

Notas sobre la nueva regulación legal de la adopción

LA AFILIACIÓN ADOPTIVA

1. CONCEPTO

La filiación adoptiva es la que se establece en virtud de un especial acto o negocio jurídico conocido con el nombre de adopción. Esta palabra deriva del latín *ad* (a, hacia, respecto de) y *opto, as, are* (desear, elegir) encerrando, por tanto, la idea de preferencia, que destaca todo lo que de íntimo, personal y afectivo debe haber en el acto de adoptar una persona a otra.

Inicialmente puede entenderse por adopción el acto mediante el cual se recibe legalmente como hijo a quien no lo es por naturaleza o la elección de una persona para que ocupe el lugar que correspondería al hijo según la sangre, concepto al que responden las expresiones romanas «*adoptio imitatur naturae*», «*adoptio cst aemula naturae, seu naturae imago*» (Ints. 1, 11, 4). Precisamente la exigencia de una diferencia de edad entre adoptante y adoptado responde a esta idea.

Cuando se pretende establecer el concepto jurídico de la adopción surgen las dificultades, porque las definiciones de los autores no siempre convienen o armonizan con una determinada legislación. Este diverso tratamiento legislativo incide sobre la naturaleza *de lege data* de la adopción. Ejemplo de ello lo tenemos en nuestra legislación. Si antes de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, podía calificarse a la adopción de negocio jurídico de Derecho de familia, a partir de dicha Ley no parece ello posible, ya que al manifestar que «la adopción *se constituye* por resolución judicial» y concederse amplio margen al Juez para valorar su conveniencia, a pesar de que pueda mediar el consentimiento de adoptante y adoptado, ello viene a demostrar que el eje de la adopción ha

dejado de ser el consentimiento de las partes (esencial para que pueda hablarse de negocio jurídico), que se ha convertido en simple presupuesto, para pasar a serlo la decisión del Juez, que no queda vinculada por tal consentimiento.

Conforme a la actual regulación y empleando una fórmula descriptiva, podemos conceptualizar la adopción como el acto judicial mediante el cual una persona mayor de veinticinco años o ambos cónyuges, uno al menos de los cuales ha cumplido dicha edad, acoge com hijo a un menor no emancipado o al que siéndolo o teniedo dieciocho años haya convivido con él ininterrumpidamente desde los catorce años, no siendo una de las personas exceptuadas legalmente y existiendo una diferencia de edades de catorce años.

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

La adopción ha atravesado por tres grandes etapas: la primera, correspondiente a los Derechos antiguos, caracterizada por el formalismo y la consideración cuasi pública de la institución, en la que se concibe a favor y en interés exclusivo del adoptante, bien para asegurarse un continuador del culto doméstico, bien con fines políticos (v.gr: adopción de OCTAVIO por CÉSAR y las de los sucesivos emperadores, y la antigua «transido ad plebem»); una intermedia, en la que, al variar los presupuestos socio-políticos, pierde el favor de que anteriormente gozaba, regulándose como acto meramente privado de sentido paternalista o filantrópico, al que responden las codificaciones decimonónicas (y ello a pesar de que NAPOLEÓN fue un decidido partidario de la institución); y un período final o actual, en el que vuelve a ser valorada social y legislativamente, hasta el punto de considerarse como una función social, concibiéndose en interés del adoptado.

Limitándonos a nuestro moderno Derecho —pues el tiempo no da más de sí— diremos que el Proyecto de 1851 la introdujo un poco de matute y a manera de concesión particular, porque un vocal de la Comisión, natural de Andalucía, manifestó que en su tierra se daban algunos casos de ella. Concebida con perfiles muy estrechos, su primitiva regulación fue objeto de sucesivas reformas (Leyes de 24 de abril de 1958; 7/1970, de 4 de julio, y 11/1981 y 30/1981, de 13 de mayo y 7 de julio), tendentes a ampliar los derechos del adoptado y su asimilación al hijo por la sangre, sin lograrlo totalmente, pues, entre otros extremos, al lado de la adopción plena se mantiene la menos plena, luego llamada simple. Esta dualidad desaparece con la Ley 21/1987,

de 11 de noviembre, inspirada en los principios y con las novedades que veremos acto seguido.

