

Notas de urgencia acerca del nuevo proyecto de Ley de Reforma de la Adopción

*A don LUIS Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN,
ejemplo constante de búsqueda intelectual y de
magisterio, en testimonio de gratitud y afecto.*

SUMARIO: I. BREVE INTRODUCCION A LA MATERIA: 1. Ideas previas. 2. Exposición de la normativa desde el perfil estructural.—II. REFLEXIONES COMPARATIVAS: A. Entre el proyecto de Ley de 1986 y el de 1987. B. Entre el proyecto de 1987 y la normativa del Código Civil vigente.—III. SISTEMATICA IMPLICITA EN EL PROYECTO DE LEY: ● La posición sistemática de la normativa sobre la adopción en los vigentes Códigos Civiles europeos. ● La ubicación de la adopción dentro del Código Civil.—IV. HISTORIA RECIENTE (LAS APORTACIONES DOCTRINALES ULTIMAS EN MATERIA DE ADOPCION): A. Las ideas doctrinales más recientes: 1. La posición de R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO. 2. Mi posición. B. El proyecto de Ley.—V. TEMARIO DE CUESTIONES PENDIENTES: A. La situación de abandono. B. El consentimiento de los padres naturales. C. El período de prueba. D. Las características genéricas de la regulación proyectada. E. La infraestructura. F. El procedimiento.—VI. BREVE RECAPITULACION.—VII. REFLEXIONES FINALES: A. La dimensión normativa de la adopción. B. La dimensión fáctica de la adopción. C. La dimensión valorativa de la adopción.—A MODO DE RESUMEN.—BIBLIOGRAFIA.—APENDICE I (cuadro comparativo de normativas vigentes y proyectadas).—APENDICE II (cuadro comparativo de ubicación dentro de los Códigos Civiles).

I. BREVE INTRODUCCION A LA MATERIA

1. IDEAS PREVIAS

Parece posible comenzar esta exposición recordando que la institución de la adopción presenta perfiles borrosos (1) y que viene a ser un ente proteico encubridor de diversas formulaciones jurídicas no siempre susceptibles de reconducción a un instituto unitario (2). Desde este apunte inicial es lógico señalar, como ya hice en ocasión anterior (3), que las diversas formulaciones sociológicas de los supuestos de hecho conducentes a una adopción concreta se avienen difícilmente a la idea de un concepto unitario del instituto.

Dato insoslayable previo a todo estudio, exposición, normativa, etc., sobre esta materia debiera ser el de un estudio sociológico. Es dicho estudio sociológico frecuente en otros países (como en Francia), y prácticamente inexistente en España, lo que hace tiempo he denunciado en otro lugar (4).

Complemento de lo anterior debería ser el de la correcta distinción entre los perfiles o dimensiones *estructural* y *funcional* de la adopción, o, de otro modo dicho, las diversas connotaciones que va suscitando la adopción bien en su presentación *estática* bien en su formulación *dinámica*. A lo que parece, mi estudio citado fue el pionero en la materia, aunque al parecer sin demasiados resultados prácticos. Ello no obstante, aunque el apresuramiento de estas notas de urgencia impide el desarrollo extensivo de algunos argumentos, creo defendible el uso de esta diferenciación de perfiles o dimensiones en la adopción como mínimo en el enjuiciamiento de las normativas proyectadas y en el repaso a toda la problemática pendiente de solución.

Finalmente, todo estudio o normativa sobre la adopción debería comenzar con una especie de «declaración de principios», sentando la base

(1) Así, muy expresivamente, en Díez-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS: *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV («Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones»), Ed Tecnos, Madrid, 1978, pág. 372.

(2) Expuesto claramente en MANTECA ALONSO-CORTÉS: «La adopción», en *Revista de Derecho Notarial*, núm. 72, 1971, págs. 101 y sigs., espec. pág. 105.

(3) Véase CERDÁ GIMENO: «Reflexiones ante un supuesto concreto de adopción (comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1972 y de 28 de mayo de 1973)», en esta *Revista —RCDI—*, núm. 567, marzo-abril 1985, páginas 407 y sigs., espec. pág. 440.

(4) Véase CERDÁ GIMENO, *op. cit.* en nota 3 precedente, y allí, pág. 408 y su nota 4.

de la necesidad de un planteamiento *no dogmático* de la institución y en perfecto acorde con los distintos intereses en juego (5).

Expuestas estas ideas previas sobre la institución de la adopción, hago constar la conveniencia de que se proceda a un examen comparativo *en horizontal* de las diferentes normativas a contemplar (6).

2. EXPOSICIÓN DE LA NORMATIVA DESDE EL PERFIL ESTRUCTURAL

Consecuente con las ideas previas expuestas, presento seguidamente en el Apéndice I un cuadro comparativo de la normativa vigente tras la Ley 11 de 13 de mayo de 1981 y de las normativas postuladas en los Proyectos de Ley de 1986 y 1987. En el aludido cuadro comparativo *en horizontal* pueden verse fácilmente los diferentes aspectos de las respectivas regulaciones y obtener una serie de consecuencias que pueden servir de hitos o lugares comunes en la construcción legal del instituto objeto de reforma.

Una contemplación tal de la institución en su dimensión normativa y en su perfil *estático* no basta para adentrarnos en la esfera central de la adopción, que, bien es sabido, se centra más en su presentación funcional y en el modo operativo en la realidad social. De donde se sigue que más adelante he de hacer somera referencia a los aspectos o problemas pendientes derivados del perfil *dinámico* de la institución.

Conviene aquí recordar que *desde el perfil estructural* una adopción puede ser caracterizada por la total falta de requisitos y formalidades previas, como puse de relieve en otro lugar (7). Dije entonces —y sostengo lo mismo ahora— que «es necesario robustecer y dignificar un *acto previo* a la adopción de forma que existan garantías para todos los que más directamente son afectados por la operación —madre natural, hijo, padres adoptantes— y que haya un rígido control que evite los abusos y el actual 'desmadre' de tanto intermediario...». Postulaba yo allí la necesidad de una *actividad administrativa total*, tendente a conjugar los distintos intereses en juego y a satisfacer las demandas de la justicia y de la no discriminación (ni por nacimiento, ni por sexo, ni por religión, etc.) (8).

A la vista de lo expuesto, no estará de más el efectuar un cotejo de

(5) Así, FRIEDMANN: *El Derecho en una sociedad en transformación*, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1966, págs. 268 y sigs. En mi trabajo citado en nota 3 precedente, págs. 442 y 475 y sigs., *he hecho aplicación directa y expresa* de tal planteamiento. Y, como no podía ser menos, *también lo hago en el presente*.

(6) Véase expresamente, en APENDICE I, a continuación de este trabajo.

(7) Véase CERDÁ GIMENO, *op. cit.* en nota 3 precedente, págs. 439 y sigs.

(8) Véase CERDÁ GIMENO, *op. cit.* en nota 3 precedente, pág. 441.

las normativas postuladas en los proyectos de ley con este aspecto o perfil *estructural*, y sin perjuicio de más adelante hacer lo propio con el perfil *funcional*.

II. REFLEXIONES COMPARATIVAS

Conforme a lo antes dicho, en este epígrafe vamos a hacer ese cotejo entre normativas desde el aspecto estático o estructural de la adopción. Como es lógico, para seguir un cierto orden *cronológico* se parte aquí, *en primer lugar*, de una comparación entre los dos proyectos de ley de tan recientes fechas y que tienen la singularidad única de emanar prácticamente del mismo Gobierno del PSOE, mayoritario en las Cámaras legislativas en las dos fechas (1986 antes de las elecciones de junio de 1986, y 1987); *en segundo lugar*, se llega a una comparación de la normativa postulada ahora en 1987 con la hoy vigente en el Código Civil tras la última reforma parcial —‘minireforma’— de la adopción de 1981.

A) ENTRE EL PROYECTO DE LEY DE 1986 Y EL DE 1987 (9)

Aparentemente el cotejo entre ambos proyectos de ley muestra escasas diferencias y todas ellas de aspectos más cuantitativos y numéricos que cualitativos y de cambios profundos. Cabría pensar, en principio, que la *mens legislatoris remota* u originaria ha sido la misma o, de otro modo, que ha bebido en las mismas fuentes.

1. Esta aserción inicial es confirmada fundamentalmente por la filosofía que inspira el proyecto de ley, contenida sobre todo en la *justificación del mismo* o *exposición de motivos* que lo acompaña. En efecto, dicha exposición de motivos es prácticamente *la misma* en uno y otro proyecto, comprensiva de catorce apartados sin numerar y separados por un punto y aparte. Las *diferencias* de uno a otro de ambos proyectos se contienen *en los apartados 7 y 9*: en el *apartado 7* han sido suprimidos los incisos de su último párrafo relativos a «por regla general», «de la venta de niños», «y de la intervención»; en el *apartado 9* se

(9) EL PROYECTO DE LEY DE 1986 aparece *publicado* en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, bajo la referencia: «CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, II Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, 10 de marzo de 1986, núm. 194-I, págs. 3965 a 3970».

EL PROYECTO DE LEY DE 1987 aparece *publicado* en el mismo *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, referencia: «CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, III Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, 4 de febrero de 1987, núm. 22-I, págs. 1 a 7, número 121/000023. Modifica determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción (NUMREG. 4832)».

suprime toda la referencia de *su párrafo segundo*, relativo a las normas procesales recogidas en una disposición adicional.

La filosofía subyacente en ambos proyectos *aparece* claramente expresada en los tres primeros apartados de la exposición de motivos: en el 1.º se reconoce que el régimen vigente de la adopción «no ha llegado a satisfacer plenamente la función social que debe cumplir esta institución»; en el 2.º se dice gráficamente, «se acusa, sobre todo, en la Ley vigente una falta casi absoluta de control de las actuaciones que preceden a la adopción... permitía en ocasiones el odioso tráfico de niños... y daba lugar, otras veces, a una inadecuada selección de los adoptantes... resulta inapropiado el tratamiento dado a los supuestos de abandono de menores»...; y en el 3.º se estima que «el sistema actual no está suficientemente fundado en la necesaria primacía del interés del adoptado (*sic*)» (10).

Como consecuencia del planteamiento inicial expuesto, el apartado 4.º sienta los dos principios fundamentales o goznes en torno a los que gira todo el proyecto de ley: el de la configuración de la adopción como un instrumento de integración familiar y el de la primacía del interés del menor. El primero de dichos principios es desarrollado en los apartados 5.º y 6.º, y el segundo principio en el apartado 7.º: correlativamente, en el articulado postulado EL PRIMERO de tales principios se recoge en la nueva sección 1.ª (De la guarda y acogimiento de menores) en los artículos 172, 173 y 174 y en el modificado artículo 239, todos ellos del Código Civil; por su parte, EL SEGUNDO principio parece tener su acomodo en los nuevos artículos 175 a 180 del Código Civil.

Complemento y lógica consecuencia de todo lo anterior las restantes piezas del arco clave de la nueva adopción son: las instituciones públicas o privadas colaboradoras en la protección de los menores (apartado 8.º, desarrollado en la disposición adicional primera), el nuevo procedimiento judicial o cauce procesal elegido (apartado 9.º, con desarrollo en el ARTICULO 7.º DEL PROYECTO, que modifica totalmente el Título II del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil en sus artículos 1.825 al 1.832), la eliminación de la figura de la adopción simple (apartado 10), la modificación de la norma de Derecho internacional privado del artículo 9.º del Código Civil (apartado 11 de la E. de M.) y la regulación de las cuestiones de Derecho transitorio (apartado 12 EM, desarrollado por las disposiciones transitorias primera y segunda).

Expuestas las coincidencias de ambas exposiciones de motivos, resta

(10) Entiendo que el Proyecto de Ley *debe decir* aquí «adoptando» y no «adoptado»: este error terminológico se repite varias veces a lo largo de este Proyecto de Ley.

ahora aludir a aquellas DIFERENCIAS *entre los apartados 7.º y 9.º* de los respectivos proyectos, que antes he calificado como más *cuantitativas* que cualitativas. En efecto, *en el 7.º* la supresión de los incisos aludidos («por regla general», «venta de niños», etc.) parece pretender, *de una parte*, la *total exclusión* de la posibilidad de un negocio privado entre adoptante y padres naturales (o sea, conversión de una proposición negativa particular en una universal); y, *de otra parte*, el inciso de la 'venta de niños', eliminado, convierte toda la frase en una proposición de deseo por tanto, utópica— de «supresión» de intermediarios, lo que parece poco posible desde el nivel legislativo, y podría muy bien sustituirse por los términos «desaparición» o «eliminación» que suscitan ideas más acordes con ese deseo del legislador. En orden al *apartado 9.º*, la desaparición de todo *su párrafo 2.º* es consecuente con la supresión en el actual proyecto de ley de la disposición adicional cuarta y su virtual conversión en el nuevo cauce procesal que recoge EL ARTICULO 7.º del Proyecto.

2. *El contenido normativo* de uno y otro proyectos es muy similar: *el de 1986* se compone de cinco artículos, cuatro disposiciones adicionales, dos disposiciones transitorias y una disposición final, subdividida en **tres apartados numerados**; *el de 1987* se distribuye en siete artículos, tres disposiciones adicionales, dos disposiciones transitorias y una disposición final, subdividida en dos apartados numerados. De donde se sigue que las diferencias sean *aparentemente* más cuantitativas que cualitativas entre ambos proyectos.

3. *El desarrollo articulado* de uno y otro proyectos es, por lo que se acaba de decir, muy similar. Para un seguimiento en paralelo u horizontal entre ambos me remito gráfica y descriptivamente a lo señalado en el APENDICE I.

• El ARTICULO 1.º del Proyecto de 1986 redacta de nuevo *el apartado 5.º* del artículo 9.º del Código Civil en materia de adopción en relación con las normas de colisión o Derecho internacional privado. En el similar del Proyecto de 1987 se redactan de nuevo *aquel mismo apartado 5.º* y *el apartado 4.º* en materia de filiación en orden a las normas de colisión.

La inclusión de una nueva redacción reformada del APARTADO 4.º del artículo 9.º del Código Civil es una consecuencia derivada del artículo 39 de la Constitución Española. Las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de marzo de 1982 y de 26 de agosto de 1982 ya habían anticipado que «el régimen de filiación ha sufrido un cambio total a partir de la Constitución (art. 39), al equiparar a los hijos independientemente de su filiación matrimonial o extramatri-

monial» y que «la equiparación de los efectos para hijos matrimoniales y no matrimoniales se extiende a los nacidos con anterioridad a la Ley 11/1981, dada la eficacia retroactiva de esta Ley» (11).

EL APARTADO 5.º del artículo 9.º del Código Civil ha sufrido significativos *retoques* en poco menos del año transcurrido entre uno y otro proyecto de ley. De tales retoques el de mayor transcendencia es la *supresión de todo el párrafo 4.º* sobre los efectos de la adopción *constituida en el extranjero* cuando éstos fueren distintos a los previstos por la ley española. Los restantes cambios se producen, a mi juicio, precisamente *en función del sistema de tipo judicial* introducido en la nueva ley de tal manera que se atiende a la *lex fori*, con la salvedad del *nuevo párrafo 2.º* sobre la ley nacional del adoptado (12). Para un estudio más detallado, me remito a la doctrina internacionalista especializada (13) y, en concreto, a las *diferencias* que la regulación hoy vigente —y, a mi modo de ver, también en la normativa reformadora postulada— sigue

(11) Algo lejana ya en el tiempo, pero muy interesante, aparece una primera aproximación doctrinal acerca de este apartado 4 del artículo 9 del Código Civil, a cargo del ilustre especialista M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, en «Comentarios al artículo 9, apartados 1 al 10, del Código Civil», en la obra *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigida por don M. ALBALADEJO GARCÍA, tomo I, Madrid, Edersa, 1978, págs. 135 y sigs., espec. págs. 161 y sigs.

Véase más recientemente, J. BONET CORREA: *Código Civil, con concordancias, jurisprudencia y doctrina*, tomo I (título preliminar y libro primero), Edit. Civitas, 1.ª edición, Madrid, 1964, págs. 163-164.

Ultimamente, MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMES: *Adopción* (Circular de la Comisión de Cultura del Ilustre Colegio Notarial de Baleares, núm. 13, de 20 de marzo de 1987), en ejemplar mecanografiado, folio 2, quien, en orden a esta postulada reforma del apartado 4, considera que «este cambio es desacertado por atentatorio contra la unidad de la familia».

(12) Dice «adoptado» y no «adoptando»: vale aquí lo dicho en la nota 10 precedente.

(13) Véase, al respecto, la obra citada en la nota 11 precedente, del profesor AGUILAR, págs. 169 y sigs. Es muy significativa la referencia que en dicho lugar se hace a la *postura personal* de R. BERCOVITZ en el seno de la «Comisión General de Codificación», en el sentido de que este último aludía al «riesgo de la ineficacia de las normas de conflicto y a la conveniencia de establecer cuáles son las autoridades competentes para la constitución de la adopción» (subrayados míos: JCG). Todo ello evidencia, a lo que creo, la *directa procedencia* y la *autoría inmediata* del postulado NUEVO APARTADO 5 del artículo 9 del Código Civil. En línea con lo expuesto, LOS NUEVOS PÁRRAFOS 4 Y 5 DEL APARTADO 5 parecen recoger la doctrina sentada por la Dirección General de los Registros y del Notariado en sus Resoluciones de 19 de junio de 1943, 7 de abril de 1952 y 19 de septiembre de 1974, y asimilar los criterios del propio R. BERCOVITZ en sus «Comentarios a los artículos 172 al 180 del Código Civil», en la obra dirigida por M. ALBALADEJO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo III, vol. 2.º, 2.ª ed. revisada, Editorial Edersa, Madrid, 1982, págs. 318 y sigs.

Ultimamente, MARTÍNEZ-PIÑEIRO, *op. cit.* en la nota 11 precedente, folio 2, considera que «en conjunto nos parecía mucho más acertado el actual apartado 5, así como el apartado 5 del anterior proyecto de 1986, y confiamos en que el nuevo se mejore en la discusión parlamentaria» (subrayados míos: JCG).

manteniendo con lo acordado en el Convenio de La Haya de 1965 sobre Adopción en las cuestiones relativas a las autoridades competentes para la anulación o revocación de la adopción, a la prioridad de la conexión nacional sobre la residencia habitual del adoptante y al momento de cumplimiento de las condiciones de la residencia habitual o nacionalidad (14). Hay una importante norma en orden a *la nacionalidad del adoptado* contenida en el nuevo artículo 18 del Código Civil, tras la Ley 51/1982, de 13 de julio, reformadora de la nacionalidad, comentada asimismo por la doctrina más autorizada, a la que me remito igualmente (15).

De los actuales párrafos del apartado 5.º del artículo 9.º del Código Civil han sido *eliminados* los que conllevan referencias a la capacidad para adoptar, la adopción conjunta por marido y mujer, efectos de la adopción y formalidades del acto: *unos* son consecuencia lógica de los nuevos planteamientos en la materia sugeridos por la doctrina (R. BERCOVITZ), *otro* —*el vigente párrafo 2.º*, que aplica la ley del marido— era una regla implícitamente derogada desde la vigencia de la Constitución por contener una discriminación hacia la mujer. La eliminación de la regla relativa a *la forma (lex locus regit actum)* parece excesiva, aunque pudiera entenderse sobreentendida en los *nuevos párrafos 1.º, 4.º y 5.º*.

• El ARTICULO 2.º, tanto del Proyecto de 1986 como del de 1987, lleva en ambos idéntica *rúbrica* —«De la adopción y otras formas de protección de menores»— y el mismo *contenido* reformador de los artículos 172 al 180 del Código Civil. Las modificaciones más relevantes son las que comportan la introducción de *dos secciones*, *una* para la «guarda y acogimiento de menores» y *otra* para «la adopción». EN LA PRIMERA SECCIÓN los *nuevos artículos 172, 173 y 174* carecen de precedentes normativos recientes y directos en nuestra legislación y traen causa de los 172 y 173 del Proyecto de 1986 (16); es el postulado ahora *artículo 174* un precepto enteramente nuevo entre nosotros, siendo su procedencia próxima el antiguo número 3 del artículo 172 del Proyecto

(14) Véase AGUILAR, *op. cit.*, pág. 170. Véase también BONET CORREA, *op. cit.*, páginas 164-166.

(15) Véase DE LOS MOZOS, en CASTÁN TOBEÑAS (revisión DE LOS MOZOS): *Derecho Civil español, común y foral*, tomo I, «Introducción y parte general, volumen 2.º (Teoría de la relación jurídica y del Derecho subjetivo)», Ed. Reus, 14.ª ed., Madrid, 1984, págs. 283 y sigs.

Específicamente sobre este punto, véase DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, en «Principios de la reforma en materia de nacionalidad», en RDP, 1983, págs. 791 y sigs.

(16) Cabría denominarlas normas «de imitación» o de importación italiana. Es una verdadera «cripto-recepción» de los artículos 1 al 5 de la Ley italiana de 4 de mayo de 1983.

de 1986. A mi modo de ver, este postulado *artículo 174* plantea una *doble problemática formal y material*: *formal*, en tanto en cuanto subvierte el contenido tradicional normativo del precepto en el *correlativo número actual* vigente del Código Civil (16^{bis}), *problema obviado* en otros ordenamientos civiles más próximos, que proceden o bien al añadido de *un número detrás* del correspondiente al artículo del Código —sistema del Código Civil francés—, o bien al empleo de *una letra subsiguiente* al número del precepto —sistema del Código Civil suizo—; *material*, ya que el contenido normativo del precepto es enteramente *procesal* y cabe la duda de si su lugar más idóneo no sería el de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

EN LA SEGUNDA SECCIÓN, dedicada a la adopción, se mantienen la misma estructura y contenido normativo de los artículos 175 al 180 del Código Civil. *El postulado artículo 175* procede del 174 del Proyecto de 1986, que en parte recuerda el tono y dicción del *vigente artículo 172*, con algunas particularidades, como las de reducción al mínimo de las prohibiciones en línea acorde con las críticas últimas de la doctrina (17). *El nuevo artículo 176* trae causa del 175 del Proyecto de 1986, con algunas *rectificaciones* muy significativas, como *la del número 1*, donde se sustituye la voz «preferentemente» por la de «siempre», o *la del número 2*, donde los requisitos de la propuesta de la entidad pública van *implícitamente remitidos* a lo prevenido al respecto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, o la muy importante *supresión del anterior número 4* del Proyecto de 1986, que queda trasladado a la Ley de Enjuiciamiento Civil. *El nuevo artículo 177* se corresponde con los 176 y 177 del Proyecto de 1986, con los relevantes *retoques de distinguir* ahora en la normativa postulada *tres distintos supuestos de hecho* relativos a los casos de 'consentimiento', 'asentimiento' y 'audiencia', todo ello siempre a presencia del Juez. *El postulado artículo 178* procede próximamente del homónimo 178 del Proyecto de 1986, del que ha desaparecido *el número 1* —efectos iguales a los de la filiación por naturaleza— en buena lógica por ser evidente y porque ya viene hoy expresado en el artícu-

(16 bis) Entiendo que no se trata tan sólo de una cuestión de mera «forma». Recuérdese ahora y en este lugar que la propia *Exposición de Motivos de la Ley 7/1970, de 4 de julio, sobre adopción, apartado 4*, se refería expresivamente a que «la Ley mantiene la distribución del articulado... *Para no introducir alteraciones numéricas que puedan resultar en ningún aspecto perturbadoras*, se ha hecho el esfuerzo de mantener el mismo número de artículos»... (subrayados míos: JCG). Parece, por tanto, que no estaría de más que el legislador de 1987 mantuviese aquí y ahora *una actitud semejante*, que facilitaría en el futuro a los «operadores jurídicos» la aplicación de la norma y evitaría posibles errores de *imputar* contenidos normativos a *determinados números* del articulado del Código.

(17) Véase BONET CORREA, *op. cit.*, págs. 489 y sigs.

lo 108, 2.º, del Código Civil tras la reforma de 1981, y en el que se ha refundido el anterior número 2 del precepto, pero de forma que ahora aparece poco claro el contenido del *apartado 2* del postulado número 1; ha desaparecido de este precepto el anterior número 3 del Proyecto de 1986, *trasladado ahora* al artículo 180, 4.º, aunque quizá tenía mejor encaje en este artículo 178, ya que se está tratando de *exclusión* de las relaciones por naturaleza y *es aquí* donde viene oportuno referirse a la determinación de la filiación por naturaleza, aunque ello no afecte a la adopción. *El ahora postulado artículo 179* no tiene nada que ver con el anterior 179 del Proyecto de 1986, que ha desaparecido totalmente (18), y sin que su eliminación acabe de estar clara ni justificada: *ahora el nuevo artículo 179* procede del anterior número 3 del artículo 180 del Proyecto de 1986, en tanto que *los anteriores números 1, 2 y 4 del 180 de 1986* pasan a formar el *nuevo artículo 180 actual*.

• El ARTICULO 3.º, tanto del Proyecto de 1986 como en el actual de 1987, aluden a la llamada «adopción plena». El cambio introducido es de matiz: *antes* se decía que «*Las expresiones que se refieran... se entenderán hechas a...*», en tanto que *ahora* se dice «*En... se entiende sustituida por...*». A mi juicio, una y otra norma vienen a decir lo mismo, quizá la de 1986 era más completa, y en ambos casos hay una clara invitación al operador jurídico o intérprete para una labor de completar *per relationem* el contenido de cada norma a interpretar. Una labor completa legislativa debería indicar todas y cada una de las normas sustantivas o adjetivas que contienen la expresión «adopción plena».

