesorios en relación con la familia de origen, apoyándome, en lo relativo al adoptado, en la supresión del último párrafo del art. 176 del PG. Frente a este argumento negativo considero de mayor peso el precedente de la doctrina anterior (105), y, ante el silencio de la nueva normativa, opto por la subsistencia de derechos sucesorios entre el adoptado y su familia de origen en el supuesto de adopción simple (106).

Pese a la desaparición de derechos sucesorios que se produce en la adopción plena entre el adoptado y sus ascendientes y colaterales por naturaleza, la nueva Ley ha dejado a salvo lo dispuesto en el art. 812. La norma del inciso final del último párrafo del art. 179 se justifica técnicamente porque, al carecer los ascendientes de derechos sucesorios por ministerio de la Ley en la herencia del adoptado, no podía entrar en juego esa excepcional figura que la doctrina denomina *recobero mortis causa* de las donaciones hechas a los descendientes. La

(104) En el mismo sentido CHICO ORTIZ: *Op. cit.*, pp. 1467 y ss.

(105) Así escribe MADRUGA: *Op. cit.*, p. 768: “Entendemos con Espín que resulta extraño que ningún precepto se dedique a los derechos sucesorios de la familia de origen en la adopción menos plena. Este silencio, unido a expresa privación en la adopción plena, y a la existencia de derechos sucesorios en la adopción única anterior a la reforma (si bien no enunciada de modo expreso), permiten afirmar la existencia de derechos hereditarios en favor de la familia de origen”. En el mismo sentido GAMBON ALIX: *Op. cit.*, p. 294.

(106) Después de la reforma de 1970 se inclina a la opinión contraria CHICO ORTIZ: *Op. cit.*, p. 1472: “El reconocimiento de los derechos del adoptante parece excluir los derechos de la familia natural”.

norma es poco clara en su intrínseca motivación, y acaso obedezca a un propósito de compensación de la privación de derechos sucesorios en la herencia del adoptado; procedía, con distinta redacción, del PG. y la Ponencia le dio la redacción actual siguiendo la orientación de la Enmienda Batlle (107); en mi opinión está destinada a desaparecer por ir en contra del movimiento favorable a la supresión de toda vinculación con la familia de origen. Anteriormente he defendido (108) que, ante el silencio del art. 180, había que concluir por su no aplicación a la adopción simple; entiendo ahora que, respetados los derechos sucesorios de los ascendientes por naturaleza, no era preciso que el legislador ordenara expresamente que se respetara lo dispuesto en el art. 812 C. c., ya que dicho precepto se aplicará normalmente cuando a la sucesión del adoptado concurren sus ascendientes por naturaleza.

7. INEFICACIA Y EXTINCIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO ADOPCIONAL

Esta materia no aparece regulada con claridad en la nueva Ley. El art. 177 no contempla los supuestos de ineficacia del negocio jurídico adoptcional, como tampoco los tenía en cuenta el texto derogado, ni mucho menos el art. 180 de la primitiva redacción del C. c. Entiendo que habrá que aplicar las categorías correspondientes a los negocios jurídicos familiares con sustancial apoyo en la normativa del matrimonio civil (109). No hay duda de que la adopción será nula por defecto de capacidad, por falta de consentimiento del adoptante y del adoptado mayor de catorce años, por inexistencia o ilicitud de la causa (110), por no haber recaído la aprobación judicial o por defecto de forma (111). El error, la violencia y la intimidación

(107) La Enmienda Batlle proponía lo siguiente: "Los parientes por naturaleza no tienen derecho alguno a la sucesión forzosa o abintestato del adoptado. Pero si éste muere intestado y sin descendencia, dejando bienes o derechos adquiridos a título lucrativo de sus parientes por naturaleza, sucederán en ellos los parientes donantes, si existieren, o los herederos de éstos que se hallen dentro del cuarto grado civil del parentesco con el adoptante causante".

(108) GARCÍA CANTERO: *Aspectos sucesorios* cit., p. 115.

(109) LACRUZ-SANCHO REBULLIDA: *Op. cit.*, p. 432, se limitan a decir que las categorías de ineficacia del negocio jurídico se aplican a la adopción en la medida en que resulte adecuada.

