

Adoptio, semper reformanda est

SUMARIO.—I. INTRODUCCIÓN GENERAL Y PLANTEAMIENTO DEL TEMA.—II. EL RÉGIMEN ORIGINARIO DE LA ADOPCIÓN.—III. LA ADOPCIÓN EN LA LEY DE 1958.—IV. LA REFORMA DE 1970.—V. ALGUNAS REFORMAS PARCIALES POSTCONSTITUCIONALES.—VI. LA REFORMA DE LA LEY DE 11 NOVIEMBRE 1987.—VII. LA ADOPCIÓN EN LA LEY DE 15 DE ENERO DE 1996.—VIII. ALGUNAS CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN GENERAL Y PLANTEAMIENTO DEL TEMA

No voy a ocuparme directamente del régimen vigente de la adopción, la cual bien puede calificarse, al menos, de curiosa institución familiar que, a punto de desaparecer en la redacción originaria del Código Civil (no tiene desperdicio la nota que se incluye en la ed. del Código Civil de 1890 a cargo de ALCUBILLA: «De poco favor disfruta en la práctica esta institución, porque constituyendo una ficción legal, no se compadece con las relaciones naturales de familia que prevalecen hoy. Su utilidad es muy dudosa, y sólo como obra de caridad puede recomendarse»), está conociendo, cara al siglo xxi, un notable florecimiento doctrinal, legislativo y social, hasta el punto de que, tras pasando las fronteras estatales, viene a constituir, por derecho propio, una de las materias del naciente Derecho internacional de la familia.

Voy a analizar preferentemente, en relación con la adopción, sus aspectos formales y de técnica legislativa; bien entendido que la experiencia ofrece no pocos ejemplos de leyes técnicamente deficientes que sirven para regular aceptablemente la institución de que se trate, pues su redacción permite una razonable interpretación judicial, y, al mismo tiempo, no deja de haber leyes impecables bajo sus aspectos formales que, o no se aplican, o, caso de serlo, resultan ser perjudiciales para la misma institución.

Como es sabido, la adopción tiene el privilegio de ser la institución familiar que mayor número de reformas legislativas sustanciales ha experimentado en el siglo largo de vigencia de nuestro Código Civil; salvo error u omisión,

computo nada menos que nueve modificaciones en su régimen legal, totales o parciales, incluyendo en aquéllas la redacción originaria de nuestro primer cuerpo legal. Semejante acumulación de Novelas puede explicarse —al menos, en parte— por la evolución que la institución misma ha experimentado en la sociedad, pasando de ser remedio a los matrimonios infértiles, a conceptuarse como una de las instituciones básicas entre las de asistencia y protección de los menores sin familia. Asimismo, no ha dejado de influir en aquel fenómeno la aparición de nuevas necesidades o intensificación de las ya existentes (extensión del fenómeno de las familias desestructuradas junto al drástico descenso de la natalidad en los países europeos; graves conflictos sociales y bélicos y mantenimiento de situaciones de miseria en muchos países del Tercer mundo). No cabe descartar, con todo, que en el cambio legislativo hayan influido titubeos del propio legislador acerca de la función o razón de ser de la institución misma, o, incluso cierto mimetismo que conduce, en ocasiones, a imitar lo foráneo (especialmente, si viene con el marchamo de los países anglosajones), acaso sin comprobar sus resultados en el país de origen, y sin plantearse siquiera el tema de si van a obtener suficiente arraigo entre nosotros.

Últimamente cabría conjeturar que la reforma adoptcional ha servido al legislador a modo de ensayo de laboratorio para experimentar el procedimiento encaminado a hacer perder al Código Civil su condición de norma central y básica, no sólo del derecho privado, sino de todo el ordenamiento jurídico. Así encontramos, en su actual regulación, y de modo indiscriminado, aspectos públicos y privados, normas legales en sentido estricto y disposiciones claramente reglamentarias, normas sustantivas y procesales, constituyendo un abigarrado conjunto normativo, de no fácil inteligencia y más difícil aplicación que, literalmente, «está trayendo de cabeza» a jueces, fiscales, funcionarios administrativos, y abogados en general, sin olvidar las graves dudas originadas a los civilistas que son quienes tradicionalmente se habían ocupado de esta institución.

Por todo ello, no parece exagerado calificar a la adopción de **institución mártir**, que se ha encontrado en el punto de mira de los caprichos socializantes del legislador, quien da la impresión de haberse servido de ella como **caballo de Troya para dinamitar** desde dentro las instituciones civiles; cuando no ha sido utilizada como **moneda de cambio** en determinados trasposos de competencias, o para completar la lista de atribuciones de las Comunidades Autónomas. El resultado no parece que pueda considerarse altamente satisfactorio: se ha logrado afeer notablemente la estructura formal de nuestro venerable Código Civil, sin ventaja para nadie, al menos a primera vista; es cierto que órganos administrativos han visto incrementadas sus competencias. Pero, de todos es sabido, que la política social de las distintas Administraciones Públicas está condicionada por el presupuesto, y en tiempos de penuria se

recortan aquellas partidas que produzcan menor pérdida de votos (los niños abandonados no participan en los procesos electorales...).

Partiendo de la primitiva redacción de 1889, el régimen de la adopción ha sido reformado, en su totalidad, en los años 1958, 1970 y 1987. El **modus procedendi** ha sido muy similar, tanto en éstos como en los restantes casos: aparte de **tomar prestado** en 1958 el viejo artículo 172 del capítulo de la patria potestad (relativo, como se sabe, a la madre bínuba que enviudaba), se ha aprovechado el espacio ocupado por los artículos 173 a 180, integrantes del capítulo V, título VII, Libro I, distribuyendo la regulación con arreglo a los nuevos principios inspiradores; se daba por supuesto que tal espacio era suficiente para la reforma del régimen adopticional; pero resultaba demasiado evidente que ello constituía un pie forzado, roto ya en la reforma de 1987, y que en la de 1996 ha conducido a la ruptura del anterior esquema con ayuda del antiestético recurso legislativo del **artículo bis** así como al tratamiento dual en leyes extracodiciales (¿qué significado tiene el capítulo III, Título II de la Ley últimamente citada, que trata, sin más, **de la adopción**, si bien versa fundamentalmente sobre la adopción internacional?

