

Comentario al Proyecto de Ley de Adopción (*)

FRANCISCO LLEDÓ YAGÜE

Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de Deusto

OBSERVACIONES CRITICAS AL PROYECTO DE ADOPCION REMITIDO POR EL CONSEJO DE MINISTROS EL 21 DE FEBRERO DE 1986 AL CONGRESO DE DIPUTADOS

I. CONCLUSION CON ESTA REFORMA DE LOS CAMBIOS LEGISLATIVOS OPERADOS EN EL DERECHO DE FAMILIA Y PRINCIPIOS INNOVADORES EN EL MERITADO PROYECTO

Con la presente reforma concluye el ciclo de modificaciones importantes en el Libro I del Código Civil. Recuérdese en este sentido la del Título IV (modificación de la regulación del matrimonio y procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio (Ley de 7 de julio de 1981). Asimismo, las reformas de los Títulos V, VI y VII (filiación, patria potestad, alimentos), como la llevada a cabo en el Título III del Libro IV (régimen económico matrimonial), modificaciones, éstas últimas, consagradas por la Ley de 13 de mayo de 1981.

Finalmente, la última reforma se produjo el 24 de octubre de 1983, que modificó los Títulos IX y X, también del Libro I (tutela y consejo de familia).

Pues bien, ahora, con la proyectada reforma de la adopción, se modifica sustancialmente el Capítulo V del Título VII del Libro I, que alude a las relaciones paternofiliales.

La regulación de la adopción ha sido objeto en España de sucesivas reformas, de modo que la Ley que rige hoy el instituto de la adopción es la Ley de 4 de julio de 1970, modificada subliminarmente por las Leyes de 13 de mayo de 1981 y 7 de julio de 1981, que trataban las materias ya explicitadas. La necesidad de la reforma que ahora se acomete, como explica la exposición de motivos del proyecto, «nace de la insatisfacción de la *función social* que debe cumplir la institu-

(*) En el momento de cerrarse la edición de este número (31 de diciembre de 1986), me veo en la obligación de hacer la siguiente observación: el meritado Proyecto no siguió su normal tramitación parlamentaria en la segunda legislatura. Sin embargo, en la actual (tercera) se anuncia su próximo nuevo envío al Congreso de los Diputados. Oportunamente se dará cuenta a los lectores del Anuario de las modificaciones que pudiera introducir el nuevo texto, en relación con el que ahora comentamos.

ción, causada o motivada en parte por la existencia de una serie de defectos e insuficiencias normativas que la experiencia de estos últimos años ha puesto de manifiesto». A tal efecto, una preocupación constante en el proyecto es la constatación de un férreo control judicial en torno a todas las actuaciones preliminares que anteceden a la adopción. Se justifica dicha actuación porque así con ello se evitará el tráfico de niños y la descontrolada selección de los adoptantes. La adopción deja de ser un negocio jurídico eminentemente privado (padres por naturaleza y tercero adoptante o adoptantes) y se institucionaliza la relación, de suerte que las propuestas de adopción van a competir casi exclusivamente a las entidades públicas (v. gr., Junta de Protección de Menores) y a aquellas entidades colaboradoras (asociaciones y fundaciones de carácter privado) que hayan obtenido dicha calificación y que actuarán como instituciones de integración familiar, es decir, entidades no lucrativas que presten sus servicios sin remuneración alguna, y en cuyos estatutos figuren como fin las actividades de acogimiento familiar y promoción de la adopción y cuya finalidad teleológica fuera a ser posible *la reinserción del menor en su vínculo familiar por naturaleza*. Esto se traduce en que los padres, tutores o guardadores, habrán de dirigirse a una institución de las citadas para que haga la propuesta de adopción, y no podrán seleccionar aquéllos a los adoptantes, aunque sí expresar su preferencia por parientes o allegados determinados, pero que no será vinculante, en ningún caso, para la entidad pública o privada competente.

II. EL CAPITULO V DEL TITULO VII DEL LIBRO I DEL CODIGO CIVIL, QUE COMPRENDE LOS ARTICULOS 172 A 180 INCLUSIVE, QUEDARA REDACTADO BAJO LA RUBRICA «DE LA ADOPCION Y OTRAS FORMAS DE PROTECCION DE MENORES»

Comenzamos examinando los artículos atinentes a una figura que se introduce como novedad en el proyecto de reforma de la adopción que es el *acogimiento familiar* (*affidamento*, figura homónima tipificada en el Derecho italiano y que en buena medida nuestro proyecto recoge sus líneas directrices).

Artículo 172. «1. La entidad pública a que en el territorio corresponde la protección de menores tendrá su tutela, en tanto se encuentren en situación de desamparo. Tendrá también la guarda cuando los que tengan potestad sobre un menor lo soliciten por no poder tenerlo en su compañía a causa de enfermedad u otras circunstancias graves, o cuando lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda.

2. El ejercicio de la guarda corresponde, bajo la vigilancia de la entidad pública, al director del establecimiento en que el menor es internado o a las personas que lo reciban en acogimiento. Se procurará que los hermanos queden encomendados a una misma institución o persona.

3. Corresponde al Juez la superior vigilancia de la tutela o guarda de los menores. A este efecto se le dará cuenta de los nuevos ingresos de menores y de su acogimiento. Al menos semestralmente inspeccionará la situación del menor y, de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, adoptará las medidas adecuadas.

4. Se procurará la reinserción del menor en la propia familia.»

Artículo 173. «1. Los menores que estén bajo la guarda de una entidad pú-

blica pueden ser confiados a personas que puedan proporcionarles su integración en una vida de familia. Serán preferidas las que cumplan las condiciones exigidas para la adopción.

El acogimiento familiar se formalizará por escrito en el que prestarán su consentimiento la entidad pública y las personas que reciban al menor. Si fueren conocidos los titulares de la patria potestad o tutela, se requerirá, además, el consentimiento de éstos o que el Juez lo estime necesario para el bien del menor, previa audiencia de los padres o tutores.

También será necesario el consentimiento del menor si tiene más de doce años y se le oirá desde que tenga suficiente juicio.

2. Las personas que acojan al menor deberán velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral. El Juez podrá privar a los padres que no tengan la patria potestad del derecho a visitar al menor acogido, cuando de su ejercicio pudiera racionalmente resultar para éste un grave perjuicio.

3. El acogimiento cesa por la decisión de quienes tienen acogido al menor, una vez comunicada a la entidad pública.

También el Juez podrá acordar que cese el acogimiento, tras oír al menor y a los que le tienen acogido. El procedimiento podrá iniciarse a petición del menor, de la entidad pública, del Ministerio Fiscal, de los padres o tutores, o bien de oficio. La petición de los padres que no hayan perdido la patria potestad será atendida si es posible la reinserción efectiva del menor en la propia familia, sin perturbaciones dañosas para éste.»

El proyecto de ley establece como principios rectores la configuración del instituto de la adopción como un instrumento de integración familiar referido a quienes más lo necesitan, entre otros los niños abandonados respecto de los cuales no se producía ninguna reclamación o no se produce ahora ninguna reclamación o ningún efectivo interés por parte de nadie; de manera que los centros asistenciales que se hacían cargo de ellos encontraban serios inconvenientes para su adopción si aquéllos no eran recién nacidos. En tal sentido, una de las novedades, que en realidad no lo es tanto por lo que a continuación explicaré, la constituye la figura del acogimiento familiar que se intenta supla en el futuro las situaciones de desamparo (niños abandonados o no) de manera que tanto a las entidades públicas como a aquellas instituciones de integración familiar (asociaciones y fundaciones de carácter privado que hayan obtenido esta calificación) les compete la colocación exclusiva de los niños en régimen de acogimiento familiar, es decir, que estos menores de edad puedan ser confiados a persona o personas que reúnan las condiciones morales y materiales necesarias. El acogimiento es de carácter temporal, y normalmente concluirá con la adopción del menor, de modo que en la propuesta de adopción se expresará si existe entre quienes pretenden la adopción y el adoptado situación de acogimiento familiar o convivencia de hecho. He comentado previamente la fiscalización y decisivo intervencionismo del Juez, de modo que, como se observará, aunque el acogimiento se formalice en el plano administrativo, no deja de estar sometido, ya desde su inicio, al necesario control judicial. Así el escrito en el que se formaliza el acogimiento, al que deberán prestar consentimiento la institución *ad hoc* (entidad pública o institución colaboradora), la persona o personas a quienes se confíe el menor (prohijantes) y el menor (cuyo consentimiento es necesario si tiene más de doce años cumplidos, y se le oirá desde que tenga suficiente juicio, valorándose su negativa), sigue la misma línea que

otras reformas anteriores, verbigracia, patria potestad (arts. 154-156 del Código civil), donde aquella necesaria intervención va en consonancia con el respeto al desarrollo de su personalidad. El escrito en el que se constata el contrato de prohijamiento se debe remitir inmediatamente al Juez, quien en cualquier momento podrá poner fin al acogimiento si lo juzga conveniente para el menor; de modo que extraemos otro principio regulador que es la *necesaria primacía del interés del niño* en régimen de acogimiento o adopción, que debe prevalecer sobre los demás intereses en juego, prohijantes, adoptantes, padres, tutores o guardadores del adoptado, de tal forma que el beneficio del niño se sobrepone a cualquier otro interés legítimo concurrente. Asimismo se establece en la disposición adicional cuarta que tanto el procedimiento judicial de constitución de la adopción como el de cesación del acogimiento se ajustará a las reglas de la jurisdicción voluntaria.

He comentado anteriormente que el acogimiento no constituía una novedad, puesto que dicha institución era regulada en el plano administrativo. Así en el Decreto de 2 de julio de 1948, texto refundido de la regulación sobre protección de menores. En cierto modo, sus disposiciones adolecen hoy, como es obvio, de un cierto anacronismo incapaz de dar respuesta efectiva a las necesidades sociofamiliares imperantes en el momento presente; así pues, esta arcaica regulación sobre protección de menores desprendía una clara visión paternalista del Estado. Efectivamente, dicha regulación ha quedado desfasada ante las nuevas exigencias sociales, de suerte que se impone una refacción de la legislación tutelar de menores en la que se prevea como finalidad esencial el desarrollo de su personalidad y, por ende, de su inserción real en la sociedad, compitiendo a los poderes públicos la protección integral de los menores y la tuición efectiva de sus derechos; a tal efecto, sería deseable que en la nueva regulación sobre Tribunales Tutelares de Menores tuviera la competencia de estos asuntos una jurisdicción especial (Jueces de Menores) que velase por la tutela de ese menor en aras a su desarrollo biológico, psicológico y afectivo integral.