(110) GAMBON ALIX: *Op. cit.*, p. 305, considera a la adopción como contrato de pura beneficencia y, en consecuencia, estima que carece de causa aquella en que medie precio, recompensa o promesa. Asimismo, para SERRANO: *Op. cit.*, p. 151, "la adopción se produce por razones de pura liberalidad, pensando en el bien del adoptando. La causa es a título gratuito, fundado en la mera liberalidad del bienhechor y como todos los negocios gratuitos son *intuitae personae*. Esta causa puede ser ilícita, por ejemplo, adopción de una concubina por el separado de su mujer...".

(111) Pese a haber desaparecido inexplicablemente el párrafo 3.º del artículo 176 según el cual: "Será nula la adopción en la que no se cumplan estos requisitos".

harán anulable la adopción; en mi opinión la simulación es posible y relevante (112), siendo más dudosa la relevancia del dolo.

Hay que tener en cuenta, además, las nulidades expresas por infracción de prohibiciones legales; así ocurrirá con la adopción realizada por una persona casada sin consentimiento de su cónyuge, o la efectuada por dos adoptantes no casados respecto de la misma persona. Hay, finalmente, declaraciones de voluntad que integran el consentimiento negocial y cuya falta acarrea la ineficacia del negocio; así ocurre, en principio, con el consentimiento del cónyuge del adoptando y con el de los padres del mismo menor de edad o con el del tutor previamente autorizado por el Consejo de Familia.

Pero el art. 177 contiene una específica normativa acerca de la extinción de la adopción que merece la siguiente justificación al legislador en la E. de M.:

“La extinción de la adopción continúa sometida a causas taxativas en las que ha procurado acentuarse el matiz restrictivo. De ahí que tenga verdadero significado de principio jurídico básico la irrevocabilidad proclamada al frente del artículo correspondiente. La norma ya establecida en el texto anterior acerca de que el reconocimiento de la filiación natural del adoptado o su legitimación no afecta a la adopción, comprende en el Proyecto, además, el supuesto de la prueba de la filiación legítima.”

El nuevo art. 177 dice lo siguiente:

“La adopción es irrevocable.

La prueba de la filiación legítima del adoptado, el reconocimiento de su filiación natural o la legitimación no afecta a la adopción.

Podrán pedir judicialmente que se declare extinguida la adopción:

1.º El adoptado, dentro de los dos años siguientes a su mayoría de edad o a la fecha en que la incapacidad hubiere desaparecido, siempre que se funde en alguna de las causas que dan lugar a la desheredación de los ascendientes.

2.º El padre o la madre legítimos o naturales, dentro de los dos años siguientes a la adopción, sólo en el caso de que no hubieren intervenido en el expediente de adopción, ni prestado consentimiento, si probaren que fue por causa no imputable a ellos.

3.º El Ministerio Fiscal, siempre que lleguen a su conocimiento motivos graves que afecten al cuidado del adoptado menor de edad o incapacitado.

(112) SERRANO: *Op. cit.*, pp. 151 y ss., se ocupa ampliamente de la simulación en la prestación del consentimiento para la adopción, llegando más bien a soluciones negativas sobre su posibilidad en el Derecho español.

La extinción de la adopción no alcanzará a los efectos patrimoniales anteriormente producidos.”

La redacción definitiva coincide sustancialmente con la redacción del PG. del que únicamente se diferencia por la abreviación de los plazos de impugnación.

El art. 180 de la primitiva redacción del C. c. ofrecía un texto sumamente escueto: “El menor o incapacitado que haya sido adoptado, podrá impugnar la adopción dentro de los cuatro años siguientes a la mayor edad o a la fecha en que haya desaparecido la incapacidad.”

En la E. de M. de la Ley de 1958 se argumentaba: “La adopción ha de gozar de la mayor estabilidad, pues afectando profundamente al estado y condición de las personas, sería perturbador dejar su subsistencia supeditada a la voluntad concorde o unilateral de los interesados. Atendiendo a tan fundadas razones, se ha declarado irrevocable.” La nueva normativa se inscribe en la misma línea, si bien se han introducido ciertas reformas de estructura y de contenido.