En las reformas de alcance general ha variado la interna distribución de la materia. Dejando aparte la versión primitiva de 1889, en la que el legislador no consideró necesario introducir divisiones internas, se produce un evidente paralelismo en las reformas de 1958 y 1970; en la primera se introducen tres secciones que tratan, respectivamente de las disposiciones generales, de la adopción plena y de la adopción menos plena, pero con una desigual distribución de la materia normativa ya que a la última se la dedica un único precepto; en la segunda la distribución es similar si bien se sustituye la terminología de adopción menos plena por adopción simple (confinada siempre en el art. 180). La reforma de 1987 rompe decididamente con este sencillo esquema; el nuevo enunciado del capítulo V («De la adopción y otras formas de protección de menores») indica la nueva filosofía que supone integrar a esta institución estrictamente civil en el marco más amplio de la protección social a los menores; ello se traduce en la interna distribución del capítulo pues la sección primera, de nuevo cuño, se va a ocupar «De la guarda y acogimiento de menores», «civilizando» instituciones hasta ahora de mero carácter administrativo, mientras que la sección segunda, bajo el escueto rótulo «De la adopción» parece querer volver al sencillo esquema unitario de la versión originaria, si bien con un contenido radicalmente diverso. Obsérvese que algún solapamiento se produce con el enunciado del Título X, Libro I, después de la reforma de 1983, que reza «De la tutela, de la curatela y de la guarda de los menores o incapacitados», advirtiéndose la existencia de instituciones comunes (tutela **ex lege**, guarda administrativa). Evidentemente estos nuevos epígrafes o rótulos denuncian el cambio de perspectiva del legislador al regular la institución, siendo lícito preguntarse si la **nueva adopción** va a

ser compatible con el resto de instituciones familiares del Código Civil, y si tal incrustamiento de nuevos principios en las estructuras civiles no terminará desvirtuándolas.

De las **reformas parciales** en materia de adopción, poco y no siempre bueno cabe decir; unas veces eran obligadas como consecuencia del nuevo régimen de filiación establecido por la Ley de 13 mayo 1981, o por las reformas de la nacionalidad de 1982 y 1990; otras veces vienen a resultar incomprensibles, como la rocambolesca derogación del artículo 176 (versión de 1970) por Ley de 7 julio 1981 y su reposición (en realidad, cabía entender que nunca había sido derogado) por Ley de 24 octubre 1983; por no hablar de las reformas de 1996 de las que me ocuparé luego.

II. EL RÉGIMEN ORIGINARIO DE LA ADOPCIÓN

No es preciso extenderse mucho sobre el régimen sustantivo de la adopción originariamente regulada por el Código Civil, el cual se apartó de los antecedentes históricos al prescindir de la distinción entre adopción y arrogación, y al no permitir la adopción en concepto de nieto o ulterior descendiente, modalidades de adopción que permitían las Partidas. Se caracteriza por exigir estrictos requisitos de capacidad (edad mínima de 45 años y 15 años de diferencia con el adoptado, prohibiéndose adoptar a quienes tuvieran anteriormente descendientes legítimos o legitimados) y otorgar escasos efectos para el adoptado (posibilidad mediante pacto de unir a su apellido el del adoptante, alimentos recíprocos, aunque por detrás de los hijos naturales, y el discutido pacto sucesorio del art. 177 que originó interesante jurisprudencia). La doctrina no ha visto clara la finalidad de la institución, y aunque la aprobación judicial recaía si la adopción solicitada era conveniente al adoptado, la opinión mayoritaria veía más bien en ella una institución en favor de matrimonios sin hijos.

La técnica legislativa utilizada en 1889, podía calificarse de normal, y los ocho artículos (del 173 al 180) dedicados a la materia tenían corta extensión y carecían de divisiones internas y no diferían del tenor de otros preceptos del Libro I. La única norma conflictiva resultó ser el artículo 177, en materia de derechos sucesorios.

III. LA ADOPCIÓN EN LA LEY DE 1958

Si materialmente representa un cambio cualitativo respecto de la regulación originaria, formalmente cabe señalar importantes innovaciones. La materia se distribuye ahora en tres secciones y varios preceptos experimentan un

alargamiento en su extensión (así el 174 relativo a los efectos, en general, de la adopción; el 175, a las causas de revocación; el 178 sobre requisitos y efectos de la adopción plena; el 179, sobre otros efectos de la misma; y el 180, por ser el único específico de la adopción menos plena). La normativa es exclusivamente civil, si bien la referencia a los **niños expósitos** en el artículo 178 obligará a tener en cuenta la legislación administrativa, que se aplica preferentemente a situaciones preadoptivas. Pero no hay contaminación normativa y la adopción sigue siendo institución regulada exclusivamente por el Derecho Civil.

El legislador inicia un alejamiento —que con criterios actuales puede parecer tímido— respecto de la concepción originaria de la adopción, en dos aspectos de su regulación general: respecto a los requisitos, disminuyendo notablemente la edad para adoptar (de 45 a 35 años), si bien se incrementa la diferencia de edades (de 15 a 18) y se permite adoptar a los viudos; y en cuanto a los efectos, se perfilan mejor los derechos sucesorios en virtud de pacto; respecto a la adopción plena (que se considera aplicable al supuesto típico de matrimonio sin hijos y respecto de niños abandonados) se equipara al adoptado con el hijo natural reconocido en el orden sucesorio; también resulta tímida la incorporación del adoptado al nuevo hogar, pues si bien se atribuye la patria potestad y se siguen concediendo alimentos recíprocos, así como intervención en materia de tutela y ausencia, se declara rotundamente que la adopción no produce efecto respecto de la familia del adoptante, a excepción de los impedimentos matrimoniales. El legislador se hace eco de la demanda social en favor de un robustecimiento de efectos de la adopción, pero lo hace con pasos vacilantes e inseguros. Por otra parte, nadie pone en duda la oportunidad de diferenciar dos tipos de adopción en base a sus requisitos y efectos.