111. PRINCIPIOS DE LA LEY 11/1987, DE 11 DE NOVIEMBRE,
Y PRINCIPALES NOVEDADES QUE INTRODUCE

1) intenta poner remedio a las deficiencias del sistema anterior, estableciendo al efecto un control previo de las actuaciones que preceden a la adopción, mediante la normal intervención de una Entidad pública, dirigida a evitar el odioso tráfico de niños, procurar la adecuada selección de los adoptantes y, en suma, lograr la verdadera finalidad de la adopción satisfaciendo plenamente la función social que debe cumplir consistente en la protección a los menores privados de una vida familiar normal.

2) Por eso la adopción permitida normalmente es la de los menores de edad no emancipados y sólo excepcionalmente se permite la de los emancipados o de los mayores de edad, desapareciendo la adopción simple.

3) Se inspira en dos principios fundamentales: su configuración como un instrumento de integración familiar y proteger el superior interés del adoptado, lo que se logra mediante la completa ruptura —salvo casos especiales— del vínculo jurídico que el adoptado mantenía con su familia anterior y la creación *ope legis* de una relación de filiación a la que se aplican las normas generales, al propio tiempo que se exige el consentimiento del adoptado a partir de los doce años.

4) Se regula el acogimiento familiar dando categoría civil a una relación hasta ahora regulada en dispersas normas administrativas, con un contenido esencialmente personal, que puede servir como fase preparatoria para la adopción y facilitar ésta.

5) Desaparece el carácter de negocio jurídico familiar, al desaparecer el otorgamiento de la escritura pública, y se configura como un acto judicial, en el que el consentimiento es simple presupuesto, pero no constituye la adopción, misión que cumple la resolución judicial.

6) Se fortalece el vínculo adoptivo al reducirse los casos de posible extinción por vía judicial.

7) Se establecen normas complementarias en orden a la tutela y guarda de los menores desamparados, la intervención de entidades privadas —pendientes de desarrollo reglamentario—, se da preferencia a la ley personal del adoptado y se procura mantener el secreto de la adopción, rodeándola de las correspondientes garantías procesales y sin que sea preceptiva la intervención de abogado.

IV. NATURALEZA JURÍDICA

Las principales teorías, esquemáticamente expresadas, respecto a la naturaleza jurídica de la adopción son las que la conciben como contrato, como acto jurídico distinto del contrato pero sin concederla calificación especial, como acto-procedimiento o acto complejo, como institución, como negocio jurídico familiar y como negocio procesal. Esta última calificación, que a primera vista pudiera parecer extraña, es la que parece convenir a la actual regulación en nuestro Derecho, dado que:

- Según el artículo 176, apartado 1, «la adopción *se constituye* por resolución judicial».
- No existe consentimiento que establezca vínculo contractual alguno, toda vez que el del adoptado sólo se exige cuando es mayor de doce años (lo que, dadas las directrices de la Ley, constituirá el caso menos frecuente) y el asentimiento de los padres (y menos aún el del cónyuge) del adoptando carece de la necesaria virtualidad para constituir el negocio, dándose además la circunstancia del secreto y su falta de necesidad en muchos casos (artículo 177).
- Sé concede amplio margen al arbitrio judicial, con facultades casi discrecionales, teniendo en todo caso como norte el interés del adoptado (arts. 176, ap. 1; 173, ap. 2, CC, y 1.826 LEC).
- No se establece la posibilidad de pactos acerca del contenido de la adopción, como antes era permitido, por ejemplo, sobre el orden o la sustitución de apellidos, una vez que ya desapareció el pacto sucesorio, ni se dispone expresamente la necesidad de la inscripción registral.

CLASES

Como he dicho, desaparecida la adopción simple se reconoce sólo una clase de adopción, sin otro calificativo. En cambio, se regula la guarda y acogimiento de menores, conforme a las siguientes normas.

A) PERSONAS A QUIENES AFECTA

La guarda y el acogimiento de los menores afecta a los menores de edad (hay que entender no emancipados, aunque la Ley no lo especifica, lo que es un defecto) que se encuentren en situación de desam-

paro. Esta es una pura situación de hecho que se produce a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material (artículo 172, ap. 1).