Parece acertada la individualización de los tres supuestos en que cabe ejercitar la acción de extinción de la adopción, ya que la legitimación del Ministerio Fiscal no tiene nada que ver con la de los padres legítimos o naturales del adoptado. El orden actual parece más lógico. La abreviación de plazos está conforme con el interés de reducir la incertidumbre en cuanto al *status* de hijo adoptivo. En cambio, la regulación de los efectos de la extinción ha experimentado un giro importante, pareciendo excesiva la retroactividad de la extinción de los efectos personales de la adopción. Hay reformas de redacción que, en general, merecen un juicio favorable.

La orientación del legislador español no parece coincidir con la seguida en leyes extranjeras recientes, las cuales normalmente distinguen entre la adopción plena y la adopción simple o restringida. Así ocurre con la ley francesa de 11 de julio de 1966 y con el nuevo Código civil portugués.

El art. 359 del *Code* se limita a declarar, después de la reforma de 1966, que la adopción plena es irrevocable, añadiendo los comentaristas (113) que, al igual que ocurría con la legitimación adoptiva, los efectos de la adopción son definitivos, sin excepción de ninguna clase, aunque no hay obstáculo a que el hijo adoptado vuelva a ser adoptado en caso de muerte del o de los adoptantes.

Tratándose de la adopción simple, dispone el art. 370 que puede ser revocada por motivos graves, tanto a petición del adoptante siempre que el adoptado haya cumplido los quince años, como por el adoptado, o, si es menor, por sus padres o por cualquier miembro de la familia de origen hasta el grado de primos hermanos inclusive. La revocación produce efectos para el futuro (art. 370-2).

Según el art. 1.986 del C. c. portugués, la adopción plena no es revocable, ni siquiera por acuerdo entre los adoptantes y el adopta-

do; pero cabe una revisión en cualquier tiempo de la resolución judicial que ha decretado la adopción siempre que concurren las siguientes circunstancias: que se demuestre la filiación legítima del hijo adoptivo, que los padres no hayan tenido culpa en el abandono del adoptado y que prueben que por todos los medios a su alcance intentaron encontrarlo, y que el adoptado consintiera en la revisión de la resolución judicial, siendo mayor de catorce años y estando en el uso de sus facultades mentales.

En cambio, para la adopción restringida dispone el art. 2.000 que puede revocarse a requerimiento del adoptante o del adoptado cuando se verifiquen alguno de los hechos que justifican la desheredación de los herederos legitimarios. El artículo 2.001 amplía esta posibilidad, siendo el adoptado menor de edad, a los padres naturales, al Ministerio Público y a la persona a cuyo cuidado estaba el adoptado antes de la adopción, siempre que se verifique alguna de las circunstancias siguientes: que el adoptante deje de cumplir los deberes inherentes a la patria potestad, o que por cualquier causa la adopción deje de ser conveniente a la educación o a los intereses del adoptado.

¿Cuál es el significado de la irrevocabilidad proclamada en el primer párrafo del art. 177? Por de pronto que no sería válida una condición resolutoria impuesta en el negocio adopcional, ni tampoco la aposición de un plazo resolutorio; profundizando en la idea, hay que deducir que no produce efectos el mutuo disenso de las partes, ni, en principio, la resolución unilateral; tampoco parece admisible la resolución por incumplimiento del art. 1.124 del Código Civil —con la salvedad parcial de la acción concedida al Fiscal—, ni la cláusula *rebus sic stantibus*. Por último, que las excepciones que a continuación inserta el precepto deben interpretarse restrictivamente.

El segundo párrafo del artículo 177 no tiene adecuado encaje con el resto del precepto, y sólo una leve relación con el principio de irrevocabilidad, del que el legislador ha pretendido no hacer excepción. La norma parece significar que la alteración de las circunstancias que han presidido la adopción no produce la extinción de la misma; así, si se adoptó a un niño abandonado sin filiación conocida, el posterior reconocimiento por sus padres naturales no alterará el *status* de hijo adoptivo; ahora se ha añadido que tampoco modifica tal *status* la prueba de la filiación legítima, sin duda por el principio general de equiparación establecido en el párrafo 1.º del artículo 176.