IV. LA REFORMA DE 1970

La nueva ley vino, de algún modo, preparada por una mayor sensibilización de la opinión pública sobre este tema, de la que son exponentes las Jornadas Nacionales de Adopción de Madrid (1966) y Oviedo (1968), así como la constitución de la Asociación Española para la protección de la adopción en 1969. La Ley de 4 julio 1970, tanto material como formalmente, representa una culminación de la orientación iniciada en 1958, perfeccionándose en algunos detalles y extrayendo las últimas consecuencias de sus principios.

La materia continúa distribuyéndose en tres secciones, con un cambio meramente terminológico en el enunciado de la tercera derivado de sustituir la adopción **menos plena** por la **adopción simple**. Continúa incrementándose

la extensión de los preceptos del Código Civil, y, en algún caso, comienzan a transformarse peligrosamente en preceptos reglamentarios; tal ocurre con el artículo 174 en el que se da una muy discutida definición de **menor abandonado**, lo que se completa con la regulación de los efectos que produce la entrega del menor en una casa o establecimiento benéfico. En todo caso resulta claro el propósito del legislador de mantener la institución en el ámbito civil pues se declara contundentemente que la **situación de abandono será apreciada y declarada por el Juez competente para conocer el expediente de adopción** (art. 174, último par.).

Sustantivamente siguen rebajándose los requisitos para adoptar (30 años), así como la diferencia de edad (16 años); se permite adoptar a personas solteras o legalmente separadas. En cuanto a sus efectos y con carácter general se dice ahora, más bien como enunciación de buenas intenciones, que al hijo adoptivo le corresponden los mismos derechos y obligaciones que al legítimo, ya que esta regla sufre algunos recortes cuando en la sucesión el hijo adoptivo concurre con hijos naturales, y carece de aplicación en relación con la familia del adoptante. En principio, la adopción plena, en cuanto a las relaciones entre adoptantes y adoptado, produce los mismos efectos que la filiación legítima; para la adopción simple, que sigue siendo una forma residual de adoptar, la equiparación se establece ahora con los hijos naturales.

La nueva ley parece que quiere innovar el concepto de adopción, pues la existencia de hijos o descendientes ya no constituye obstáculo legal, sino una mera circunstancia que el Juez ha de valorar junto a la conveniencia del menor. La valoración que la doctrina hizo de la ley de 1970 vendrá marcada por la ulterior promulgación de la Constitución y el profundo cambio que se produce en las relaciones familiares; así ocurre que inicialmente se juzga muy positivamente, pero a partir de 1978 la valoración cambia de sentido, de lo que constituye un exponente las opiniones de RODRIGO BERCOVITZ (*Comentarios Albaladejo*, p. 270 ss.), que se sintetizan así: 1.º La ley se queda a mitad de camino a la hora de integrar plenamente al adoptado en la familia del adoptante, y cortar totalmente las relaciones con la familia originaria; 2.º Se permite la revocación de la adopción sin que se articule claramente la posibilidad de una nueva adopción; 3.º Es desacertado no reconocer automáticamente la nacionalidad española al adoptado plenamente; 4.º Falta una regulación adecuada de los trámites de la adopción y un control eficaz de los mismos; 5.º No se prevé un periodo de prueba antes de iniciar el expediente o la aprobación judicial; 6.º Parece excesiva la edad mínima para adoptar; 7.º Es criticable que no se prevea expresamente la adopción de los propios hijos ilegítimos no naturales; y 8.º Es anacrónica la prohibición de adoptar a las personas cuyo estatuto religioso prohíbe el matrimonio. Se añadía la incorrección del concepto de abandono y el mantenimiento del requisito de la escritura pública.

La reforma de 1970 mantuvo a la institución en el ámbito estrictamente privado, declarando la competencia exclusiva de los Tribunales civiles para declarar el abandono y aprobar la adopción; si acaso, se reprochó al legislador excesiva complacencia con los padres naturales que habían entregado el hijo a una institución, con intención real de abandonarlo, pero que acudían a subterfugios. En realidad, el interés de la adopción se centraba en la realizada en forma plena respecto de menores abandonados. Las estadísticas probaban que, en los años de la Transición, aproximadamente la mitad de los niños inscritos en el Registro Civil como hijos de padres desconocidos no eran objeto de adopción. Las críticas de la doctrina se orientaban, según creo, a un perfeccionamiento del régimen civil, y no a su desvirtuación.

V. ALGUNAS REFORMAS PARCIALES POSTCONSTITUCIONALES

La Ley de 13 mayo 1981, reformadora —entre otras materias— de la filiación, obligó a modificar, al menos acogiendo la nueva terminología, los preceptos correspondientes del régimen de la adopción, al mismo tiempo que ciertas cuestiones de detalle, dentro de la línea general de la Ley de 1970. Pero no fue cuestión de mero detalle la inopinada supresión del art. 176 por obra de la Ley de 7 julio 1981 sobre matrimonio, calificada de **buen ejemplo de mal hacer parlamentario**, obligando a la doctrina a realizar arriesgados ejercicios interpretativos para entender que dicho precepto seguía vigente (en tal sentido, ARCE, SANCHO-REBULLIDA y BERCOVITZ). Otras modificaciones parciales son resultado de las reformas sobre la nacionalidad, que conducen a atribuir de modo automático la nacionalidad española, al plenamente adoptado (después de 1987, a cualquier adoptado). Algunas de estas reformas habían sido sugeridas por la doctrina, y, en todo caso, se seguía en el marco de los principios inspiradores de la Ley de 1970.

VI. LA REFORMA DE LA LEY DE 11 NOVIEMBRE 1987

Supone una ruptura con el anterior sistema adoptcional, recogiendo, en parte, aspiraciones doctrinales expresadas a la vista de la Ley de 1970 (integración total del adoptado en la familia del adoptante y corte total de relaciones con la familia de origen; reducción de las causas de revocación de la adopción; posibilidad de un periodo de prueba preadoptivo; reducción de los requisitos para adoptar, especialmente la edad, supresión de la prohibición de adoptar por razones religiosas, supresión de la fase notarial), pero, al mismo tiempo, alterando radicalmente el marco legal-organizativo dentro del cual se

aprueba la adopción. Ello conlleva importantes innovaciones de la técnica jurídica utilizada, que en, ocasiones, merecen una evaluación positiva y otras veces no pueden calificarse sino negativamente.