B) POR QUIENES SE EJERCE

La *guarda* se concibe por la Ley como una medida transitoria, como se desprende de los apartados 2 y 4 del artículo 172, al decir que la entidad pública la asumirá *sólo* durante el tiempo *necesario* y establecer que se procurará la reinserción del menor en la propia familia, que se ejercerá:

- Por la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores, la que, en todo caso, tiene por ministerio de la Ley la *tutela* de los menores desamparados y asumirá sólo la guarda durante el tiempo necesario, cuando quienes tienen potestad sobre el menor lo soliciten, justificando no poder atenderlo por enfermedad u otras circunstancias graves, o cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda.
- Por el director de la casa o establecimiento en que el menor sea internado o por la persona o personas que lo reciban en acogimiento (art. 172, ap. 1 y 2).

En todo caso se procurará que la guarda o el acogimiento de los hermanos se confíe a una misma institución o persona, siempre que redunde en interés del menor (art. 172, ap. 4).

El *acogimiento* está pensado como una situación más duradera y exige ciertos requisitos formales y de procedimiento, conforme a los artículos 1.73 del Código Civil y 1.828 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que sistematizados son:

- Promoción del mismo por el Ministerio Fiscal o la Entidad pública que tenga la guarda del menor, cuando sean conocidos los padres de éste que no estén privados de la patria potestad o el tutor y no consientan el acogimiento.
- Audiencia de las personas que señala la Ley de Enjuiciamiento Civil, consentimiento del posible acogido mayor de doce años y demás diligencias que el Juez estime oportunas (arts. 1.828 y 1.826 LEC).
- Resolución judicial mediante auto (art. 1.828 LEC).

En los demás casos, basta su formalización por escrito, con el consentimiento de la entidad pública, del menor que haya cumplido doce años, de los padres no privados de la patria potestad o del tutor, determinando si tiene carácter remunerado o no (aquí parece preverse un supuesto análogo al norteamericano, tan criticado desfavorablemente en las obras costumbristas).

C) VIGILANCIA

Incumbe al Fiscal la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores desamparados, conforme a lo que se establece en el artículo 174 del Código Civil.

D) EXTINCIÓN

El acogimiento del menor cesará:

1.º Por decisión judicial, indispensable cuando haya sido dispuesto por el Juez.

2.º Por decisión de las personas que lo tienen acogido, previa comunicación de éstas a la entidad pública.

3.º A petición del tutor o de los padres que tengan la patria potestad y reclamen su compañía (art. 173, ap. 3, CC).

La iniciación del expediente de cesación judicial del acogimiento tendrá lugar de oficio o a petición del menor, de su representante legal, de la entidad pública, del Ministerio Fiscal o de las personas que lo tengan acogido, quienes, en principio, deberán ser oídos por el Juez. Contra el auto judicial de constitución o de cesación cabe recurso de apelación en un solo efecto (art. 1.828 LEC).

Todas las actuaciones de formalización y cesación del acogimiento se practicarán con la conveniente reserva.

REQUISITOS DE LA ADOPCIÓN

Ha sido tradicional distinguir entre requisitos de fondo y de forma de procedimiento. Con un intento sistemático podemos enumerarlos así:

A) REQUISITOS DE FONDO

1.º Que al adoptante o uno de los adoptantes cuando adoptan ambos cónyuges tenga veinticinco años. A los cónyuges se equiparan la pareja de hombre y mujer unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal (disp. adic. 3.ª).

2.º Que el adoptante o adoptantes tengan por lo menos catorce años más que el adoptado.

Es discutible si los veinticinco años deberán estar cumplidos al instar la adopción o basta con que se hayan cumplido al dictarse la resolución judicial,

3.º Que el adoptado sea un menor no emancipado o excepcionalmente un emancipado o mayor de edad cuando inmediatamente antes de la emancipación hubiere existido una situación no interrumpida de acogimiento o convivencia, iniciada antes de que el adoptando hubiere cumplido los catorce años.

4.º No mediar prohibición legal, ya que no puede adoptarse: 1) a un descendiente; 2) a un pariente en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad; 3) a un pupilo por su tutor hasta que haya sido aprobada definitivamente la cuenta general justificada de la tutela (art. 175 CC).

B) REQUISITOS DE FORMA O PROCEDIMIENTO

1.º Propuesta de adopción promoviendo el expediente por la Entidad pública, salvo que el adoptando sea huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad, sea hijo del consorte del adoptante, lleve más de un año acogido legalmente por el adoptante o bajo su tutela, o sea mayor de edad o menor emancipado (artículo 176, ap. 2, CC).