Volviendo al Decreto de 1948, que regulaba la Junta de Protección de Menores, contemplaba *el acuerdo de acogimiento*. En síntesis, puede decirse que se llegaba a dicha situación cuando previamente el encargado del Registro Civil, al tener conocimiento de la inscripción de hijos de padres desconocidos, lo ponía en conocimiento de la Junta de Protección de Menores, de modo que ésta disponía de un efectivo protector social (*prohijante*) de ese niño, seleccionando a aquél de las ingentes solicitudes de personas dispuestas a la custodia de hecho, y en una fase ulterior podía procederse a la adopción de ese menor.

El acogimiento familiar ha venido a suplir a la adopción simple (en el proyecto queda derogada), reducida paulatinamente ésta en las sucesivas reformas a una institución residual de escasa trascendencia jurídica, de modo que venía a suponer una parcial integración familiar de hecho, que no originaba un estado de filiación homónimo al de filiación matrimonial, mientras que la adopción plena sí intentaba equipararla (*adoptio naturam imitatur*). No puede decirse que la figura del acogimiento o custodia de hecho potenciada ahora en el proyecto haga las veces o desempeñe el papel antes asignado a la adopción simple. La Ley, se dice en la exposición de motivos, procura dotar de contenido jurídico la relación que crea entre el menor y la persona o persona a quienes se le confía, no olvidando los derechos de los padres por naturaleza y distinguiendo según que los hijos estén bajo su cuidado o hayan sido internados en establecimientos. El Juez asimismo po-

drá privar a los padres del derecho a visitar a los hijos colocados en régimen de acogimiento familiar cuando de su ejercicio resulte grave perjuicio para ellos. También establece que los padres que no estén privados de la patria potestad o los tutores, en su caso, pueden acudir al Juez a fin de que si éste lo considera conveniente para el menor, decrete el cese del *acogimiento familiar*. Ahora bien, su petición queda condicionada a que fuera más conveniente para el menor su reinserción en la familia de origen. La efectividad de lo dispuesto dependerá del cumplimiento de la inspección semestral que compete al Juez en el seguimiento de la situación del menor en régimen de acogimiento, y mucho nos tememos que dicha disposición quedará reducida a una encomiable intención pleonástica.

Finalmente, el acogimiento cesa asimismo por decisión de quienes tienen acogido al menor, una vez comunicada a la entidad pública, con lo que se pone de manifiesto el carácter temporal y revocable de la situación de acogimiento, lo cual puede redundar en perjuicio del desarrollo psicoafectivo, en la efectiva y consolidada integración del menor, y en detrimento del desarrollo de su personalidad.

Establece el proyecto en el párrafo final del artículo 173 que el procedimiento podrá iniciarse a petición del menor. Lógicamente, debemos entender que cuando tenga como mínimo doce años cumplidos, edad suficiente para consentir tanto el acogimiento (art. 173, párrafo 3.º) como la adopción (art. 176, párrafo 1.º).

Con respecto a la entidad pública creo que, asimismo, aunque se omita, podrá iniciarse el procedimiento por la institución colaboradora (asociación o fundación de carácter privado que hubiera obtenido esta calificación), que, como establece el proyecto, tiene la tutela de aquéllos que se encuentren en situación de desamparo, y la guarda cuando los que tengan potestad sobre el menor lo soliciten (v. gr., enfermedad u otras circunstancias graves).

También puede instarse el cese del acogimiento por el Ministerio Fiscal, o bien de oficio. Esta es una medida satisfactoria y coherente, dado que en el procedimiento de adopción o de acogimiento interviene siempre el Ministerio Fiscal.

A mi juicio, se potencia en el proyecto excesivamente la figura del acogimiento o prohijamiento (art. 172), cuando no siempre va a concluir necesariamente en la adopción; de suerte que se darán supuestos en los que el hijo en régimen de acogimiento hubiera logrado una efectiva integración familiar, y no obstante se frustrase esta integración del hijo cuando los progenitores de aquél no estuvieran privados de la patria potestad o suspendidos del derecho de guarda y educación y acudan al Juez a fin de que decrete el cese del acogimiento. Puede suceder que se hubiera recurrido al acogimiento familiar con consentimiento de los padres que recurrieron a esta fórmula debido a problemas económicos o de cualquier otra índole y pensando en el interés del hijo; sin embargo, nada impide pensar que, desaparecida la razón (superación de la crisis económica), los padres acudan al Juez para que decrete el cese del acogimiento, o que acudan a la institución *ad hoc*. Evidentemente, el parámetro según el cual tiene que medirse la solución es el interés del menor, que no será nada fácil de proteger dado que puede dañarse sin querer la estabilidad psicoafectiva alcanzada por el hijo en el vínculo familiar de los prohijantes. Quizás uno de los problemas del acogimiento familiar estribará, no tanto en que ese acogimiento no devenga necesariamente en una adopción, sino que, siendo por definición el acogimiento temporal y revocable, ¿cómo puede el Juez invocar la efectiva integración del hijo?, ¿qué criterios son los determinantes en estas situaciones para valorar la conveniencia del menor?, ¿basta con la vigilancia e inspección que compete al Juez? Hubiera sido más lógico que en lu-

gar del Juez fueran las instituciones de integración familiar las que fiscalizaran, controlaran y supervisaran periódicamente la situación del acogimiento, y especialmente la integración familiar alcanzada, puesto que están en mejores condiciones que el Juez, para realizar esta labor, al contar con una operativa infraestructura humana y material; o que el Juez, dado que el proyecto parece que le atribuye estas competencias, remita a la institución *ad hoc* la obligación de comprobar la situación del acogimiento o la integración alcanzada.

Esto supuesto, quiero resaltar finalmente otros aspectos del acogimiento que considero debieran haberse explicitado con mayor nitidez:

1.º Cuando el párrafo 1.º del artículo 172 del proyecto alude a la entidad pública, en coherencia con la filosofía del proyecto debiera haberse añadido: «Las instituciones colaboradoras que obtengan tal calificación».

2.º Cuando se habla de protección de menores en situación de desamparo imagino que con dicha expresión se acoge el supuesto de los abandonados o no; pero no hubiera estado de más concretar qué se entiende por situación de abandono y las circunstancias atinentes a la autoridad que debe apreciarla y declararla. En este punto juzgo suficiente lo dispuesto en el actual artículo 174 del Código civil (texto vigente), aplicable *mutatis mutandis* al caso del acogimiento de menores abandonados en el proyecto de adopción. De tal forma, consiguientemente en el supuesto del acogimiento se prescindirá, como es obvio, del consentimiento de los abandonantes (o, si se quiere, para ser coherente con la filosofía del proyecto del «asentimiento»), aunque el Juez puede oírlos si son conocidos y citados comparecieren (art. 176, párrafo 2.º).

3.º Con respecto a la tutela que tienen estas personas jurídicas (entidades públicas y privadas), se dice en el proyecto que el derecho de guarda corresponde al director del establecimiento en el que el menor es internado, o a las personas que lo reciban en acogimiento.

En relación al ejercicio de guarda que corresponde al director del establecimiento, habrá que diferenciarlo del supuesto en que el mismo director del ente fuera asimismo el *tutor*. En tal sentido, para disociar ambas facetas en su justa medida, habrá que traer a colación el vigente articulado de la tutela, y en concreto el artículo 239 y el 242, manifestación preclara, ambos artículos, de la *tutela institucional* o *tutela de estado*. A tal efecto, habrá que tener en cuenta que, a diferencia de lo que ocurría anteriormente en la regulación de la tutela (arts. 212 y 303), que se confería *ex lege* la tutela al director del establecimiento; sin embargo, ahora la atribución de dicho cargo tuitivo no es automática, de modo que el director del establecimiento no tiene por qué ser necesariamente tutor *per se*.

Se alude en la Memoria explicativa del Proyecto vigente que la experiencia diaria enseña que aparecen menores desprotegidos de los que no se sabe si su filiación está determinada, o aunque lo esté, si los progenitores, culpables o no, han abandonado a sus hijos. Es necesario adoptar medidas inmediatas de protección personal de esos menores. De ahí que el nuevo proyecto se haya decidido cambiando el criterio del 239, por atribuir a cada entidad pública competente la tutela del menor desamparado. Entiendo que es lógico que fuera el establecimiento mismo el titular de la tutela, en aras precisamente del beneficio e interés del pupilo, que no se encontraría de esta manera abocado a una claudicante situación en lo concerniente a su representación legal, como lo estaría de ser el tutor no el centro *ad hoc*, sino el director del establecimiento, que ostentase la titularidad tuitiva en razón al cargo. Esto supuesto, es más sensato y coherente que ostentando la tutela

la persona jurídica en cuestión (asociación o institución colaboradora: art. 242), el ejercicio de guarda y las demás obligaciones o funciones tutelares competan al director del establecimiento o funcionarios o personas designadas al efecto. Por lo que podemos concluir que el artículo 239 ha quedado desnaturalizado y carente de sentido práctico y operativo, al existir un precepto como el 242, que cumplirá socialmente mejor su función.

4.º Respecto al artículo 173, creo que su párrafo segundo no está bien redactado, y la disyuntiva que explicita es incoherente. Dice el referido párrafo: «[...] si fueren conocidos los titulares de la patria potestad o tutela, se requerirá además el consentimiento de éstos o que el Juez lo estime necesario para el bien del menor, previa audiencia de los padres o tutores».