• El ARTICULO 4.º, tanto en el Proyecto de 1986 como en el de 1987 se refieren a los bienes de los hijos adoptados en forma simple *exceptuados* de la administración paterna —art. 164, 3.º, del CC vigente—, cuya mención queda suprimida al eliminarse la adopción simple. También aquí el cambio es de matiz: *antes* decía «el cual (o sea, 164, 3.º, CC) quedará *sustituido* por el actual número 4 del mismo artículo», en tanto que *hoy* dice «El actual número 4 queda *convertido* en el número 3 del mismo artículo». A mi modo de ver, se trata de una opción del legislador, o se estima mejor la palabra 'sustitución' o se prefiere el vocablo «conversión», y en todo caso se trata de un mero artificio técnico habitual en las tareas de legislar.

(18) *El anterior artículo 179 del Proyecto de 1986* traía causa, a mi juicio, del viejo ARTÍCULO 178, 4.º DE LA LEY DE 24 DE ABRIL DE 1958, referente a la publicidad de la adopción resultante del Registro Civil. Más tarde vuelvo sobre este punto.

- El ARTICULO 5.º es prácticamente similar en uno y otro Proyectos: *en el de 1986* sólo alude a la nueva redacción del *artículo 239 del Código Civil* sobre la tutela de los menores acogidos en establecimiento público, y *en el de 1987* alude a la nueva redacción de *los artículos 229 y 239 del Código Civil*, relativo *el primero* a los obligados a promover la constitución de la tutela y comprensivo *el segundo ahora* de la tutela de «los menores desamparados», incluyendo un segundo párrafo en el precepto.

- El ARTICULO 6.º del Proyecto de 1987 no tiene su correspondiente en el de 1986, siendo su procedencia próxima la *regla tercera* de las disposiciones adicionales contenidas en el Proyecto de 1986, y se refiere a la nueva regla *en materia de competencia judicial*, de tal manera que se redacta de nuevo *la regla 16 del artículo 63 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*.

- El ARTICULO 7.º del Proyecto de 1987 tampoco tiene su correspondiente en el de 1986 y su contenido es íntegramente reformador de la *totalidad del Título II* del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En la forma que expresa se da nuevo contenido a los artículos 1.825 al 1.832 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyo contenido normativo se extrae —procedencia *próxima e inmediata*— de la *desaparecida regla cuarta* de las disposiciones adicionales del Proyecto de 1986 y en pequeña parte de normas aisladas entresacadas de los 175, 2, 2.º; 176, 2, y 175, 4, todos ellos del Proyecto de 1986. Esta entresaca obedece probablemente al contenido eminentemente procesal de tales normas, cuyo marco adecuado es lógicamente el de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

- Las DISPOSICIONES ADICIONALES eran cuatro en el Proyecto de 1986, y *ahora* la cuarta se ha suprimido, la segunda pasa a ser la tercera y la tercera pasa a ser segunda con un ligero retoque. La *primera* viene a ser pieza fundamental en la nueva Ley y de ella ha desaparecido el inciso inicial, pero quedando muy claro que la nueva normativa postulada *centra* la protección de menores en la atribución a las llamadas 'Entidades públicas colaboradoras' de tal función de guarda.

- Las DISPOSICIONES TRANSITORIAS en uno y otro proyecto de ley son dos y en ambos con idéntico normativo. Observo una diferencia gramatical en el texto *actual* de la *segunda*: *antes* decía «con los efectos que les *reconocía*», en tanto *ahora* dice «que les *reconozca*». Parece lo mismo, pero estimo que no lo es: en un caso se refiere a efectos ya pasados (verbo en *imperfecto*) y en el otro a efectos posibles y condicionales (verbo en *subjuntivo*). Entiendo es opción final del legislador escoger una u otra forma, pero con claridad.

• La DISPOSICION FINAL existe también en uno y otro proyecto de ley: en el del 86 contiene *tres normas* separadas y numeradas, y en el actual del 87 hay sólo *dos normas* separadas y numeradas y ya *ha desaparecido la tercera*, alusiva a la derogación de las reglas contenidas en los artículos 63, 16, y 1.825 al 1.832, todos ellos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Quizá gramaticalmente sería preferible decir FINALES y no FINAL, ya que se trata de dos normas distintas.

4. *Las modificaciones introducidas.* Quedan subsumidas en el contenido normativo, aunque en algún caso sea *per relationem*, de los ARTICULOS 1.º, 3.º, 4.º, 5.º y 6.º, ya examinados genéricamente, todos ellos del Proyecto postulado de 1987.

5. *Las novedades legislativas.* Son ciertamente bastante numerosas y en seguida voy a referirme a ellas al proceder al cotejo de la normativa postulada con los textos correspondientes del Código Civil hoy vigentes. Reducidas sintéticamente a lo esencial, cabe señalar:

- Que el ARTICULO 2.º del Proyecto de Ley produce, más que una reforma o cambio, una verdadera 'revolución' en la conceptualización de la adopción. Viene a ser la creación *de nueva planta* de un añejo instituto con injertos nuevos, de forma que se pasa a un sistema judicial casi absoluto en la materia.
- Que el ARTICULO 7.º del Proyecto somete con técnica correcta todo el ámbito procesal a la normativa procesal común de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Que la DISPOSICION ADICIONAL PRIMERA introduce por vez primera en España el concepto e institución de «Entidades colaboradoras» en materia de guarda y protección de menores.
- Que se introduce una normativa clara en orden al *Derecho transitorio*, cosa que se echaba de menos en la reforma parcial de la adopción efectuada en 1981.
- Que se introduce también una normativa específica en las dos *disposiciones finales*, innovación aparentemente dedicada a mantener la especificidad de la normativa nueva postulada, que queda reducida al ámbito *sustantivo* o civil, por una parte, y al ámbito *adjetivo* o procesal, por otra.

— A modo de *resumen* de estas previas reflexiones comparativas entre uno y otro proyecto de ley reformadores de la adopción, cabe señalar como más relevantes las *ideas directrices* y *orientadoras* de ambos proyectos de ley en la forma siguiente:

- 1. La normativa postulada procede a la instauración de una 'nueva planta' en orden a la adopción, ahora subsumida e incapsulada dentro de la *noción más amplia y genérica* de la «protección de menores».
- 2. La nueva normativa innovadora fundamenta la adopción en *dos principios*: el de ser un instrumento de integración familiar y el de la primacía del interés del menor o del preferente beneficio del adoptado.
- 3. La tramitación y *procedimiento* tendentes a la adopción pasan a ser materia exclusiva de la Jurisdicción voluntaria, es decir, el procedimiento se convierte en exclusivamente judicial.
- 4. La *nueva noción* de Entidades —públicas o privadas— 'colaboradoras' parece quedar pendiente de un ulterior desarrollo legislativo y sugiere un control por parte de la Administración.

B) ENTRE EL PROYECTO DE 1987 Y LA NORMATIVA DEL CÓDIGO CIVIL VIGENTE

La comparación entre una y otra normativa evidencia unas diferencias que no son ni cuantitativas ni cualitativas, sino expresión de una manera distinta de ver reflejada en la norma la configuración de la adopción desde la perspectiva de su inserción en la realidad social. Vista así la cosa, a mi modo de ver la impresión inicial de un intérprete desapasionado es la de detectar *un notable progreso* en la normativa postulada, que realmente es más *innovadora* o revolucionaria que reformadora.

1. Examinada en el apartado A) precedente de este epígrafe la *justificación o fundamentación jurídica* del proyecto de ley con un cierto detalle, parece huelgan aquí ulteriores comentarios. Sobre todo, por no ser demasiado frecuente que las leyes se publiquen en su integridad en estos últimos años, y de ello es buena muestra que si se trata de buscar *la fundamentación real* de la normativa *hoy vigente* en el Código Civil el intérprete puede acabar desorientado o descorazonado: *en primer lugar*, porque las modernas Leyes 11/1981, de 13 de mayo, y 30/1981, de 7 de julio, *no* contienen exposiciones de motivos; *en segundo lugar*, aunque sí contienen excelentes justificaciones los respectivos anteproyectos o proyectos de ley —en algunos casos son más de uno—, sin embargo, en ninguna parte de los mismos hay párrafo o referencia alguna a la adopción; *en tercer lugar*, porque la normativa hoy vigente en el Código Civil es el resultado del «parcheo» o técnica legislativa usual consistente en ir arreglando o adaptando las instituciones que resultan afectadas por innovaciones generales del sistema nuevo y por derivación

lógica e imperativa de las nuevas normas constitucionales tras la Constitución Española de 1978 (19); *en cuarto lugar*, y consecuentemente, si hay que encontrar la fundamentación *última* a la adopción *hoy vigente* en el Código Civil habrá que ir a la «nueva planta» introducida *en la normativa general para el instituto que se introdujo en la anterior modificación legislativa de la adopción*, es decir, la producida por la Ley 7/1970, de 4 de julio (BOE de 7 de julio); *en quinto lugar*, por lo antes denunciado, resultará difícil encontrar publicada la exposición de motivos de dicha Ley, a no ser que acuda a la propia publicación oficial (19 ^{bis}).

Una vez hallada, afortunadamente, la exposición de motivos de la Ley de 1970, y procediendo al cotejo con la respectiva del proyecto de ley aquí examinado, la impresión causada al intérprete es la de encontrarse ante dos situaciones distintas en dos momentos históricos distintos para dos instituciones *aparentemente idénticas* a regular por dos normativas sustancial y procesalmente distintas.

La fundamentación de la Ley de 1970 se desarrolla en 21 apartados —alguno de cierta prolijidad—, en contraste con los 14 del actual proyecto de ley. De aquellos apartados pueden traerse aquí los que señalo con los números 2.º, 3.º, 4.º, 5.º, 10, 11, 17, 18 y 20, en el sentido de contener las *ideas o principios básicos* de la entonces nueva regulación. *Principios* que entiendo son los todavía hoy vigentes y *que cabría resumir* en los siguientes: la estimación crítica de la Ley de 1970 dentro del proceso más amplio de la formación del derecho, la finalidad primordial de dicha Ley (20), la distribución del articulado (21), la concepción de la adopción como acto complejo a la vez consensual y formal —y, dentro de ello, la distinción de *tres grados o escalas* en el consentimiento—, el concepto del menor abandonado, la equiparación de los hijos adoptivos

(19) En un sentido algo similar al aquí señalado, véase J. FERRANDIS VILELLA, en «Nuevas perspectivas de la adopción», en el volumen colectivo «Familia y cambio social», de la *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Empresariales*, Editorial ICADE, Madrid, 1985, pág. 109.

(19 bis) Puede también encontrarse en el *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, núm. 213, julio-agosto 213, págs. 494 y sigs.

(20) Decía el legislador de 1970, en *Exposición de Motivos*, párrafo 3, que: «Como *tónica dominante*, la Ley persigue facilitar y robustecer el vínculo adoptivo» (subrayado mío: JCG). Parece que el mal uso de nuestra lengua llegaba ya entonces a nuestros legisladores: confiemos que los actuales no les imiten en ello. La expresión subrayada es desafortunada, puesto que la palabra «tónica» no existe en nuestra lengua: véase al respecto, en A. DE MIGUEL: *La perversión del lenguaje*, Ed. Espasa-Calpe, colección Espasa-Mañana, Madrid, 1985, epígrafe I, «Inventos y mixtificaciones», págs. 79 y sigs., espec. pág. 80.

(21) Véase en el párrafo 4, antes resumido en la nota 16 bis precedente: elogioso dicho propósito del legislador de no introducir cambios numéricos.

plenamente a los legítimos, la referencia al Registro Civil y la posibilidad de retroactividad con la norma transitoria.

De toda esta serie de principios de la Ley de 1970 hoy vigente, inducidos de una atenta lectura de su exposición de motivos, tras la prueba de fuego que representa la combinación de una serie de *factores sobrevenidos* —cuales los de la aplicación práctica de más de veinticinco años, los ejemplos del Derecho comparado, la influencia de la doctrina, la incidencia de las profundas reformas de 1981 sobre el Derecho de Familia, la fuerza de la opinión pública y de los medios de comunicación social, los problemas políticos que resultan de un Gobierno con mentalidad más progresista y social cual el del PSOE, doblemente vencedor en dos elecciones consecutivas, y alguno más que podría citarse—, pocos de ellos pueden resistir ya. A mi modo de ver, el reflejo exacto se produce en el nuevo proyecto de ley y *tan sólo son hoy servibles*: el relativo al proceso de formación del derecho, la distinción de tres grados en el consentimiento, la equiparación —hoy ya *total* tras la Constitución— con los hijos legítimos y la normativa en Derecho transitorio.

2. Al *contenido normativo* y al *desarrollo articulado* de la *vigente* regulación de la adopción se han referido todos los autores y nuestra mejor doctrina especializada (22), a la que en este lugar me remito.

(22) Véase para ello cualquiera de los Manuales o Tratados de Derecho Civil patrio, o Libros de Comentarios al Código Civil y sus reformas, en la *relación bibliográfica* que se adiciona después de este trabajo. *Hasta 1984* había una exposición personal mía *seleccionada*, en mi obra citada en *nota 3* precedente, en esta *Revista*, págs. 477-478.

Para la doctrina extranjera, *además* de las obras relacionadas en la selección bibliográfica final, son muy interesantes todas las aportaciones de la doctrina civilista francesa y belga, v.gr.:

- François RIGAUX: *Les Personnes*, t. I, «Les relations familiales», Précis de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain, Ed. Maison F. Larcier, Bruselas, 1971 —y revisión de M. T. MEULDERS-KLEIN en 1978—, páginas 706 y sigs., y la bibliografía para el Derecho belga en págs. 597-598.
- Alex WEILL y François TERRÉ: *Droit Civil. Les personnes. La famille. Les incapacités*, col. Précis Dalloz, Ed. Dalloz, 4.ª ed., París, 1978, págs. 655 y sigs.
- Jean CARBONNIER: *Droit Civil*, t. 2, «La famille. Les incapacités», col. Thémis-Droit, Ed. Presses Universitaires de France, 12.ª ed. refundida, París, septiembre 1983, págs. 457 y sigs.
- Gérard CORNU: *Droit Civil*, t. II, «La famille», col. Précis Domat, Ed. Montchrestien, París, 1984, págs. 400 y sigs.
- Alain BÉNABENT: *Droit Civil. La famille*, col. Litec-Droit, Ed. Librairie à la Cour de Cassation, 2.ª ed., París, 1984, págs. 399 y sigs.
- Catherine LABRUSSE-RIOU: *Droit de la Famille*, t. I, «Les personnes», Ed. Masson, París, 1984, págs. 169 y sigs.
- Claude COLOMBERT: *La famille*, col. Droit fondamental-Droit Civil, Ed. P. U. de France, París, 1985, págs. 193 y sigs.

De su cotejo con el nuevo contenido normativo aquí presentado por el nuevo proyecto de ley y con su propuesta articulada cabe deducir varias cosas importantes: primera, que las meras modificaciones o retoques técnicos introducidos por los artículos 1.º, 3.º, 4.º, 5.º y 6.º del Proyecto de Ley son necesaria consecuencia de la adaptación de determinadas normas a la nueva configuración global *ex toto* de la adopción nueva DENTRO del más amplio marco de la figura de «protección de menores»; segunda, que las verdaderas innovaciones o revolución sobrevenida resultan de los artículos 2.º —reformador de todo el capítulo V del Título VII del Código Civil—, 7.º —reformando todo el Título II del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil— y disposición adicional primera.

3. *Los cambios legislativos introducidos.* Como consecuencia de la serie de modificaciones y de innovaciones del Proyecto de Ley de 1987 respecto de la normativa hoy vigente en el Código Civil, la exposición detallada de todas ellas ocuparía demasiado lugar ahora, por lo que me remito a la exposición genérica efectuada en el apartado A) de este epígrafe. Ello no obstante, a los efectos de una divulgación de las innovaciones de la normativa postulada o más bien de una exposición meramente orientativa del conjunto de reformas que se pretende introducir con la nueva Ley, cabe aquí reseñar las PARTICULARIDADES siguientes:

- a) Que en materia de *normas de colisión* se introduce dos nuevas reglas: una, en orden a la Ley de la filiación, y otra, en orden a la adopción. Son los propuestos apartados 4.º y 5.º del artículo 9.º del Código Civil, a que antes hice referencia. Como complemento de lo dicho antes en epígrafe actual apartado A), es de notar que se suprime la regla en orden a la capacidad del adoptante hoy vigente en el párrafo 1 de este número del artículo 9.º del Código Civil, que igualmente se suprime la regla relativa a la aplicación de la capacidad del marido en caso de adopción conjunta por marido y mujer (23) (derogado implícitamente por anticonstitucional después de 1978), que también se suprime la regla relativa a los efectos de la adopción (24), y que se suprime finalmente la regla relativa a la forma del acto (aunque, a mi modo de ver, no estaría de más la subsistencia de la misma).

(23) Véase BERCOVITZ: «Vecindad civil y nacionalidad», en ADC, fascículo IV, 1983, págs. 1151 y sigs., y en el volumen colectivo *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Ed. Tecnos, Madrid, 1986, págs. 57 y sigs.

(24) Véase, sobre este punto, ampliamente, AGUILAR, *op. cit.*, págs. 173 y sigs.

b) Que la reforma de *todo el capítulo V* del Título VII del Libro I del Código Civil, comprensivo de los nuevos artículos 172 al 180, es la que introduce mayores *novedades*, como sigue:

- .. La nueva *rúbrica* de todo el capítulo, *ahora titulada* «De la adopción y otras formas de protección de menores», *que conlleva la nueva distribución del articulado en dos secciones, una* para la guarda y acogimiento de menores, y *otra*, para la adopción. Y con ello se plantea el *problema* de qué significado exacto va a tener esa *nueva figura genérica* de la «guarda de menores», si su delimitación conceptual va a permitir que se le considere como una nueva institución de tipo *civil* puro o si no hará tránsito, más bien, a una figura de corte administrativo.
- .. Por lo mismo que acabo de apuntar, tampoco el llamado «acogimiento» parece que pueda considerarse, sin más, como figura civil pura y muy bien puede caracterizarse como *un híbrido* a mitad de camino entre los sectores civil y administrativo.
- .. Por lo dicho en el apartado A), *los nuevos artículos 172 al 174* carecen de precedentes en nuestro Derecho y muy bien pueden considerarse como verdaderas y propias normas «de imitación», a modo de trasunto más o menos exacto de los artículos 1.º al 5.º de la nueva Ley número 184, de 4 de mayo de 1983, aprobada en Italia (25).
- .. El *artículo 172, punto 2.º*, plantea la duda de *la causa* de la falta de atención hacia el menor: en el *Proyecto del 86* se decía «no poder tenerlo en su compañía *a causa* de enfermedad u otras circunstancias graves», y *ahora* se dice «por no poder atenderlo *por* enfermedad u otra circunstancia grave». Parece más claro el texto del 86. En cualquier caso, parece que aquí, una vez más, la discrecionalidad judicial será amplísima y sin control alguno (25 ^{bis}).
- .. El *artículo 172, punto 4.º*, plantea también la *extensión posible* de esa reinserción en la propia familia, dada la indeterminación de la norma y el propósito utópico que la impulsa.

(25) Véase, sobre dicha Ley, el amplio y exhaustivo comentario a cargo de Alfio y Mario FINOCCHIARO, en *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*, Ed. Giuffrè, Milano, 1983.

(25 bis) Véase MARTÍNEZ-PIÑEIRO, *op. cit.*, folio 3, en sentido muy similar al aquí expuesto, quien se pregunta: «¿Cuáles son los casos en que legalmente proceda que el juez podrá acordar esta guarda? ¿Qué Ley los determina?»

- .. El artículo 173, punto 1.º, tiene una redacción muy similar a la del viejo artículo 154 sobre la patria potestad. Su punto 2.º suprime el *derecho de visitas* a los padres *que no tengan* la patria potestad, de forma total y sin excepción alguna, lo que podría plantear dudas sobre la constitucionalidad de la norma y sobre su equidad. Parecía más humana la norma contenida en el precedente Proyecto del 86, artículo 173, punto 2.º, párrafo final. El punto 3.º, relativo a la cesación del 'acogimiento' también endurece la posición del legislador hacia los padres naturales, ya que les exige que tengan la patria potestad y reclamen su compañía», en tanto que en el Proyecto del 86, artículo 173, punto 3.º, inciso final, la actitud es más humana («la petición... *será atendida si es posible* la reinserción efectiva del menor en la propia familia, *sin perturbaciones dañosas* para éste») (26). El punto 4.º, relativo a la conveniente «reserva», sigue la tendencia general de la nueva normativa: es *reiterada* de forma ostensible en la *disposición adicional primera*, apartado 6.º
- .. El artículo 174 carece de precedentes y traduce lo dispuesto por el legislador italiano en su artículo 4.º de la Ley del 83, citada. Al problema *formal* planteado por el artículo me he referido más arriba. Al problema *material* aludía allí, entendiendo que todo este contenido normativo es cosa procesal. O de otro modo dicho, lo relativo a «la vigilancia ejercida por el Juez» parece poco propio de un Código Civil y más bien encajable en un Código Procesal.
- .. En general, a mi modesto entender, toda *esta nueva sección 1.ª* tiene materia escasamente civil y su ubicación preferible parece debería ser la del ámbito procesal.
- .. El artículo 175 —ya en la *sección 2.ª*, de la adopción— procede a una nueva y significativa reducción de edades en orden al adoptante y la diferencia respecto del adoptado. No se desprende de la norma con claridad si puede adoptar un soltero o una pareja no casada, verbigracia. Tampoco en el punto 2.º, inciso segundo, es el legislador todo lo claro que debiera, o de otro modo dicho, la situación no interrumpida de acogimiento iniciada *antes* de los catorce años ¿cuánto tiempo tiene de duración? (26^{bis}). ¿Es absoluta aquí la dis-

(26) Los subrayados son míos (JCG).

(26 bis) Parece referirse también a este punto J. FERRANDIS VILELLA, *op. cit.*, página 121, quien alude a esta situación «*iniciada durante la minoría y continuada durante tres años como mínimo*» (los subrayados son míos: JCG).

crecionalidad del Juez? Del *punto 3.º* me ocupaba anteriormente, y es elogiable la reducción de las prohibiciones.

- El nuevo *artículo 176* es uno de los preceptos *clave* de la reforma y en cierto modo EQUIVALE al *vigente artículo 175 del Código Civil*. Es otra norma «de imitación» de la moda italiana, tan cara a la doctrina que últimamente se ocupaba de la adopción. En la normativa propuesta ahora la adopción requiere una propuesta previa de la entidad pública colaboradora y la constitución mediante una resolución judicial. Así, en síntesis, es perceptible el cambio, más bien revolución producida en el precepto vigente: *desaparecen del mismo* la escritura pública y la referencia al Registro Civil. A uno y otro de los elementos hasta hoy *constitutivos* de una adopción me he referido *in extenso* en otro lugar (27), y a pesar de la categoría de los oponentes y de la abundancia de sus argumentos, ninguno de ellos consigue rebatir cuanto ya expuse en estas páginas. La *exclusión de la escritura notarial* es otra moda pasajera más, muestra de la inquina a lo notarial y del desconocimiento de nuestra historia. El *silencio sobre el Registro Civil* evidencia que mi denuncia sobre este punto sigue siendo válida, ya que —a diferencia del Registro de la Propiedad, como equivocadamente asimilan y piensan algunos— en el Registro Civil se inscriben los hechos inscribibles que acceden al Registro (28) y el *título de atribución del estado civil* NO ES EL DOCUMENTO, SINO EL SUPUESTO DE HECHO, del que depende su existencia jurídica (29).

Alguna precisión más merece este nuevo *propuesto artículo 176*. En su *apartado 1* centra la *constitución* en la

(27) Véase mi obra citada en *nota 3 precedente*, en esta *Revista*, cit., páginas 465 y sigs. y 472 y sigs., *espec.* 476: lo mismo que se dijo entonces sigue siendo válido hoy, y la pregunta se mantiene viva en torno a: ¿Por qué se suprime la escritura pública notarial? ¿No hay demasiada demagogia al respecto? Parece que el Notario sea el único culpable del retraso o demora en los expedientes de adopción y que sus honorarios «encarecen» tal expediente: como dije en 1984, la cosa es bien risible; me remito a la *op. cit.*, págs. 469-470, y allí, *notas* 198, 199 y 200.

(28) Véase J. Díez del Corral Rivas: *Lecciones prácticas sobre Registro Civil*, Ed. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Madrid, 1983, páginas 12 y 113, y 51 y sigs.

Véase también F. LUCES GIL: *Derecho Registral Civil*, 3.ª ed. actualizada, Editorial Bosch, Barcelona, 1986, págs. 108 y sigs.; U. RUIZ GUTIÉRREZ: *Temas de Registro Civil*, Ed. Comares, Granada, 1986, págs. 5 y 108 y sigs. (sobra el término «absurda», por lo dicho en *nota 27 precedente*).

(29) Así, en el magisterio indiscutible de don F. DE CASTRO, en su *Compendio de Derecho Civil*, tomo I, vol. II, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 4.ª ed., 1968, págs. 208 y sigs.

resolución judicial, siguiendo con ello la actual moda italianizante, ya que parece posible afirmar que la intervención judicial en la adopción no es una constante histórica entre nosotros y parece más bien responder a la demanda social de un Juez superdotado y superespecializado (30). Por otra parte, la *función* que desarrolla el Juez en materia de adopción es eminentemente administrativa y, como toda la denominada «jurisdicción voluntaria», es más *administrativa* que judicial. Por lo tanto, no parece que, en base a los *criterios de política jurídica* imperantes en un momento dado, sea nada descabellado aventurar que en el futuro tal función eminentemente de «control» de la adopción pueda ser encomendada a una persona o a un órgano designados o creados por la Administración; verbigracia, los curiosos nombres ideados por la más reciente doctrina especializada: un «Servicio Social para la Infancia» o un «Defensor cívico de menores» (31), un «Ombudsman de menores» (32). Finalmente, por lo que se refiere a la llamada «jurisdicción voluntaria» ni siquiera hay unanimidad entre los *procesalistas* y buena parte de ellos mantienen que no es propia jurisdicción, sino más bien *actividad administrativa* acotada objetivamente por ser su materia propio Derecho privado (33).