En estos casos el expediente lo promoverá el adoptante.

En la propuesta de adopción, formulada al Juez por la Entidad pública, se expresarán especialmente:

a) Las condiciones personales, familiares y sociales y medios de vida del adoptante o adoptantes seleccionados y sus relaciones con el adoptando, con detalle de las razones que justifiquen la exclusión de otros interesados.

b) En su caso, el último domicilio conocido del cónyuge del adoptante, cuando haya de prestar su consentimiento, y el de los padres o guardadores del adoptando.

c) Si unos y otros han formalizado 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 al Juzgado.

Cuando quien formule la solicitud sea el adoptante, expresará las indicaciones anteriores en cuanto fuesen aplicables y la alegación y pruebas conducentes a demostrar que en el adoptando concurre algunas de las circunstancias establecidas en el artículo 176 del Código Civil.

Con la propuesta se presentarán los documentos a que se refieren los apartados anteriores, en su caso los informes de la entidad colaboradora y cuantos informes o documentos se juzguen oportunos (artículo 1.829 LEC).

2.º *Consentimiento, asentimiento o audiencia de ciertas personas.*

Habrán de *consentir* la adopción, *en presencia del Juez*, el adoptante o adoptantes y el adoptando mayor de catorce años.

Este consentimiento estimo que no basta para calificar a la adopción de negocio jurídico familiar, toda vez que, a pesar de existir, el Juez puede denegar la adopción en interés del propio adoptando y, además, no determinan los efectos de la adopción, ni siquiera en una mínima parte.

Deberán *asentir* a la adopción, salvo que se encuentren imposibilitados para ello, bien antes de la propuesta ante la correspondiente entidad, bien en documento público, bien por comparecencia ante el Juez (en los dos primeros casos dentro del plazo máximo de los seis meses precedentes):

- El cónyuge del adoptante, salvo que medie separación legal por sentencia firme o separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente.
- Los padres del adoptando, siempre que tratándose de la madre hayan transcurrido treinta días desde el parto, a menos que estén privados legalmente de la patria potestad o se encuentren incurso en causa para su privación o que el hijo se hallare emancipado.

Es importante señalar que en las adopciones que exijan propuesta previa, en ningún momento se admitirá que el asentimiento de los padres se refiera a adoptantes determinados. Medida que tiende a garantizar el secreto de la adopción.

Deberán ser simplemente *oídos* por el Juez:

1.º Los padres que no hayan sido privados de la patria potestad, cuando su asentimiento no sea necesaria para la adopción.

2.º El tutor y, en su caso, el o los guardadores.

3.º El adoptando menor de doce años, si tuviere suficiente juicio (artículos 177 CC y 1.830 LEC),

3.º *Diligencias a practicar por el Juez.*

Si en la propuesta o la solicitud de adopción *no* constare el domicilio de los que deban ser citados, el Juez, en un plazo no superior a treinta días a contar desde el de la presentación del escrito, practicará las diligencias oportunas para la averiguación del domicilio.

En la citación a los padres se precisará la circunstancia por la cual basta su simple audiencia. Si los padres del adoptando o el cónyuge del adoptante no respondieran a la primera citación, se les volverá a citar de nuevo, una vez que hayan transcurrido quince días naturales a contar desde la fecha en que deberían haberse presentado ante el Juzgado.

Cuando no haya podido conocerse el domicilio o paradero de alguno que deba ser citado o si citado no compareciere, se prescindirá del trámite y la adopción acordada será válida, a salvo, en su caso, el derecho que a los padres concede el artículo 180 del Código Civil (art. 1.831 de la LEC).

Además, el Juez puede ordenar la práctica de cuantas diligencias estime oportunas para asegurarse que la adopción o su cesación resultarán beneficiosos para el menor, practicándose con la correspondiente reserva, evitando en particular que la familia de origen tenga conocimiento de cuál sea la adoptiva.

4.º *Posible oposición.*

En caso de oposición de algún interesado no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 1.817, salvo en el supuesto de que los padres citados sólo para audiencia comparecieran alegando que es necesario su asentimiento, en cuyo caso se interrumpirá el expediente y la oposición se ventilará ante el mismo Juez por los trámites del juicio verbal (artículo 1.827 LEC).