Me imagino que querrá decir que si los padres o tutores no han sido privados de la patria potestad o tutela deberán dar su consentimiento, y en concordancia con lo que se dispone para la adopción, *ante la presencia judicial*; en caso contrario (privación de la patria potestad o remoción de la tutela), si su domicilio es conocido deberán ser citados para ser oídos, en todo caso. En este supuesto, el Juez, si el interés del menor lo requiere, podrá suspender el derecho de visita del menor o acogido. Es evidente que el transcrito párrafo del artículo 173 constituye una redacción ininteligible, no concretizando con claridad los aspectos que acabamos de referir.

III. DE LA ADOPCION

NOTA INTRODUCTORIA

En el proyecto se regula una única forma de adopción, que produce los mismos efectos que la filiación por naturaleza (después comentaremos este extremo, que hasta el momento presente era polémico). Es digno de destacar que en el proyecto la adopción deja de ser un negocio privado entre el adoptante y los progenitores por naturaleza, de modo que cobran decisiva importancia las instituciones de integración familiar a quienes competen, de modo casi exclusivo, las propuestas de adopción, erigiéndose en el intermediario de la adopción a quien competirá efectuar ese *encaje*, decidiendo tanto el acogimiento (figura normalmente previa a la adopción, aun cuando no es necesario que así fuera) como la adopción.

Puede decirse que nuestro legislador ha dado un giro copernicano, una auténtica mutación de rumbo al cambiar la filosofía imperante en este negocio jurídico del derecho de familia que es la adopción; es decir, se constata una evidente desprivatización del instituto de la adopción, consecuentemente se funcionaliza dicha institución al competir a la Administración el control y los requisitos que deben reunir estos nuevos intermediarios en la adopción, que suplen la voluntad de los interesados (padres o tutores del adoptando y el adoptante).

Ya se decía en la exposición de motivos de la Ley de 1970 que «el cometido del legislador, que actualmente es a la vez de elaboración y revisión, no ha de considerarse, por tanto, desentendido de la incidencia de la norma de la vida y en la opinión pública».

Queda por ver si dichas instituciones *ad hoc* acelerarán los trámites de espera para proceder a la adopción. No ha de olvidarse que para el desarrollo psicoafectivo del menor puede redundar en su detrimento quedar recluido en régimen

de internamiento, puesto que ello puede provocar taras emocionales (v. gr., hospitalismo), cuando el prolongado internamiento en la institución ponga en peligro el normal desarrollo biológico, psicológico, social o afectivo del menor, esto puede originarse cuando los que tengan la potestad sobre el menor soliciten de la institución que ejerza el derecho de guarda, cuando aquéllos por enfermedad u otras circunstancias graves no puedan tenerlo en su compañía o cuando lo acuerde el Juez. También es cierto que puede decirse que con la centralización en estos organismos unitarios que capitalizan las propuestas de adopción se evitará el comercio de recién nacidos y la intervención de intermediarios poco fiables...

Asimismo debo resaltar que la normativa de *ius condendum* sobre la adopción incide o repercute en lo dispuesto en el Derecho internacional privado. En tal sentido, el proyecto de ley que el Consejo de Ministros ha enviado al Congreso de los Diputados da una nueva redacción al artículo 9.5 del Código Civil, inspirando un sistema netamente judicialista. Así, cuando la adopción sea constituida por Juez español, deberá aplicarse la Ley española. Se argumenta en la memoria del proyecto que la adopción es efecto de una resolución judicial, tendrá aplicación la Ley del Juez que, siendo competente para ello, constituya la adopción, lo cual significará una gran facilidad para conocer las leyes aplicables. Otros aspectos dignos de interés son la posibilidad de la adopción consular, los efectos en España de las adopciones realizadas en el extranjero ante las autoridades extranjeras, y, finalmente, se admite la posibilidad de complementar ante autoridades españolas los efectos de las adopciones constituidas en el extranjero, por un trámite sencillo.

Artículo 174. «Nadie puede ser adoptado por más de una persona mientras viva el adoptante. Se exceptúan los cónyuges, que pueden adoptar simultánea o sucesivamente a una misma persona.

El adoptante habrá de tener veinticinco años cumplidos. En la adopción por marido y mujer basta que uno de ellos haya alcanzado dicha edad. Todo adoptante ha de tener, por lo menos, catorce años más que el adoptado.

Sólo pueden ser adoptados los no emancipados. Sin embargo, será posible la adopción de un emancipado cuando haya existido inmediatamente antes de la emancipación una situación ininterrumpida de acogimiento o convivencia, iniciada antes de los catorce años.

No pueden adoptar los ascendientes a sus descendientes ni un hermano a otro.»

COMENTARIO SOBRE EL ARTICULO 174

Establece el párrafo III del referido artículo que sólo pueden ser adoptados los no emancipados. Sin embargo, será posible la adopción de un emancipado cuando haya existido inmediatamente antes de la emancipación una situación ininterrumpida de acogimiento o convivencia, iniciada antes de los catorce años.

A diferencia del texto vigente, en el que, como se sabe, sólo se permite la adopción plena de los menores de catorce años, así como la de los mayores en determinados supuestos; en el proyecto, las líneas directrices son permitir, como regla general, la adopción del no emancipado (menor abandonado o no) y haya precedido o no una previa situación de custodia de hecho o acogimiento familiar; de modo que tanto en un supuesto como en otro, los padres, tutores o guardadores habrán de dirigirse a la entidad pública o institución colaboradora para que

haga la propuesta de adopción, y no les competará a aquéllos seleccionar a los adoptantes; no se olvide que la adopción deja de considerarse, *stricto sensu*, como negocio jurídico privado, para pasar a convertirse en un acto de autoridad, cual si se tratara de una subespecie de contrato dictado y/o forzoso donde lo que cuenta es la voluntad de la institución y no la de los particulares que han de someterse a ella.

Es lógico que con la adopción de los no emancipados se intente plasmar lo más posible el vínculo que nace de la filiación adoptiva con el que corresponde a la filiación por naturaleza, y que puede concluirse, como comentaremos después, que en el proyecto se llega a un *status familiae* en la relación del hijo adoptado, no sólo con el adoptante, sino también con la familia de éste a todos los efectos legales. En este sentido, uno de los principios inspiradores de la reforma es reservar, como regla general, la adopción a los menores de edad no emancipados, y, consecuentemente, lo excepcional será la adopción de mayores de edad que queda reservada a determinados supuestos.

En relación a la adopción de los menores de edad, la circunstancia de que hubiera precedido acogimiento o convivencia por un tiempo ininterrumpido de un año posibilita que no sea necesaria propuesta previa de la entidad pública correspondiente; no obstante, el Juez podrá recabar información de aquélla.

Asimismo, se permite en el proyecto que los emancipados sean también objeto de adopción; pero, a diferencia del texto vigente, no se habla de vínculos familiares ni tampoco efectivos, aunque, como regla general, queda proscrita la adopción de personas unidas por una previa relación de parentesco (véase art. 174, *in fine*, del proyecto); no pueden adoptar los ascendientes a sus descendientes, ni un hermano a otro.

Según esta redacción, se da en el proyecto una mutación o cambio de rumbo, dado que actualmente nada impide que entre adoptante y adoptado exista una previa relación de parentesco, de modo que un ascendiente puede adoptar a un descendiente (v. gr., el abuelo al nieto), e incluso se permite la adopción plena entre colaterales (v. gr., un hermano a otro, o tía a sobrina).

Puede decirse que, *de lege ferenda* o *ius condendum*, quedaría proscrita toda adopción cuando el parentesco entre el posible adoptante y adoptado fuera en línea recta; en cambio, en la línea colateral no cabrá ningún tipo de adopción entre parientes que estén en segundo grado (v. gr., hermanos); sin embargo, en el parentesco por consanguinidad en la línea colateral, tercer grado (incluso por afinidad), cabe que se dé la adopción.

Referente a este último punto que estamos comentando, es *conditio sine qua non* que haya existido antes de la emancipación una situación ininterrumpida de acogimiento o convivencia iniciada antes de los catorce años (art. 174, párrafo 2.º, del proyecto). El aludido párrafo establece la excepción a la regla general (sólo adopción de menores no emancipados), en el sentido de permitir la también para los emancipados, tengan o no vínculo familiar con el adoptante, de suerte que en el supuesto de que tuvieran una previa relación de parentesco tiene que serlo en las condiciones explicadas.

Encuentro razonable que se exija una relación previa de acogimiento o convivencia, pero ¿por qué tiene que ser inexorablemente iniciada antes de los 14 años y no después? Obsérvese además que dentro de las prohibiciones para adoptar han desaparecido del proyecto aquellos supuestos, hoy vigentes, según los cuales no podía adoptar el tutor respecto de su pupilo antes de aprobadas definitivamente

las cuentas de la tutela, como tampoco las personas a quienes su estatuto religioso prohíba el matrimonio (véase art. 172 del Código civil).

Además, echo en falta, en el artículo 174 del proyecto, un párrafo como el del artículo 173, hoy vigente, según el cual «el Juez, aun cuando concurren todos los requisitos necesarios para la adopción, valorará siempre su conveniencia para el adoptado, conforme a las circunstancias de cada caso, y muy especialmente si el adoptante tuviere hijos». A mi juicio, es cierto que puede decirse que estas precauciones y limitaciones para adoptar cuando existen vínculos familiares están justificadas casualmente en esa previa relación de parentesco que existe entre los sujetos, con lo que hace carente de causa el negocio jurídico de adopción; sin embargo, a pesar de esta objeción creo que no deberían haberse establecido las prohibiciones mencionadas, en unos casos, y las limitaciones, en otros, y dejar libre la puerta de la adopción de personas unidas por vínculos familiares siempre y cuando quedara constancia en un párrafo, como ocurre en el texto vigente a la sazón, que el Juez, aun cuando concurren todos los requisitos necesarios para la adopción, valorará siempre su conveniencia para el adoptado, conforme a las circunstancias de cada caso, lo cual se traduciría que en el supuesto que comentamos (adopción entre parientes) será el Juez quien valorará la oportunidad o no de crear el vínculo adoptivo que lo equipara a todos los efectos legales, cual si se tratara de un descendiente por naturaleza (v. gr., ventajas sucesorias).