Son, a mi juicio, aspectos positivos formales de la Ley de 1987, sin entrar en su contenido: a) la modificación simultánea de las normas de Derecho internacional privado (art. 9, ap. 4 y 5); b) regulación por primera vez desde la entrada en vigor del Código Civil de las normas sobre jurisdicción voluntaria en esta materia (arts. 1825 a 1832 LEC); c) y, aun siendo insuficientes, las normas transitorias. Son, en principio, innovaciones merecedoras de un juicio negativo: a) la introducción, en el enunciado del capítulo V, del inciso **otras formas de protección de menores**, junto a la adopción, y ello debido a que no se define qué es la protección de los menores a efectos civiles, ya que en el propio Código se regulan, en otras sedes, diversas formas de protección de aquéllos (por ej. la patria potestad, la tutela, la curatela, el defensor judicial, el administrador de bienes etc.); b) la introducción, en el Código Civil, de normas integramente administrativas porque el supuesto de hecho y su consecuencia jurídica pertenecen a este ámbito del ordenamiento (así los arts. 172, en parte el 173 y el 174); c) las disposiciones adicionales 1.^a y 3.^a de la Ley de 1987, por su carácter claramente administrativo la primera —inadecuada, como he dicho, en una norma civil— y por su carácter de norma vergonzante la segunda al modificar y contradecir abiertamente el artículo 175.1 del Código Civil que considera como supuesto normal la adopción por ambos cónyuges; se trata de una regla básica, referida nada menos que a la capacidad para adoptar.

La Ley de 1987 tiene una Exposición de Motivos que trata de justificar las profundas reformas introducidas. Pero parece gratuita la aseveración de que «el anterior sistema no estaba suficientemente fundado en la necesaria primacía del interés del adoptado que debe prevalecer, sin prescindir totalmente de ellos, sobre los demás intereses en juego en el curso de la adopción, como son los de los adoptantes y los de los padres o guardadores del adoptado». Tal afirmación es inexacta por cuanto que la conveniencia del adoptado se exigía ya en el artículo 178 de la redacción originaria, y se reitera en el artículo 173 de la Ley de 1970. Denunciar, en 1987, «una falta casi absoluta de control de las actuaciones que preceden a la adopción» implica, al menos, una implícita y grave acusación de negligencia a los órganos judiciales que han intervenido hasta ahora en su aprobación. Tampoco resulta muy afortunada la siguiente frase: «La adopción no será ya un simple **negocio privado** entre el adoptante y los progenitores por naturaleza, sino que se procura la adecuada selección de aquél de modo objetivo, con lo que también se contribuirá a la supresión de intermediarios poco fiables bien o mal intencionados»; pero aquí se alude a problemas distintos que requieren una adecuada diferenciación; la naturaleza jurídica de la adopción (para algunos autores:

del **negocio jurídico adoptional**) no puede despacharse en un par de líneas con una frase equívoca (anteriormente se ha aludido al «odioso tráfico de niños» que nadie deja de condenar, y ahora se insiste en parecida idea «simple negocio privado», que no es difícil relacionar con el debatido tema de la naturaleza de la adopción, señuelo en el que —debe reconocerse— han caído no pocos autores); la selección de los adoptantes es un tema delicado y no fácil de resolver cuando, por un lado, se atribuye a la Administración el monopolio en la propuesta de adopción, y, por otro, se confía al Juez la última palabra (surge así una batería de preguntas sin respuesta: ¿puede éste rechazar al candidato o a todos los candidatos propuestos por la Administración? ¿puede recabar datos y proponer a otros, aunque no figuran en la selección propuesta? ¿puede rehusar sistemáticamente a los candidatos propuestos?).

Si anteriormente el concepto clave para la adopción plena era el de **abandono**, ahora se emplea el de **desamparo**, cuyas definiciones legales no son coincidentes (cfr. art. 174 según la Ley de 1970 y art. 172.1 conforme a la reforma de 1987). Más grave era el problema derivado de la omisión de cuál sea el órgano competente para declararlo, ya que esta última ley no reprodujo el párrafo final del artículo 174 de 1970 (a cuyo tenor **la situación de desamparo será apreciada y declarada por el Juez competente para conocer del expediente de adopción**) y tampoco se aclaraba de modo explícito en la E. de M. de la ley. A ello se unía la falta de determinación de los efectos que tal situación, una vez declarada por el órgano que se considere competente, haya de producir sobre la patria potestad o la tutela hasta entonces existentes sobre el menor. La práctica solventó tal omisión entendiendo que la declaración de desamparo correspondía a la entidad pública a la que se atribuía la nueva tutela legal que se creaba, lo que originó otro problema ulterior sobre el órgano jurisdiccional competente para resolver los eventuales recursos de los padres o tutores. ¿Podían las Salas de lo Contencioso de las Audiencias decidir cuestiones relativas a la patria potestad o a la tutela de menores? No finalizan aquí las incoherencias de la Ley de 1987. En efecto, el artículo 172.1 **crea una tutela ex lege de carácter administrativo**, alterando sin justificación razonable los principios en que se basó la reforma de la tutela, aprobada apenas cuatro años antes. Es un ejemplo de **reforma por carambola** (que los franceses llaman **par ricochet**) que ahorra al legislador dar demasiadas explicaciones, con mengua de la claridad. En 1983 se pasa de un sistema de tutela de familia a otro exclusivamente de tutela de autoridad, que en 1987 se convierte en mixto cuando todavía no se han podido conocer los efectos del trascendental cambio legislativo operado en 1983. A nadie parece preocupar que el delicado entramado de relaciones familiares se someta en cortos periodos de tiempo a cambios tan bruscos.

La **administrativización de la adopción** es casi total en la Ley de 1987, pues salvo los casos exceptuados en el artículo 176.2 (supuestos claramente

excepcionales: adopción del sobrino huérfano por sus tíos, adopción del hijo del consorte, adopción del propio tutelado), en todos los demás «para iniciar el expediente de adopción es necesaria la propuesta previa de la entidad pública» (art. 176.2), la cual también tiene que prestar su consentimiento en el acogimiento (art. 173.2) salvo en el acordado por el Juez; por otra parte, las CCAA habilitan a las entidades colaboradoras de integración, bajo severos requisitos y otorgándolas muy limitadas competencias (Disp. Adicional 1ª Ley 1987).