En el mismo apartado 1.º se dice que el Juez «tendrá en cuenta, siempre, el interés del adoptado». La sustitución ya aludida de 'preferentemente' por 'siempre' va a plantear la duda de hasta dónde llega esa protección y si en una posible colisión de intereses esa atención prioritaria hacia el menor

(30) Véase *op. cit.* en nota 3 precedente, págs. 464-465 y 476.

(31) Véase E. ROPPO: *Il giudice nel conflitto coniugale*, Ed. Il Mulino, Bolonia, 1981, págs. 378 y sigs., y allí la cita de XUEREB: «La giurisdizione specializzata per i minori: una istituzione del passato o una soluzione per l'avvenire?», en *Esp. ried.*, número 4, 1978, págs. 50 y sigs.

Entre nosotros, en sentido similar: L. VACAS: «En torno a la figura del defensor de menores», en *Revista Menores*, núm. 3, mayo-junio 1984, págs. 66 y sigs.

(32) Véase RICO PÉREZ: «El ombudsman de menores», en *Revista La Ley*, número 594, 18 de enero de 1983, págs. 1079 y sigs.

(33) Véase más ampliamente, en mi trabajo dicho en nota 3 precedente, en esta *Revista*, págs. 461 y sigs., espec. pág. 463.

Ultimamente, L. PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, en *Derecho concursal, procedimientos sucesorios, jurisdicción voluntaria, medidas cautelares*, Ed. Tecnos, 2.ª ed., Madrid, 1986, págs. 177 y sigs., resume las notas propias de esta impropia «jurisdicción» al trazar un concepto de ella diciendo que es «una actividad ejecutiva, realizada por órganos judiciales o no judiciales, encaminada a tutelar el orden jurídico mediante la constitución, aseguramiento, desenvolvimiento y modificación de estados y relaciones jurídicas con carácter general, o sea, frente a todos» (*op. cit.*, pág. 177; subrayados míos, JCG).

no puede llegar a causar una *desprotección total* a un tercero cual la madre natural (33^{bis}).

En el *apartado 2.º* de este artículo 176 hay una serie de cambios y *retoques* significativos, como ya antes se indicaba. La necesaria intervención de la Entidad pública —las llamadas por la doctrina 'Instituciones de Integración Familiar' (34)— parece conducir a una cierta «burocratización» de la adopción, cosa que a algunos preocupa, pero que a otros nos parece ineludible en el momento actual (35), lo que obviamente conlleva que «El tema se desplaza fuera de las fronteras del Derecho civil, dadas las implicaciones administrativas»... (36) y que parece que es necesario *primero* el organizar y dotar adecuadamente a tales instituciones antes de lanzar una nueva ley a la realidad social. En cuanto a los casos *exceptuados* de la necesidad de propuesta de la Entidad pública, la doctrina más reciente postulaba la *no necesidad de intervención judicial* en algunos supuestos claros de integración familiar cuales los del cónyuge que adopta al hijo de su consorte y el del huérfano adoptado por los parientes colaterales (37): lo que parece excluir el proyectado artículo 176, 2, 2.º, 1.ª y 2.ª, sin que se me alcance a descubrir el porqué de la exigencia judicial en tales supuestos.

- El nuevo *artículo 177* distingue, como vimos, tres tipos de 'consentimiento': el consentimiento propiamente dicho, el asentimiento y la audiencia. El *punto 1.º*, relativo al *consentimiento* propiamente dicho, sigue la línea tradicional en esta materia con la *novedad* importante de que debe prestarse 'en presencia' del Juez. El *punto 2.º* se refiere al 'asentimiento' y en el mismo se distinguen tres apartados: en el

(33 bis) O de otro modo dicho, la dicha protección *prioritaria* parece implicar *per se* una regla de contenido indeterminado, contenido a completar teóricamente por el Juez: es una regla que atribuye al Juez una discrecionalidad absoluta y pura, para REVERTE NAVARRO: *Intervención judicial en las situaciones familiares*, Murcia, 1980, págs. 16 y sigs., 18 y sigs. y 35.

Para una mejor comprensión de este punto, véase F. SAINZ MORENO: *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Ed. Civitas, Madrid, 1979.

Sobre este punto volveré más tarde.

(34) Así, en FERRANDIS VILELLA, *op. cit.*, págs. 121 y sigs.

(35) Véase mi estudio, *op. cit. en nota 3 precedente*, págs. 440 y sigs. y 452 y sigs.

(36) Así, en FERRANDIS VILELLA, *op. cit.*, pág. 122 (subrayados míos: JCG).

(37) Así, FERRANDIS, *op. cit.*, págs. 120 y sigs., en que alude a una posible escritura notarial, además de un acta de notoriedad en la que se acredite la convivencia y se recoja el dictamen favorable de la «Institución de Integración Familiar».

primero se procede a dar una redacción moderna a los apartados A) al D) del *vigente artículo 173*, del que *desaparecen* los consentimientos de los padres naturales y del tutor; en el *segundo* se exceptúa el asentimiento en los casos de imposibilidad, en tanto que en el *Proyecto del 86* la dicción era «cuando sufran enfermedad o deficiencia persistentes que les impidan manifestar la voluntad», lo que a mi modo de ver evidencia la amplísima discrecionalidad puesta en manos del Juez que la va a permitir interpretar con libertad el vocablo 'imposibilitados'; y en el *apartado tercero* se precisa que «El asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido quince días desde el parto», *norma elogiabile* en su formulación, ubicación y contenido, siendo digno de elogio también la supresión del inciso «irrevocable» que venía en el Proyecto del 86, y, a mi juicio, *criticable* el período de tiempo tan corto y en absoluto desacuerdo con la normativa del 'Convenio de Estrasburgo de 1967', que en su *artículo 5.º, punto 4.º*, establece un tiempo mínimo de *seis semanas*. De todo este entramado normativo lo que ahora interesa resaltar es lo tocante al denominado «asentimiento», que entiendo precisa de alguna aclaración:

- En nuestra lengua española las voces 'consentimiento' y 'asentimiento' parecen sinónimas. Así, la voz 'consentimiento' indica la «conformidad de voluntades entre los contratantes, o sea, entre la oferta y su aceptación, que es el principal requisito de los contratos» (38) y viene de «consentir», es decir, «permitir una cosa o condescender en que se haga.—... Otorgar, obligarse.—...» (39).—Por su parte, la voz 'asentimiento' equivale a «asenso, consentimiento» (40) y viene de «asentir», o sea, «admitir como cierto o conveniente lo que otro ha afirmado o propuesto antes» (41).
- En catalán la cosa está muy clara y en los sucesivos diccionarios o vocabularios jurídicos editados por el Colegio de Abogados de Barcelona se precisa. En el del *año 1934* la voz «Assentir» es «estar d'acord amb l'opinió o el dictamen

(38) Véase en *Diccionario de la Lengua Española*, 20.ª ed., Madrid, 1984, tomo I, voz «Consentimiento», págs. 363 y sigs.

(39) Véase voz «Consentir», en *Diccionario de la Lengua Española*, cit., tomo I, página 363.

(40) Véase voz «Asentimiento», en *Diccionario...*, cit., tomo I, pág. 138.

(41) Véase voz «Asentir», en *Diccionario...*, cit., tomo I, pág. 138.

d'altri» (42) y «Assentiment» equivale al castellano 'asentimiento' y es «consentiment posterior a la realització de l'acte» (43).—En tanto que en *el de* 1986 se dice de la voz «Assentiment» (a la demanda) que es «Aplanament, conformitat del mandat a les pretensions de la demanda d'un procés dirigit contra ell» (44) y equivale al castellano 'asentimiento' o 'allanamiento', al francés 'assentiment' y al italiano 'assenso'.

- En italiano las únicas veces que en el Código Civil vigente se habla de «assenso» es en los artículos 297 (adopción) y 405 (afiliación) (45). En un diccionario italiano normal puede leerse que «assenso» equivale a consentimiento, asentimiento, asenso, aprobación, conformidad, anuencia, que «prestare l'assenso» es otorgar el consentimiento (46). En tanto que en un diccionario jurídico la voz «Assenso» lleva esta explicación que no me resisto a dejar *en su versión original*: «con questo termine, in materia giuridica, si indica l'approvazione che una persona deve dare per un determinato atto. E PREVISTO IN RELAZIONE ALL'ADOZIONE, ALL'AFFILIAZIONE, ecc.» (47).
- Si de los diccionarios pasamos a los grandes 'Tratados' de Derecho civil patrio, o a los distintos 'Manuales', cabe observar con alguna perplejidad que el término «asentimiento» no parece por ninguna parte, ni como acto, ni como declaración de voluntad, ni como negocio. Es a modo de una 'nada' jurídica. Lo mismo pasa si se consulta con paciencia cualquier obra extranjera, con la notable salvedad de alguna —y no todas— de las italianas. Ya tenemos, por tanto, el origen remoto de la afamada palabreja. Tan sólo en la obra del maestro BETTI se nos dice «Asentimiento al negocio

(42) Véase en *Vocabulari Juridic Català*, por FOLCH i CAPDEVILA y SERRALLONGA i GUASCH, ed. del Il.lustre Col·legi d'Advocats de Barcelona, Barcelona, 1934, página 31.

(43) Véase *op. cit. en nota 42* precedente, pág. 31.

(44) Véase voz «Assentiment», en VV.AA.: *Diccionari Juridic Català*, del Il.lustre Col·legi d'Advocats de Barcelona, Ed. Enciclopèdia Catalana, 1.ª ed., Barcelona, 1986, pág. 54.

(45) Véase CIAN y TRABUCCHI: *Commentario breve al Codice Civile*, Ed. Cedam, Padova, 1984, págs. 279 y 348.

(46) Véase LUCIO AMBRUZZI: *Nuovo dizionario spagnolo-italiano e italiano-spagnuolo*, tomo II, «Italiano-spagnuolo», Ed. G. B. Paravia & C., Torino, 6.ª ed., 1963, 5.ª reimpr. 1969: voces «Assenso» y «Assentimento», en pág. 108.

(47) Véase en A. FAVATA: *Dizionario dei termini giuridici*, 8.ª ed., Ed. La Tribuna-Piacenza, 1983: voz «Assenso», en pág. 30.

o a la disposición ajena.—La representación y las figuras afines de *sustitución de persona* ofrecen casos de *asentimiento* por parte de un interesado»... (48): pero ni los casos enumerados por el autor, ni las referencias a la falta de legitimación ni al complemento de capacidad, *ninguna* de tales argumentaciones tienen nada que ver con la voz examinada ni con el contenido de la norma aquí contemplado.

De todo lo que acabamos de exponer se desprende con claridad que ni la significación gramatical, ni la jurídica, ni la relativa a la conceptualización jurídica, aclaran algo sobre este término introducido ahora en la normativa del Proyecto del 87. Si el origen *remoto* es una vez más el italiano, y el *inmediato* el Proyecto de 1986, el *mediato* es el de la *exposición de motivos* de la Ley de 1970 (*apartado 10*), aunque dicha Ley, con muy buen criterio, decía que «... ciertas modalidades del consentimiento, como el del ..., que técnicamente tendrían mejor encaje quizá en la figura del asentimiento; si bien la falta en el Código Civil de una acepción de la palabra en ese significado específico ha aconsejado prescindir de su empleo.—»... (49). Es de lamentar que el Proyecto del 87 no haya seguido ese cauce de prudencia y proceda a introducir un término extraño a nuestro Derecho.

Finalmente, no deja de ser un contrasentido que, pese a no ser figura conocida en el Código Civil, se la mencione para seguidamente delinear la regulación de la figura en el campo procesal en el artículo 1.830 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El *apartado 3.º del artículo 177* se refiere a la 'audiencia' de los padres naturales *solamente* «cuando su asentimiento no sea necesario para la adopción», en tanto que en el *Proyecto del 86* se exigía que ello fuera *en todo caso*. Entiendo existe una real y obvia marginación de los padres naturales y una *discriminación* basada en la presunción infundada de su culpabilidad, *en contra* del principio constitucional de presunción de inocencia. Por otro lado, topamos de nuevo con la absoluta discrecionalidad judicial para interpretar a su aire *cuándo* el asentimiento *no es necesario*. En cuanto al cambio de la voz 'discernimiento' por la de 'juicio'

(48) Véase en BETTI: *Teoría general del negocio jurídico*, 2.ª ed., traducción española de A. MARTÍN PÉREZ, Ed. RDP, Madrid, 1959, págs. 455 y sigs.

(49) Véase en *Exposición de Motivos de la Ley de 1970, apartado 10, párrafo 5, en nota 19 bis precedente*, pág. 495 (subrayados míos: JCG).

no parece demasiado relevante, ya que parecen sinónimas en el *argot* jurídico, aunque quizá en el popular sea más clara la de 'juicio' (50).

En definitiva, LAS CORRESPONDENCIAS DEL NUEVO ARTICULO 177 con su homónimo EL VIGENTE ARTICULO 173 han quedado reducidas a la mínima expresión, esto es, a los *actuales apartados* 2.º y 3.º, ya que el *apartado* 4.º pasa a integrarse en la norma procesal propuesta del artículo 1.831 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el *apartado* 5.º pasa a formar un 'co-elemento' necesario del supuesto de hecho integrante de la nueva norma contenida en el número 1 del nuevo artículo 176, ya examinado.

- .. No hay correspondencia alguna para las normas contenidas en LOS VIGENTES ARTICULOS 174, 175 Y 176 DEL CÓDIGO CIVIL: en cuanto al artículo 174, *actualmente vigente*, sus apartados 3.º, 4.º y 5.º han sido prácticamente derogados y los 1.º y 2.º subsumidos en el nuevo concepto de 'desamparo' del artículo 172 propuesto, normativa propuesta cuya filosofía es radicalmente distinta de la vigente, como se dijo antes; en cuanto al artículo 175 *actual*, su *apartado* 1.º es suprimido por basarse ahora todo el sistema en la constitución judicial, y su *apartado* 2.º, implícitamente obviado por temor a referencia alguna al Registro Civil, como he denunciado, a salvo la alusión de la propuesta normativa de la *disposición adicional primera, apartado* 6.º; y en orden al artículo 176 *vigente*, sus apartados en número de cuatro son eliminados de la normativa propuesta quizá por entenderse que es obvio todo lo regulado en los mismos acerca de los efectos en cuanto a la filiación, parentesco con adoptante, patria potestad y extinción de patria potestad (del adoptante).
- .. El nuevo artículo 178 tiene su origen *próximo* —según vimos— en el correspondiente artículo 178 del Proyecto de

(50) Véase en *Diccionario de la Lengua Española*, op. cit. en nota 38, las voces respectivas:

- Voz «Discernimiento», en tomo I, pág. 504: «De 'discernir'. m. Juicio por cuyo medio percibimos y declaramos la diferencia que existe entre varias cosas.—2. Der. Apoderamiento judicial que habilita a una persona para ejercer un cargo».
- Voz «Juicio», en tomo II, págs. 802-803 (con un sinúmero de acepciones): «Del lat. 'iudicium'. m. Facultad del alma, en cuya virtud el hombre puede distinguir el bien y el mal y lo verdadero de lo falso».

1986. En su *apartado 1.º* se toma el punto de partida o presupuesto fundamental *implícito* en la norma de la absoluta desvinculación con la familia natural o de origen (51), o de otro modo, el efecto fundamental de la adopción es a modo de un 'efecto-Jano' de doble cara: *una*, de la total integración del menor adoptado en la familia del adoptante y la atribución al mismo de un verdadero *status familiae*, y *otra*, la total desvinculación respecto de la familia por naturaleza que es 'la contrapartida lógica' (52). Por lo que respecta a las *excepciones* a dicha desvinculación la normativa propuesta en los dos números de este apartado 1.º sigue el modelo del Proyecto del 86, pero el *número 2* queda ahora poco claro: *ahora* se propone ligar los dos incisos por una coma y sigue «siempre que tal efecto hubiere sido solicitado por el adoptante»..., en tanto que *antes* había un punto y seguido y decía: «En este caso se requiere, además, que así lo acuerde el Juez al tiempo de la adopción, con la conformidad del adoptante, del...». A mi juicio, esta redacción del Proyecto de 1986 parece más clara y no induce a confusión.—En su *apartado 2.º* se deja a salvo lo relativo a los impedimentos matrimoniales, lo que es lógico, habiendo que remitirse —norma *per relationem*— a los artículos 46 y 47 del Código Civil.—Como se dijo más arriba, ha desaparecido el *apartado 3.º* de esta norma en el Proyecto de 1986 en orden a la determinación de la filiación por naturaleza, que parecía tener un mejor *encaje* en el propuesto artículo 178 y no el 180 propuesto al que se ha desplazado.

- El *propuesto artículo 179* ya vimos que tiene su origen *próximo* en el apartado 3.º del artículo 180 del Proyecto de 1986, *sin correspondencia alguna* con el actualmente VIGENTE artículo 179 y *sin correspondencia* con el artículo 179 del Proyecto de 1986. Introduce un concepto nuevo, cual es el de la *exclusión de la guarda DERIVADA* de la adopción, exclusión que puede ser solicitada por el Ministerio Fiscal, por el adoptado o por su representante legal (?) (53). Parece que

(51) Parece que el origen está en la toma de posición de R. BERCOVITZ, en la obra colectiva *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, tomo II, páginas 1147 y sigs., espec. págs. 1179 y sigs., Ed. Tecnos, Madrid, 1984.

(52) Véase BERCOVITZ, *op. cit. en nota 51 anterior*, págs. 1180 y sigs., el cual critica que no se aprovechara la ocasión de la «mini-reforma» de 1981 para *hacer esto*: la desvinculación total con la familia por naturaleza.

(53) Argumenta con toda lógica mi querido compañero E. MARTÍNEZ-PIÑERO, *op. cit. en nota 11 precedente*, folio 6, que «conforme a los artículos 108, 154

es completamente ortodoxa la opinión de quienes —como MARTÍNEZ-PIÑEIRO (54)— entienden que «propiamente la exclusión *no* es causa DE EXTINCIÓN de la adopción *desde el punto de vista del adoptado*, y puede serlo DE MERA SUSPENSIÓN *respecto del adoptante* si aquél (el adoptado) al alcanzar la mayoría de edad así lo determina». En este supuesto de EXCLUSIÓN el *anterior Proyecto de 1986* preveía una norma —artículo 180, punto 3.º, apartado 2.º— relativa a que «el adoptado no emancipado podrá ser objeto de nueva adopción, que extinguirá la anterior», *posibilidad hoy desaparecida* quizá por sobreentenderse el supuesto.

- El *nuevo artículo 180* propuesto procede *próximamente* —según vimos— del correspondiente artículo 180 del Proyecto de 1986 con algunos retoques y modificaciones que lo han revuelto totalmente, y trae su causa *remota* del VIGENTE ARTICULO 177 DEL CÓDIGO CIVIL: EN LA VIGENTE REDACCIÓN, tras la Ley 11/1981, de 13 de mayo, *el artículo 177, apartado 3, 2.º, inciso final*, alude a que los padres naturales pueden pedir la extinción de la adopción sólo en el caso de que *no hubieren intervenido* en el expediente de adopción, *ni prestado consentimiento*, «*si probaren que fue por causa no imputable a ellos*»; mientras que en la normativa propuesta en *el nuevo artículo 180, 2, inciso inicial*, se dice que «El Juez acordará la extinción de la adopción a petición del padre o de la madre que, *sin culpa suya, no hubieren sido oídos* en el expediente». Parece, a simple vista, que la redacción de la norma hoy vigente es bastante superior a la propuesta, además de contener una vez más una amplísima libertad de apreciación al Juez con entera discrecionalidad.
- LOS ACTUALES ARTÍCULOS 178, 179 Y 180 DEL CÓDIGO CIVIL, todos ellos relativos a la adopción *simple*, quedan *sin* correspondencia práctica, salvo lo atinente a la normativa prevista en las dos reglas de Derecho transitorio.

- c) Que, como consecuencia del nuevo artículo 176, 1, y de los nuevos artículos 1.825 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, *el procedimiento* para la adopción pasa a ser completamente judicial. Que el sistema sea *judicial casi puro* podía

y 162, el adoptante es el representante legal del adoptado, por lo que sólo puede referirse al 'defensor judicial' de los artículos 299 y siguientes del Código Civil. Por supuesto, es una posición *que comparto plenamente*.

(54) Véase MARTÍNEZ-PIÑEIRO, *op. cit.*, folios 6-7 (subrayados míos: JCG).

entenderse aceptable en el siglo XIX en un entorno burgués-liberal que creía en un Juez panacea y único remedio posible a las posibles desviaciones de la norma jurídica o a las dificultades de convivencia social, pero es de difícil entendimiento casi en el siglo XXI en tiempos como los de hoy en que los jueces no están precisamente desocupados, sino más bien desbordados por problemas innumerables (55): y de entre estos problemas hay abundancia de gran cantidad de asuntos *no jurisdiccionales* a los que ha de dedicar su escaso tiempo el juzgador. Si a ello se añade la gran demanda social de un Juez 'supermán' jurídico que trabaje cuarenta y ocho horas al día y superespecializado o que sepa de todo, no parece descabellado aventurar que es una utopía —hermosa, sí, pero utopía algo ucrónica— considerar que el remedio para el problema social incapsulado en la adopción pase por la solución exclusivamente judicial. Quizá sería preferible desvincular toda esta materia del Código Civil y dejarlo *en el campo administrativo puro, lo cual presupone* —ya lo anticipo— *una re-ordenación de la Administración* más acorde con la realidad social y que atienda a la necesidad de uno o varios órganos dotados de la competencia adecuada para la solución de toda la problemática implícita en la familia, juventud, marginación, infancia abandonada, guarda y protección de menores, etc. Claro que todo ello implicaría *una reforma distinta* a la aquí propuesta y un *ámbito* más administrativo que sustantivo, lo que conlleva *un sistema distinto* más en consonancia con los países nórdicos o anglosajones. Utopía por utopía, yo prefiero la mía como más novedosa.

- d) Que el rol a desempeñar por las aquí postuladas «Entidades colaboradoras» en la tarea de la protección de menores —también denominadas por la doctrina «Instituciones de Integración Familiar» (56)—, a las que se dedica la DISPOSICION ADICIONAL PRIMERA, podría ser un buen punto de partida en el pase a un *sistema administrativo* puro es algo que yo ya intuía cuando escribía en estas mismas páginas (57) al aludir a organismos especializados, *cuales los de Alemania*. Pero ello implica necesi-

(55) Véase TOHARIA: *Cambio social y vida jurídica en España*, Ed. Edicusa, Madrid, 1974, págs. 174 y sigs., espec. págs. 194 y sigs. y 198 y sigs.

Respecto del papel o «rol» del Juez en la sociedad moderna, me remito a lo que más tarde se dirá: véase notas 90 y sigs.

(56) Véase FERRANDIS, *op. cit.*, pág. 122.

(57) Véase mi estudio citado en nota 3 precedente, en esta *Revista*, 1985, páginas 450 y sigs., espec. pág. 451.

riamente que *previamente o coetáneamente*— se presente en las Cortes Generales un proyecto de ley implantando tales organismos u oficinas de protección de menores: verbigracia, así se hizo en Alemania, con la llamada 'Ley de Mediación de la Adopción' (AVG), de 2 de julio de 1976, de la misma fecha que la 'Ley sobre la Adopción' (AG), y que entraba en vigor el mismo día que esta última. *De no existir tal normativa previa o coetánea* todos los buenos propósitos contenidos en la justificación de la presente reforma no van pasar de ser meros deseos, otra utopía más. Dejando así las cosas, en la normativa postulada se plantean los problemas de qué son estas Entidades, dónde se adscriben, qué funciones van a tener, cómo va a ser la dinámica de su actuación 'mediadora', etc.

e) Que hay, a mi modo de ver, una serie de *omisiones* detectables en esta normativa postulada que voy a reducir a tres:

- 1.^a La falta de regulación o referencia a los 'Tribunales Tutelares de Menores', cuyo régimen data de 1948. Preguntaba yo no hace mucho tiempo en estas páginas si se ha pensado en la *adaptación* de los mismos a la Constitución de 1978 (58).
- 2.^a La falta de normativa sobre las Entidades colaboradoras, a la que ya he hecho referencia más arriba.
- 3.^a La falta de tipificación *como delito* en el Código Penal de las conductas relativas al tráfico de menores.

— A modo de *resumen* de estas previas reflexiones comparativas entre el Proyecto de 1987 y la normativa vigente del Código Civil, y a la vista de cuanto ha quedado diseñado en páginas precedentes, parece que pueden sentarse algunas *ideas concluyentes* como sigue:

- 1. La nueva normativa parte de un doble presupuesto, desarrollado en los dos nuevos principios: la adopción como instrumento de integración familiar y la primacía del interés del menor.
- 2. El nuevo planteamiento de la 'guarda y protección de menores' como algo híbrido y de escaso soporte civil, dentro de cuyo concepto se encuadra la nueva adopción.
- 3. La progresiva eliminación de requisitos, trabas y trámites conducentes a la adopción, y el consiguiente desdoblamiento del

(58) Véase mi estudio citado en nota 3, *op. cit.*, pág. 408, y nota 3.

- juego de consentimientos —dentro de los cuales aparece la nueva figura del 'asentimiento'—.
- 4. La conversión radical del procedimiento de constitución de la adopción en un sistema judicial casi puro, con los inconvenientes derivados de las excesivas tareas encomendadas a los Jueces en el mundo de hoy.
 - 5. El tímido avance que implica la implantación de las Entidades colaboradoras en la protección de menores, aunque pendiente esta materia de adecuada y necesaria reglamentación previa o coetánea a la propia guarda y protección de menores.