También a diferencia de la adopción de los no emancipados, que no puede llevarse a cabo si no es a través de estos *intermediarios institucionales*, en la adopción de los emancipados se prescinde de ese intervencionismo administrativo (o propuesta previa de la entidad), y, por tanto, simplemente bastará que exista un acuerdo de voluntades y una resolución judicial; no quedando claro si ésta se limita a homologar el cumplimiento de los requisitos legales, o si por el contrario la aprobación judicial comporta una valoración discrecional de la oportunidad de la creación del vínculo. A mi juicio, es claro que con el texto vigente la aprobación judicial es una decisión de la autoridad del Estado que valora la conveniencia o no de la adopción.

En conclusión, por causas sobrevenidas después de llegar a la mayoría de edad, puede establecerse la adopción, exceptuando la regla general, que sólo la permite para los no emancipados, en el sentido que, *a contrario*, sólo cabe adoptar a los que ya lo son si ha existido acogimiento o convivencia iniciada antes de los catorce años. Ahora bien, tienen que probarse dos cosas: a) que se inició durante la minoría de edad (antes de los catorce años), y b) que ha tenido una continuidad e ininterrupción sin especificar el tiempo mínimo..., lo cual constituye otra crítica en el sentido de inconcreción del aludido párrafo del proyecto.

La adopción se formalizará por resolución judicial, sin intervención de la entidad pública o institución colaboradora.

Es lógico que no intervenga la susodicha entidad, puesto que a ésta, como sabemos, competen, casi exclusivamente, las propuestas de adopción (siempre las de menores), y en todo caso la de colocación de niños en régimen de acogimiento.

Queda la duda de si la resolución judicial es una simple homologación del cumplimiento de los requisitos legales o si por el contrario es una decisión de autoridad, *de imperium*, y, por tanto, discrecionalmente valorada por el Juez, a pesar del cumplimiento de todas las exigencias legales.

Finalmente, como epílogo a estas consideraciones críticas sobre el artículo 174 del proyecto, estimo procedente llamar la atención en torno a un extremo, que

no es regulado en el proyecto, y es el atinente a la posibilidad de la adopción del *non nato* (evento que cobrará especial relevancia cuando se aprueba la ley de inseminación artificial humana y la fecundación *in vitro*) (1).

El planteamiento de la cuestión es el siguiente: con el uso de estas técnicas de reproducción humana (fecundación *in vitro*), se lleva a cabo una estimulación ovárica de la mujer destinada a producir varios óvulos. Puede ocurrir que se disponga de más de tres embriones, que son los aconsejables. Entonces el problema consiste en decidir qué hacer con los embriones sobrantes.

Desde mi punto de vista es rechazable la manipulación o investigación de los embriones sobrantes con exclusivos fines científicos. Al embrión debe otorgársele, como *vida humana que es*, la adecuada tutela jurídica; de modo que este concebido, no viable por su propia espontaneidad, tiene derecho al desarrollo completo de su potencialidad biológica. Debe ser amparado desde el momento de la concepción, evitándose cualquier manipulación no orientada a su finalidad intrínseca que es el nacimiento, coadyuvando a su implantación uterina bien en la pareja de la que provienen los gametos o destinándolo a otra pareja infértil.

En tal sentido, en la comisión especial constituida en el Congreso de Diputados para el estudio de la fecundación extracorpórea se ha suscitado el tema de si la donación de embriones puede subsumirse dentro de la institución de la adopción, constituyendo un supuesto de adopción prenatal.

Actualmente al adoptado se le exige que sólo tenga dieciséis años menos que su adoptante; en cambio, en el proyecto queda reducida dicha exigencia a catorce años. Asimismo, el punto conflictivo radica en que el adoptado tiene que tener capacidad jurídica; por eso, *de lege data*, no es posible adoptar a un *nasciturus*, y mucho menos a un *nondum concepti*.

¿Qué ocurrirá *de iure condendo*? Parece que la postura adecuada es la de extender la institución de la adopción también al supuesto de donación de embriones. Es decir, que la adopción prenatal se daría en el momento de la transferencia de los embriones al útero de la mujer receptora. A tal efecto, admitir esta hipótesis supondría que la reforma de la adopción debería tener en cuenta el proyecto de fecundación extracorpórea en estos extremos; sin embargo, como podemos observar, *de lege ferenda*, no se alude al problema en absoluto, como tampoco se arguye el que a continuación referenciamos, y que es el siguiente: ¿Cómo debe valorarse el consentimiento que da el marido en la inseminación artificial heteróloga? ¿Cuál si se tratara del consentimiento que da el adoptante?

Artículo 175. «1. La adopción se constituye por resolución judicial. El Juez tendrá en cuenta, preferentemente, el interés del menor.

(1) Es necesario, a mi juicio, que se tipifique el supuesto de la adopción del *non nato*. En este punto me parece acertada la inclusión de la proposición de ley del grupo popular de dicha posibilidad (15-1-1986). Así, dice el artículo 175 de la mentada proposición de ley: «[...] Sólo pueden ser adoptados los menores de edad salvo en los supuestos siguientes: a) El concebido y no nacido, siempre y cuando medien los consentimientos previstos en el artículo siguiente, y no existiendo acción en cambio de los padres del adoptando en las cuarenta y ocho horas siguientes al momento del alumbramiento.»

En otro punto y aparte establece que para el supuesto contemplado en el apartado a), se creará al efecto en los Juzgados de Familia un registro especial en el que constarán de manera confidencial los datos del progenitor o progenitores dispuestos a dar a su hijo en adopción y los de los futuros adoptantes, siendo competencia exclusiva de la autoridad judicial la aplicación del mencionado apartado a) a efectos de iniciar los trámites para la adopción.

2. La resolución exige propuesta previa de la entidad pública correspondiente.

En la propuesta se expresará especialmente:

a) El último domicilio conocido del cónyuge del adoptante y el de los padres o guardadores del adoptando.

b) Si uno y otros han formalizado ya su asentimiento ante la entidad pública o en documento auténtico. El asentimiento puede ser revocado si la revocación se notifica a la entidad antes de la presentación de la propuesta del juzgado.

c) Las condiciones personales, familiares y sociales y medios de vida del adoptante o adoptantes seleccionados y sus relaciones con el adoptando.

Con la propuesta se presentarán los documentos a que se refiere el apartado b) y cuantos informes o dictámenes se juzguen oportunos.

3. No se requiere propuesta previa:

1.º Cuando el adoptando esté emancipado.

2.º Cuando el adoptando sea huérfano y el adoptante pariente colateral de tercer grado por consanguinidad o afinidad.

3.º Cuando el adoptando sea hijo del adoptante.

4.º Cuando el adoptando lleve más de un año acogido por el adoptante.

El Juez, no obstante, podrá recabar información de la entidad pública.

4. En ningún momento se admitirá que el asentimiento de los padres o guardadores se refiera a adoptantes determinados.»

Artículo 176. «1. Antes de acordarse la adopción han de consentir en ella ante el Juez el adoptante o adoptantes y el adoptado si ha cumplido los doce años.

2. También es necesario que ante el Juez o en documento auténtico presten su asentimiento el cónyuge del adoptante y los padres del adoptando. No se requiere este asentimiento:

a) Si lo han prestado antes y no han transcurrido seis meses cuando se presenta la propuesta de adopción.

b) Cuando sufran enfermedad o deficiencia persistentes que les impidan manifestar la voluntad.

c) Tratándose del cónyuge, cuando haya separación legal por sentencia firme o separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente.

d) Tratándose de los padres, si están privados legalmente de la patria potestad o han dado causa para ello.

3. No se admitirá el asentimiento irrevocable de la madre del adoptando en tanto no transcurran quince días desde el parto.»

Artículo 177. «El Juez deberá oír previamente:

1.º A los padres, en todo caso.

2.º Al tutor si la tutela estuviera constituida y, en su caso, al guardador de hecho.

3.º Al adoptando menor de doce años, si tuviere suficiente discernimiento.»

Puede decirse que la adopción deja de conceptuarse como un acto a la vez consensual, formal y heterogéneo (es decir, concurso de voluntades, autorización judicial y otorgamiento de escritura pública, todo con igual valor constitutivo), para pasar a ser un puro acto institucional, administrativo, y no ya un negocio jurídico privado con aquellas características, de modo que ahora lo decisivo para la formulación de la adopción serán exclusivamente los consentimientos exigibles y la autorización judicial, *prescindiéndose de la etapa de formalización notarial en todo caso*. Lo cual no deja de ser asimismo criticable, de modo que podía haberse

mantenido para aquellos supuestos en los que no hubiera conflicto de intereses, por ejemplo en la adopción por un cónyuge al hijo de su consorte.

En este punto expresa claramente el artículo 175 del proyecto que la adopción se constituye por resolución judicial. Luego éste es el único documento público válido para la inscripción en el Registro. No estoy de acuerdo, sin embargo, con el punto segundo, *in fine*, del referido artículo, que explicita que el Juez tendrá en cuenta preferentemente el interés del menor. Entiendo que sería más acertado decir que el Juez tendrá en cuenta preferentemente el interés del *adoptando*, puesto que, según hemos tenido ocasión de examinar en el artículo precedente, no sólo pueden ser adoptados los no emancipados (menores abandonados o no), sino también los ya emancipados, que pueden ser, por ende, mayores de edad, por lo que expresarse con el tenor transcrito es dejar fuera los otros supuestos, lo que constituye una criticable omisión.

Según mi criterio, lo que no queda claro en el proyecto, y ya lo he comentado precedentemente, es si la resolución judicial constituye una auténtica aprobación judicial o es una simple autorización u homologación judicial.

En mi opinión, creo que la resolución judicial del proyecto se limita más a autorizar, a homologar la constatación o no de las circunstancias exigibles. En los preceptos mencionados de la reforma objeto ahora de comentario (arts. 175, 176 y 177) no se explicita con notoriedad, como en el vigente artículo 173, *in fine*, del Código civil, que «el Juez, aun cuando concurren todos los requisitos necesarios para la adopción valorará siempre su conveniencia para el adoptado, conforme a las circunstancias de cada caso...». Luego actualmente la intervención judicial es una auténtica aprobación; sin embargo, en el proyecto más bien parece lo contrario.