Esta administrativización produce dudas en orden a los recursos que los particulares pueden interponer contra acuerdos de las entidades públicas; por ej. ejercicio de un derecho de visita por los padres privados de la guarda, oposición a un acogimiento administrativo, oposición a la adopción propuesta por la Administración, derecho de los aspirantes a adoptar que no han sido seleccionados por la Administración, aun cuando cumplan todos los requisitos legales.

Técnicamente la Ley de 1987 ha introducido en el Código Civil normas indudablemente administrativas, o bien, supuestos de hecho administrativos que condicionan la producción de un efecto civil, haciendo surgir dudas, por ej. sobre la naturaleza jurídica del acto constitutivo de la adopción, que, como es notorio, da origen a un **status** de inequívoco carácter civil, con efectos en las situaciones familiares anteriores del menor afectado. Que las viejas instituciones codiciales de la patria potestad y la tutela no siempre eran suficientes y adecuadas para asegurar la **protección integral de los hijos** a que alude el artículo 39.2 CE ello no justifica, en mi opinión, legislar para que aquellas instituciones cuyos perfiles habían sido notablemente perfeccionados y modernizados en los años 1981 y 1983 queden disueltas en conceptos jurídicos indeterminados tales como la **asistencia a los menores**. Pienso que el **modus procedendi** debe ser el inverso; primero aplicar, en toda su plenitud, las normas civiles, y, en segundo término, rellenar sus insuficiencias con las instituciones administrativas. Si existen padres y tutores que incumplen sus deberes, mecanismos hay para sustituirlos legalmente; pero cuando las entidades públicas declaran reiteradamente que carecen de medios personales o materiales para asistir a los menores, abandonados o delincuentes, ¿quién acudirá a reemplazarlos? A nadie puede sorprender que el periodo que se abre con la Ley de 1987 haya supuesto un intenso debate doctrinal, con síntomas de desorientación, y una praxis casi anárquica derivada de la aplicación de una legislación autonómica no pocas veces divergente, o, al menos, no coincidente entre sí.

Los objetivos de la reforma de 1987 se expresan así en la E. de M.: «La presente Ley (...) pretende basar la adopción en dos principios fundamentales: la configuración de la misma como un instrumento de integración familiar, referido esencialmente a quienes más la necesitan, y el beneficio del adoptado

que se sobrepone, con el necesario equilibrio, a cualquier otro interés legítimo subyacente en el proceso de constitución». Por mi parte, nada que objetar a semejante **ratio** de la reforma de **1987**, aunque añadido a continuación que los mecanismos puestos en aplicación no parecen los más adecuados para lograrla. Sin perjuicio de que no se define adecuadamente, cabe dudar que una entidad administrativa esté en condiciones de alcanzar una óptima **integración familiar**, y en cuanto al **beneficio del adoptado**, no deja de ser otro concepto jurídico indeterminado, de difícil concreción, pero cuya interpretación última ha de confiarse al Juez, y no precisamente a la entidad pública. La experiencia de estos últimos años demuestra que esos otros intereses legítimos, que la E. de M. declara respetar, en ocasiones han sido sacrificados sin más (por ej. negativas reiteradas para que los padres por naturaleza se hagan oír en las instancias administrativas, y cuando el Tribunal lo hace, ha pasado tiempo suficiente para consolidar una situación de hecho que supone la pérdida del hijo).

El **producto legislativo** que la Ley de **1987** ha incorporado al Código Civil, aparte de la excesiva extensión de algunos preceptos, contiene definiciones redactadas en el mejor estilo decimonónico; por ej. la que describe en el artículo **173.1** los efectos del acogimiento, el cual **produce la plena participación del menor en la vida de familia** (pero cabe interrogarse: ¿cómo lo produce? ¿es un efecto automático? ¿es instantáneo, o se desarrolla y se prolonga en el tiempo? ¿dispone el acogido de una acción para obtenerlo?). El acogido vive, efectivamente, en compañía del o de los acogedores y tiene derecho a ser alimentado y educado por éstos, así como a una formación integral; pero ¿se podrá imponer a los acogedores un grado de intimidad tan grande como la que mantiene con sus hijos por naturaleza? ¿tendrá que hacer partícipe al acogido de los secretos de familia?; la respuesta ha de ser necesariamente negativa, pues existen, a estos efectos, en la ley y en la vida real, diversos grados de integración en la vida de familia; la que mantienen los padres con sus hijos de sangre, que es, sin duda, la de mayor intensidad, a la que quizá pueda equipararse —en la práctica—, como resultado final, la que logran mantener, en muchos casos, adoptantes y adoptados; el tutor con asignación de frutos por alimentos podrá recibir en su casa al pupilo, pero probablemente no le tratará, de hecho, como a su propio hijo; con mayor razón ocurrirá ésto si el tutelado no convive con el tutor (el Código Civil no le impone esta obligación, sino únicamente la de **procurarle alimentos**): todavía en una escala inferior ha de colocarse al menor acogido, que cuando el acogimiento no se hace con finalidad de adoptar y es remunerado, conduce inevitablemente a una menor **familiaridad**. De aquí que no pueda hablarse, con propiedad, de una **plena participación del menor en la vida de familia**, al menos en la mayoría de supuestos. También resulta criticable el uso y abuso de conceptos jurídicos indeterminados, tales como el **inadecuado ejercicio**