III. SISTEMÁTICA IMPLÍCITA EN EL PROYECTO DE LEY

Dentro de este epígrafe voy a tratar de examinar someramente la posición sistemática de la normativa sobre la adopción en los vigentes Códigos Civiles europeos, así como la ubicación de la adopción dentro de nuestro Código Civil patrio. Para una mejor comprensión descriptiva de este asunto, me permito remitir al lector al que denomino APÉNDICE II (cuadro comparativo de ubicación dentro de los Códigos Civiles), que se presenta a continuación de este trabajo.

• *En cuanto a la posición sistemática dentro de los Códigos Civiles europeos.*—Lo primero que llama la atención es la casi absoluta uniformidad de tratamiento de acuerdo con las distintas 'familias' de Códigos: *de una parte*, el tronco del Código Civil francés, o grupo latino, y *de otra parte*, el grupo germánico. EN EL GRUPO LATINO el encuadre es dentro del Libro I (De las Personas), y en casi todos ellos la adopción es merecedora de un *Título especial*, salvo en nuestro país, en que *forma un capítulo más* DENTRO del Título VII (Relaciones paternofiliales); *en Italia*, además, la novísima Ley reserva la normativa del Código para la adopción de *mayores de edad* y para la afiliación y acogimiento, en tanto que la adopción de *menores* es objeto de exhaustivo tratamiento 'descodificado' *en una Ley aparte*, con siete Títulos y 82 artículos. EN EL GRUPO GERMÁNICO es ostentosa la diferenciación, en primer lugar porque se encuadra en un Libro distinto, y en segundo lugar por las peculiaridades derivadas de cada ordenamiento: si *en el Suizo* se integra dentro de un Título relativo al 'establecimiento de la filiación', *en el alemán*, en cambio, forma un Título aparte —con el aditamento de una Ley 'de la Mediación en la Adopción' (AVG) aparte del Código— (59).

(59) A observar que *el asterisco inferior* del cuadro va referido al Derecho del Reino Unido, tomada la cita de la excelente obra de BROMLEY'S: *Family Law*, 6.ª ed., Ed. Butterworths, Londres, 1981, cap. 10, págs. 335 y sigs.

• *En cuanto a la ubicación dentro de nuestro Código Civil.*—Lo primero digno de mención es que la adopción continúa insertándose como un capítulo más dentro del Título regulador de las relaciones paterno-filiales, o de otro modo, como *derivación* de la patria potestad. En segundo lugar, que tras las sucesivas reformas, alguna total y otras parciales, continúa el mismo encuadre y ubicación dentro del Código. Esto ya fue denunciado por algunos autores de la doctrina especializada, que hacían constar que en la reforma de 1981 «no se aprovechó la ocasión para trasladar la regulación de la adopción del Título VII del Libro I del Código («De la patria potestad») —sic—, donde se encuentra incorrectamente situada, al Título V («De la paternidad y filiación»), donde debería encontrarse, en consonancia con un sistema coherente» (60). En tercer lugar, a la vista de la postulada normativa contenida en el presente Proyecto de 4 de febrero de 1987, parece que las cosas van a seguir igual que antes.

Por todo ello, haciéndome solidario de la crítica de BERCOVITZ que se acaba de exponer, considerada ante todo la finalidad eminentemente renovadora *ex toto* de la institución, cabría pensar si no ha llegado el momento de proceder a ese postulado traslado y a la ubicación de la institución como una forma más de determinación de la filiación, lo que vendría a ser una nueva SECCION 4.ª del capítulo II del Título V a continuación del actual artículo 126 del Código Civil. Finalmente, y dada la *vis atractiva* de la novísima legislación italiana sobre nuestra moderna doctrina, cabría también preguntarse si no cabría mantener una adopción para *mayores de edad* a regular en el Código Civil y dejar *aparte en ley especial* la adopción de *menores de edad* y los institutos de la guarda y acogimiento de menores, así como no dejar vacío el tratamiento de los supuestos de adopción internacional.

IV. HISTORIA RECIENTE (LAS APORTACIONES DOCTRINALES ULTIMAS EN MATERIA DE ADOPCION)

Parece que el aludir en este lugar al papel de la doctrina en materia de adopción y a la vista de un concreto proyecto de ley puede ser un tanto pretencioso e intempestivo. No lo estimo así, por una serie de razones, y de entre ellas no es la menor la que va implícita en la propia noción de 'doctrina'.

Resultaría prácticamente imposible el exponer los aspectos principales de la interpretación de una norma jurídica sin acudir a la 'doctrina',

(60) Véase BERCOVITZ, *op. cit. en nota 13* precedente, Ed. Edersa, pág. 274.

con cuyo término se designa a la vez al conjunto de *trabajos escritos* consagrados al estudio del Derecho y a sus *autores* (61). A pesar de su importancia desigual, las diferentes obras de la doctrina aportan una enorme masa de informaciones y un cúmulo de sugerencias y apreciaciones, cuya utilidad para la sociedad es innegable. De donde deriva el especialísimo *rol* particular de la doctrina en todas las ocasiones y en especial en esta materia de la adopción, a la que todos los autores se muestran especialmente sensibilizados.

La doctrina francesa última ha precisado que la 'doctrina' comporta *dos funciones*: una *primera, a la vista del Derecho positivo*, es la de promover la mejor utilización posible de los textos existentes; y una *segunda, de orden prospectivo*, con una aproximación crítica al Derecho positivo que conduce a constatar sus imperfecciones o a hacer notar sus imperfecciones, tarea esta de iluminar estos defectos y de proponer los medios para remediarlos (62).

En cumplimiento de esta doble tarea y del consiguiente *rol de instigación* me permito aquí escoger *parte* de las ideas doctrinales más recientes entre nosotros y muy especialmente aquellas que por su mayor dosis de progresividad y apertura a nuevas perspectivas parece han podido influir al legislador en el comentado Proyecto de Ley de 1987 sobre la adopción. Por todo ello, en la parte que a mí respecta, creo que mi papel es más suscitar la *reflexión* que el convencer sin más.

De entre todas las aportaciones doctrinales recientes que *globalmente* han contemplado el instituto de la adopción con visión nueva, escojo aquí las reflexiones de R. BERCOVITZ y las mías propias.

A) LAS IDEAS DOCTRINALES MÁS RECIENTES

Sabido es que las aportaciones doctrinales son muy numerosas en orden a la adopción, por lo que su cita aquí haría interminable este pequeño estudio diseñado como «notas» al proyecto de ley. Repito una vez más que la selección que hago es muy personal y *en función* de las ideas innovadoras en la materia que puedan estar más en consonancia con el proyecto de ley o que pudieran haberlo sugerido.

1. *La posición de R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO*

He seleccionado de intento la obra de este autor por ser la más completa y de visión aperturista y de progreso en esta delicada materia de la

(61) En tal sentido, recientemente, en la doctrina francesa, véase J. L. AUBERT: *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Ed. Armand Colin, 2.ª ed., París, 1984, págs. 171 y sigs.

(62) Véase AUBERT, *op. cit.*, pág. 172.

adopción. De entre sus numerosos comentarios a los artículos 172 al 180 del Código Civil, publicados separadamente (63), recojo aquí y ahora aquellos referentes a *la regulación jurídica de la adopción propuesta por BERCOVITZ en función de sus coordenadas actuales sociales y cuya finalidad sea la de servir de respuesta a las características hoy exigidas y que son las siguientes* (64):

- 1.^a Dotar a la adopción de las máximas consecuencias (equiparación total a la filiación por naturaleza). Indispensable la existencia de un período de prueba.
- 2.^a Separar radicalmente el —*sic*— adoptado de su familia de origen.
- 3.^a Considerar irrevocable la adopción, sin ninguna excepción.
- 4.^a Contar con un organismo especializado del Estado, ocupado de toda la tramitación previa a la iniciación del expediente judicial.
- 5.^a Definir con agilidad (ajustarse a la realidad) la situación de abandono de los menores.
- 6.^a Eliminar totalmente de los defectos —*sic*— de la adopción la intervención de la autonomía de la voluntad.
- 7.^a Suprimir la existencia de dos tipos de adopción (concretamente, la simple o menos plena).
- 8.^a Reservar la institución únicamente para los menores de edad.
- 9.^a Agilizar los trámites de perfeccionamiento, eliminando la escritura pública y procediendo de oficio a la inscripción en el Registro Civil del auto judicial que apruebe la adopción.
10. El procedimiento judicial de adopción debe ser el de la jurisdicción voluntaria sometido a los artículos 1.811 a 1.824 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El Juez competente ha de ser el de Primera Instancia.
11. El consentimiento en sentido estricto («asentimiento») —*sic*— de los padres y la mera audiencia («ser oídos») de los mismos se consideran sobre la base de que el adoptando sea un menor no emancipado.
12. Inexistencia de un período de prueba entre adoptante y adoptando» (65).

(63) Me he referido a ellos en las notas 13 y 51 precedentes, *op. cit.*, páginas 260 a 449 y 1147 y sigs., respectivamente.

(64) Véase *Comentarios...*, Ed. Edersa, págs. 266 y sigs. y concordantes.

(65) *Las características exigidas*, que he numerado de la 1.^a a la 9.^a, en *op. cit.* en nota 13, Ed. Edersa, pág. 266. *Las restantes*, que he numerado de la 10.^a a la 12.^a, en *íd.*, *op. cit.*, entresacadas de las págs. 270, 333, 334, 339, 314 y sigs., 321 y 333.

Decía entonces el autor citado que «*Con un texto legal que responda a estas características* no sólo se conseguiría atender plenamente al sentido social de la adopción, sino que además se erradicaría prácticamente su utilización con fines distintos» (66).

En el apartado B) de este mismo epígrafe procederé seguidamente al cotejo de las opiniones del Profesor BERCOVITZ con la justificación o exposición de motivos del Proyecto de Ley de 4 de febrero de 1987 y con la normativa reformadora propuesta en dicho proyecto, lo que confío será suficientemente ilustrativo para el paciente lector.

2. *Mi posición*

He procedido a incluir aquí también un elenco de mis opiniones vertidas en esta REVISTA en otro momento (67), tratando de huir de un doble sentimiento, uno de autoestimación y otro de autoexcusa, y *partiendo del presupuesto fundamental* de que mis opiniones allí escritas apuntaban a una renovación total *in radice* de la adopción tradicional y a su remodelación sobre nuevos elementos tomados del ámbito administrativo y contando con una perspectiva de un futuro posible.

Procedía allí a una distinción —a lo que creo, no intentada hasta la fecha entre nosotros— entre las dimensiones *estructural* y *funcional* de la adopción, a unas recapitulaciones parciales tras el examen de cada uno de dichos perfiles y a unas consideraciones concluyentes. A los efectos de evitar innecesarias repeticiones, hago aquí *un resumen sintético de unas y otras* como sigue:

• «*En orden a la dimensión estructural de la adopción* (68):

- 1.^a Dificultad de un concepto unitario del instituto, dadas las diversas formulaciones sociológicas de los supuestos de hecho.
- 2.^a El *cómo* responde a un tipo de ficción legal manifiesta que crea

(66) Véase en *op. cit.* en nota 13, Ed. Edersa, pág. 266 (subrayados míos: JCG).

Sin embargo, si un tal planteamiento se estima avanzado y progresista —que en verdad lo es—, conviene aquí recordar la finura y profundidad del análisis sobre «Política legislativa» efectuado por el gran maestro civilista francés Jean CARBONNIER, *op. cit.* en nota 22 precedente, al decir que: «No siempre los partidos progresistas han actuado, sin inconsecuencia, en favor de la adopción (adopción como aburguesamiento...). Mas, en un sentido opuesto —y recuerda *la moral* del *Círculo de tiza caucásico*, de B. BRECHT—, exaltar la filiación adoptiva es una manera de socavar la familia burguesa en uno de sus fundamentos, de arruinar la justificación de los privilegios de nacimiento por la herencia biológica».

(67) Véase *op. cit.*, marzo-abril 1985, págs. 407 y sigs., espec. págs. 429 y sigs. y 441 y sigs.

(68) Véase *op. cit.* en nota 67 anterior, págs. 440-441.

un *símbolo* de la generación entre adoptantes-adoptado, originando una filiación legal no natural.

- 3.^a Los presupuestos subjetivos descubren una maraña de intermediarios.
- 4.^a Existe una real e injusta discriminación respecto de las madres solteras, cuya gestación está sometida a coacciones.
- 5.^a Existe un turbio mercado negro de niños recién nacidos.
- 6.^a No existen criterios en orden a la elección de los adoptantes.
- 7.^a Dificultad de un concepto unitario de abandono.
- 8.^a Una adopción concreta carece de unos criterios objetivos básicos.
- 9.^a Inexistencia de garantías procedimentales y de control administrativo.
10. Necesidad de una actividad administrativa total, que conjugue los distintos intereses en juego y satisfaga las demandas de la justicia y de la no discriminación».

• *«En orden a la dimensión funcional de la adopción (69):*

- 1.^a Necesidad de un planteamiento no dogmático de la institución, en relación con los distintos intereses en juego.
- 2.^a La adopción se presenta como un procedimiento de Derecho privado con cierta intervención pública.
- 3.^a Los presupuestos subjetivos implican un necesario juego de consentimientos, básico para dar vida a la adopción. Las declaraciones de voluntad caben en documento fehaciente ante el Juez.
- 4.^a La situación de abandono debe ser declarada por el Juez.
- 5.^a La conveniencia del adoptado es una regla de contenido indeterminado a completar por el Juez.
- 6.^a El expediente inicial en la práctica es una fase 'prejudicial' sujeta al procedimiento administrativo, con gran discrecionalidad.
- 7.^a La intervención judicial responde hoy a la demanda de un Juez superdotado y superespecializado y, como jurisdicción voluntaria, es actividad administrativa.
- 8.^a La escritura pública de adopción responde a que la adopción es un acto privado familiar solemne, y el Notario ejercita la función pública de 'dar forma' a los actos jurídicos civiles más importantes.
- 9.^a El título de atribución del estado civil es el supuesto de hecho concreto del que depende su existencia jurídica. La inscripción

(69) Véase *op. cit.* en nota 67, págs. 475-476.

tiene el valor de medio de prueba privilegiado de los hechos inscribibles.

10. De los supuestos de ineficacia es de especial relevancia el de la rescisión a petición de los padres naturales del adoptado».

• «En orden a las conclusiones (70):

«... ..

- 6.^a El porqué de la intervención en la adopción, tanto del Juez como del Notario, responden plenamente a los criterios de política jurídica y no son constantes históricas uniformes y permanentes».

De la misma forma que he apuntado respecto de las opiniones del profesor BERCOVITZ más arriba, voy a proceder a continuación al cotejo de mis argumentaciones aquí resumidas con el Proyecto de Ley de 1987, tanto en orden a su justificación o exposición de motivos, como en orden a la normativa reformadora en el mismo propuesta, y también espero que resulte de alguna utilidad al curioso lector.

B) EL PROYECTO DE LEY

Presentadas las características generales del nuevo Proyecto de Ley de 4 de febrero de 1987 y las innovaciones y reformas postuladas en el mismo, y sintetizadas las posiciones doctrinales en cuanto a las argumentaciones más progresistas y novedosas, resta ahora el efectuar un breve cotejo de estas últimas con el proyecto de ley para comprobar hasta qué punto aquel *rol* de la doctrina llamado *de instigación* ha podido servir de punto de partida o de base a una reforma que se pretende tan radical del añejo instituto de la adopción. Vendría a ser así una confirmación práctica de que también en el mundo del Derecho y de la 'Ciencia de la Legislación' pueden tener acabado cumplimiento lo que en el ámbito de la Historia A. J. TOYNBEE denominaba métodos de 'estímulo-respuesta' (70^{bis}). O de otro modo, a los *estímulos doctrinales* de 'instigación' renovadora habría una *respuesta* progresista del Gobierno en el poder en clara sintonía con aquéllos.

Que esto no es una elucubración personal lo demuestra si se procede

(70) Véase *op. cit.* en nota 67, págs. 476-477.

(70 bis) Véase A. J. TOYNBEE: *A study of Story*, y el *Abridgement*, de D. C. SOMERVELL, en traducción española de L. GRASSET, Alianza Ed., 6.^a ed., 1981, número 247, «Compendio I-IV», en II-V, págs. 104 y sigs.

a un repaso de las que he numerado como *doce características* exigibles a una moderna legislación sobre la adopción que propone R. BERCOVITZ:

- La primera se recoge en la exposición de motivos, párrafo 5.º, inciso inicial y todo el resto del párrafo, y artículo 173.
- La segunda se recoge en el artículo 178, 1.º
- La tercera se recoge en el artículo 180, 1.º, aunque matizado por el punto 2.º
- La cuarta se recoge en la exposición de motivos, párrafos 2.º, 7.º y 8.º, y en los artículos 172 al 174, 176, 2.º, y disposición adicional primera.
- La quinta se recoge en la exposición de motivos, párrafos 2.º y 6.º
- La sexta se recoge en la exposición de motivos, párrafo 7.º, y artículo 176, 1.º.
- La séptima se recoge en la exposición de motivos, párrafos 2.º —punto 3.º, inciso final— y 10.
- La octava se recoge en la exposición de motivos, párrafos 2.º y 5.º, y artículo 175, 2.º
- La novena se recoge en la exposición de motivos, párrafo 9.º, punto 2.º, y artículo 176, 1.º
- La décima se recoge en las disposiciones adicionales segunda y tercera, y artículos 1.829 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- La undécima se recoge en los artículos 177, y 1.830 y 1.831, 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- La duodécima parece implícita en los nuevos artículos 172 a 174, y se deduce del 176, 2, párrafo 2.º, 3.ª (alude a duración de 'más de un año').
- Además de todos estos indicios, las referencias del mismo autor a las normas de Derecho internacional privado, Derecho transitorio y necesidad de 'infraestructura pública' de asistencia, aparecen puntualmente recogidas en la exposición de motivos (párrafos 10, 11 y 8.º, respectivamente), y artículos 1.º DEL PROYECTO, disposición transitoria, disposición adicional primera y artículos 172 a 174.

En lo que se refiere a mis argumentaciones sobre esta materia que entiendo innovadoras y que he resumido precedentemente en orden a los perfiles estructural y funcional y a las conclusiones, de la misma manera que acabo de hacer con las tesis de R. BERCOVITZ, voy a proceder con las mías, como sigue:

• *Respecto del perfil estructural:*

- Las conclusiones tercera y quinta se recogen en la exposición de motivos, párrafo 2.º
- La conclusión octava se recoge en la exposición de motivos, párrafos 2.º (inciso 2.º) y 6.º
- La conclusión novena se recoge en la exposición de motivos, párrafo 2.º
- La conclusión décima se recoge *parcialmente* en la exposición de motivos, párrafo 8.º, y en disposición adicional primera.

• *Respecto del perfil funcional:*

- De la conclusión tercera se recoge *parcialmente* en artículo 1.830, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil la posibilidad de que el asentimiento puede hacerse ante el Juez 'en documento auténtico'.
- De la sexta se desprende la *tímida asunción* por la Administración de la fase pre-judicial, en exposición de motivos, párrafo 8.º disposición adicional primera, artículos 172 y 176, 2, 1.º, y 1.829 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- De la séptima aparece su reconocimiento *explícito* al remitir todo el procedimiento a la Jurisdicción Voluntaria, artículos 1.825 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

• *Respecto de las consideraciones concluyentes:*

- La sexta —única aquí recogida— justifica plenamente *el porqué* y el *cómo* de la intervención judicial en la nueva normativa sobre adopción y de la 'cantada' exclusión de la escritura notarial.

— *A modo de resumen* de estas consideraciones precedentes cabe añadir ahora: que la parte del proyecto de ley relativa a *su justificación o motivación* ha estado obviamente influida por esas posiciones doctrinales modernas que yo calificaba de 'instigadoras' que acaban de ser citadas y cotejadas; que casi la totalidad del entramado *normativo* del proyecto de ley está influido o es obra directa —¿*mens legislatoris*?— de un seguidor de R. BERCOVITZ; que la praxis o perfil funcional va a continuar anclado en torno a la figura del Juez; y que el ámbito administrativo *total* por mí postulado tan sólo ha sido tímida y cautelosamente asumido.

V. TEMARIO DE CUESTIONES PENDIENTES

Analizados los Proyectos de Ley de 1986 y 1987, cotejados con el régimen vigente hoy en el Código Civil, examinada la sistemática y ubicación de la adopción en el nuevo Proyecto de Ley de 1987, presentadas las aportaciones doctrinales innovadoras en esta materia en relación con la posible incidencia en el nuevo Proyecto de Ley, parece llegar el momento de pasar revista a la posible sucesión de las *cuestiones* que la doctrina progresista había presentado como de prioritaria solución y que el nuevo Proyecto de Ley de 1987 ha dejado quizá 'aparcadas' de momento.

Muy resumidamente, centro estas cuestiones que considero *pendientes* en el siguiente temario: la situación de abandono, el consentimiento de los padres naturales, el período de prueba previo, las características genéricas de la regulación proyectada, la infraestructura y el procedimiento.

A) LA SITUACIÓN DE ABANDONO

• Para R. BERCOVITZ (71) es necesario proceder a *definir* tal situación de abandono para que así se pueda prescindir del consentimiento del padre o madre naturales o del tutor; pero con la normativa hoy vigente —artículo 174, párrafo 2.º, del Código Civil, redacción de 1981— bastaba con que alguien *se ocupe* del adoptando para que automáticamente se considerase que dejaba de estar abandonado a los efectos del párrafo 1.º del mismo artículo. Este aspecto criticable de la actual regulación parece querer paliarse con la norma del *proyectado artículo 172, 2.º*, cuando se refiere a la asunción *automática* de la guarda del menor cuando quienes tienen sobre él potestad «lo soliciten *por no poder atenderlo...*».

Para el mismo autor la voluntariedad e intencionalidad no se consideraron relevantes en la Ley de 1970, y *la fuerza mayor* podía ser alegada después de la adopción efectuada, pero nunca antes, lo que no le parecía razonable. Este aspecto criticable de la vigente normativa parece aludirse en *el proyectado artículo 180, 2.º, inciso 1.º*, al referirse a la extinción de la adopción solicitada por el padre o la madre (72) «que, *sin culpa* *suya*, no hubieren sido oídos en el expediente».

El mismo autor consideraba criticable de la vigente normativa en

(71) Véase *op. cit. en nota 13*, Ed. Edersa, págs. 339 y sigs., y resumen de sus críticas en págs. 341, 342, 344 y 348.

(72) En *el Proyecto de 1986* se decía «por naturaleza», y en *el Proyecto de 1987* se suprime este término sin demasiada justificación. Parece algo excesivo esa postulada eliminación de todo cuanto se refiera a los padres «por naturaleza».

cuanto a la tipificación del abandono el *límite* de los catorce años. Esto parece remediarse con la nueva norma del artículo 177, 1.º, que alude al consentimiento del adoptado —*sic*— «mayor de *doce* años».

Para el mismo autor, la vigente normativa —artículo 174, 2.º, del Código Civil— no procedía a establecer ningún *período de tiempo mínimo* para apreciar la realidad del abandono, a diferencia del derogado artículo 178, 2.º, de la Ley de 1958. Aun con las reservas por mi parte sobre mi interpretación, parece referirse a este punto *el nuevo artículo 176, 2.º, párrafo 2.º, 3.º, al aludir* a la circunstancia de que el adoptado —*sic*— lleve «*más de un año* acogido por el adoptante...».

Para el propio BERCOVITZ *la declaración de la situación de abandono* era encomendada en el Proyecto de Ley de 1970 a los Tribunales Tutelares de Menores, pero al ser suprimido por la enmienda número 17 de don M. VAQUER SALART, que fue aceptada, quedaba la duda de si seguía vigente la Ley de Enjuiciamiento Civil. Entendía BERCOVITZ que debía seguir vigente la Ley de Enjuiciamiento Civil y con ello la discrecionalidad del Juez. Esta posición del autor citado parece haber sido acogida plenamente con la normativa propuesta del ARTÍCULO 7.º DEL PROYECTO DE LEY y con el artículo 173, 2.º

Finalmente, considero importante recoger aquí la idea básica de BERCOVITZ sobre el abandono, que el autor «relaciona exclusivamente con una situación de hecho de desatención del adoptando menor, sin perjuicio de que coincida o no con relaciones legales de filiación» (73).

• Para quienes han comentado las nuevas normativas *en Alemania*, el punto del abandono debe ponerse en relación con *el problema de las gestantes en situación difícil*, cuyas únicas opciones claras son o el aborto o el abandono, y ante cuyas necesidades perentorias lo más oportuno es la asistencia adecuada durante el embarazo, lactancia, etc., y el protegerles de toda posible coacción —ni para retener ni para desprenderse del hijo—. Por supuesto, entienden que el único antídoto posible a los niños desamparados internados en establecimientos hospitalarios es la integración del niño en una familia, lo que equivale a subordinar la patria potestad al bien del niño (74). Así parece recogerse en el 'acogimiento' previsto en el nuevo articulado —*artículos 172 al 174* del Proyecto nuestro de 1987.

• *Por mi parte*, de las reflexiones efectuadas en su momento, y que aquí fueron resumidas precedentemente, entiendo siguen subsistentes mis

(73) Así, en *op. cit. en nota 13*, Ed. Edersa, pág. 343.