5.º *Intervención del Ministerio Fiscal.*

Es preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal y facultativa la dirección de Letrado (art. 1.825 LEC).

6.º *Resolución judicial*, que tendrá siempre en cuenta el interés del

adoptando, mediante la cual se constituye la adopción (art. 176, párr. 1.º, del CC). Adopta la forma de auto y sólo es susceptible de apelación (artículo 1.826 LEC).

7.º Competencia.

En las actuaciones judiciales sobre acogimiento familiar o adopción o en las relacionadas con las funciones de protección encomendadas a las correspondientes Entidades públicas, sea competente el Juez de Primera Instancia o el que corresponda según la Ley Orgánica del Poder Judicial, del domicilio de la entidad y, en su defecto, el del domicilio del adoptante (art. 63, 16, LEC).

Es de tener en cuenta que es posible una *adopción reiterada* en caso de muerte del adoptante o cuando éste quede excluido de sus funciones (art. 175, ap. 4, CC) y una *adopción «post mortem»* cuando el adoptante haya fallecido después de haber prestado su consentimiento ante el Juez y concurra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 176, apartado 2, 1.ª a 3.ª, del Código Civil (art. 176, ap. 3, CC).

EFFECTOS

De acuerdo con la integración familiar del adoptado en su familia adoptiva se establece el principio general de que la adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior.

De donde resulta que el adoptado deja de tener derechos sucesorios como legitimario o sucesor *ab intestato* respecto a su familia de origen y tampoco tiene derecho a ostentar los apellidos de sus padres por naturaleza, ni derecho a alimentos, etc. Es decir, se considera como si no hubiera formado parte de su familia por naturaleza salvo únicamente respecto a impedimentos matrimoniales.

Por excepción, subsistirán los vínculos jurídicos con la familia paterna o materna, según el caso:

1.º Cuando el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante, aunque el consorte hubiere fallecido.

2.º Cuando sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado y el adoptante sea persona de distinto sexo al de dicho progenitor, siempre que tal efecto hubiere sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el padre o madre cuyo vínculo haya de persistir (art. 178 CC).

Derivación del efecto principal al principio apuntado es:

- Cesa al derecho del padre o madre por naturaleza a relacionarse con su hijo adoptado menor de edad (art. 160 CC).
- Se tiene en cuenta la ley personal del adoptado para determinar el carácter y contenido de la filiación y relaciones paterno-filiales, si bien es de tener en cuenta que el extranjero menor de dieciocho años adoptado por español adquirirá la nacionalidad española (artículos 9.º, ap. 4, y 18 CC).

EXTINCIÓN

El principio general es el que la adopción es irrevocable (art. 180, apartado 1, CC).

Sin embargo, el Juez acordará la extinción de la adopción a petición del padre o de la madre que, sin culpa suya, no hubieren intervenido en el expediente en los términos expresados en el artículo 177, siempre que la demanda se interponga dentro de los dos años siguientes a la adopción y la extinción no perjudique gravemente al menor (art. 180, apartado 2, CC).

La extinción de la adopción no origina la pérdida de la nacionalidad ni de la vecindad civil adquiridas, ni alcanza a los efectos patrimoniales anteriormente producidos y la determinación de la filiación que por naturaleza corresponda al adoptado no afecta a la adopción (art. 180, apartados 3 y 4).

El adoptante, aunque no se extinga la adopción, puede quedar excluido por decisión judicial de las funciones tuitivas y los derechos que por ley le correspondan respecto del adoptado y sus descendientes a petición del Ministerio Fiscal, del adoptado o de su representante legal, cuando incurra en causa de privación de la patria potestad, si bien, una vez alcanzada la plena capacidad, la exclusión sólo podrá ser pedida por el adoptado dentro de los dos años siguientes y dejarán de producir efecto estas restricciones por determinación del propio hijo una vez alcanzada la plena capacidad (art. 179 CC).

El procedimiento, tanto para la extinción como para la exclusión, es el juicio declarativo ordinario que corresponda. Durante el mismo, el Juez adoptará las medidas de protección oportunas sobre la persona y bienes del adoptado menor o incapaz (art. 1.832 LEC).

FRANCISCO CASTRO LUCINI
Notario