de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores (art. 172.1, al describir el desamparo). Cabe preguntar ¿con qué parámetros se declarará tal inadecuación? ¿conforme a los criterios del funcionario de turno, o según las normas de la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1989, o, más bien, según las directrices vigentes en cada comunidad autónoma? Bajo otra perspectiva ¿qué significa que el Fiscal ejerce la **superior vigilancia** de la tutela administrativa en caso de desamparo, cuando toda tutela debe estar **bajo la salvaguarda de la autoridad judicial** (según el art. 216, precepto en vigor todavía hoy); ¿se trataría más bien de contraponer una **vigilancia ordinaria** de la propia Administración, a la vigilancia **superior** del Fiscal? ¿cómo compaginar estas normas? Caben todavía ulteriores interrogantes: ¿puede la entidad pública incurrir en desamparo? (el supuesto no es académico, pues en las grandes ciudades hay muchos menores ejerciendo la mendicidad o la prostitución, sin que intervenga, de hecho, la Administración). Quizá la máxima ambigüedad del legislador se transparenta en la redacción del artículo 239, cuyo primer párrafo trata de compaginar el sistema tutelar de la Ley de 1983, con la tutela **ex lege** de la Ley de 1987: «La tutela de los menores desamparados corresponde por ley a la entidad a que se refiere el art. 172». Precepto coherente con el de referencia, pero que ya no resulta tan coherente con el segundo par. del art. 239: «Se procederá, sin embargo, al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias, cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para éste». El impersonal se **procederá**, es ejemplo máximo de ¿calculada? ambigüedad; no se dice que proceda el Juez, o la Autoridad administrativa, o a instancia del Fiscal o de un familiar; máxime cuando se incluye otro concepto jurídico tan indeterminado cuando se alude a **otras circunstancias**; ¿significa tal norma que cualquier Juez puede encontrar cualquier circunstancia que excluya la tutela **ex lege** del menor desamparado?

VII LA ADOPCIÓN EN LA LEY DE 15 ENERO 1996

Con esta Ley orgánica 1/1996, bien puede decirse que el legislador ha *rizado el rizo* en cuanto a la utilización de una inadecuada e incorrecta técnica legislativa para la reforma de las instituciones civiles, haciendo caso omiso de la lógica y del sentido común, con lo que logra desconcertar al operador jurídico, que encuentra no pocas dificultades para conocer el derecho realmente en vigor. Nuevamente nos encontramos en presencia, no de una ley-marco, sino de una ley-río, variopinto complejo de normas de naturaleza diversa (desarrollo de tratados internacionales y de principios constitucionales, normas administrativas, procesales, civiles y registrales), cuyo análisis

minucioso es imposible hacer en este momento. Aquí hay que constatar que parece confirmarse la regla de que **adoptio semper reformanda est**, lo que no resulta demasiado provechoso, ni para el ordenamiento, ni para la institución misma.

Si atendemos a la sorprendentemente extensa E. de M. parece escasamente convincente la invocación ahora del artículo 39 CE en cuanto obliga a los Poderes públicos a asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, y, de modo especial, a los menores; lo es así porque tal protección, en su origen, estaba degradada constitucionalmente a mero principio de política social y económica, valioso en sí mismo, pero insuficiente por su carácter variable, a tenor de la coyuntura y de los programas con que cada partido concurre a las elecciones; y lo es con mayor razón cuando otras leyes ordinarias, desde 1981, han modificado en profundidad el Derecho de Familia (el Gobierno que ha presentado el proyecto de ley intervino en las reformas de tutela, adopción, procreación asistida; no discriminación por razón de sexo etc.). La propia E. de M. reconoce **determinadas lagunas en su aplicación**, lo que viene a ser paladina confesión del alegre apresuramiento denunciado por la doctrina en la elaboración de algunas de aquellas leyes; por otra parte se utiliza el socorrido recurso al **tiempo transcurrido**, que ha hecho surgir nuevas necesidades y demandas en la sociedad, argumento escasamente atendible y que muestra el fracaso del método sociológico, tantas veces invocado y probablemente tan inadecuadamente utilizado en la preparación de nuestras reformas legislativas; los estudios de prospectiva deben prever la evolución social, y no resulta de recibo que a los cuatro años de promulgada la tutela haya que alterarla en sus principios al regular la adopción, y que antes de un decenio de promulgada la reforma de esta última, haya necesidad de otro apuntalamiento de su régimen. La actual regulación de la adopción no es el fruto logrado de un experimentado legislador, sino más bien de alguien que va dando *palos de ciego*», tanteando aquí y allá para *parchear* la legislación que poco ha él mismo había promulgado.

De hacer caso a lo que añade la E. de M. dijérase que la nueva Ley constituye el **punto de partida de la segunda gran reforma del Derecho de Familia**. Permítaseme una cita extensa de aquella:

«La presente ley pretende ser la primera respuesta a estas demandas, abordando una reforma en profundidad de las tradicionales instituciones de protección del menor reguladas en el Código Civil. En este sentido, —y aunque el núcleo central de la ley constituya, como no podía ser de otra forma la modificación de los correspondientes preceptos del citado Código— su contenido trasciende los límites de éste para construir un amplio marco jurídico de protección que vincula a todos los poderes públicos, a las instituciones específicamente relacionadas con los menores, a los padres y familiares y a los ciudadanos en general. Las transformaciones sociales y culturales

operadas en nuestra sociedad han provocado un cambio en el **status** social del niño, y como consecuencia de ello un nuevo enfoque a la construcción del edificio de los derechos humanos de la infancia. Este enfoque reformula la estructura del derecho a la protección de la infancia vigente en España y en la mayoría de los países desarrollados desde finales del siglo xx, y consiste fundamentalmente en el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos».

En primer lugar, séame permitida una puntualización; las **tradicionales instituciones familiares** ya no lo son tanto, pues todas ellas han sido remozadas y modernizadas a partir de 1981. Hay que rechazar, por tanto, la indicada evocación a título despectivo o peyorativo.

Está clara la identificación de la causa impulsiva de la nueva Ley en la Convención de los Derechos del Niño de 1989, ratificada en su momento por España, en la cual se encuentra base para construir un **nuevo Derecho protector de los menores de edad**. Me parece necesario, sin embargo, avanzar algunas reservas a este bienintencionado propósito, ya que faltan estudios previos —como se están realizando en otros países europeos— que detecten las cuestiones o materias que merecen ser modificadas, sin perjuicio de analizar en profundidad la Convención misma.