(74) Así, en A. LÓPEZ CABALLERO: «La adopción en Alemania», en *RGLJ*, Madrid, núm. 5, mayo 1981, págs. 561 y sigs., espec. págs. 572-573.

ideas de que la situación de abandono responde a una variada serie de premisas de hecho que no son susceptibles de una reconducción a un concepto unitario, de que la situación de abandono debe ser declarada *expresamente* por el Juez, y de que el punto relativo a *la entrega del menor* a un establecimiento sigue sin estar nada claro. Reiterando lo dicho en otra ocasión en estas mismas páginas (75), hay que distinguir *dos hechos*: uno es la entrega *al establecimiento* —conducta casi siempre típicamente delictiva—, y otro es la entrega *por* el establecimiento —conducta típica administrativa, sometida, por tanto, al procedimiento administrativo—. Creo entender que todo ello sigue estando carente de adecuada solución, y, en tanto ello no se remedie, por mucho que se legisle será como discutir del sexo de los ángeles...

B) EL CONSENTIMIENTO DE LOS PADRES NATURALES

• R. BERCOVITZ es el autor que más atención cuantitativa y cualitativa ha prestado a este punto del consentimiento, llegando a introducir el término «asentimiento», cuya patente de difusión se hace ahora con el Proyecto de Ley de 1986/1987; además, ha estudiado (76) las *variantes derivadas* del consentimiento en relación con la patria potestad, los puntos del consentimiento genérico, del anterior al nacimiento, del transcurso de un plazo determinado y de la aplicación del principio de titularidad compartida de la patria potestad. De los puntos en relación con la privación de la patria potestad se hace eco *el nuevo artículo 178, 1, 2.º*. En cuanto al *plazo*, criticaba el autor citado el plazo de *un mes* del artículo 174, 4.º, VIGENTE, por entender que no cubre todos los supuestos en que no existe abandono (77).

• *Por mi parte*, al examinar anteriormente *el postulado artículo 177, 2, 2.º, párrafo 3.º*, puse de relieve el contraste exageradísimo entre los transcurridos *quince días* desde el parto y lo convenido en Estrasburgo en 1967 de «no ser válido el consentimiento *si se presta DENTRO de las seis primeras semanas siguientes al parto*» (78). Hay que hacer notar que el citado Convenio de Estrasburgo sobre adopción *no ha*

(75) Véase mi estudio en *op. cit. en nota 3*, pág. 438.

(76) Véase *op. cit.*, Ed. Edersa, págs. 321 y sigs.

(77) Véase *op. cit. en nota 76 anterior*, pág. 345.

(78) Véase *op. cit. en nota 3*, en esta *Revista*, 1985, pág. 433.

Conviene hacer notar que la reforma alemana de 1976 hace que el actual *parágrafo 1.747 del BGB* exija UN MÍNIMO DE OCHO SEMANAS. Parece prudente tomar buena nota de esta norma y adaptarla entre nosotros, al modo y uso de las «criptorrecepciones» que se suelen dar en nuestro país.

sido ratificado por España (79), detalle al parecer imperceptible e insignificante, pero a mi modesto entender ilustrativo de cómo la filosofía y la 'supraestructura' jurídica europea va por un lado y la práctica jurídica de cada país va por otro y a su aire.

C) EL PERÍODO DE PRUEBA

• Para BERCOVITZ, una de las críticas mayores a la normativa hoy vigente es la *inexistencia* de un período de prueba entre adoptante y adoptado, única forma de poder alcanzar alguna certeza en cuanto a la compenetración de ambas partes (incluida la familia del adoptante) (80). Este período de prueba *está legalmente previsto* en Francia (arts. 351 a 354), Alemania (parágrafo 1.744) e Italia (art. 25, párrafo 1.º, de la Ley de 4 de mayo de 1983) (81). He anticipado mi parecer de que esta demanda de BERCOVITZ parece implícitamente recogida en los nuevos artículos 172 a 174 y deducible del artículo 176, 2, 2.º, 3.ª Entre nosotros no se ha planteado hasta la fecha la *cuestión* de si EN EL COMPUTO del período de acogimiento se debería *tener en cuenta un previo* prohijamiento o acogimiento 'provisional' dispuesto por la misma autoridad que dicta el segundo, problema que ha dividido a la doctrina y jurisprudencia italianas.

• *A mi modo de ver*, parece claro: que no hay en la nueva normativa una declaración explícita de tal período de prueba; que desde el *perfil funcional* todo este período aparece en la *vigente* normativa de 1981 como un fase prejudicial carente del más mínimo requisito de objetividad e imparcialidad, normada por disposiciones administrativas anticuadas y a la que debe aplicarse con rigor el procedimiento administrativo y sus garantías; y que para la solución que apasiona a la doctrina italiana acerca del cómputo de tiempo de un acogimiento previo provisional parece debieran tenerse en cuenta los dos principios clave de la conveniencia del adoptando y de que la 'integración familiar' previa haya sido o no beneficiosa para el mismo.

(79) Así, en CASTÁN VÁZQUEZ: «Evolución histórica y realidad actual de la adopción en España», en el volumen colectivo *Il diritto del minore alla famiglia (Prospettive comparatistiche)*, Ed. Scientifiche Italiane, Nápoles, 1982, págs. 391 y sigs., espec. pág. 402.

Un excelente resumen del «Convenio» citado, así como el *rapport* explicativo, en E. FOSAR BENLLOCH: «El Derecho internacional de protección del menor: El Consejo de Europa y la ONU», en la *Revista Documentación Jurídica*, del Ministerio de Justicia, núm. 41, enero-marzo 1984, págs. 109 y sigs., espec. pág. 126.

(80) Véase *op. cit.*, Ed. Edersa, pág. 333.

(81) Véase ampliamente en Alfio FINOCCHIARO, *op. cit. en nota* 25 precedente, páginas 291 y sigs., espec. pág. 293.

D) LAS CARACTERÍSTICAS GENÉRICAS DE LA REGULACIÓN
PROYECTADA

He pasado revista en las páginas precedentes a aquellos aspectos y caracteres técnicos de la nueva regulación proyectada en su referencia con la normativa hoy vigente en el Código Civil y en su cotejo con aquellos postulados más innovadores de las modernas aportaciones doctrinales en esta materia. Con lo allí dicho, bastaría para cerrar este apartado. Con todo, basta hacer algunas observaciones, aunque fueren mínimas, en este lugar.

Procediendo, en consecuencia, ahora, a un breve *resumen* orientativo de todas las reformas, innovaciones y cambios que este Proyecto de Ley 1987 introduce en la vigente normativa y que se corresponden exactamente con *las características técnicas* de una nueva legislación, tenemos los siguientes:

- *Desde el perfil estructural:*
 - .. Supresión de la rúbrica del capítulo y de sus tres secciones.
 - .. Supresión de los artículos de la adopción simple (178 a 180).
 - .. Modificación sustancial de los artículos 174 a 176.
 - .. Solución a las dudas sobre vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
 - .. Introducción de disposiciones adicionales, disposiciones transitorias y disposiciones finales.
- *Desde el perfil funcional:*
 1. Equipara totalmente a filiación por naturaleza —con *supresión* del artículo 178, 1.º, del Proyecto de 1986—, y alude implícitamente a un período de prueba en el artículo 176, 2.º, 3.ª
 2. Separa al adoptado de su familia de origen: artículo 178, 1.º
 3. Declara la irrevocabilidad de la adopción: artículo 180, 1.º
 4. Tramitación PREVIA es *oficial y judicial*, a la par: artículos 172 a 174 y 176.
 5. Desaparece todo vestigio de autonomía de la voluntad: exposición de motivos, párrafo 7.º —*salvedad* notable en el artículo 1.830, 1.ª, de la LEC—.
 6. Suprime la adopción simple.
 7. Desaparece el concepto de abandono: referencia *implícita* a un concepto genérico y amplio de 'situación de desamparo' en el artículo 172, 1.ª, necesitado de determinación.

8. Reserva la adopción sólo para los *menores* de edad: artículo 175, 2.º
9. Suprime la escritura notarial y exige siempre la resolución judicial para la constitución de la adopción: exposición de motivos, 9, 2, y artículo 176, 1.º Sorprendentemente se suprime toda referencia al Registro Civil —*salvedad* de la 'reserva' en disposición adicional, 1, 6—.
10. Simplifica las prohibiciones para adoptar y reduce las barreras y topes de edad entre adoptante-adoptando: artículo 175.
11. Distingue tres tipos de consentimiento: artículo 177.
12. Exige necesidad de propuesta previa de una entidad pública: artículos 176, 2.º, y artículos 1.829 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
13. Introduce la nueva figura genérica de la 'guarda de menores' (sección 1.ª, arts. 172 a 174), y la nueva figura del 'acogimiento de menores' (art. 173).
14. Introduce normas nuevas en Derecho Internacional Privado (artículo 1.º del Proyecto) y de Procedimiento (art. 7.º del Proyecto).

Todos estos cambios o innovaciones aquí aludidos son una cadencia que recuerda las exigencias demandadas por BERCOVITZ, que ya vimos.

• *Por mi parte*, de todas estas *características* de la regulación postulada por el Proyecto de Ley de 1987 que acabo de citar y otras a las que ya he aludido previamente, me interesa resaltar en este lugar lo que he dicho de que *la tramitación AHORA* es de tipo híbrido, a la vez judicial y oficial. Con ello quiero decir que lo 'oficial' o administrativo puro es tan sólo *parcial* y muy escueto. Yo había sugerido y demandado la necesidad de un *procedimiento administrativo total* (82), dirigido por funcionarios competentes y en el que la *actividad administrativa* se desarrollase en la *doble forma* de la consideración tradicional de la doctrina iuspublicista: o de otro modo, *no basta* la mera actividad de 'policía' o *control* —EN EL CASO que comentamos, la necesidad de una previa propuesta de una entidad pública, y la calificación previa de éstas y su aprobación por la Administración (disposición adicional primera)—, *sino que también es preciso* la actividad de *fomento* o *promoción* por parte de la Administración; verbigracia, creación de 'Hogares Familiares', educación y promoción de la mujer, ayuda a madres solteras, información

(82) Véase *op. cit. en nota 3*, en esta *Revista*, 1985, págs. 452 y sigs.

Ultimamente he tenido noticias de que ya en 1966 un sacerdote, V. MUNDINA, había hecho una propuesta semejante; véase luego en *nota 104* posterior.

sanitaria, etc. Al momento volveré sobre este argumento, al aludir al procedimiento.

E) LA INFRAESTRUCTURA

• Para BERCOVITZ aparece muy claro que la *oferta* de niños para adopción está determinada por el doble juego de *dos factores*: el de la subsistencia de clases sociales muy humildes y el de la ausencia de una infraestructura pública de asistencia a la maternidad y a la infancia (83). Esto ha sido asumido tímidamente, según dije, en la nueva disposición adicional primera con la aparición de las 'Entidades colaboradoras de Integración Familiar'.

• *Para mi punto de vista*, ya anticipado en parte, esta tímida posición de la Administración sólo va a quedarse en la superficie del problema *en tanto en cuanto* no se cumpla una *doble condición*: de una parte, la de la creación *ex lege* de esas Entidades colaboradoras por una ley especial *previa o coetánea* a la de reforma de la adopción —algo similar a la alemana AVG de 2 de julio de 1976—, y de otra parte, como *complementaria* a esa determinabilidad de tales Entidades, la creación, promoción y fomento de *Asociaciones Privadas* que colaboren estrechamente con el poder central.

Que esta demanda mía equivalga a una *nueva Administración pública*, con la consiguiente *re-organización ministerial*, con la *creación* de un nuevo Departamento dirigido a las necesidades de la mujer, infancia, asistencia social, etc., es un problema político, de política legislativa. Que las 'Asociaciones Privadas' colaboradoras podrían actuar *en conexión* con una Dependencia central, con funciones de coordinación, asesoramiento, estudio, información, etc., es cosa que en otros países ya se ha implantado y parece que la cosa funciona (84). No parece difícil ni imposible el intentar hacerlo entre nosotros.

F) EL PROCEDIMIENTO

• Para BERCOVITZ, según ya vimos, el procedimiento tendente a una adopción tan sólo puede ser el judicial, en trámite de jurisdicción voluntaria, y siendo competente el Juez de Primera Instancia del domicilio del adoptante. Posición esta asumida plenamente en el Proyecto de Ley de 1987: disposiciones adicionales segunda y tercera y artículos 1.829 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(83) Véase *op. cit.*, Ed. Edersa, pág. 264.

(84) Así, al decir de A. LÓPEZ CABALLERO, *op. cit. en nota 74*, págs. 573-574.

• *A mi modo de ver este asunto*, y contemplado en su globalidad y desde todas las perspectivas posibles y sus distintos perfiles o dimensiones, la cuestión no es ni tan simple ni la norma propuesta tan satisfactoria ni tan suficiente. El paso a *un sistema judicial puro* no es completo, no ofrece las garantías que al ciudadano ofrece la Constitución y no es judicial. Por lo siguiente: *no es completo*, ya que no es judicial puro al intervenir en toda la fase previa una serie de Entidades ahora inexistentes en su calidad de 'colaboradoras' en la protección de menores y en su mayor parte —previsiblemente— de carácter administrativo; *no ofrece las garantías adecuadas*, al dejar en manos del Juez una amplísima discrecionalidad que no puede representar más que una fuente de riesgos e inseguridad —verbigracia, los peligros de ser Juez y parte la Entidad pública de carácter benéfico (85), la imprecisión acerca de *cuándo* existe abandono, o la derivada de la nueva noción de «situación de desamparo» del artículo 172, 1.º, *in fine*, la duda de quién declara el abandono o desamparo, la pregunta de cómo es esa especial situación de 'adoptabilidad' (86), sus efectos y quién, cómo y cuándo la decide, y, sobre todo, porque la primacía del interés del menor (la antigua regla de la 'conveniencia del adoptado') lleva incapsulada una norma de contenido indeterminado a completar teóricamente por el Juez, pero que prácticamente puede producirse *antes* y *fuera* de la presencia judicial, enumeración esta no limitativa ni exahustiva y que muy bien podría ser *normada* reglamentariamente; y finalmente, *no es judicial*, ya que es bien claro que toda la jurisdicción voluntaria no es jurisdicción, sino pura esfera de la Administración, que quedaría mejor ordenada dentro de las garantías de la Ley de Procedimiento Administrativo (87). Por consiguiente, si se tratase ahora de resumir en este punto mi posición, la cuestión aparece diáfana como el sol: ni el procedimiento postulado en el Proyecto de Ley de 1987 es a modo de paso a un sistema judicial puro, ni el sistema contemplado es técnicamente 'judicial' —sino administrativo—, ni ofrece seguridad jurídica.

(85) Muy expresivamente, CASTRO LUCINI, en «Comentarios a las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1972 y 28 de mayo de 1973», en *ADC*, 1973, págs. 1218 y sigs., espec. pág. 1238.

(86) Neologismo éste que introduzco con las naturales reservas y literalmente traducido del italiano.

En contraste evidente con nuestra propuesta legislativa aquí comentada, la nueva Ley de 4 de mayo de 1983 en Italia —en sus artículos 8 al 21— *precisa muy claramente* quién, cómo, cuándo y efectos de esa situación de «adoptabilidad», y con un especial cuidado en el procedimiento, notificación, etc. Puede verse ampliamente en Alfio FINOCCHIARO, *op. cit.*, «Comentarios a los artículos 8 al 21», páginas 97 a 260, espec. págs. 97 y sigs. y 183 y sigs.

(87) Véase *op. cit. en nota* 3, págs. 461 y sigs., y allí notas 172 y 173, especialmente pág. 464.

• Desde mi punto de vista, apuntado en páginas precedentes y ya esbozado en esta REVISTA (88) en otro momento, *aparece* ante mí como 'duda metódica' preliminar la relativa a la *necesidad de intervención judicial en la adopción* y, subordinada a ella, la implícita en la pregunta de *a qué tipo de Juez concreto* se refiere esa imputación de competencia en la materia. En una fase siguiente, de esta posición dubitativa y crítica ante la normativa postulada, paso a un estadio de tendencia *prospectiva*, en el sentido de aventurar un posible remedio a los males de la institución ahora objeto de reforma con la creación de una *Administración especial* y destinada a satisfacer esas necesidades humanas elementales.

• *Primera fase o dubitativa:*

- De la *duda inicial* acerca de la *intervención judicial en la adopción* me había ocupado ya en esta REVISTA (89) y a tales argumentaciones —todavía no desvirtuadas en contrario— me remito.
- De la *duda subordinada* en cuanto a *qué tipo concreto de Juez* es al que se refieren quienes postulan su intervención en la adopción había apuntado reticencias e información en contra en el lugar citado. La cuestión *oscila* entre el Juez intérprete de una regla legislativa neutra e igual para todos y el Juez devenido en elemento de la 'ingeniería social', o, de otro modo dicho por la doctrina europea reciente, «¿es el *juge-arbitre* prototipo del modelo de justicia legalista-liberal con la función canónica de zanjar definitivamente las disputas sobre los derechos subjetivos y de realizar la voluntad de la ley, o es más bien el *juge-entraineur* prototipo del modelo de justicia normativa-tecnocrática como instrumento activo del cambio social y técnico de gestión que trata de promover el óptimo desarrollo económico y social de la ciudad al estar investido de una misión de prevención, de consejo y de orientación?» (90). No cabe desconocer la *doble mutación* que hoy en día afecta a la función de juzgar; *de un lado*, los fenómenos de desbordamiento del poder judicial en provecho de otras instancias de resolución de conflictos o de control social, y, *de otro lado*, las numerosas transformaciones internas que sufren las mismas

(88) Véase *op. cit. en nota 87 precedente*, págs. 439 y sigs. y 450 y sigs., especialmente págs. 463 y sigs.

(89) Véase *op. cit. en nota 87*, págs. 454 y sigs.

(90) Así, expresivamente, en François OST: «Quelle jurisprudence, pour quelle société?», estudio en *Archives de Philosophie du Droit*, tomo 30, «La jurisprudence», Ed. Sirey, París, 1985, págs. 9 y sigs.

jurisdicciones. A todo esto se ha referido amplia y explícitamente el jurista belga ya aludido F. OST en una serie de obras colectivas dedicadas a esta materia (91). *A todo ello habría que referirse también entre nosotros y preguntarse cuál es el tipo de Juez que hoy tenemos y qué funciones se le asignan, y cuestionarnos si la única manera de regulación y solución de conflictos es la judicial o si más bien coexisten con ella otros modos informales de solución e incluso intervenciones administrativas* (92).

- Consecuencia de lo expuesto hasta ahora, con el modelo de justicia *normativa-tecnocrática* que parece imperar hoy en día se ha pasado a una transferencia sistemática de la función legislativa a la Administración, a un Juez que ya no es un agente de conservación de textos en vigor, sino devenido coautor del cambio jurídico, llamado a ser administrador, educador, economista (93). De todas partes se elevan voces que reclaman la *especialización* del Juez, bien jurídica, económica o técnica: de Juez-especialista se pasa así al Juez-experto. Se

(91) Para lo relativo a las funciones del Juez en una sociedad moderna, véase los trabajos de François OST que siguen:

- «Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice», en el volumen dirigido por P. GÉRARD, F. OST y M. VAN DE KERCHOVE: *Fonction de juger et pouvoir judiciaire. Transformations et déplacements*, Bruselas, 1983, págs. 1-70.
- «Entre jeu et providence, le juge des relations économiques», en el volumen dirigido por A. JAQUEMIN y B. REMICHTE: *Les magistratures économiques et la crise*, Bruselas, 1984, págs. 33-89.

Para el análisis de la crisis moderna y su incidencia en la justicia actual, pueden verse los trabajos siguientes:

- A. BANCAUD e Y. DEZALAY: «La justice face aux restructurations économiques, analyses et stratégies», en *Droit Social*, núms. 7-8, julio-agosto 1980, páginas 359 y sigs.
- «Actas de las XI Jornadas de Estudios Jurídicos Jean Dabin», Bruselas, 1984, sobre «L'évolution du droit judiciaire au travers des contentieux économique, social et familial. Approche comparative».
- R. PERROT: *Le contentieux économique, social et familial en droit judiciaire français, rapport de synthèse*, en el vol. de las «Actas XI Journ. J. Dabin», páginas 105 y sigs.

(92) Estas son las preguntas y la sugerencia final que efectúa en la doctrina francesa J. COMMAILLE: *Études empiriques des nouveaux modes de régulation des conflits*, en un Seminario celebrado el día 27 de enero de 1984 en el «C. N. de la R. S.» dedicado a la materia «Pratique judiciaire et transformation sociale» (la cita, en F. OST, *op. cit.* en nota 90 anterior, pág. 13, nota 12).

(93) Así, en la doctrina francesa: F. OST, *op. cit.* en nota 90, págs. 20 y sigs., y en R. PERROT, *op. cit.*, pág. 106.

llega a una *personalización* del servicio de la justicia. Trasladadas estas ideas a nuestro país y a nuestro tema, me pregunto: ¿será este nuevo tipo de Juez el que *sugiere* la nueva normativa del Proyecto de 1987? O mejor, ¿*existe* una infraestructura judicial' similar en España? Y en cuanto a la estructuración judicial interna tanto horizontal como vertical y a su inserción en el contexto social en el que el Juez va integrado, ¿tenemos estudios serios efectuados?

- Ante esta serie de datos tomados de prestado de países de nuestro entorno inmediato, ante las preguntas finales formuladas, aquella duda subordinada a la inicial parece reforzada y subsistente. Nadie duda de la *posibilidad* teórica de un tipo concreto de Juez con esas funciones que hoy la realidad social demanda, nadie duda de la *existencia* probable de esos Jueces que yo denominaba 'supermán jurídico', aunque la realidad de cualquier entorno social lo que está evidenciando es la carencia de Jueces, de personal, de medios, etc. A los hechos y a los numerosos ejemplos suministrados por los medios de comunicación social me remito sin reticencia alguna.

• *Segunda fase o prospectiva:*

- De aquellas dudas anticipadas en el apartado precedente se llegaba pronto a la evidencia de que podía haber alguna otra *alternativa*. Y no se trata ahora de aludir a la idea moderna de justicia 'alternativa', sino de encontrar alguna otra opción válida para la solución de problemas reales en los que no existe un litigio o proceso. Esta idea, subyacente en la misma noción de 'jurisdicción voluntaria', consistía en la conceptualización esencial de la misma como *una actividad administrativa más*. Me confirmaba esta intuición primera el dato relevante de que pensadores progresistas de otros países similares al nuestro, como Italia, habían ya propugnado hace pocos años la 'desjurisdiccionalización' (94) como una tendencia clara apuntada ya desde las sociedades industriales más evolucionadas. El paso es muy avanzado, pero se propugna muy especialmente para todas las problemáticas familiares y, en especial, para la problemática de los menores. De ahí a considerar el paso de la jurisdicción a 'los servicios sociales' para la infancia sólo restaba el dejarlo en manos de una opción de política legislativa

(94) El neologismo es de nuevo traducción literal del italiano. A mi parecer, lo introduce E. ROPPO, *op. cit. en nota 31*, pág. 378, nota 95.

avanzada. Y en materia de guarda de menores y de adopción, parece más evidente todavía. Y en ello estamos ahora.

Ante estos *nuevos factores* incidentes en el Proyecto de Ley comentado, entiendo que no es aventurado optar por la viabilidad de TRANSFORMAR ese postulado *sistema judicial casi puro* en un *sistema administrativo total*, en unos 'Servicios Sociales' tal y como existen en otros países y que en España son desconocidos, aunque existe ya alguna idea al respecto (95) muy aprovechable y a la que aquí no puedo sino remitirme. De entre la *amplia problemática* que todo ello plantea, cabe aquí apuntar las siguientes CUESTIONES:

- .. ¿Debe crearse un Departamento único central, o más bien *descentralizar* los servicios administrativos pertinentes?
- .. La *función* de atención al menor, ¿debe adscribirse a un único órgano, o a atribuirse al Juez? ¿Cómo coordinar los servicios judiciales y los sociales? ¿Cómo actualizar los servicios judiciales de protección jurídica hoy atribuidos a los 'Tribunales Tutelares de Menores'?
- .. ¿Qué *mecanismos* cabe hallar para obtener la protección jurídica integral de los menores? (96).
- .. Si es cierto que una política de 'Servicios Sociales' impone al Estado unas *obligaciones concretas*, ¿qué obligaciones mínimas

(95) De imprescindible lectura el volumen colectivo titulado *Aspectos jurídicos de la protección a la infancia*, del «Consejo Superior de Protección de Menores», editado por el Departamento de Publicaciones y Documentación del Consejo Superior de Protección de Menores, Madrid, 1985.

De entre las numerosas aportaciones contenidas en el citado volumen, son de resaltar ahora en este punto concreto las que siguen:

- J. M. VILLANUEVA PRIETO: *Relación entre acción judicial y social en materia de guarda y custodia y adopción*, págs. 93 a 128.
- T. MERÍN CAÑADA: *Los servicios sociales en relación con la adopción y la guarda y custodia*, págs. 129 a 154.

Finalmente, conviene observar al respecto que existe el «PEDS» o «Programa Europeo de Desarrollo Social», que define los «servicios sociales» como el conjunto de servicios necesarios para ayudar a los grupos sociales y a las personas a resolver sus problemas, superar sus *handicap* y crear y conseguir recursos adecuados para mejorar su calidad de vida.

(96) Entiende VILLANUEVA PRIETO, *op. cit. en nota 95 anterior*, págs. 120 y sigs., que tales mecanismos son *dos*: la interpretación interdisciplinar del Derecho de Menores y la adopción interdisciplinar de resoluciones. Para la configuración ideal de tal *interdisciplinariedad* cree que lo más adecuado serían los «Tribunales mixtos» o escabinos.

tiene la Administración pública en este ámbito? ¿Con qué *criterios operativos* cabe estructurar una política social *ad hoc*? (97).

- .. ¿Cuáles son las necesidades que el niño en situación de abandono siente?
- .. ¿Qué *tipo de intervención administrativa* debe efectuarse para atender toda la problemática de los menores? En relación con tal intervención estaría el *encuadre* de los posibles *casos de adopción* y, DENTRO de ellos, el de la colocación en guarda y custodia *a través* del pertinente 'Servicio Técnico de Adopciones' público o privado.
- .. ¿Cuáles son los *niveles de atenciones o servicios* a ofrecer en los distintos tipos de intervención social?