El párrafo 3.º viene a representar a modo de excepciones al principio de irrevocabilidad, si bien la calificación jurídica de las mismas resulta poco clara, exigiendo un análisis individualizado. ¿Qué quiere decirse con la frase “podrán pedir judicialmente que se declare extinguida la adopción”? En la anterior doctrina no había unanimidad (114) y la nueva normativa no arroja suficiente luz para una

(114) LACRUZ-SANCHO REBULLIDA: *Op. cit.*, p. 434, resumen así el estado anterior de la doctrina: “Espín los considera casos de revocación y echa de

solución definitiva. Los motivos por los que se concede esta facultad de extinción del negocio adoptcional, unos son coetáneos a su celebración (así el abandono inculpable), otros han sobrevenido con posterioridad (así la falta de cuidados del menor o incapacitado o las causas de desheredación). Se observa, además, que, a diferencia de lo que ocurre en el derecho extranjero, el adoptado nunca está legitimado para pedir la extinción de la adopción, y que la adopción de mayores de edad resulta prácticamente inimpugnable, y lo propio ocurre con la adopción de menores (salvo que estén incapacitados) después de pasados dos años desde la mayoría de edad.

La acción concedida al adoptado parece que sólo puede ejercitarla dentro de los dos años siguientes a su mayoría de edad o a la fecha en que la incapacidad hubiere desaparecido; pero los hechos en que puede basarse aquélla (causas de desheredación de ascendientes descritas en el art. 756, números 1.º, 2.º, 3.º, 5.º y 6.º, y en el art. 854) han de haberse producido durante la minoría de edad o durante la incapacidad.

Más clara aparece la justificación de la acción concedida a los padres legítimos o naturales; se trata de un abandono por causas involuntarias, debidamente justificadas, y la posibilidad de solicitar la extinción de la adopción es un medio de atenuar la dureza del artículo 174.

Hay que inclinarse a considerar como de caducidad, en ambos supuestos, el plazo para el ejercicio de la acción de extinción.

La acción concedida al Ministerio Fiscal ofrece mayor amplitud. No tiene limitaciones de tiempo, pues cabe ejercitarla "siempre que lleguen a su conocimiento motivos graves que afecten al cuidado del adoptado menor de edad o incapacitado". La redacción permite incluir el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, siempre que revistan caracteres de gravedad; el Ministerio Fiscal podrá actuar a excitación de los Tribunales Tutelares de Menores. Pero no puede ejercitarse tal acción por hechos ocurridos con posterioridad a alcanzar el adoptado la mayoría de edad o a haber salido de la incapacidad.

El párrafo final del art. 177 formula una rigurosa regla de retroactividad de la sentencia que declara la extinción de la adopción, en cuanto a los efectos personales ya causados. Es evidente que el adoptado que deja de serlo perderá el derecho a usar de los apellidos del adoptante o adoptantes; pero ¿habrá que anular retroactivamente todos los actos jurídicos en que dicho menor haya intervenido con tales apellidos? ¿Qué pasará con el consentimiento prestado por el

menos la legitimación del adoptante, mientras que la concedida a la familia puede ser causa de perturbaciones; Gambon considera rescisión la ejercitable por los padres, resolución la del fiscal, y "revocación por voluntad condicionada" la del adoptado; Ogayar, bajo el concepto general de impugnación, entiende que la primera es, propiamente, una acción rescisoria; Camy considera revocación la de los padres y rescisión las otras dos; Castán, Madrugá Méndez, Bonet, etc., y el preámbulo de la ley de reforma, se limitan a calificar los tres supuestos de impugnación".

adoptante para la emancipación del adoptado o para su matrimonio? En esta materia la regla contenida en el penúltimo párrafo del artículo 175 según la versión de 1958, es más conforme con el art. 370-2 del *Code* francés o con el art. 2.002-1 del nuevo Código civil portugués.

No están legitimados para pedir la extinción de la adopción, el propio adoptante, sea cualquiera la conducta del adoptado (incluso aunque hubiera atentado contra la vida del adoptante), ni los familiares de aquél, en particular su cónyuge, ni tampoco el cónyuge del adoptado. Pero el Ministerio Fiscal podrá actuar, en su caso, a excitación de alguna de ellas para ejercitar la acción que le corresponde. En este punto hay que concluir que nuestro Derecho es más parco que el francés y el portugués en conceder acciones de impugnación.