En materia de adopción, el artículo 21 de la Convención de 1989 contiene unas reglas muy generales sobre la institución, y unas precisiones sobre la adopción internacional, que van a ser reiteradas y desarrolladas por las Conferencias de La Haya en 1993. Precisamente esta última modalidad de adopción tenía una laguna en el ordenamiento español, que ha tratado de llenar el artículo 25 de la Ley de 1996, por lo que, en principio, la introducción de este precepto ha de valorarse positivamente; igualmente la flexibilización introducida respecto de las entidades acreditadas a quienes las normas internacionales otorgan mayor protagonismo que el ordenamiento interno, especialmente la Disposición Adicional 1.^a de la Ley de 1987. En cuanto a la adopción en sí misma, el artículo 21 de la Convención dice: «Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y: a) Velarán para que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario». Obsérvese que el Convenio no obliga a introducir la adopción en el ordenamiento de un país determinado, sino que, caso de reconocerla o permitirla, la somete a ciertas orientaciones muy generales, que, en principio, parece cum-

plía la ley de 1987 (si acaso, cabría revisar la exigencia de asesoramiento para poder dar, con conocimiento de causa, el consentimiento a la adopción). Luego, en principio, no había **imperativos internacionales** para modificar con urgencia el régimen de la adopción ordinaria.

Pero ¿dónde radica ahora la **sedes materiae** de la adopción? Al menos en dos ubicaciones diferentes. La suya propia radicada en la sec. 2.^a, capítulo V, Título VII, Libro I del Código Civil (allí adonde va a buscarla el jurista formado en nuestras Facultades); y la ¿nueva? sede situada en el capítulo **III** De la **adopción**, Título II de la Ley de 1996; es verdad que dicho capítulo sólo consta de dos preceptos, el 25, ya aludido, relativo a la adopción internacional, y el 24 que constituye una norma de remisión: «La adopción se ajustará a lo establecido por la legislación civil aplicable». Podía haber añadido las once primeras disposiciones finales (menos la tercera y la cuarta) de la propia Ley de 1996, que modifican en bastantes puntos el régimen del acogimiento y de la adopción. Es inevitable una nueva crítica por la insólita técnica legislativa utilizada aquí; nunca mediante disposiciones finales se modificó tan extensamente el Código Civil (todavía hay que añadir la Disp. final 18.^a2 que retoca varios párrafos del art. 171). La dualidad de **sedes materiae** carece de sentido, y, en el presente caso, hay que reconducir la institución al Código Civil. En efecto, siguen en vigor las normas de este cuerpo legal, si bien con la redacción que a la mayoría de sus preceptos ha dado la Ley de 1996, a lo que deben añadirse las Disposiciones Adicionales y Transitorias de la Ley de 1987, mientras que la Disposición Final deberá ser completada con los nuevos arts. 101 a 109 de la LEC según la redacción de la Disp. Final 19.^a de la Ley de 1996.

Considerable dispersión legislativa y no escasa dificultad para saber, en cada caso, el texto realmente en vigor, a lo que deben adicionarse otras críticas de técnica legislativa. En materia de Derecho Internacional Privado, cabe destacar el nuevo par. 5.º del artículo 9.5 Código Civil, a cuyo tenor: «No será reconocida en España como adopción la constituida en el extranjero por adoptante español si los efectos de aquélla no se corresponden con los previstos por la legislación española. Tampoco lo será, mientras la entidad pública competente no haya declarado la idoneidad del adoptante, si éste fuera español y estuviera domiciliado en España al tiempo de la adopción». Nada que objetar a la primera de las reglas transcritas, pues si la ley española ha unificado los efectos de la adopción, sería perturbador admitir otros tipos de adopción. La segunda —buen ejemplo de la **longa manus** que la Administración quiere ejercer más allá de nuestras fronteras—, puede dar origen a no pocas **adopciones de hecho**, válidas según el país de otorgamiento y no reconocidas en el de destino del adoptado. Adviértase que no estamos aquí en presencia de la **adopción internacional**, ni de la realizada en el marco de Tratados bilaterales, cuyas reglas priman sobre las internas.

Los artículos 172, 173 y 173 bis —aparte de la **inelegantía** de reintroducir artículos bis en el Código Civil— son ejemplos modélicos de la incrustación de normas administrativas en dicho cuerpo legal, de proliferación de normas jurídicas indeterminadas y del abuso de introducir supuestos de hecho administrativos en normas de derecho privado. Es verdad que el legislador ha recogido algunas de las críticas hechas a la reforma de 1987, precisando los efectos civiles de actos administrativos; así el par. 3.º del artículo 172.1 dice ahora que «La asunción de la tutela atribuida a la entidad pública lleva consigo la **suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria**»; pero con ello se abre un nuevo interrogante sobre sus efectos, pues la reforma de 1981 suprimió los casos de suspensión y sólo alude a los de privación de la patria potestad (art. 170); también obedece a un propósito clarificador la regla contenida en el art. 172.6: «Las resoluciones que aprecien el desamparo y declaren la asunción de la tutela por ministerio de la Ley serán recurribles ante la jurisdicción civil sin necesidad de reclamación administrativa previa» ¿También serán igualmente recurribles otro tipo de resoluciones administrativas relacionadas con el acogimiento, o el derecho de visita, o la no selección para una adopción o la negativa a conceder la idoneidad para adoptar?

El artículo 172.1, párrafos 1.º y 2.º, es una norma administrativa cuyo cumplimiento se encomienda al órgano de esta clase y cuyo supuesto de hecho, descrito en el par. 2.º y cuya redacción se mantiene invariada desde 1987, contiene peligrosos conceptos jurídicos indeterminados ya denunciados. Es verdad que la reforma de 1996 ha añadido un deber de notificar las medidas adoptadas, en un plazo de 48 horas, a los padres, tutores o guardadores; pero la más amplia notificación sobre las causas que dieron origen a la intervención administrativa y, sobre todo, de los posibles efectos de aquélla, sólo se efectúa «siempre que sea posible», circunstancia que aprecia la Administración. Me parece inadecuado que el interés del menor y la eventual reinserción del mismo en su propia familia sean apreciados soberana y exclusivamente por la Administración, por carecer de medios apropiados para ello, y, hasta podría añadirse, «por falta de costumbre».