Si hubiera que resumir brevemente mi idea sobre este por hoy utópico *sistema administrativo* basado en unos «Servicios Sociales» —articulados en Servicios Sociales de base y Servicios Sociales Especializados, y cada uno en relación con la infancia y la *adopción* —tendría que hacerlo a partir de estas *coordenadas*:

- 1.^a Su posibilidad teórica y práctica (98).
- 2.^a La superación del actual lastre de la 'judicialización' —y, por tanto, inadaptación— de los enfoques asistenciales (99).
- 3.^a La concordancia con las sociedades industriales más evolucionadas, como Alemania y Suecia (100).
- 4.^a La superación del postulado tipo de prevención 'terciaria' que supone la normativa del Proyecto de Ley de 1987 con el acogimiento familiar (101).
- 5.^a El temario de *cuestiones* planteadas cuenta con abundancia de remedios teóricos y prácticos, a cargar en el 'Haber' de la obra del 'Consejo Superior de Protección de Menores' y de otros organismos públicos y privados de notable experiencia en esta materia (102).

(97) Para MERÍN CAÑADA, *op. cit. en nota 95*, pág. 133, habría que disponer de *dos tipos* de unidades operativas para actuar en concreto: *una*, los «servicios sociales de base», y *otra*, los «servicios sociales especializados».

Ese mismo doble tipo de «servicios sociales» es postulado *para la adopción*; véase MERÍN, *op. cit.*, págs. 134 y sigs.

Para todos los demás puntos en relación con la adopción, véase MERÍN, *op. cit.*, páginas 136 y sigs.

(98) Véase MERÍN, *op. y loc. cit. últimamente*.

(99) Véase VILLANUEVA PRIETO, *op. cit.*, pág. 103.

(100) Así, en MERÍN, *op. cit.*, pág. 145.

(101) En sentido similar, MERÍN, *op. cit.*, pág. 141.

(102) Véase, por todos, el volumen colectivo citado *en la nota 95* precedente, y allí las aportaciones de E. MIRET MAGDALENA, P. DE LAS HERAS, J. ARCE Y FLÓREZ-

- 6.^a La creación de un nuevo Departamento u Organismo central con las funciones de atención a esas necesidades ya aludidas. Ergo, la dotación de las pertinentes competencias. Ergo, la atribución de la consiguiente potestad. Ergo, el ejercicio de la potestad —aun discrecional— con estricta sujeción y adecuación al principio de 'legalidad' (103).
- 7.^a El ejercicio de la potestad mediante el doble juego de la actividad administrativa: de control y de fomento (104).
- 8.^a La necesidad de una «Ley Básica de Servicios Sociales» como instrumento para establecer el sistema propuesto.
- 9.^a La conveniencia de difundir las competencias en la materia en la vigente normativa de Régimen Local (105).
10. La superación de la dicotomía 'acogimiento' —preparación de dor, economista (93). De todas partes se elevan voces que reclamen tales funciones por un equipo pluridisciplinar (106).

VI. BREVE RECAPITULACION

Parece ya hora de cerrar estas denominadas 'notas de urgencia' procediendo a una *recapitulaciones provisional* de todo lo hasta aquí expuesto tras las consideraciones introductorias, las reflexiones comparativas entre ambos Proyectos de Ley y con el régimen del Código Civil hoy vigente y su sistemática respectiva, las aportaciones doctrinales más innovadoras, y la serie de 'flecós' o cuestiones al parecer pendientes de solución. Recapitulación que cabe efectuar sentando aquí las *consideraciones* siguientes:

VALDÉS, J. L. CALVO CABELLO, A. GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, J. M. VILLANUEVA PRIETO, T. MERÍN CAÑADA, P. VERCELLONE y L. SANS JUANPERA e I. VIVAS LLORENS.

(103) Anticipaba estas ideas en mi estudio citado *en nota* 3 precedente, en esta *Revista*, 1985, pág. 453, y allí las notas 128, 128 bis y 129.

(104) Así lo expuse anteriormente, *en epígrafe V-D y nota* 82. Una propuesta similar en 1966 de V. MUNDINA ya fue aludida. En cuanto a la acción de *fomento*, véase ARCE, *op. cit. en notas* 95 y 102, pág. 43.

En cuanto a esa acción de fomento, en colaboración con las «asociaciones privadas», véase A. LÓPEZ CABALLERO, *op. cit. en nota* 74, págs. 573 y sigs., quien alude no tan sólo a esa colaboración en materia de adopción, sino también en orden a una «futura revisión del Código de Derecho Familiar».

Para un mayor detalle, véase MERÍN, *op. cit.*, págs. 142 y sigs., espec. págs. 144 y sigs.

(105) Véase la Ley 71/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local (BOE, número 80, de 3 de abril, págs. 8945 y sigs.), que en su artículo 25-2-k atribuye a los *municipios* competencia para la «prestación de los servicios sociales y de promoción y inserción social».

(106) Véase, en tal sentido, MERÍN, *op. cit.*, págs. 151 y sigs., espec. pág. 153.

1.^a *Desde la exposición inicial en torno al perfil estructural:*

- Es necesario robustecer y dignificar *un acto previo* a la adopción con garantías para todos los interesados.
- Es necesaria una actividad administrativa *total* que proceda a con-
jugar los distintos intereses en juego (107).

2.^a *En relación con las reflexiones comparativas:*

a) *Ideas directrices de ambos Proyectos de Ley (1986-1987)*

- 1.^a La doble normativa comparada instaura una 'nueva planta' sobre la adopción, incapsulada dentro de la noción genérica nueva de la 'protección de menores'.
- 2.^a La doble normativa comparada fundamenta la nueva adopción sobre dos principios: el ser un acto de integración familiar y el de primacía del interés del menor.
- 3.^a El procedimiento postulado es ahora exclusivo de la Jurisdicción voluntaria, o sea, sólo judicial.
- 4.^a Se introduce la nueva noción de Entidades «colaboradoras» en la protección de menores.

b) *Ideas concluyentes tras el cotejo de la normativa vigente hoy del Código Civil con la normativa del Proyecto de Ley de 4 de febrero de 1987.*

1.^a *La nueva normativa postulada en el Proyecto de Ley*

- Se fundamenta en un doble principio, desarrollado en el de la primacía del interés del menor (108) y en el de acto de integración familiar.
- Contiene esenciales innovaciones en orden a normas de colisión, normas transitorias y finales, disposiciones adicionales,

(107) Véase CERDÁ GIMENO, *op. cit.* y *loc. cit.* en nota 8 anterior.

(108) En principio, me remito a lo dicho anteriormente en epígrafe II-B y nota 33 bis, en orden a la prioritaria atención al menor y mis reservas. Que mi posición no es aislada me lo confirma la recientísima obra francesa de C. LAMBRUSSE-RIOU, *op. cit.* en nota 22 anterior, pág. 174, la cual expresivamente afirma lo siguiente:

«La noción de 'interés del niño', fundamento de la decisión de adopción, es delicada y no puede ser disociada de la consideración de los intereses del adoptante, de una parte, de los que es preciso apreciar las motivaciones y aptitudes, y de los padres biológicos, de otra parte, a los que el niño no debe ser arrebatado bajo la presión. Se ha podido constatar, en efecto —y denunciar—, verdaderos mercados ocultos de adopción, o de manera más insidiosa o hipócrita, prácticas incitando a la madre soltera a abandonar a su hijo en vista de la adopción» (subrayados míos: JCG).

're-viviscencia' de la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 1.825 y siguientes) y reforma *integral* de todo el capítulo V —acogimiento/adopción— en sus artículos 172 al 180 del Código Civil.

- *Omite* el tratamiento de puntos esenciales cuales los del Código Penal, la referencia a los 'Tribunales Tutelares de Menores' y la regulación normativa de las creadas Entidades «colaboradoras» en la protección de menores.

- 2.^a La nueva noción de la «guarda y protección de menores» parece ser un tanto híbrida y de escaso fuste civil.
- 3.^a Elogiable y digno de encomio el tratamiento de eliminación progresiva de requisitos y trámites conducentes a una adopción (109).
- 4.^a La nueva función del 'consentimiento', que aparece ahora con tres grados o estadios —uno de ellos, la nueva noción del 'asentimiento'—.
- 5.^a La conversión radical del actual procedimiento complejo de tres fases (judicial, notarial, registral) en un sistema judicial *casi puro* (dada la incidencia administrativa en las 'propuestas' de adopción).
- 6.^a La instauración de las Entidades 'colaboradoras' en la protección de menores es un gran avance, pero adolece de timidez por la falta de una reglamentación —previa o coetánea a esta propuesta Ley sobre adopción— administrativa adecuada.

3.^a *En cuanto a la sistemática del Proyecto de Ley y su ubicación dentro del vigente Código Civil:*

- La normativa postulada procede a insertarse como una *continuación* del sistema tradicional, o sea, *dentro* del Título VII de las relaciones paterno-filiales.
- Parece que la sistemática más adecuada debería ser la de *una forma más* de la 'determinación' de la filiación, consecuencia obligada tras la norma constitucional. A la hora de centrar la normativa, parece podría ir *a continuación* del artículo 126 del Código Civil actual (como sección 4.^a del capítulo II del Título V de 'Paternidad y Filiación').

(109) Vale lo dicho *en nota* 27 precedente: continúa sin quedar justificada ni aclarada la supresión de la escritura notarial en la adopción. La demagogia de algunos hizo ver que encarecía (!) y alargaba (!) la tramitación: falsedad tras falsedad, demostrada con argumentos solventes por mi parte en esta *Revista*, *op. cit. en nota* 3 precedente, págs. 465 y sigs., espec. pág. 469.

- ¿Podría pensarse en una ley 'descodificadora' o *aparte del Código Civil* sólo para los menores, como la italiana de 1983?

4.^a *En lo que respecta a las aportaciones doctrinales innovadoras:*

- En orden a la *justificación o motivación* del Proyecto de Ley de 1987, parece posible afirmar que en ella se detecta una evidente influencia de la doctrina que últimamente se había ocupado de la materia de la adopción y, de entre ellas, las aportaciones del profesor BERCOVITZ y las mías propias.
- En orden a la *normativa* contenida en el Proyecto de Ley parece seguro que la verdadera *mens legislatoris* próxima es R. BERCOVITZ o alguno de sus seguidores.
- En orden a la praxis jurídica o *perfil funcional*, es posible asegurar que todo el entramado de la adopción va a continuar centrado y anclado en la figura del Juez ordinario.
- En orden a *una por mí demandada* intervención administrativa *total*, parece seguro decir que tal demanda no ha sido satisfecha ni siquiera en la asunción inicial tímida.

5.^a *Desde el perfil funcional de la adopción, con el temario consiguiente de cuestiones pendientes de solución:*

A) *Respecto del abandono:*

- 1.^a Reconocida la dificultad de un concepto *unitario del mismo*, persiste la ausencia de una definición de abandono.
- 2.^a Indeterminación de qué cosa sea 'situación de desamparo'.
- 3.^a La relación del establecimiento receptor del menor con los actos de entrega del niño *al mismo y por el mismo* a terceros en acogimiento, queda en la indefinición e inseguridad total.
- 4.^a La solución del «acogimiento» familiar como el demandado 'acto previo' a la adopción es elogiable sin reservas, pero necesitaba de mayores precisiones. Así se demanda por los sectores sociales más avanzados y experimentados en la materia, con el plantetamiento de los problemas de:

- Si el período de 'acogimiento' por una familia irá seguido de una *consiguiente adopción por esa misma familia* (110).

(110) Véase C. LABRUSSE-RIOU, *op. cit. en nota 22*, págs. 169 y sigs., especialmente pág. 174.

- .. ¿Quid si hay un «traslado» del niño 'acogido' desde el hogar del acogimiento hasta el del adoptante? (111).
- .. ¿Por qué una *única* institución de 'acogimiento' debe realizar todas las funciones previas indispensables (selección, observación, colocación, seguimiento) antes de una adopción? (112).

B) *Respecto del consentimiento de los padres naturales:*

- 1.^a Se rehúye temerosamente el hablar de padre o madre 'naturales' o 'por naturaleza'. ¿Por qué?
- 2.^a Se reduce su consentimiento a la nueva fórmula del 'asentimiento', concepto obviamente indeterminado.
- 3.^a Se reduce *al mínimo* el plazo para dar la madre natural su consentimiento. Parece necesario que el plazo *sea adaptado* al fijado en el Convenio de Estrasburgo de 1967 de *seis semanas*. Podría ser conveniente que el plazo *fuera similar e 'imitado'* al de las *ocho semanas* que fija la legislación de Alemania Federal (parágrafos 1747 y 1750 del BGB).
- 4.^a Se postula *la necesaria primacía* del interés del menor, lo que conlleva la inevitable discriminación de los padres naturales *en cualquier supuesto*. No siempre es fácil separar el grano de trigo del de la cizaña y habría que ir con más cautela en este punto (113).

C) *Respecto del período de prueba:*

- 1.^a No existe una declaración explícita del mismo.
- 2.^a Toda la fase prejudicial carece hoy de los mínimos requisitos de objetividad e imparcialidad, y debiera ajustarse al procedimiento administrativo *general* vigente.
- 3.^a Para el cómputo de un acogimiento *previo* habría que partir de los cánones de la conveniencia del adoptando y de si fue beneficiosa para el mismo la integración familiar previa.

(111) Véase MARTÍNEZ-PIÑEIRO, *op. cit. en nota 11*, folio 9, quien muy expresivamente termina su comentario al Proyecto de Ley diciendo: «...rogaría a las Cámaras que reconsideraran la conveniencia de introducir el acogimiento como requisito previo indispensable para poder adoptar. Si la venta es odiosa, el traslado de un niño acogido al hogar del adoptante es traumatizante».

(112) Se pregunta MERÍN, *op. cit.*, pág. 153.

(113) Así se expresa C. LABRUSSE-RIOU, *op. cit. y loc. cit. en nota 108*.

D) *Respecto de las características genéricas de la regulación proyectada:*

- 1.^a *El Proyecto de Ley de 1987* responde, tanto en el perfil estructural como en el perfil funcional a las exigencias de R. BERCOVITZ sobre las características técnicas de una normativa reformadora de la adopción.
- 2.^a El principio básico de *primacía del interés del menor*, además de concepto indeterminado, requiere una apreciación IMPERIOSA dentro de un procedimiento judicial NO CONTENCIOSO y ello parece muy complejo en principio (114).
- 3.^a La tramitación proyectada es de tipo híbrido, judicial y en parte administrativa al mismo tiempo.
- 4.^a Parece necesario y conveniente un procedimiento administrativo *total*. La actividad administrativa podría y debería ejercitarse *en la doble forma* tradicional: *de una parte*, control (así, *en parte*, previsto en la disposición adicional primera), y *de otra parte*, fomento o promoción (115).

E) *Respecto de la infraestructura:*

- 1.^a La demanda de R. BERCOVITZ de una 'asistencia pública a la maternidad y a la infancia' parece ser asumido, si bien tímidamente, en la disposición adicional primera.
- 2.^a *Mi demanda* exige una nueva Administración Pública, con la respectiva reordenación ministerial, en su caso, y parte de una *previa* y doble condición: *una*, la de creación —previa o coetánea a esta postulada reforma— por Ley de las pretendidas 'Entidades colaboradoras' en la protección de menores, y *otra*, la promoción y fomento de las «Asociaciones Privadas» colaboradoras con la Administración central.

F) *Respecto del procedimiento:*

- 1.^a *El Proyecto de Ley de 1987* adopta el sistema judicial casi puro, y con ello asume plenamente los planteamientos al respecto de R. BERCOVITZ.

(114) Así de claro en C. LABRUSSE-RIOU, *op. cit.*, pág. 175, la cual añade que: «La apreciación (del interés del niño) *podría e incluso debería ser descompuesta en dos tiempos: en primer lugar*, buscar si ese interés ordena privar al niño de sus padres de origen, debiendo entenderse que la pérdida que para éstos resulta exige una interpretación estricta, COMO SI EXISTIESE UNA PRESUNCIÓN de que el interés del niño es el de ser educado por sus padres; *en segundo lugar*, buscar solamente su interés en ser adoptado bajo una u otra forma de adopción. Estos *dos pasos* son, sin embargo, confundidos demasiado a menudo» (subrayados míos: JCG).

(115) Vale lo dicho en anteriores *notas* 82 y 104.

2.^a *Mi posición al respecto* pasa por tres actitudes:

• *Crítica:*

- .. El sistema *no es completo*: no es judicial puro.
- .. El sistema *no ofrece las adecuadas garantías*: La amplísima discrecionalidad en manos del Juez (116) lleva incapsulada la indeterminación y la inseguridad jurídica.
- .. El sistema *no es judicial*: por ser Jurisdicción Voluntaria no es jurisdicción, sino Administración, y requiere la normativa del procedimiento administrativo *general*.

• *Dubitativa:*

- .. *Primera*, en cuanto a la *necesidad* de la intervención del Juez en la adopción (117).
- .. *Segunda*, en cuanto a *qué tipo concreto histórico de Juez* es el postulado por la doctrina que pretende su intervención en la adopción y por esta normativa del Proyecto de Ley de 1987.

• *Prospectiva:*

- .. Idea *subyacente* en la misma noción de Jurisdicción Voluntaria, que es EQUIVALENTE a una actividad administrativa *más*.
- .. Idea *derivada*, de la *conversión* formal y material de esa especial jurisdicción que no lo es en unos modernos «Servicios Sociales» de ayuda a la infancia.
- .. Consiguiente amplio abanico de *cuestiones*, a resolver con técnicas de política legislativa, es decir, técnicas de Derecho público.
- .. Exigencia de unas *coordenadas básicas* en torno a las cua-

(116) Vale también lo dicho antes: *notas 33 bis y 108*.

A lo cual cabe añadir las consideraciones de E. PARESCÉ: *La dinamica del diritto (Contributi ad una scienza del diritto)*, Ed. Giuffrè, Milano, 1975, págs. 477 y sigs., el cual, al analizar las «formas y modalidades interpretativas», pasa a distinguir dentro de los llamados «conceptos indeterminados», de un lado, los conceptos *descriptivos*, y de otro lado, los conceptos *normativos* (los «ventilbegriffe», de WURZEL, o conceptos «válvula»), para a continuación proceder a distinguir los conceptos indeterminados de la *discrecionalidad*. Esta última puede aparecer o bien como *actividad* o bien como *resultado*. No parece claro si cabe un concepto unitario de ambas modalidades de discrecionalidad. Si acaso, sería un elemento *extraño* a ella el caracterizador de una posible unidad conceptual: el ansia de reducción o transformación del margen de libertad de la Administración en el ejercicio de sus funciones (*op. cit.*, pág. 483).

(117) Lo planteaba ya en 1985 en esta *Revista*, *op. cit. en nota 3*, págs. 454 y sigs., espec. págs. 463 y sigs.

les montar un 'Servicio Social para la Infancia, Guarda de menores y Adopción'. Tales coordinadas deben adaptarse a lo antes dicho al respecto y a las previsiones de la doctrina más sensibilizada en la materia ya aludida (118).

VII. REFLEXIONES FINALES

Efectuada en el epígrafe VI precedente una *recapitulación provisional* de todas las consideraciones iniciales, comparaciones, perfiles estructural y funcional de la nueva normativa sobre adopción, parece posible cerrar estas modestas «Notas de Urgencia» presentando *a modo de conclusiones finales* una reflexión muy personal. Reflexión que está *caracterizada básicamente por una metodología* que se me ha revelado de alguna utilidad en mis escritos precedentes y *anclada en las dimensiones* que ante la realidad social presenta el instituto de la adopción. De otra manera dicho, voy a separar el análisis puramente *normativo* o positivista (es *prácticamente el efectuado* a lo largo de estas páginas, ya que se trataba de hacer un 'comentario' a un texto normativo a debatir en las Cortes Generales próximas), de lo que es el aspecto *fáctico* y de la *dimensión valorativa* o axiológica. En este momento y lugar, pese a tal distinción presentada de los tres perfiles, sólo se hará muy sucintamente.

De otra manera dicho, una *dimensión totalizadora* del instituto de la adopción tal como se presenta en la realidad social parece demandar un análisis sobre la normativa a ella aplicable, lo que conlleva ciertas precisiones acerca de *qué cosa sean* —con relación a la adopción— el derecho *válido*, el derecho *eficaz* y el derecho *justo*. Estas precisiones forman el núcleo de esta reflexión final.

A) LA DIMENSIÓN NORMATIVA DE LA ADOPCIÓN

Se ha dicho ya que esta *dimensión estrictamente positivista* o de análisis de la curva normativa postulada sobre la adopción es la que se ha venido efectuando a lo largo de las páginas precedentes. Este análisis está básicamente contenido: *en el epígrafe II, B)*, precedente, al efectuar el cotejo de la normativa hoy vigente del Código Civil con la normativa ahora postulada por el Proyecto de Ley de 1987; en el desglose de las argumentaciones de la doctrina (R. BERCOVITZ) y su reflejo en el Proyecto de Ley comentado, *en el epígrafe IV, B)*; y en el examen del perfil funcional, al tratar de las 'características genéricas' de la regulación proyec-

(118) Véase la *nota 106* anterior, y allí, la cita de MERÍN.

tada, en el epígrafe V, 5.^a, D). Todo ello parece obedecer a la 'sugestión' que la obra del profesor BERCOVITZ ha ejercido sobre el o los legisladores.

Efectuadas, en consecuencia, con anterioridad las consideraciones pertinentes al *aspecto normativo* explícitamente desarrollado en el Proyecto de Ley de 1987, creo posible dejar cerrado ya este apartado con las ideas siguientes:

- 1.^a La nueva normativa proyectada para la adopción responde a las exigencias de la doctrina más progresista (R. BERCOVITZ) en cuanto a las características técnicas de tipo genérico para la 'nueva' adopción.
- 2.^a La nueva normativa postulada se fundamenta en un doble principio —primacía del interés¹¹⁹ del menor y acto de integración familiar—, que parece un doble concepto *indeterminado* (119) cuya determinabilidad queda en manos del Juez.
- 3.^a La nueva normativa postulada instaaura una 'nueva planta' sobre la adopción que va incapsulada dentro de una noción nueva genérica de 'protección de menores'.
- 4.^a La nueva normativa proyectada contiene esenciales innovaciones y una reforma *integral* del capítulo V, artículos 172 a 180, del Código Civil.
- 5.^a La nueva normativa es —considerada *globalmente*— en verdad muy progresiva y avanzada, siendo elogiable la eliminación progresiva de requisitos y trámites precedentes.
- 6.^a La nueva normativa establece un sistema judicial para el procedimiento constitutivo de la adopción, aunque no es totalmente puro por la incidencia de la Administración Pública.
- 7.^a La nueva normativa introduce las Entidades «colaboradoras» en la protección de menores, lo cual supone un enorme avance respecto de la praxis hasta ahora existente, aunque parece pendiente de la adecuada reglamentación administrativa.

B) LA DIMENSIÓN FÁCTICA DE LA ADOPCIÓN

Es esta una de las dimensiones básicas de toda institución jurídica, como ha venido reconociendo y exigiendo toda la doctrina europea moderna, aunque sin demasiado éxito entre nosotros. Ha habido, con todo, algunas notables excepciones, a las que he aludido en otro lugar (120).

(119) Vale lo dicho en las notas precedentes: 33 bis, 108 y 116.

(120) Véase mi estudio citado en nota 3, págs. 407 y sigs., espec. pág. 408, y allí, la nota 4.

Por lo que se refiere a la inter-relación entre la normativa postulada ahora y el modo operativo o praxis funcional de la adopción entre nosotros, he aludido a las *cuestiones pendientes* de un adecuado tratamiento al efectuar el examen del *perfil funcional en el epígrafe V precedente*. A tales consideraciones *fácticas* anteriores me remito.

Sin embargo, de lo dicho, entre los denominados aspectos 'fácticos' los hay de carácter jurídico y de carácter extrajurídico. Parece, por consiguiente, conveniente deslindar ambos tipos de factores, lo que efectúo brevemente como sigue.

A) Aspectos fácticos extrajurídicos

Son de difícil reconducción a un concepto genérico *unitario*, por lo que su enumeración viene a ser más *descriptiva* que sustantiva. Son, por ejemplo, los médicos, los asistenciales, los demográficos, los estadísticos, los psicológicos, los sociales propiamente dicho, etc. *Entre ellos*, como obviamente necesarios para proceder a una colocación familiar de un menor en vistas a una adopción, cabe señalar los siguientes: medio social, cociente intelectual (QI), estatuto escolar y estudios, carencias afectivas, comportamiento social, etc.

1. Una descripción de tales factores en orden a la adopción ha sido tarea frecuente entre nuestros vecinos franceses, cuyas tareas de investigación son apoyadas por el CNRS —homónimo de nuestro 'Consejo Superior de Investigaciones Científicas'— y posteriormente publicadas y difundidas. Particularmente interesantes son las monografías sobre aspectos *psicológicos* (121). El soporte *administrativo* pertinente está formado por el organismo denominado «DDASS» (Direction Départementale de l'Action Sanitaire et Sociale) y por el «ASE» (Aide Sociale à l'Enfance).

Me agradecería sobremanera poder decir que conozco una situación de hecho similar entre nosotros, *al menos en materia de adopción*. Quizá en estos últimos cuatro años, con un Gobierno progresista en el poder, se ha notado la enorme difusión de publicaciones emanadas del «Consejo Superior de Protección de Menores», integrado a nivel de Dirección General dentro del Ministerio de Justicia. A destacar el notable impulso y trabajos efectuados desde dicho organismo por E. MIRET MAGDALENA. Me remito a la última publicación aparecida en 1985, titulada *Aspectos jurídicos de la protección a la infancia* (122), y al resurgimiento novedoso y brillante de la revista mensual de dicho Consejo titulada *Menores*.