En el proyecto la propuesta para la adopción de un no emancipado tiene que nacer de la entidad pública o de la institución de integración familiar *ad hoc*; con este proceder se intenta que exista un único intermediario válido que controle todas las adopciones de menores de edad. Efectivamente, una de las críticas más acerbadas que se hacen a la ley vigente es que no existe un organismo unitario que encauce y viabilice todas las adopciones, sino que la realidad demuestra una gran dispersión; se prescinde de las entidades públicas competentes (v. gr., Junta de Protección de Menores y el Servicio de Acogidos y Expósitos, ente dependiente de la Diputación), y se recurre a otros tipos de intermediarios no institucionales, que, previo pago de una determinada cantidad, faciliten un recién nacido...

Actualmente, como se sabe, cuando el encargado del Registro tenga conocimiento de la inscripción de hijos de padres desconocidos, tiene que remitir constancia del hecho a la Junta de Protección de Menores, de modo que, conforme a las facultades que administrativamente le competen (art. 36 del Texto Refundido de la regulación sobre protección de menores, aprobado por Decreto 2 de julio de 1948) tiene aquélla la custodia legal de esos niños.

Teóricamente, pues, todos los hijos inscritos como de padres desconocidos deben ser controlados por la junta. El problema que surge es el conflicto de intereses que se produce cuando pueda intervenir la Junta de Protección de Menores y paralizar, en el uso de sus atribuciones, el expediente de adopción que iniciaron los irregulares prohijantes, cuando tuvieran bajo su guarda de hecho al menor abandonado al margen de las instituciones competentes, que, como sabemos, en principio, tienen asumido tanto el control público e institucional sobre los menores abandonados como las personas que pueden asumir la custodia provisional de

ese niño, es decir, el protector social del mismo (seleccionado del Registro de solicitudes que conserva la Junta de Protección de Menores). Esto supuesto, se formalizará entonces el acuerdo de acogimiento, en el que se determinan las facultades y obligaciones del protector, y, finalmente, se iniciará, si la integración del hijo ha sido completa, el oportuno expediente de adopción.

Volviendo al asunto de este comentario, del ordinal segundo del artículo 175 del proyecto se colige fácilmente que la propuesta o expediente es necesario o tiene que incoarlo la entidad pública o institución de integración familiar (entidad colaboradora), dejando en el ordinal tercero las excepciones según las cuales no es necesaria la propuesta previa. En tal sentido, continuando con el examen del ordinal segundo, manifiesta los extremos que necesariamente debe expresar la propuesta (domicilio, asentimiento de los padres, tutores y guardadores al previo acogimiento formalizado por escrito en que intervino la institución pública, los adoptantes y el menor si tuviera más de doce años).

Me parece que debiera haberse hecho constar necesariamente tanto la existencia del acogimiento familiar como su duración (cuando hubiera existido entre el que pretende la adopción y el adoptado), puesto que si el adoptando lleva más de un año acogido por el adoptante la propuesta de la entidad pública no es preceptiva, y la resolución judicial puede darse sin ella, aunque queda discrecionalmente al criterio del Juez recabar información al respecto. Asimismo debiera haberse hecho constar el extremo atinente al grado de integración familiar alcanzada por el menor, puesto que es la propia institución de integración familiar (privada o pública) la que está en mejores condiciones de observar con periodicidad la inserción del no emancipado en el vínculo familiar de los prohijantes. Cierto es que puede decirse que queda subsumido en los aspectos a complementar en la propuesta, concretamente en el punto c) del apartado segundo, «con la propuesta se presentarán los documentos a que se refiere el apartado b) y *cuantos informes o dictámenes se juzguen oportunos*», sin embargo me hubiera parecido más acertado expresarlo con mayor nitidez.

Otro aspecto que destaco del artículo 176 del proyecto es el que suscita su párrafo primero, cuyo tenor literal dice que «antes de acordarse la adopción han de consentir en ella ante el Juez el adoptante o adoptantes y el adoptando si ha cumplido los doce años».

En la situación actual, recordemos que el artículo 173 del Código civil dice que habrán de prestar consentimiento, pero no expresa el inciso según el cual tenga que prestarse necesaria e ineluctablemente *a la presencia judicial*. En el proyecto cambia radicalmente la filosofía en este punto, en el sentido que se expresa con claridad que la declaración de voluntad del adoptante o adoptantes y adoptando se hará a la presencia judicial, con lo cual en la emisión de dichos consentimientos queda cerrada la puerta a un apoderamiento o mandato (materia indelegable sometida a la regla del *intuitu personae*).

En mi opinión, creo que en este extremo hemos retrocedido a lo que disponía la reforma de 1958 (art. 176: «Necesariamente se manifestará a la presencia judicial el consentimiento...»).

Siguiendo a los profesores Díez-Picazo y Gullón, estoy de acuerdo en la crítica que se hacía al mencionado precepto de la reforma de 1958, expresando que dicho texto suponía la exclusión de cualquier intervención de apoderado o mandatario y la nulidad de la adopción en que así hubiese ocurrido; sin embargo, frente a la regulación del proyecto podría argumentarse que no se ve razón para que pu-

diéndose otorgar matrimonio por poder no pueda intervenir un apoderado especialísimo. En el poder especial sería menester indicar el número de expediente y de adopción, la persona del adoptado, y las demás condiciones del contenido de aquélla. Pues bien, estos razonamientos esgrimidos por los autores citados son de aplicación al texto del proyecto, que, como hemos visto, se expresa con un tenor literal que comporta un carácter personalísimo de dichos consentimientos, sin que quepa ningún tipo de delegación.

Queda claro, por tanto, que los consentimientos imprescindibles, sin los cuales no se acuerda la adopción y además ineluctablemente tienen que ser otorgados personalmente ante el Juez, son los del adoptante o adoptantes y el del adoptado (siempre que tenga doce años cumplidos, si es menor de esta edad deberá ser igualmente oído: art. 177 del proyecto). Se decía en la exposición de motivos de la Ley vigente a la sazón (Ley 4 de julio de 1970) que el Juez carece, como es natural, de facultades decisorias en contra del consentimiento de tales personas o ante la falta del mismo. Puede decirse que, *mutatis mutandis*, ocurre lo mismo en el proyecto.

Esto supuesto, los restantes consentimientos encajan en la figura del asentimiento, sin que el Código civil nos defina la acepción de la mentada palabra, aunque puede decirse que no es un requisito sustancial del negocio jurídico, sino complementario y prescindible en determinadas hipótesis.

En tal sentido, estos asentimientos no requieren su ratificación ante el Juez, aunque pueden otorgarse, de suerte que si no se formalizan por comparecencia puede llevarse a cabo en documento auténtico (público o no); es decir, basta una declaración de voluntad indubitada de quien proceda, que no haya dudas que proviene de él; significa asimismo que cabe perfectamente en estos supuestos la figura del apoderado o del mandatario, porque dichos consentimientos no son personalísimos, como, por el contrario, sí lo son los del adoptante o adoptantes y adoptado. Consecuentemente, deben prestar su asentimiento el cónyuge del adoptante y los padres del adoptando.

No se requiere este asentimiento:

- a) Si lo han prestado antes y no han transcurrido seis meses cuando se presenta la propuesta de adopción.
- b) Cuando sufran enfermedad o deficiencia persistente que les impida manifestar su voluntad.

Con respecto a este punto parece que el supuesto a que se refiere se cohonestaba mal con lo dispuesto en el ordinal primero del artículo 177, de suerte que la expresión imperativa «en todo caso» encuentra su excepción en el supuesto que sufran enfermedad o deficiencia persistente que les impidan manifestar su voluntad; luego esa excepción quedará circunscrita a los padres, privados o no de la patria potestad o suspendidos del derecho de guarda y educación, de modo que en el supuesto que lo estuvieran no se requerirá su asentimiento, pero sí deberán ser oídos, con lo cual se sigue el criterio del vigente artículo 173 del Código civil, en sentido que no es en ningún modo vinculante para el Juez que estas personas que deban ser oídas comparezcan manifestando su criterio desfavorable a la adopción.

Otro punto que no se regula con la suficiente nitidez en el proyecto es qué ocurre en el caso de que el cónyuge hubiera sido judicialmente incapacitado. Parece que las soluciones a dichas hipótesis son dos: o bien prescindir del asentimiento, por entender que queda subsumida dicha hipótesis en el apartado b) del artículo 176, «Enfermedad o deficiencia persistente», o, por el contrario, seguir

por analogía lo dispuesto por el Código civil (art. 121) para el reconocimiento del incapaz, que necesita para su validez aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal; de modo que, *mutatis mutandis*, en el supuesto de la adopción del consentimiento que no puede dar libremente el cónyuge incapacitado es sustituido por la necesaria aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal.

c) En relación al supuesto del cónyuge separado legalmente o de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente, se prescinde del asentimiento del otro cónyuge, y tampoco es imprescindible que el Juez deba oírle previamente. A mí me parece que hubiera sido lógico incluirlo también dentro de los casos del artículo 177 del proyecto. Es de resaltar la relevancia que se da a la situación fáctica cuando fuera fehaciente, coherente con la importancia que en otras hipótesis el legislador contempla la situación de hecho; así, en materia sucesoria, para poder recibir el cónyuge los bienes en propiedad no tendrá lugar el llamamiento cuando exista separación de hecho que conste fehacientemente (art. 945 del Código civil) y en el supuesto de inclusión de la sociedad de gananciales a solicitud de uno de los cónyuges cuando lleven separados más de un año por acuerdo mutuo (art. 1393.3); finalmente, el artículo 116 del Código civil, que hace cesar la presunción legal de paternidad si el hijo ha nacido después de los trescientos días siguientes a la separación de hecho.

d) Tratándose de los padres, si están privados legalmente de la patria potestad o bien han dado causa para ello. Creo que en este supuesto también se debería prescindir de su asentimiento, aunque puedan y deban comparecer para ser oídos si hubieran sido suspendidos del derecho de guarda, tampoco cuando no puedan ser localizados o habiendo sido citados no comparecieran, o, finalmente, si el menor hubiera sido abandonado. No entiendo por qué razón al tutor del adoptando se le discrimina con relación al padre, de modo que aquél no puede dar su asentimiento y simplemente puede ser oído, cuando la tutela es el organismo de guarda tutitvo sustitutivo de la patria potestad. Creo que, como bien dice el adagio, «donde hay la misma razón debiera aplicarse el mismo derecho», debiera haberse resuelto el supuesto de la tutela en la misma forma que se resuelve para el padre o progenitor.