El nuevo artículo 173 se ha convertido en una norma claramente reglamentaria al añadirse en la reforma de 1996 los requisitos del documento de formalización del acogimiento familiar otorgado por la Administración. Es cierto que sus efectos —descritos en el art. 173.1 inciden en la esfera familiar del acogido, y que da origen a derechos y deberes de naturaleza civil, pero el protagonismo de la Administración es decisivo pues le corresponde la iniciativa para constituirlo y para hacerlo cesar «cuando lo considere necesario para salvaguardar el interés «del menor (art. 173.4, 4º). Otro supuesto de relaciones personales y familiares en manos de la Administración. Tampoco extrañará que el artículo 173 se haya convertido en uno de los más extensos del Código Civil.

Del artículo 173 bis, bien podría decirse que sirve para que el legislador intente aclarar sus ideas, dada la pluralidad de acogimientos que regula en el artículo anterior; no parece que alcance este objetivo, pues, aparte de ser discutible la contraposición **acogimiento familiar simple y acogimiento familiar permanente**, en realidad con esta última figura ha venido a crear una híbrida figura competitiva de la tutela, sin que se demuestre que sea mejor (tiene efectos legales menos intensos que aquélla), aunque la Entidad pública puede solicitar del Juez que atribuya a los acogedores algunas facultades tutelares (¿es el **uso alternativo** del Derecho de familia?). Quizá lo más útil de este precepto sea perfilar mejor el **acogimiento preadoptivo**.

El nuevo artículo 176 viene a ratificar e intensificar la, al menos discutible, si no puede calificarse de peligrosa, **administrativización** de la adopción. No sólo se requiere propuesta previa de la entidad pública, sino que el adoptante o adoptantes propuestos haya sido declarado idóneo, por aquélla, para el ejercicio de la patria potestad. **¿Idoneidad administrativa para ejercer la patria potestad?** La frase es literal y su análisis no deja de causar estupefacción. Adoptar un hijo es una profunda y meditada decisión de los que aspiran a ser padres, enraizada en las motivaciones últimas de la gratuidad y cabe dudar que pueda racionalizarse administrativamente. Ciertamente, hay unos requisitos legales que deben cumplirse (por cierto, cada vez más simplificados), cuyo control está en manos del Juez. No sé si el legislador es consciente de la problemática que abre el nuevo requisito: ¿es vinculante para el Juez? ¿cabe ejercitar una acción declarativa para lograr la **declaración judicial de idoneidad adoptiva**, que sería vinculante para la Administración? ¿cabe impugnar la negativa de la Administración a reconocer tal idoneidad a una pareja que reúne requisitos legales? La nueva redacción del artículo 176 dista de ser perfecta técnicamente; la idoneidad se contempla en los apartados 1 y 2; el Juez no puede iniciar el expediente de adopción en los supuestos normales, si no hay propuesta previa a favor de adoptante o adoptantes idóneos; pero, una vez iniciado, ¿puede recaer la adopción en favor de persona que no figure en la propuesta inicial, pero que pudo figurar en propuestas anteriores? ¿es la idoneidad un requisito administrativo o civil? ¿qué recursos caben contra la negativa de la Administración a **idoneizar** a unos solicitantes? Parece claro que el Juez no está vinculado por la propuesta administrativa pues el juicio final sobre el **interés del adoptado** le corresponde en exclusiva; cabría un rechazo del candidato único propuesto, o de los varios que figuran en la propuesta. Es seguro que no puede nombrar a persona no propuesta, pero es dudoso que no pueda hacerlo respecto de anteriores candidatos declarados idóneos por la Administración. En los casos exceptuados, no se dice expresamente que el adoptante posea la idoneidad, pero parece aplicable el apartado primero y, por tanto, cabe que el Juez no apruebe tales adopciones, exceptuadas de propuesta administrativa, por falta de aquel requisito.

Las modificaciones introducidas en el artículo 177 ofrecen un marcado contraste con anteriores preceptos que regulan, en general, la actuación de la Administración; mientras que a ésta se le otorgan amplias facultades con base en conceptos jurídicos indeterminados que ella sola interpreta, el procedimiento adoptional ha sido reformado para reforzar los derechos de los padres por naturaleza; cuando éstos, sin estar privados de la patria potestad por sentencia firme, hubieran quedado incurso en una causa legal de privación, se ordena que tal circunstancia sea apreciada en procedimiento judicial contradictorio; asimismo, la imposibilidad de prestar el asentimiento debe apreciarse motivadamente en la resolución judicial que apruebe la adopción. Todo ello debe valorarse, a mi juicio, positiva, aunque insuficientemente.

VIII. ALGUNAS CONCLUSIONES

Si para algunos resulta inevitable la denunciada administrativización de la adopción, con todo sigue siendo lícito preguntarse si la misma no va en contra de los signos de los tiempos. Como es sabido, la Ley de 7 julio 1981 inició un proceso de **privatización** de las relaciones conyugales, cuya extensión a las demás relaciones familiares no parece encontrar obstáculos. Cuando se privatizan las empresas y los servicios públicos, ¿no parece un contrasentido operar en sentido contrario en la filiación adoptiva? Por otro lado, el exceso de administrativización en esta materia conduce a someter una relación de derecho privado a los vaivenes de la política reglamentaria, incluso con derivaciones autonómicas que son ya patentes. Aun cabría añadir que cuando se están experimentando las consecuencias de las grandes reformas familiares propiciadas por la Constitución de 1978, no parecería prudente embarcarse en una nueva reforma, a fondo, del Derecho de Familia.

Volviendo al tema inicial, en cuanto a la técnica legislativa utilizada en España para reformar la adopción en el último medio siglo, no puede menos de calificarse de **deplorable**, nunca utilizada, a lo que sé, en otra institución civil; o, por lo menos, merecería el calificativo de **muy deficiente**, con las lamentables (Véase la STS de 21 septiembre 1999, con un impresionante *factum*, siendo Ponente Almagro Nosete) e inevitables consecuencias que está teniendo a nivel aplicativo. Sólo cabe preguntarse **¿cuando será la próxima reforma de la adopción?**

GABRIEL GARCÍA CANTERO
Catedrático de Derecho Civil
Emérito de la Universidad de Zaragoza