(121) Muestra bien representativa de lo dicho: Michel DUyme: *Les enfants abandonnés: Rôle des familles adoptives et des assistantes maternelles*, Ed. CNRS, París, 1981, espec. págs. 19 y sigs., 25 y sigs., 73 y sigs. y 86 y sigs.

(122) Véase la *nota* 102 precedente.

Esto, a mi modo de ver, es prácticamente todo lo existente entre nosotros acerca de estos factores que examino ahora.

2. En cuanto a la doctrina italiana —clásica 'fuente' informativa y de imitación para nuestros autores—, también son bastante pioneros en materia de factores *psicosociales* y muy versados en comportamientos sociales. No resisto la alusión a la colección de «Psicología Jurídica y Criminal», dirigida por G. GULOTTA, de la que es espléndida muestra la obra de G. SANTI, a la que me remito por no ser oportuno ahora su examen en este lugar (123).

En cuanto al cotejo con obra similar en España, aparte de los señalados derivados del «Consejo Superior de Protección de Menores», poco más que añadir cabe.

A la vista de lo expuesto, no parece difícil concluir que —*con relación* a la normativa reformadora proyectada— no aparecen referencias significativas en su exposición de motivos alusivas a la obtención de estos datos sociológicos de suyo siempre interesantes y trascendentes.

B) Aspectos fácticos jurídicos

A tales aspectos fácticos de tipo jurídico he aludido, como he dicho, al examinar las cuestiones pendientes desde el perfil *funcional* en el epígrafe V precedente. En esquema, se reducen a los que siguen:

- .. Ausencia de definición del abandono.
- .. Indeterminación de qué es la «situación de desamparo».
- .. Los hechos de entrega de niños *al* establecimiento y *por el* establecimiento quedan en indefinición total.
- .. Elogiable la situación *previa* a la adopción del «acogimiento familiar».
- .. La adopción como acto o instrumento 'de integración familiar' parece es conceptuada en la exposición de motivos del Proyecto de Ley *como algo que ya no es acto privado*. La duda es si un acto deja de ser privado por hacerse ante un Juez; verbigracia, emancipación, reconocimiento de hijo, etc. Esa aparente 'conversión formal' me suena a una pura *ficción* más (124).

(123) Véase Giuseppe SANTI: *Adozione e sistema familiare: strumenti e tecniche di valutazione*, Ed. Giuffrè, Varese, 1984, págs. 8 y sigs., 29 y sigs. y 68 y sigs. Distingue muy descriptivamente SANTI en la adopción el proceso de asunción de decisiones y el proceso de valoración, ésta *en el tiempo* (con gráficos de «genogramas») y *en el espacio* (con gráficos de «ecomapas»).

(124) Parece, salvo mejor opinión, que la distinción entre acto privado y acto público no es demasiado sólida. No hay el menor fundamento para sostener algo así, ya que la contraposición parece ser doble: acto administrativo-acto privado, o bien actos procesales-actos no procesales. Para la primera distinción, véase la doctrina administrativista: VILLAR PALASÍ: *Apuntes de Derecho Administrativo*,

- .. La denominada 'propuesta' de la Entidad pública parece quedar muy en el aire, no se sabe qué es ni en qué consiste. ¿Se trata de otra ficción?
- .. ¿Qué ocurre con los existentes «Tribunales Tutelares de Menores»? ¿Cuál es su función? ¿Ejercen jurisdicción? (125).
- .. No aparece regulado el hecho notable y frecuentísimo de la adopción *internacional* —o sobre niños extranjeros—, a diferencia de la moderna ley italiana (126).
- .. No aparece regulado el hecho diferenciador de la separación competencial entre Estado y Comunidades Autónomas. Esta normativa propuesta *de tipo estatal* es necesaria e indispensable, pero a modo de lo que los administrativistas denominan 'ley-

tomo II, Ed. Uned, Madrid, 1974, págs. 20 y sigs. y 68 y sigs.; GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, págs. 339 y sigs., Ed. Civitas, 2.ª ed., Madrid, 1975. Para la segunda distinción, véase L. PRIETO-CASTRO: *Tratado de Derecho Procesal Civil. Proceso declarativo y proceso de ejecución*, 2.ª ed., Ed. Aranzadi, Pamplona, 1985, págs. 555 y sigs.

Por lo expuesto, no siempre que interviene un Juez el acto se convierte *ipso facto* en judicial o procesal, *máxime si no hay un contencioso previo* y si la materia sobre la que actúa es del ámbito del Derecho privado.

Me he ocupado, *en parte*, de este punto en mi estudio citado en nota 3, páginas 464 y sigs. El acto de adopción *no deja de ser privado* por intervenir el Juez: es decir, *no es* un acto judicial.

En un sentido muy similar al por mí expuesto, casi toda la doctrina francesa: de allí viene *importada* esa pretendida noción de «integración familiar». Puede verse, al respecto:

- Jean CARBONNIER, *op. cit.*: «Por la libertad que abre a los individuos de crear una relación de parentesco, y de parentesco legítimo, sin matrimonio ni procreación, la adopción plena *aparece como un instrumento de remodelación de la familia*» (subrayados míos: JCG).
- Catherine LABRUSSE-RIOU, *op. cit.*, pág. 172, repite esta cita de J. CARBONNIER y propone otros modelos *alternativos* de cuidar o encargarse de los hijos de otro: el padrinazgo, la delegación de la autoridad parental, la guarda confiada a otra persona, la colocación de un niño, etc. Estos géneros «menores» que no realizan totalmente la *integración* en una familia permanecen sujetos a un control judicial o administrativo.

(125) Se pronuncia por la *negativa* el Magistrado del Tribunal Supremo don Cecilio SERENA VELLOSO; véase la cita en CALVO CABELLO, *op. cit. en nota 95* precedente, titulada «Aspectos jurisdiccionales de la aplicación del Código Civil y de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores en materia de adopción y guarda y custodia», *op. cit.*, págs. 47 y sigs., espec. pág. 54.

(126) Véase, al respecto, Mario FINOCCHIARO, *op. cit.*, págs. 325 a 430, en sus «Comentarios a los artículos 29 al 43» de la Ley italiana de 4 de mayo de 1983.

También sobre este punto, la muy interesante aportación del Magistrado del Tribunal Supremo de Italia don Paolo VERCELLONE titulada: «Evolución del régimen jurídico de la adopción en Italia. Aspectos metajurídicos de la acción judicial en materia de protección de menores», en el volumen colectivo dicho en la *nota 95*, páginas 102 y sigs., espec. págs. 170 y sigs. y 173.

marco' (127), lo que implica que posteriormente las Comunidades Autónomas puedan ejercitar sus competencias por vía de 'leyes de desarrollo'.

- .. Puede producirse una discriminación respecto de los padres naturales con la nueva normativa.
- .. El plazo mínimo para dar la madre su consentimiento parece *debería ser entre seis y ocho semanas*.
- .. No aparece declaración respecto de un período de prueba.
- .. El procedimiento aparente es judicial, pero más bien es híbrido, con una parte administrativa.
- .. El procedimiento debería ser *esencialmente* administrativo total, sujeto a las garantías del procedimiento administrativo general.
- .. No se sabe el porqué de la intervención judicial en la adopción, ni cuál es el tipo de Juez concreto que postula la nueva normativa.
- .. Parece necesaria una reordenación de la Administración, con la creación de un organismo central destinado a lo que podría llamarse 'Servicio Social para la Infancia, Guarda de Menores y Adopción', aprovechando las ya amplias experiencias del «Consejo Superior de Protección de Menores» del Ministerio de Justicia.

C) LA DIMENSIÓN VALORATIVA DE LA ADOPCIÓN

Si en el apartado A) me refería a la dimensión *normativa*, con la remisión consiguiente a todo lo expuesto precedentemente en torno al Proyecto de Ley de 1987, cabría decir que me estaba moviendo en torno al derecho 'válido' o, en tono más moderno, en los confines de la «Ciencia de la Legislación» al efectuar una aproximación al fenómeno legislativo desde perspectivas distintas y —dentro de tal 'Ciencia' seguiría en la parte de la misma dedicada a lo que hoy suele denominarse 'Legística' (128): es decir, seguiría en el estudio de cuál ha sido la especial *técnica legislativa* utilizada en dicho Proyecto de Ley, tanto en cuanto a aspectos *formales* como en cuanto a los *sustanciales* o de contenido o redacción de cada uno de los artículos del mismo.

(127) Véase, por todos, S. MUÑOZ MACHADO: *Las potestades legislativas de las Comunidades Autónomas*, Ed. Civitas, 1.ª ed., Madrid, 1979, págs. 85 y sigs., especialmente págs. 92 y sigs.

En un sentido similar, véase VERCELLONE, *op. y loc. cit.*, pág. 173.

(128) Véase la clasificación de O. WEINBERGER en tal sentido: en la obra titulada *L'évaluation législative, pour une analyse empirique des effects de la législation*, a cargo de Luzius MADER, Ed. Payot, Lausana, 1985, págs. 5 y sigs.

Si en el apartado B) me refería a la dimensión *fáctica* o *sociológica*, con la remisión al examen de las cuestiones del perfil funcional o de la práctica jurídica de la adopción, cabría decir que me estaba moviendo en un estrecho margen sectorial comprendido o abarcado entre la 'Metodología Legislativa' y la pura 'Legística': es decir, me situaba en el ámbito de la mera interpretación como tarea normal de un 'operador jurídico'.

Si en este apartado C) me voy a referir a la dimensión *valorativa* o *axiológica* implícita en el presente Proyecto de Ley de 1987 que ahora se comenta, quíérese decir que se trata de operar con criterios ideales, juicios, valores, y entonces parece que me estoy situando en terrenos ambiguos, propios de la hoy llamada «Evaluación Legislativa», entendida como el conjunto de análisis científicos acerca de *los efectos* posibles de los actos legislativos (129): es decir, me situaría en un terreno para el que no dispongo de materiales ni bagajes adecuados y en un momento quizá inoportuno. Por todo lo cual parece más oportuno situarse en un terreno algo equidistante *entre* la mera 'Teoría de la Evaluación Legislativa' como rama distinta *dentro* de la «Ciencia de la Legislación» y la posición teórica doctrinal con su lastre personal de criterios valorativos o referentes a *la justicia*. Y así las cosas, creo conveniente terminar este punto distinguiendo en este apartado C) otros *tres aspectos*: el científico-técnico-legislativo general, el valorativo doctrinal específico en orden a la adopción y el valorativo *especialísimo* de la utopía.

1.º *Aspecto científico-técnico-legislativo general.*—Brevemente resumido, atendido el planteamiento de L. MADER, habría aquí que dejar 'aparcados' los conceptos de *efectividad* y de *eficiencia* hasta tanto no sea aprobada y publicada la proyectada Ley de Reforma de la Adopción, y, luego, habría que aventurar el grado posible de *eficacia* y de *impacto* de esta nueva ley a punto de ser aprobada. O de otro modo, *en primer lugar*, plantearse *el problema de la percepción de los objetivos de la ley*, comparando el resultado realmente esperado y el resultado querido; y, *en segundo lugar*, tratar de augurar *el conjunto de efectos* pertinentes de la nueva ley.

En cuanto al *primero*, *objetivos* de la ley, claramente manifestados en la exposición de motivos de la misma, se han puesto precedentemente a la consideración del lector y se ha podido detectar una obvia

(129) Véase la obra de L. MADER citada en nota 128 anterior, págs. 44 y sigs. El autor presenta los distintos *tipos* de evaluaciones (prospectiva-retrospectiva, legislativa-de programas, provisional-final) y analiza *los conceptos básicos* de la que llama «Evaluación legislativa» (efectividad, eficacia, eficiencia, impacto —y dentro de éste, los posibles efectos—).

expresión legislativa en el articulado, y, en consecuencia, habrá que aguardar a la redacción final de esta ley una vez aprobada.

En cuanto al *segundo, efectos posibles* de la ley, con la misma salvedad de tener que aguardar a la redacción final de la misma, cabría decir que en la normativa postulada la previsión de posibles efectos es de una gama amplísima, ya que, verbigracia, cabe detectar ya unos explícitamente pretendidos, otros previstos, los más benéficos y directos, otros diferidos, alguno simbólico y unos de retroacción y otros de anticipación. O sea, habrá de todo, como en botica, según expresión usual entre nosotros. El ir aludiendo a cada artículo, párrafo, inciso, norma, etc., concretos en que se recoja uno y otro tipo de esos efectos apuntados, es ya tarea excesiva para mí y creo que ya fuera de lugar.

2.º *Aspecto valorativo doctrinal especial en cuanto a la adopción.*— En el epígrafe IV precedente me había referido a la noción francesa reciente acerca del rol de instigación de la doctrina con su doble función retrospectiva y prospectiva sobre la forma de evaluar la labor legislativa. Entre nosotros no parece que haya especial atención a tales funciones de la doctrina en torno al proceso legislativo *en general*, y la opinión común de los autores y grandes tratadistas —CASTÁN TOBEÑAS, DE CASTRO, DíEZ PICAZO, LACRUZ, ALBALADEJO, PUIG BRUTAU, DE LOS MOZOS, entre otros muchos— gira en torno al pretendido carácter de ‘fuente de Derecho’ de la doctrina, resaltando su valor *auxiliar* e instrumental que más tarde cabe sea recogido por la Jurisprudencia de los Tribunales. En lo referente a la relación de la doctrina con la ‘Ciencia de la Legislación’ el aspecto más relevante quizá —y muchísimo más *en este punto* de la adopción— es el de si en orden a la interpretación de la ley cabe enmarcar los trabajos doctrinales *dentro* de lo que suele llamarse «materiales prelegislativos» o si más bien se trata de unos meros precedentes o antecedentes históricos *de una concreta ley (aquí, en nuestro caso, la de adopción)* (130).

A lo que parece, las ideas doctrinales más innovadoras que he recogido en dicho epígrafe IV pueden muy bien encuadrarse por su contenido en lo que la técnica escandinava denomina *expounding texts* o comentarios técnicos a determinado proyecto (131).

(130) Sobre el concreto punto de «Materiales prelegislativos», véase la concienzuda exposición germanicista de P. SALVADOR: «Los materiales prelegislativos: entre el culto y la polémica», en *ADC*, 1983, págs. 1657 y sigs., luego reiterado como el *Capítulo final* de «La Compilación y su historia (Estudios sobre codificación y la interpretación de las leyes)», Ed. Bosch, Barcelona, 1985, págs. 447 y sigs.

(131) Así, en S. STRÖMHOLM: *Legislative material and construction of Statutes. Notes on the continental approach. Scandinavian Studies in Law*, núm. 10, Editorial F. Schmidt, Estocolmo, 1966, núm. 7, págs. 189 y sigs. (la cita en P. SALVADOR, *op. cit.*, Ed. Bosch, pág. 474 y nota 72).

Desde el punto de vista de la *incidencia* de estas valoraciones doctrinales acerca de la normativa de la adopción *sobre* la postulada normativa en el Proyecto de Ley aquí comentado, la cosa parece más clara. Para R. BERCOVITZ, por lo anteriormente dicho y reseñado (132), parece que un texto legal *que recoja esas características técnicas por él demandadas* va a conseguir la *doble finalidad* de «erradicar la adopción con fines distintos y atender plenamente al sentido social de la misma». Por tanto, es así que la nueva normativa postulada en el Proyecto de Ley *cumple* esas exigencias en grado pleno y máximo, luego la finalidad pretendida por dicho autor parece debería cumplirse sin más.

Desde mi particular punto de vista en este punto, aparte mi actitud crítica, dubitativa y prospectiva a un tiempo ya dicha, no me preocupa el tema de la incidencia personal sobre esa postulada nueva reglamentación, sino las posibles deficiencias de ella derivadas en torno al perfil funcional ya denunciadas y la necesidad inapelable de acudir a una intervención administrativa *total* en la materia ya demandada.

Finalmente, *desde mi punto de vista*, más que esa incidencia valorativa sobre una nueva normativa, va a primar mucho más *la muy personal posición de cada autor* —o en el argot de moda, ‘operador jurídico’— en los puntos de su relación con las ideologías, con el control social y el ‘oligopolio’ tradicional detentado sobre *todo* el Derecho privado, con su integración en los nuevos sistemas socioeconómicos o como representante de una «alternativa» crítica al sistema, de su toma de conciencia de las conexiones con otros sectores jurídicos y de su aceptación de la inter-relación con las ‘Ciencias Sociales’. Son estas demasiadas cuestiones para el análisis, quedando aquí meramente esbozadas, y para un mejor desarrollo me permito remitirme a la doctrina italiana, más sensibilizada al respecto, como F. LUCARELLI (133). Estas y otras posibles cuestiones más centradas en la materia de la adopción entiendo hacen tránsito al nuevo y último apartado de este aspecto o dimensión *valorativa*.

3.º *Aspecto valorativo doctrinal ‘especialísimo’ de la utopía.*—Parece haber quedado evidenciado que hay rasgos claros de planteamientos *utópicos* no sólo en la parte de fundamentación o justificación del Proyecto de Ley de 1987, sino también en las exigencias de las postuladas características técnicas que el mismo debería contener a juicio de los auto-

(132) Véase *nota* 66 precedente.

(133) Véase Francesco LUCARELLI: *Diritti civili e Istituti privatistici (Contributi di E. BRIGANTI, M. CIANCO y L. RUSSO)*, 2.ª ed., Ed. Cedam, Padova, 1984, páginas 4 y sigs., 41 y sigs., 58 y sigs., y *todo el Capítulo VI*, págs. 125 a 160. De manera especial, son notables las alegaciones de las págs. 137 y sigs., 144 y 152 y sigs. En este lugar sólo cabe remitirse a la obra en general, con alguna pequeña salvedad en lo pertinente a nuestra materia de trabajo.

res más sensibilizados al respecto (BERCOVITZ, yo mismo). Habría que ver el grado de incidencia de esa parte de 'utopía' sobre lo jurídico: en ello tenemos pocos cultivadores, aun contando con el buen ejemplo de nuestros vecinos franceses (134). Parece que la utopía es la respuesta a una patología del cuerpo social y que se mueve sobre los dos polos indisociables de lo religioso y lo civil. La conclusión de G. GUYÓN es la de que «la Utopía, a través de variadas máscaras institucionales, de su juridicismo idealizado, es el discurso más cruelmente legible de todos los sueños sociales» (135).

Dejando a un lado ahora este componente *utópico* en el aspecto valorativo doctrinal, interesa someramente reasumir aquellas ideas de F. LUCARELLI y hacer constar cómo las recientes crisis sociales han conducido a una crisis paralela de los juristas, a una reagrupación por 'microsistemas' de las variadas categorías generales del Derecho privado, al ocaso de los ochocentistas Códigos Civiles, al surgimiento de las modernas 'leyes civiles especiales', a la relegación del jurista a una cultura de tipo *meridionalista* —identificada con latifundios y propiedades y actividades agrarias— y a su extrañamiento a los objetivos de acomodación a la nueva sociedad (136). El jurista tradicional queda como 'durmiendo' y el jurista nuevo deviene en 'vigilante' en esta nueva prospectiva italiana, y lo que se trata de resolver —*punto central*— es el problema de si el jurista conservará o no su puesto clásico de 'hombre del sistema' o de perenne consejero 'áulico' del poder, o si más bien va a reducir su función a la mera *mediación* de su 'rol creativo' en su indeclinable tarea de indicar al legislador las carencias normativas que cabe eliminar con las oportunas reformas. Este es el dilema actual, y parece claro —por lo hasta aquí expuesto— que mi posición es la última.

Como final de este punto, vistas la utopía en general y en relación con la adopción y considerada la misión moderna del jurista, hoy por hoy y utopía frente a utopía, me quedo con la mía ya explicitada.

• A MODO DE RESUMEN

Como consideraciones ya *concluyentes* apunto las siguientes:

- 1.^a *Respecto de la dimensión normativa.*—La nueva normativa proyectada instaura una 'nueva planta' sobre la adopción subsumida

(134) Así, en G. GUYÓN: «L'utopie et l'imaginaire juridique», en el volumen de los *Archives de Philosophie du Droit*, tomo 30, «La Jurisprudence», Ed. CNRS, Sirey, París, 1985, págs. 261 y sigs.

(135) Véase en GUYÓN, *op. cit.*, pág. 275.

(136) Véase en LUCARELLI, *op. cit.*, págs. 151 y sigs.

dentro de la noción genérica de 'protección de menores', es de contenido esencialmente innovador, de valoración muy progresista e inspirada en las ideas de R. BERCOVITZ.

- 2.^a *Respecto de la dimensión fáctica.*—No aparecen referencias a la serie de datos sociológicos necesarios en una reforma tal como la pretendida, quedan en indefinición total una serie de cuestiones de la praxis o perfil funcional, y no se ha aprovechado la experiencia de organismos existentes para crear un nuevo y único organismo central como 'Servicio Social' dedicado a los temas de menores.
- 3.^a *Respecto de la dimensión valorativa.*—En el aspecto científico legislativo general habrá que esperar a ver si los objetivos y efectos posibles de la nueva normativa se producen tras su aprobación y entrada en vigor; en el aspecto especial del tratamiento doctrinal, aceptada su configuración como 'medio auxiliar' de interpretación y la personal visión particularista de cada autor sobre la adopción, habrá que relacionar tales tratamientos con su relación con la utopía y con su actitud como hombre del sistema; y en el aspecto especialísimo de la utopía, una u otra, opciones posibles para el legislador, creo habrá que estar a aquella que defienda el valor permanente de *la justicia* y de *la dignidad del hombre* con sus secuelas de la necesaria protección con las garantías adecuadas frente a la arbitrariedad y de la exclusión de cualquier forma de 'discriminación' social.

(Escrito en Ibiza, día 31 de marzo de 1987.)

JOSÉ CERDÁ GIMENO

Notario. Miembro del «Comité de
Expertos del Derecho de los Esposos»
del Consejo de Europa (1980)

• BIBLIOGRAFIA

Una relación bibliográfica en materia de adopción haría interminable este apartado, que de intento quiere ser breve. Por lo mismo que escribía en otra ocasión precedente sobre la misma materia, se ha procurado voluntariamente reducir al máximo la relación dicha, con una *selección personal* cuyas NOTAS caracterizadoras son la de haber sido *utilizadas directamente* en este estudio y la de ser *posteriores a 1980* y referentes *globalmente* a la institución considerada *in toto*.

Dicha relación por *orden cronológico* es como sigue:

- SERRANO GARCÍA, Rosa: «Ley de Reforma de la Legislación de Menores», en *Cuadernos de Documentación*, núm. 24, Instituto Nacional de Prospectiva, Madrid, 1980.
- LÓPEZ CABALLERO, Alberto: «La adopción en Alemania», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo LXXXII, 2.ª época, núm. 5, mayo 1981, páginas 561 y sigs.
- DORAL, José A.: *Sobre la reforma del Derecho de Familia*, Granada, 1981.
- DUYME, Michel: «Les enfants abandonnés: rôle des familles adoptives et des assistantes maternelles», en *Monographies Françaises de Psychologie*, núm. 56, Ed. du Centre National de la Recherche Scientifique, París, 1981.
- ROPPO, Enzo: «Amministrazione dei conflitti domestici e problemi di organizzazione pubblica», en el volumen II, *Il giudice nel conflitto coniugale (La famiglia tra autonomia e interventi pubblici)*, Soc. edit. Il Mulino, Bolonia, 1981, págs. 337 y sigs.
- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Curso de Derecho Civil*, tomo IV, «Derecho de Familia», Ed. Bosch, Barcelona, 1982, págs. 270 y sigs.
- CASTÁN VÁZQUEZ, José M.ª: «Evolución histórica y realidad actual de la adopción en España», en el volumen colectivo *Il Diritto del minore alla famiglia*, Nápoles, 1982, págs. 391 y sigs.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Comentarios a los artículos 172 al 180 del Código Civil», en la obra colectiva *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigida por M. ALBALADEJO GARCÍA, tomo III, vol. 2.º, 2.ª ed. revisada, Ed. Edersa, Madrid, 1982, págs. 260 a 449.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis, y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: *Elementos de Derecho Civil*, tomo IV, «Derecho de Familia (conforme a las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981)», Ed. Bosch, Barcelona, 1982, págs. 673 a 713.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: *Compendio de Derecho Civil*, tomo IV, «Derecho de Familia», Ed. Edersa, Madrid, 1983, págs. 274 y sigs.
- FINOCCHIARO, Alfio, y FINOCCHIARO, Mario: *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori* (commento teorico-pratico alla legge 4 maggio 1983, n. 184), en la colección titulada 'Leggi commentate', Ed. Giuffrè, Milán, 1983.
- BONET CORREA, José: *Código Civil con concordancias, jurisprudencia y doctrina*, tomo I (título preliminar y libro primero), Ed. Civitas, Madrid, 1984, páginas 486 a 500.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Comentarios a los artículos 172 al 180 del Código Civil», en el volumen colectivo *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, tomo II, Ed. Tecnos, Madrid, 1984, págs. 1147 y sigs.
- SANTI, Giuseppe: *Adozione e sistema familiare: strumenti e tecniche di valutazione*, en la colección de Psicologia Giuridica e Criminale, dir. por G. GULOTTA, Ed. Giuffrè, Varese, 1984.
- FOSAR BENLLOCH, Enrique: «El Derecho internacional de protección del menor: El Consejo de Europa y la Organización de las Naciones Unidas», en la revista *Documentación Jurídica*, núm. 41, enero-marzo 1984, págs. 109 a 145.
- CERDÁ GIMENO, José: «Reflexiones ante un supuesto concreto de adopción (comentarios a las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1972 y 28 de mayo de 1973)», en la sección II, «Jurisprudencia comentada», en esta *Revista*, núm. 567, año LXI, marzo-abril 1985, págs. 407 y sigs.
- FERRANDIS VILELLA, José: «Nuevas perspectivas de la adopción», en el volumen colectivo «Familia y cambio social», de la *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Empresariales*, Ed. ICADE, Madrid, 1985, págs. 107 a 124.
- GARCÍA CANTERO, en CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil español, común y foral*, tomo V, vol. 2.º («Relaciones paternofiliales y tutelares»), «Derecho de Familia», 9.ª ed., revisión de G. GARCÍA CANTERO y J. M.ª CASTÁN VÁZQUEZ, Ed. Reus, Madrid, 1985, págs. 279 y sigs., esp. 320 y sigs.