Vuelvo a repetir que echo en falta un apartado similar al que regula el actual artículo 173 del Código civil, en el sentido de que el Juez, aun a pesar de cumplirse todos los requisitos legales, valorará siempre su conveniencia para el adoptado. No encuentro otra razón a su supresión que entender que como ahora se canalizan las adopciones a través de intermediarios oficiales (entidades públicas o asociaciones o fundaciones que sean instituciones de integración familiar) son éstas las que al seleccionar al adoptante *ad hoc* juzgan la conveniencia o no del adoptando; si fuera así, en mi opinión, la resolución del Juez sería una simple homologación, pero no una auténtica aprobación judicial.

Finalmente, queda en el aire la cuestión atinente al *fallecimiento del adoptante* después de prestado el consentimiento para la adopción, ¿será obstáculo para que ésta pueda pronunciarse? En relación con esta cuestión se suscita actualmente con el texto vigente (Ley de 4 de julio de 1970), un problema ciertamente polémico cual es decidir el momento constitutivo del negocio jurídico de adopción, ¿el auto judicial, o, por el contrario, la escritura pública? Ya hemos visto que en la exposición de motivos de la Ley de 1970 (de 4 de julio), tanto la autorización judicial como la escritura pública tienen igual valor constitutivo.

Esto supuesto, ¿qué ocurre *de iure condito*, cuando el adoptante ha dado su

consentimiento, se ha ratificado ante el Juez, pero fallece antes de otorgarse escritura pública? Las soluciones van en función de la comprensión de las dos etapas: la judicial y la notarial, definitorias ambas del negocio constitutivo de la adopción; de suerte que si nos decantamos porque ya desde que ha recaído el auto judicial ha habido perfeccionamiento del negocio jurídico, resultaría intranscendente que posteriormente falleciera el adoptante antes de la formalización notarial; sin embargo, si optamos porque es con la escritura pública cuando se da realmente el momento constitutivo, el fallecimiento del adoptante, en el ínterin, imposibilita la adopción.

El texto del proyecto que comentamos ha omitido pronunciarse expresamente sobre el tema, lo cual no deja de ser criticable, si bien al haberse prescindido de la etapa de la formalización notarial, puede razonarse que como el consentimiento del adoptante tiene que otorgarse necesariamente a la presencia judicial, no será óbice, para que la adopción pueda concluirse, que el adoptante falleciera después de haber prestado consentimiento ante el Juez.

Artículo 178. «1. Conforme a las disposiciones de este Código, la filiación adoptiva surte los mismos efectos que la filiación por naturaleza, y, en consecuencia, el adoptado forma parte, como los demás hijos, de la familia del adoptante o adoptantes.

2. La adopción extingue las relaciones con la familia de origen, con excepción de lo previsto para los impedimentos matrimoniales.

No obstante, persistirán sin modificación alguna:

a) Cuando uno adopte al hijo de su consorte, aunque el consorte hubiere fallecido.

b) Cuando sólo esté determinado legalmente un progenitor y el adoptante sea persona de distinto sexo. En este caso se requiere, además, que así lo acuerde el Juez al tiempo de la adopción, con la conformidad del adoptante, del adoptado si tuviere más de doce años y del padre o madre cuyo vínculo ha de persistir.

3. La determinación de la filiación que por naturaleza corresponda al adoptado no afecta a la adopción.»

En el proyecto se aclara, con la redacción de este precepto, la polémica harto dificultosa que nos depara *de iure condito* la interpretación de los preceptos hoy vigentes (arts. 176 y 179), en el sentido de que en el proyecto el hijo adoptado ostenta definitivamente un auténtico *status familiae*. Así, se dice con claridad que a todos los efectos legales el adoptado forma parte de la familia del adoptante, lo cual implica que en el campo de los derechos sucesorios la relación de filiación no se limita al padre adoptante, como sucede actualmente (véase art. 179 del Código civil: «El hijo adoptivo o sus descendientes ocupan en la sucesión del adoptante la misma posición que los demás hijos o descendientes. Los adoptantes ocuparán en la sucesión del hijo adoptivo y sus descendientes la posición de los ascendientes...»); con lo que, interpretando el texto vigente del artículo 179, los derechos sucesorios del hijo adoptado quedaban circunscritos al adoptante, pero no a su familia (ascendientes ni colaterales), de manera que los parientes por naturaleza del adoptante no heredaban al adoptado y sus descendientes, ni éstos a aquéllos.

Puede decirse entonces que (en coherencia con la dicción literal del artículo 179 del texto hoy vigente) la delación o llamamiento sólo llega hasta el adoptante y no a sus ascendientes, muerto aquél (el adoptante), el hijo adoptado no hereda por derecho de representación al ascendiente del adoptante. Tampoco hereda (ni

es heredado) a ningún pariente colateral, puesto que el artículo 179, hoy vigente, expresamente habla de derechos sucesorios en *línea recta*, limitando el grado al adoptante, y ya no a su ascendencia; no expresa nada sobre la sucesión a los colaterales, de modo que entonces muerto abintestato un hijo por naturaleza del adoptante, no le sucederá el adoptado ni sus descendientes. Tampoco los colaterales del adoptante son heredados ni heredan al adoptado y a sus descendientes. Parece que está la *communis opinio* en la doctrina más autorizada, fundamentalmente en la cuestión formulada (Cámara, entre otros).

En cambio, la filosofía del proyecto ha aclarado todas estas dudas simplificando si se quiere la cuestión, llevando hasta sus últimas consecuencias el principio de que «*adoptio naturam imitatur*», en el sentido de que la posición jurídica sucesional del hijo adoptado es la misma que la que ostenta el hijo por naturaleza, es decir, *un status familiae*, y no simplemente un *status filii*. Así entonces la adopción comportará un parentesco igual al que disfruta el hijo por naturaleza. Por ejemplo, entre ellos —hijo adoptado y descendiente por naturaleza— serán hermanos; del mismo modo, también el hijo adoptado y sus descendientes tendrán relación de filiación con los ascendientes y colaterales del adoptante (v. gr., se heredarán recíprocamente).

En conclusión, se rompe, por otra parte, todo parentesco, y, consiguientemente, todo deber por razón del mismo con respecto a la familia por naturaleza del adoptado, con excepción de lo previsto para los impedimentos matrimoniales (véase art. 47 del Código civil). En tal sentido, según la regla segunda del citado precepto los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado no pueden contraer matrimonio. Como se verá, se alude exclusivamente al parentesco por consanguinidad, omitiendo toda referencia al parentesco por adopción, obviamente si la filosofía del proyecto es equiparar a todos los efectos legales la situación del hijo adoptivo con la del hijo por naturaleza, surtiendo los mismos efectos la filiación adoptiva que la que corresponde por naturaleza (matrimonial y extramatrimonial), parece evidente que el párrafo 2.º del artículo 47 debiera extender su ámbito de aplicación también para los adoptivos, puesto que el parentesco del adoptado no es ya sólo en línea recta y circunscrito al adoptante, sino también con los ascendientes de éste y con los parientes colaterales por naturaleza del adoptante.

Asimismo, recuérdese que el artículo 174 *in fine* (del proyecto que comentamos) dice que no pueden adoptar los hermanos entre sí; debemos entender que, tanto lo sean por naturaleza como por adopción (dos personas adoptadas por un tercero), de suerte que manteniendo la regla del artículo 47, párrafo 2.º, sí podrán, por el contrario, contraer matrimonio.

En el texto del proyecto se dice que dejan de tener eficacia civil los vínculos existentes entre el adoptado y su familia de origen, lo cual se traducirá en que ni los parientes por naturaleza del hijo adoptado, ni éste, conservarán recíprocamente ningún derecho legítimo. Actualmente el párrafo 2.º del artículo 179 del Código civil establece que «los parientes por naturaleza no ostentarán derechos por ministerio de la ley en la herencia del adoptado...». Con lo cual quedaba clara la solución para la familia natural, pero no para el hijo adoptado, al que, según el meritado precepto, no se le niega que pueda reclamar derechos legítimos a aquéllos.

Además, tampoco se podrán exigir recíprocamente ningún deber por razón de parentesco. En el momento presente es claro que el adoptado no tiene ninguna

obligación para con su familia por naturaleza (v. gr., alimentos), pero no quedaba claro si el adoptado conservaba, sin embargo, estos derechos con relación a aquella. Así, el texto vigente: «Al adoptado no le serán exigibles deberes por razón de parentesco con sus ascendientes o colaterales por naturaleza» (art. 178, párrafo 4.º, del Código civil).

Finalmente, creo que un derecho que persistirá con respecto a la familia de origen, igual que sucede de presente en la vigente regulación, es el derecho de reversión que tienen los padres y ascendientes por naturaleza. Así, dice el artículo 812 del Código civil: «Los ascendientes suceden con exclusión de otras personas en las cosas dadas por ellos a sus hijos o descendientes muertos sin posteridad, cuando los mismos objetos donados existan en la sucesión. Si hubieren sido enajenados, sucederán en todas las acciones que el donatario tuviera con relación a ellos, y en el precio si se hubieren vendido, o en los bienes con que se hayan sustituido, si los permutó o cambió».

Luego cuando el descendiente (donatario) hubiera sido adoptado y muriera sin posteridad, el ascendiente por naturaleza (matrimonial o extramatrimonial) de aquél conserva un derecho sucesorio *ex lege*, para recuperar el objeto que donó a su descendiente por naturaleza, y cuando no exista el mismo objeto operará la subrogación real. Pues bien, a pesar del tenor del artículo 178 del proyecto: «[...] dejan de tener eficacia civil los vínculos existentes entre el adoptado y su familia de origen, con excepción de lo previsto para los impedimentos matrimoniales», también subsistirá la excepción del derecho de reversión, aunque no quede explicada en el proyecto.