AA.VV.: *Aspectos jurídicos de la protección a la infancia*, Consejo Superior de Protección de Menores, Ministerio de Justicia, Edit. Departamento de Publicaciones y Documentación del Consejo Superior de Protección de Menores, Madrid, 1985.

MARTÍNEZ-PIÑEIRO, E.: *Adopción* (Circular núm. 13, de 20 de marzo de 1987, Ilustre Colegio Notarial de Baleares).

(Esta *relación* aparece *cerrada* el 31 de marzo de 1987.)

APENDICE I

CUADRO COMPARATIVO DE LA NORMATIVA DEL CODIGO CIVIL (SEGUN LEY 11 DE 13 DE MAYO DE 1981) Y DE LOS PROYECTOS DE LEY DE 1986 Y 1987

LEY 11/1981, DE 13 DE MAYO	PROYECTO DE LEY DE 10 DE MARZO DE 1986	PROYECTO DE LEY DE ENERO DE 1987
CAPITULO V <i>De la adopción</i> SECCION PRIMERA Disposiciones generales Art. 172.—La adopción puede ser plena y simple. La adopción simple se podrá convertir en plena si concurren los requisitos exigidos para ésta. La adopción requiere que el adoptante se halle en el ejercicio de todos sus derechos civiles y tenga treinta años cumplidos. En la adopción por marido y mujer basta que uno de ellos haya alcanzado dicha edad. En todo caso, el adoptante o uno de los cónyuges adoptantes habrá de tener, por lo menos, dieciséis años más que el adoptado. No pueden adoptar: Primero.—Las personas a quienes su estatuto religioso prohíba el matrimonio. Segundo.—El tutor respecto de su pupilo antes de aprobadas definitivamente las cuentas de la tutela.	Artículo 2.—El Capítulo V del Título VII del Libro I del Código Civil, que comprende los artículos 172 a 180, inclusive, quedará redactado, bajo la rúbrica «De la adopción y otras formas de protección de menores», con el siguiente contenido: Artículo 172.—1.º La entidad pública a que en el territorio corresponde la protección de los 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.º 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.	Artículo 2.—El Capítulo V del Título VII del Libro I del Código Civil, que comprende los artículos 172 a 180, inclusive, quedará redactado bajo la rúbrica «De la adopción y otras formas de protección de menores», con el siguiente contenido: SECCION PRIMERA «De la guarda y acogimiento de menores» Artículo 172.—1.º La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores, tiene la tutela de los que se encuentren en situación de desamparo. 2.º La entidad pública asumirá sólo la guarda cuando quienes tienen potestad sobre el menor lo soliciten por no poder atenderlo por enfermedad u otra circunstancia grave, o cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda.

LEY 11/1981, DE 13 DE MAYO

Tercero.—Uno de los cónyuges, sin consentimiento del otro, salvo lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 178.

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

Artículo 173.—La adopción requiere la aprobación del Juez competente, con intervención del Ministerio Fiscal.

Habrán de prestar consentimiento para la adopción:

- A) El adoptante y su cónyuge.
- B) El adoptado mayor de catorce años y su cónyuge. En caso de separación legal, no será necesario el consentimiento del cónyuge del adoptando.
- C) El padre y la madre, conjuntamente o por separado, del adoptando menor de edad sujeto a patria potestad.
- D) El tutor con autorización del consejo de familia si la tutela estuviere constituida.

PROYECTO DE LEY DE
10 DE MARZO DE 1986

3.º 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.º Se procurará la reinserción del menor en la propia familia.

Artículo 173.—1.º Los menores que estén bajo la guarda de una entidad pública 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.

PROYECTO DE LEY
DE ENERO DE 1987

3.º La guarda podrá ejercerse, bajo la vigilancia de la entidad pública, por el director de la casa o establecimiento en que el menor es internado o por las personas que lo reciban en acogimiento.

4.º Se procurará la reinserción del menor en la propia familia y, en tanto sea posible, que la guarda o el acogimiento de los hermanos se confíe a una misma institución o persona.

Artículo 173.—1.º El acogimiento produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien le recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral.

2.º Se formalizará por escrito, con el consentimiento de la entidad pública, de las personas que reciban al menor y de éste si tuviere doce años cumplidos. Cuando fueren conocidos los titulares de la patria potestad o de la tutela, será necesario, además, que éstos consientan el acogimiento o que el Juez aprecie su conveniencia para el menor, previa audiencia de los padres o tutores. Se requerirá la audiencia del menor de doce años desde que tuviere suficiente juicio.

LEY 11/1981, DE 13 DE MAYO

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

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

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.

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

PROYECTO DE LEY DE
10 DE MARZO DE 1986

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

2.º 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.º 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.

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

PROYECTO DE LEY
DE ENERO DE 1987

3.º El acogimiento del menor cesa bien por decisión judicial, bien por decisión de las personas que lo tienen acogido, previa comunicación de éstas a la entidad pública. También cesará a petición de los padres que tengan la patria potestad y reclamen su compañía. Será precisa resolución judicial de cesación cuando el acogimiento haya sido dispuesto por el Juez.

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

Artículo 174.—1.º Incumbe al Juez la superior vigilancia de la tutela o guarda de los menores a que se refiere esta Sección.

LEY 11/1981, DE 13 DE MAYO

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

La entrega del menor en una casa o establecimiento benéficos se considerará también como abandono en los siguientes casos:

- a) Cuando el menor hubiere sido entregado sin datos que revelen su filiación.
- b) Cuando, aun siendo conocida la filiación, constare la voluntad de los padres o guardadores de abandonar al menor manifestada con simultaneidad a su entrega o inferida de actos posteriores.

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

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

PROYECTO DE LEY DE
10 DE MARZO DE 1986

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.

PROYECTO DE LEY
DE ENERO DE 1987

2.º A tal fin, la entidad pública le dará noticia inmediata de los nuevos ingresos de menores o de su acogimiento. El Juez habrá de comprobar, al menos semestralmente, la situación del menor y dispondrá, de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, las medidas de protección adecuadas.

LEY 11/1981, DE 13 DE MAYO

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

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

PROYECTO DE LEY DE
10 DE MARZO DE 1986

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

2.º 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 relacionados 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.º No se requiere propuesta previa:

1. Cuando el adoptando esté emancipado.

PROYECTO DE LEY
DE ENERO DE 1987SECCION SEGUNDA
«De la adopción»

Artículo 175.—1.º La adopción requiere que el adoptante tenga veinticinco años cumplidos. En la adopción por ambos cónyuges basta que uno de ellos haya alcanzado dicha edad. En todo caso, el adoptante habrá de tener, por lo menos, catorce años más que el adoptado.

2.º Únicamente podrán ser adoptados los menores no emancipados. Por excepción, será posible la adopción de un emancipado cuando, inmediatamente antes de la emancipación, hubiere existido una situación no interrumpida de acogimiento o convivencia, iniciada antes que el adoptado hubiere cumplido los catorce años.

3.º No pueden adoptar:

1. El ascendiente a su descendiente.

2. Un hermano a otro hermano.

3. El tutor a su pupilo hasta que hayan sido aprobadas definitivamente las cuentas.

4.º Fuera de la adopción por ambos cónyuges, nadie puede ser adoptado por más de una persona. En caso de muerte del adoptante, o cuando el adoptante sufra la exclusión prevista en el artículo 179, es posible una nueva adopción del adoptado.

LEY 11/1981, DE 13 DE MAYO

Artículo 176.—Corresponden al hijo adoptivo los mismos derechos y obligaciones que a los hijos por naturaleza.

La adopción causa parentesco entre el adoptante, el adoptado, sus descendientes y la familia del adoptante.

La adopción confiere al adoptante la patria potestad sobre el adoptado menor de edad. Cuando un cónyuge adopte al hijo de otro, la patria potestad se atribuirá a ambos.

Extinguida la patria potestad del adoptante o adoptantes, se aplicarán en su caso las normas de la tutela, excluyendo de los llamamientos legales a los parientes por naturaleza.

PROYECTO DE LEY DE
10 DE MARZO DE 1986

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

3. Cuando el adoptando sea hijo del consorte del adoptante.

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

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

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

Artículo 176.—1.º 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.

2.º También es necesario que ante el Juez o en documento auténtico presenten 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.

PROYECTO DE LEY
DE ENERO DE 1987

Artículo 176.—1.º La adopción se constituye mediante resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptado.

2.º Para iniciar el expediente de adopción es necesaria la propuesta previa de la entidad pública.

No obstante, no se requiere propuesta cuando en el adoptando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

1. Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad.

2. Ser hijo del consorte del adoptante.

LEY 11/1981, DE 13 DE MAYO

Artículo 177.—La adopción es irrevocable.

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

Podrán pedir judicialmente que se declare extinguida la adopción:

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

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

PROYECTO DE LEY DE
10 DE MARZO DE 1986

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.º 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.

PROYECTO DE LEY
DE ENERO DE 1987

3. Llevar más de un año acogido por el adoptante o bajo su tutela.

4. Estar emancipado.

Artículo 177.—1.º Habrán de consentir la adopción, en presencia del Juez, el adoptante o adoptantes y el adoptando mayor de doce años.

2.º Deberán asentir a la adopción en la forma establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil:

1. El cónyuge del adoptante, salvo que medie separación legal por sentencia firme o separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente.

2. Los padres del adoptando, 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.

No será necesario el asentimiento cuando los que deban prestarlo se encuentren imposibilitados para ello.

LEY 11/1981, DE 13 DE MAYO

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

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

SECCION SEGUNDA
De la adopción plena

Artículo 178.—Sólo podrán adoptar plenamente: Los cónyuges que vivan juntos y procedan de consuno; el cónyuge separado legalmente; las personas en estados de viudedad, soltería o divorcio, y uno de los cónyuges, al hijo de su consorte.

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

PROYECTO DE LEY DE
10 DE MARZO DE 1986

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

2.º 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.

PROYECTO DE LEY
DE ENERO DE 1987

El asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido quince días desde el parto.

3.º Deberán ser simplemente oídos por el Juez:

1. Los padres, cuando su asentimiento no sea necesario para la adopción.

2. El tutor si estuviere nombrado y, en su caso, el guardador de hecho.

3. El adoptando menor de doce años, si tuviere suficiente juicio.

Artículo 178.—1.º La adopción produce la extinción de las relaciones del adoptado con la familia de origen, que sólo persistirán:

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

2. 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.

LEY 11/1981, DE 13 DE MAYO

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

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

Artículo 179.—El hijo adoptivo y 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.

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

PROYECTO DE LEY DE
10 DE MARZO DE 1986

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

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.

PROYECTO DE LEY
DE ENERO DE 1987

2.º Lo establecido en el apartado anterior se entiende sin perjuicio de lo dispuesto sobre impedimentos matrimoniales.

Artículo 179.—1.º El Juez, a petición del Ministerio Fiscal, del adoptando o de su representante legal, acordará que el adoptante que hubiere incurrido en causa de privación de la patria potestad, quede excluido de las funciones tuitivas y de los derechos que por Ley le correspondan respecto del adoptado o sus descendientes, o en sus herencias.

2.º Una vez alcanzada la plena capacidad, la exclusión sólo podrá ser pedida por el adoptando dentro de los dos años siguientes.

3.º Dejarán de producir efecto estas restricciones por determinación del propio hijo mayor de edad.

LEY 11/1981, DE 13 DE MAYO

SECCION TERCERA
De la adopción simple

Artículo 180.—La adopción simple no exige otros requisitos que los prevenidos con carácter general en la sección primera del presente capítulo. Respecto del cónyuge separado legalmente regirá lo establecido en el párrafo 1.º del artículo 178.

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

Adoptado y adoptante carecen entre sí de derechos legitimarios y su presencia no influye en la determinación de las legítimas ajenas.

En la sucesión intestada, el hijo adoptivo o sus descendientes y el adoptante son llamados inmediatamente después del cónyuge viudo, con exclusión de los colaterales. En su caso, el hijo adoptivo o sus descendientes excluyen al adoptante o adoptantes.

PROYECTO DE LEY DE
10 DE MARZO DE 1986

Artículo 180.—1.º La adopción es irrevocable.

2.º 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.º, apartado d), ni hubiere sido oído en el expediente por circunstancia que no le sea imputable.

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

3.º 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.

PROYECTO DE LEY
DE ENERO DE 1987

Artículo 180.—1.º La adopción es irrevocable.

2.º El Juez acordará la extinción de la adopción a petición del padre o de la madre que, sin culpa suya, no hubieran sido oídos en el expediente. Será también necesario que la demanda se interponga dentro de los dos años siguientes a la adopción y que la extinción solicitada no perjudique gravemente al menor.

3.º La extinción de la adopción no es causa de pérdida de la nacionalidad adquirida ni alcanza a los efectos patrimoniales anteriormente producidos.

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

LEY 11/1981, DE 13 DE MAYO

DISPOSICION TRANSITORIA
DE LA LEY 7/1970, DE 4 DE JULIO

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

PROYECTO DE LEY DE
10 DE MARZO DE 1986

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

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

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera.—En los expedientes de adopción plena pendientes ante los Tribunales a la entrada en vigor de esta Ley regirá en todo la legislación anterior, a menos que los solicitantes interesen la aplicación de la nueva Ley. Quedarán sobrepuestos los expedientes de adopción simple en que no haya recaído resolución judicial.

Segunda.—Las adopciones simples o menos plenas subsistirán con los efectos que les reconocía la legislación anterior, sin perjuicio de que pueda llevarse a cabo la adopción regulada por esta Ley si para ello se cumplen los requisitos exigidos en la misma.

PROYECTO DE LEY
DE ENERO DE 1987

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera.—Contiene idéntica redacción.
Segunda.—Contiene idéntica redacción.

LEY 11/1981, DE 13 DE MAYO	PROYECTO DE LEY DE 10 DE MARZO DE 1986	PROYECTO DE LEY DE ENERO DE 1987
	DISPOSICION FINAL 1. La tutela, acogimiento y demás instituciones de protección de los menores se regirán exclusivamente, en materia civil, por las disposiciones del Código Civil y por las Leyes y compilaciones que el Código deja a salvo. 2. Las normas procedimentales sobre medidas de protección de menores serán aplicadas con las adaptaciones exigidas por el Código Civil y por la presente Ley. 3. Quedan derogados la regla 16 del artículo 63 y los artículos 1.825 a 1.832, ambos inclusive, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.	DISPOSICION FINAL 1. Mantiene idéntica redacción. 2. Mantiene idéntica redacción. 3. Desaparece.

LEY 11/1981, DE 13 DE MAYO	PROYECTO DE LEY DE 10 DE MARZO DE 1986	PROYECTO DE LEY DE ENERO DE 1987
	DISPOSICIONES ADICIONALES <i>Primera.</i>—Las funciones públicas referidas en el Capítulo V, Título VII, Libro I del Código Civil incumben a los organismos del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades Locales a que, con arreglo a las Leyes, corresponda en el territorio respectivo la protección de menores. Las funciones que incumben a estas entidades pueden ser llevadas a cabo por las asociaciones o fundaciones que hayan obtenido del Ministerio de Justicia o de la Comunidad Autónoma competente, según corresponda, la calificación de institución colaboradora de integración familiar. Ninguna otra persona o entidad podrá intervenir en funciones de mediación para acogimientos familiares o adopciones. La condición de institución colaboradora sólo podrá otorgarse a las asociaciones no lucrativas y a las fundaciones, cuando en los respectivos estatutos o reglas figure como fin la protección de los menores y siempre que dispongan de los medios materiales y personales adecuados.	DISPOSICIONES ADICIONALES <i>Primera.</i>—Las entidades públicas mencionadas en esta Ley son los organismos del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades Locales a las que, con arreglo a las Leyes, corresponda, en el territorio respectivo, la protección de menores. No obstante, las funciones públicas que, conforme a esta Ley, incumben a tales entidades pueden ser ejercitadas por las asociaciones o fundaciones que hayan obtenido del Ministerio de Justicia, o de la Comunidad Autónoma competente, según corresponda, la calificación de institución colaboradora de integración familiar. Ninguna otra persona o entidad podrá intervenir en funciones de mediación para acogimientos familiares o adopciones. La condición de institución colaboradora sólo podrá otorgarse a las asociaciones no lucrativas y a las fundaciones, cuando en los respectivos estatutos o reglas figure como fin la protección de los menores y siempre que dispongan de los medios materiales y personales adecuados.

LEY 11/1981, DE 13 DE MAYO

PROYECTO DE LEY DE
10 DE MARZO DE 1986PROYECTO DE LEY
DE ENERO DE 1987

La calificación se otorgará previo expediente o igualmente podrá ser dejada sin efecto si la asociación o fundación deja de reunir los requisitos exigidos o infringe en su actuación las normas legales.

Estas instituciones estarán sometidas a las directrices e inspección de la autoridad de quien reciban la calificación.

Incumbe al Ministerio de Justicia la coordinación de sus actividades en el ámbito nacional.

Las personas que trabajen en las entidades públicas o en las instituciones colaboradoras estarán obligadas a guardar secreto de la información obtenida y de los datos de filiación de los acogidos o adoptados, evitando en particular que la familia de origen conozca a la de adopción.

Desde que una persona es seleccionada por la entidad pública como adoptante podrá solicitar que la entidad le proporcione los datos que posea sobre la salud del menor, previos los consentimientos legalmente necesarios.

Segunda.—Las actuaciones judiciales a que se refiere el artículo 180 del Código Civil se sustanciarán por los trámites del juicio declarativo ordinario que corresponda.

La calificación se otorgará previo expediente. Podrá ser privada de efectos la calificación si la asociación o fundación dejare de reunir los requisitos exigidos o infringiere en su actuación las normas legales.

Estas instituciones estarán sometidas a las directrices e inspección de la autoridad de quien reciban la calificación.

Incumbe al Ministerio de Justicia la coordinación de sus actividades en el ámbito nacional.

Las personas que presten servicios en las entidades públicas o en las instituciones colaboradoras estarán obligadas a guardar secreto de la información obtenida y de los datos de filiación de los acogidos o adoptados, evitando, en particular, que la familia de origen conozca a la de adopción.

Desde que una persona es seleccionada por la entidad pública como adoptante podrá solicitar que la entidad le proporcione los datos que posea sobre la salud del menor.

Segunda.—Para las funciones judiciales previstas en esta Ley será competente el Juez de Primera Instancia y, en su caso, el de Familia.

LEY 11/1981, DE 13 DE MAYO	PROYECTO DE LEY DE 10 DE MARZO DE 1986	PROYECTO DE LEY DE ENERO DE 1987
	Mientras dure el procedimiento, el Juez adoptará las medidas de protección oportunas sobre la persona y bienes del adoptado menor o incapaz. El Juez rechazará de plano la demanda de revocación de adopción cuando resulte manifiestamente infundada, a la vista de las pruebas que se acompañan y el expediente mismo de adopción. <i>Tercera.</i>—Será competente para las demás funciones judiciales previstas en esta Ley el Juez de Primera Instancia y, en su caso, el de Familia correspondiente al domicilio de la entidad y, en su defecto, el del domicilio del adoptante. <i>Cuarta</i> El procedimiento judicial de constitución de adopción o de cesación de un acogimiento familiar se ajustará a las reglas de los actos de jurisdicción voluntaria con las particularidades establecidas en el Código Civil y en las reglas siguientes:	<i>Tercera.</i>—Las actuaciones judiciales a que se refieren los artículos 179 y 180 del Código Civil se sustanciarán por los trámites del juicio declarativo ordinario que corresponda. Durante la sustanciación del procedimiento, el Juez adoptará las medidas de protección oportunas sobre la persona y bienes del adoptado menor o incapaz. El Juez rechazará de plano la demanda de revocación de adopción cuando, a la vista de las pruebas aprobadas y del expediente mismo, resulte manifiestamente infundada. <i>Cuarta.</i>—Desaparece. Se convierte prácticamente en las normas procesales introducidas en la nueva redacción de la Ley de Enjuiciamiento Civil, artículos 1.825 a 1.832.

LEY 11/1981, DE 13 DE MAYO

PROYECTO DE LEY DE
10 DE MARZO DE 1986

PROYECTO DE LEY
DE ENERO DE 1987

1.^a Será competente el Juez determinado conforme a la disposición anterior.

2.^a Será potestativo valerse del Abogado.

3.^a Intervendrá siempre el Ministerio Fiscal.

4.^a Las actuaciones se llevarán a cabo con la conveniente reserva.

5.^a Si en el escrito inicial no aparece el domicilio de los que deban ser citados, el Juez, en un plazo no superior a treinta días, a contar desde la presentación de la propuesta, practicará las diligencias oportunas para la averiguación del domicilio.

6.^a En la citación a los padres se precisará, en su caso, la circunstancia por la cual basta su simple audiencia. Si los padres del adoptado 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 habían de presentarse en el Juzgado.

7.^a 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 o cesación del acogimiento acordada será válida, a salvo, en su caso, el derecho que a los padres concede el artículo 180 del Código Civil.

LEY 11/1981, DE 13 DE MAYO	PROYECTO DE LEY DE 10 DE MARZO DE 1986	PROYECTO DE LEY DE ENERO DE 1987
	8.^a La oposición de algún interesado no transformará en contencioso el expediente. Pero si los padres, citados sólo para la audiencia, se opusieren por estimar que no es cierta la circunstancia que permite excluir su consentimiento, la oposición se ventilará por los trámites del juicio verbal y contra la resolución que se dicte no cabrá recurso alguno. 9.^a El Juez podrá ordenar la práctica de cuantas diligencias estime oportunas para asegurarse de que la adopción resultará beneficiosa para el adoptado. 10. El auto que ponga fin al expediente será sólo susceptible de apelación. Esta se admitirá en ambos efectos contra el auto que constituya la adopción, y en un solo efecto contra el auto de cesación del acogimiento.	

APENDICE II

CUADRO COMPARATIVO DE LA UBICACION DE LA ADOPCION EN DISTINTOS CODIGOS CIVILES EUROPEOS

CC ESPAÑOL	CC. FRANCES	CC BELGA	CC ITALIANO	CC SUIZO	CC ALEMAN (RFA)
(Reforma de 1981)	(Reformas por Leyes de 11-7-66 y 22-12-76)	(Reformas por Leyes de 21-3-69, 1-3-71 y 7-5-73)	(Reforma por Ley de 4-5-83)	(Reforma por Ley de 25-6-76)	(Reforma por Ley de 2-7-76)
LIBRO I	LIBRO I	LIBRO I	LIBRO I	LIBRO II	LIBRO IV
<i>De las personas</i>	<i>De las personas</i>	<i>De las personas</i>	<i>Personas y familia</i>	<i>Derechos de la familia</i>	<i>Derecho de familia</i>
TITULO VII	TITULO VIII	TITULO VIII	TITULO VIII	2.ª PARTE	SECCIÓN 2.ª
<i>De las relaciones paternofiliales</i>	<i>Filiación adoptiva (arts. 343-370)</i>	<i>Adopción y legitimación para la adopción (arts. 343-370)</i>	<i>Adopción de personas mayores de edad (arts. 291-314, más 82 arts. de la Ley de 1983)</i>	<i>De los parientes</i>	<i>Parentesco</i>
CAPITULO V	CAPITULO I	CAPITULO I	CAPITULO I	TITULO VII	TITULO VIII
<i>De la adopción (arts. 172-180)</i>	<i>Adopción plena</i>	<i>Disposiciones generales</i>	<i>Adopción de personas mayores de edad y efectos</i>	<i>Del establecimiento de la filiación</i>	<i>Adopción (par. 1.741 a 1.772)</i>
SECCIÓN 1.ª	CAPITULO II	CAPITULO II	CAPITULO II	CAPITULO IV	(Ley sobre
<i>Disposiciones generales</i>	<i>Adopción simple</i>	<i>Adopción</i>	<i>Formas de la adopción de personas mayores de edad</i>	<i>De la adopción (arts. 264-269)</i>	<i>Adopción, AG, y Ley de la Mediación de la Adopción, AVG, ambas de 2-7-76)</i>
SECCIÓN 2.ª		CAPITULO III			
<i>De la adopción plena</i>		<i>Legitimación para la adopción</i>			
SECCIÓN 3.ª					
<i>De la adopción simple</i>					

CC ESPAÑOL	CC FRANCES	CC BELGA	CC ITALIANO	CC SUIZO	CC ALEMAN (RFA)
			CAPITULO III <i>Adopción de menores</i> (derogado el CC y sustituido por la Ley de 4-5-83) TITULO XI <i>Afiliación y acogimiento</i> (1)		

(1) Se traduce por acogimiento la palabra italiana *Affidamento*, de difícil traducción a la lengua española.

* DERECHO INGLES:

Las antiguas Leyes de custodia de niños de 1881 y 1911 han sido reformadas en 1926 y 1958, y últimamente por la «CHILDREN ACT» de 1975 y la «ADOPTION ACT» de 1976.

* En el ámbito internacional están vigentes los CONVENIOS de La Haya de 15 de noviembre de 1965 (sobre procedimiento de la adopción) y de Estrasburgo de 24 de abril de 1967 (sobre adopción de niños).