Continuando con la explicación del artículo 178 del proyecto, pasamos a examinar los dos apartados del ordinal segundo.

El apartado a) se refiere al supuesto de la adopción por un cónyuge del hijo de su consorte.

Antes de analizar en concreto el supuesto tipificado en el artículo 178 (persistencia de los vínculos con la familia de origen) creo necesario examinar ciertos aspectos de esta modalidad de adopción en relación al punto atinente a la capacidad del adoptante.

Hemos visto cómo en el proyecto, en el artículo 174, párrafo 2.º, se dice: «El adoptante habrá de tener veinticinco años cumplidos». Este supuesto, en esta adopción (de un cónyuge al hijo de su consorte), como en las demás, el adoptante debe cumplir dicho requisito de capacidad; sin embargo, obsérvese que cuando son los dos cónyuges adoptantes basta que se reúnan los requisitos de capacidad en uno de ellos, de modo que por falta de la capacidad legal para adoptar, un cónyuge no puede ser adoptante del hijo de su consorte; no obstante, si en vez de adoptar al hijo de su cónyuge se adopta a un tercero, sí puede ser adoptante, aun prescindiendo, en este supuesto, de que reúna o no la edad exigible para adoptar, puesto que dichos requisitos de capacidad los cumple ya el otro cónyuge, que también es adoptante.

Este es un punto que con la regulación actual, que yo sepa, poco se había incidido en él, de suerte que al existir unas disposiciones legales que exigen, por una parte, una plena capacidad de obrar (estar en el ejercicio de todos sus derechos civiles), y, por otra, una edad mínima de treinta años, obstaculizaban, como inconvenientes insalvables, las adopciones plenas de un cónyuge al hijo de su consorte cuando no se cumplieran aquellos requisitos; aunque si ambos quieren adoptar a un tercero, el cónyuge que no pudo ser adoptante del hijo de su consorte

sí puede serlo de un tercero, prescindiéndose de que reúna o no los requisitos de capacidad (véase art. 172, vigente a la sazón).

En el proyecto no se aclara este punto, que sería deseable, a mi juicio, que se revisara, puesto que en la realidad en los Juzgados hay muchos expedientes de adopción paralizados, o, mejor, sin poder cursarse, porque no cumple el requisito de capacidad (de edad) el presunto adoptante. A mí me parece criticable, máxime cuando con dicha adopción el cónyuge adoptante *refuerza el estado de filiación del hijo*, redundando claramente en su beneficio al poder quedar equiparado al hijo por naturaleza a todos los efectos legales (ya que, como expresa actualmente el art. 178 del proyecto, la filiación adoptiva surte los mismos efectos que la filiación por naturaleza).

No obstante, una exégesis literalista con el texto legal y con lo dispuesto de *lege ferenda* nos llevaría a la conclusión de que la imposibilidad de adoptar sea al hijo del cónyuge, o unilateralmente el cónyuge que pretenda adoptar a un tercero, si no cuenta con la capacidad legal necesaria para este acto, que será la estipulada en el precepto; así, actualmente treinta años, y *de iure condendo*, veinticinco años, en detrimento, quizás, del propio hijo, al no ver reforzado su estado de filiación, cual si se tratara de un hijo por naturaleza constante matrimonio.

Repárese que, por ejemplo, el Código civil francés, en el artículo 343.2, establece que la condición de edad prevista en el artículo precedente (treinta años) *no es exigida en el caso de la adopción del hijo del cónyuge*.

Es más, en otro apartado de este trabajo hemos criticado la omisión de un párrafo como el vigente a la sazón, en el cual, aun cuando concurren todos los requisitos necesarios para la adopción, el Juez valorará siempre su conveniencia para el adoptando (art. 173, *in fine*, del Código civil); pues bien, creo que en el párrafo 2.º del artículo 174 del proyecto, que establece que el adoptante ha de tener veinticinco años cumplidos, y termina diciendo que todo adoptante habrá de tener por lo menos catorce años más que el adoptado, no hubiera estado de más concluir el párrafo añadiendo que el Juez, en aras del interés del adoptando, pueda admitir la adopción, aunque la diferencia de edad sea inferior a la tipificada como regla general.

Pasemos ahora a examinar concretamente lo dispuesto en el apartado a) del artículo 178, es decir, la subsistencia de los vínculos con la familia por naturaleza cuando un cónyuge adopta al hijo de su consorte, aunque el consorte hubiera fallecido.

¿Cómo se interpreta actualmente dicha cuestión con el articulado vigente? ¿Cómo cabe entenderlo de *ius condendum*?

La contestación al primer interrogante me remite a la acertada opinión de Bercof Rodríguez Cano, que considera aplicable en nuestro ordenamiento la misma solución expresamente recogida por el alemán, es decir, el artículo 1.756 del BGB, que establece que la adopción del hijo legítimo del consorte no disuelve el parentesco del adoptando con el cónyuge premuerto y su familia. Opina el referido autor que la extinción de esos vínculos (de su plena eficacia) no sería justa ni para el adoptando ni para la familia de su progenitor premuerto. A lo que hay que añadir que no parece responder a las necesidades de la adopción en este caso.

En tal sentido, consecuentemente, *de lege data*, admitiendo el mantenimiento de esos vínculos, al adoptando podrían exigírsele deberes por razón de parentesco de sangre (v. gr., alimentos por parte de sus parientes por naturaleza), y que los

parientes de sangre asimismo conservarían sus derechos por ministerio de la Ley en la herencia del adoptando (véanse arts. 178 y 179 del Código civil).

El Derecho francés, en concreto el artículo 356, viene a establecer igualmente el mantenimiento de los vínculos de parentesco; así, la adopción del hijo del cónyuge deja subsistente su filiación de origen en relación a este cónyuge y su familia. Ello produce, por lo demás, los efectos de una adopción por los dos esposos.

En respuesta al segundo interrogante, es decir, cuál es la solución *de iure condendo*, el proyecto ha resuelto el problema explicitando la subsistencia de los vínculos con la familia por naturaleza del progenitor que consiente la adopción de su hijo por su consorte. En este sentido, el proyecto viene a transcribir lo dispuesto en el artículo 356.2 del Código civil francés, «sin embargo la adopción del hijo del cónyuge deja subsistente su filiación de origen en consideración a este cónyuge y su familia».

Con esto queda solucionado en el proyecto el supuesto polémico de la duplicidad de parentesco. Incluso se permite la adopción aunque el consorte progenitor hubiera fallecido.

Ahora bien, no obstante, hay ciertos aspectos a los que no se les da solución en el proyecto y que pasamos a examinar:

¿Qué ocurre con el otro progenitor del hijo? En el apartado a) se prescinde de su comparecencia para que dé su *asentimiento* (siguiendo la filosofía del proyecto y, por analogía, con lo dispuesto en el art. 176.2 del proyecto).

Efectivamente, es obvio que si éste hubiera reconocido legalmente al hijo (art. 120 del Código civil), tendrá, como representante legal, que prestar su asentimiento, bien ante la presencia judicial, bien por documento auténtico, a no ser que hubiese sido privado de la patria potestad o suspendido del derecho de guarda, pero aun así en estos casos, y por analogía con lo establecido en el artículo 177 del párrafo 1.º del proyecto, tiene *que ser oído en todo caso*. Si no es así, nada le impide acogerse al artículo 180 (del proyecto) y pedir la extinción de la adopción siempre y cuando presentara la demanda dentro de los dos años siguientes a la adopción; y además puede argüir perfectamente que no se encuentra en las situaciones previstas en el artículo 176.2 (supuestos en los que se prescinde del asentimiento), ni tampoco ha tenido ocasión de ser oído en el expediente por circunstancias que no le son imputables. Asimismo, la oposición de este interesado (progenitor) no transformaría en contencioso el expediente y la susodicha oposición se ventilaría por los trámites del juicio verbal, y contra la resolución que se dictara no cabrá recurso.

Ciertamente, si el proyecto no contemplara el asentimiento de este otro progenitor del hijo y diera luz verde a su actual redacción, puede razonarse que aun así los supuestos que pudieran presentarse no comportarían, en todo caso, la ruptura del vínculo adoptivo, puesto que siempre le cabe al Juez acogerse al apartado c) del artículo 180: «Que la extinción solicitada no perjudique gravemente al menor.» Con lo cual se seguiría una línea judicialista, que es la que ha imperado en el proyecto.

Asimismo, si este otro progenitor estuviera divorciado, *mutatis mutandis*, valen los mismos razonamientos que hemos contemplado para la hipótesis del progenitor que hubiera reconocido.

¿Cuándo no sería necesario el asentimiento del otro progenitor?

a) Si estuviera privado de la patria potestad o suspendido del derecho de guarda.

b) Si estuviera incapacitado legalmente (arts. 199 y 200 del Código civil) o sufriera enfermedad o deficiencia persistente que le impida manifestar su voluntad (art. 176, párrafo 2.º, del proyecto). Queda la duda de si, por analogía a lo dispuesto en el artículo 121 del Código civil, es necesaria la aprobación judicial en estos casos, como vimos *supra*.

c) Si el progenitor no pudiera ser hallado o no compareciera en plazo.

Otros problemas concomitantes con lo tratado son los siguientes:

Centrando nuestra atención en el cónyuge que adopta al hijo de su consorte, ¿qué ocurre si están separados legalmente o de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente? ¿Puede aquél adoptar al hijo de su cónyuge? ¿Tiene que dar éste su consentimiento? Contestando al primer interrogante, como el proyecto no distingue, parece coherente afirmar que podrá perfeccionarse el negocio jurídico, tanto si conviven en situación normal de matrimonio como si estuvieran separados (fáctica o judicialmente). En relación a la segunda interrogación, es obvio que tendrá que dar el asentimiento el cónyuge a la adopción de su propio hijo; puesto que lo que regula el proyecto es la innecesariedad del asentimiento en las circunstancias citadas, cuando se va a adoptar por un cónyuge a un tercero (artículo 176, párrafo 2.º, c), del proyecto), pero no cuando este tercero fuera el propio hijo del cónyuge al que se pretende adoptar.

Otro aspecto a destacar es que tampoco es inconveniente (si lo fuera, estaría viciado de inconstitucionalidad: art. 14 de la Constitución) el *status filii* del hijo, tanto puede ser matrimonial como extramatrimonial, en cualquier hipótesis de las contempladas.

Tampoco resuelve el mentado precepto el problema referente a qué ocurre si el progenitor que tiene que consentir la adopción de su hijo por su cónyuge hubiera sido declarado incapacitado legalmente. ¿Cuál sería la solución? ¿Quizá decantarse por la imposibilidad de la adopción? ¿Prescindir del consentimiento, en base a una argumentación a *simili* con la innecesariedad del asentimiento del cónyuge del adoptante, cuando aquél sufriera enfermedad o deficiencia —*vide* 176 b) del proyecto—? Sin embargo, ¿no sería más lógico reservar este supuesto a la resolución del Juez, que valorará la conveniencia del adoptando según el caso *ad hoc*? En tal sentido, sería deseable que se tipificara un nuevo párrafo al artículo 175 del proyecto, que ahora dice: «[...] El Juez tendrá en cuenta preferentemente el interés del menor.» Pues bien, añadir que asimismo, aun cuando por justos motivos no concurren todos los requisitos para la adopción, valorará siempre la conveniencia para el adoptando, conforme a las circunstancias particulares de cada caso.

Finalmente, las reflexiones que nos suscita el apartado b) del artículo 178 son las siguientes:

Lógicamente, está pensado en el sentido de que si *adoptio naturam imitatur*, el vínculo adoptivo tiene que ser lo más análogo derivado de la filiación por naturaleza, de suerte que es lógico que el adoptante tiene que ser de distinto sexo que el progenitor del adoptando; así éste, al no romperse su relación de filiación con su familia de origen, no se dará la incongruencia que tuviera por ejemplo dos ascendientes del mismo sexo. Asimismo, deducimos que el otro progenitor que no hubiera reconocido legalmente la filiación de la persona que es adoptada, cesaran para él y su familia de origen los vínculos familiares con quien es adoptado, del

mismo modo que éste con relación a aquéllos —queda clara esta observación del apartado *in fine* de la letra b), al que me remito—, como asimismo del ordinal tercero del artículo 178: «La determinación de la filiación que por naturaleza corresponda al adoptado no afecta a la adopción.»

Otra observación a hacer es que da a entender el párrafo mencionado, que en este tipo de adopciones dependerá del criterio del Juez acordarlas o no, con lo que parece que si hemos venido comentando que la resolución judicial es más bien un mero control u homologación del cumplimiento de los requisitos, en razón a que la propuesta de la adopción nace de la entidad pública o institución colaboradora que es la que examina o no la conveniencia, resultará por tanto que el Juez no tiene que pronunciarse sobre la referida conveniencia o no del adoptando; luego su intervención es más bien testimonial. Sin embargo, según el apartado b) del proyecto, es más bien una decisión de autoridad, juzga la idoneidad o no del vínculo adoptivo a crear; luego su intervención está más en la línea de la aprobación judicial.

Como epílogo a las observaciones que hacemos al apartado b) del artículo 178, no queda nada claro qué significa técnicamente esa *conformidad del adoptante*, del adoptado, si tuviera más de doce años, y del padre o madre cuyo vínculo ha de persistir, ¿encaja en la figura del consentimiento? Y si es así, ¿se le aplica por analogía el artículo 176.1 del proyecto? ¿Ha de hacerse necesariamente a la presencia judicial, o, por el contrario, el apartado b) del artículo 178 es una excepción a la regla general? Asimismo, si no es estrictamente consentimiento, ¿es a contrario asentimiento, y entonces habrá que remitirse, por analogía, al artículo 176.2? ¿O quizá no es ni lo uno ni lo otro, y simplemente bastará con que sean oídos? No parece razonable esta última interpretación, porque claramente se expresa que tienen que dar la conformidad. En mi opinión, me decanto porque esta conformidad implica el consentimiento, y, por ende, la aplicación del artículo 176, párrafo 1.º.

Artículo 179. «Fuera de los casos taxativamente establecidos en la legislación del Registro Civil, no se dará publicidad, a partir de la adopción, de dato alguno que revele el origen del adoptado ni su condición de tal.»

Creo que se ha omitido en la redacción del artículo 179 dejar constancia de que la resolución judicial por la que se aprueba la adopción será el título válido para la inscripción. Es lógico que dicho documento público fuera el título legalmente probatorio al haber desaparecido el otorgamiento de la escritura pública en la formalización del negocio jurídico de adopción. Asimismo, creo que dicha resolución judicial debe ser comunicada de oficio al Registro Civil competente.

Puede concluirse finalmente que la inscripción no es requisito constitutivo del acto, sino en todo caso para su oponibilidad ante terceros. Es decir, que la inscripción otorga eficacia *erga omnes*, de suerte que el tercero de buena fe no pueda quedar perjudicado (tercero que no conociera si hubiera debido conocer la adopción no inscrita). En conclusión: la inscripción es necesaria para poder ejercitar los derechos que nacen de tal situación, como tal título de legitimación del estado civil; por eso, si la adopción no ha sido inscrita, la adopción existe, pero no es eficaz, puesto que para que así lo fuere es necesario, según lo ordena el artículo 2 de la Ley del Registro Civil, que previo simultáneamente se hubiera practicado la inscripción omitida.

Artículo 180. «1. La adopción es irrevocable.

2. Podrá, no obstante, acordarse judicialmente la extinción de la adopción a

instancia del padre o de la madre por naturaleza, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

a) Que la demanda se presente dentro de los dos años siguientes a la adopción.

b) Que el demandante no hubiere consentido la adopción, ni se encuentre en las situaciones previstas en el artículo 176.2, apartado d), ni hubiere oído en el expediente por circunstancia que no le sea imputable.

c) Que la extinción solicitada no perjudique gravemente al menor.

3. Si el adoptante hubiere dado causa, con su comportamiento, para ser privado de la patria potestad, el Juez, a petición del Ministerio Fiscal, o a petición del adoptado dentro de los dos años siguientes a su plena capacidad, acordará que el adoptante quede, desde la interposición de la demanda, excluido de las funciones tuitivas y de ostentar derechos por ministerio de la Ley respecto del adoptado o de sus descendientes, o en sus herencias.

En este caso el adoptado no emancipado podrá ser objeto de nueva adopción, que extinguirá la anterior.

4. La extinción de la adopción no es causa de pérdida de la nacionalidad española ni alcanzará a los efectos patrimoniales anteriormente producidos.»

A mi juicio, globalmente me parece acertada la redacción del proyecto.

En relación al ordinal segundo, no queda claro si las circunstancias tienen que concurrir simultáneamente o, por el contrario, son independientes unas de otras. Entiendo que debe prevalecer la primera interpretación, es decir, que los progenitores tienen que presentar la demanda inexcusablemente dentro de los dos años siguientes a la adopción, y además que por circunstancias no imputables a ellas se hubiera realizado sin haber tenido la posibilidad de hacer valer legalmente su oposición, y por ende que la extinción solicitada no perjudique gravemente al menor. En tal sentido, juzgo conveniente que para evitar equívocos innecesarios se subsuman los tres apartados en un solo párrafo.

Igualmente considero criticable la redacción del apartado b), que alude a la figura del consentimiento, cuando, como todos sabemos, siendo coherentes con la filosofía del proyecto que distingue el consentimiento del asentimiento, reserva aquél exclusivamente para el adoptante o adoptantes y el adoptando si ha cumplido los doce años, relegando el asentimiento para los padres del adoptando; de suerte que habría que sustituir la palabra consentimiento por asentimiento (véase en este sentido el art. 176.2, apartado d), y el art. 177, párrafo 1.º), para ser coherentes con esa línea discursiva.

Con relación al ordinal tercero del artículo 180, considero acertada la legitimación del Ministerio Fiscal, puesto que, teniendo en cuenta que en el procedimiento judicial de constitución de la adopción será siempre parte el mismo, no es justificable que sólo quedara reducida la legitimación en la extinción judicial de la adopción a los padres por naturaleza y no al Ministerio Fiscal, que siempre actuará motivado por alguna parte interesada. En el proyecto que elevó el Ministerio de Justicia al Consejo de Ministros se omitía la legitimación del Ministerio Fiscal (2).

(2) Artículo 180.—La adopción es irrevocable.

La determinación de la filiación que por naturaleza corresponda al adoptado no afecta a la adopción.

Podrán pedir judicialmente que se declare extinguida la adopción los padres por na-

A tal efecto, el adoptante, interpuesta la demanda (a petición del Ministerio Fiscal o del adoptando, dentro de los dos años siguientes a su plena capacidad; es decir: mayoría de edad o sentencia firme por la que se declara legalmente capacitado), perderá todos los derechos por razón de parentesco (v. gr., alimentos, derechos sucesorios, etc.) con respecto al adoptando o sus descendientes. Ahora bien, lo que no significa que éstos, *a contrario*, los pierdan igualmente, sino que conservan dichos derechos por ministerio de la Ley, a no ser que el adoptando fuera objeto de nueva adopción, que extingue la anterior y con ella los derechos por razón de parentesco del adoptando con su anterior adoptante privado de la patria potestad.

Finalmente, sólo objetar al penúltimo párrafo del artículo 180: ¿Por qué circunscribe la posibilidad de nueva adopción al no emancipado y, por el contrario, al que fuera ya emancipado lo deja fuera de su ámbito? A mi juicio, si el interés prioritario es el del adoptando, ¿por qué discriminar y reducir las ulteriores adopciones a los no emancipados y excluir a los que ya lo son y podrían beneficiarse igualmente del vínculo adoptivo?

turalidad dentro de los dos años siguientes a la inscripción de la adopción, cuando por circunstancias no imputables a ellos se hubiera realizado sin que los mismos hubieran tenido la posibilidad de hacer valer legalmente su oposición, y siempre que la extinción solicitada no perjudique gravemente al menor, para lo cual el Juez deberá recabar informe de la institución que propuso la adopción.

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