

LAS REFORMAS DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL Y LA INSTITUCIÓN DE LA ADOPCIÓN

María Aránzazu Calzadilla Medina
Universidad de La Laguna

RESUMEN

En el presente trabajo se analizan las distintas modificaciones que ha experimentado en el Código Civil español la institución de la adopción desde su promulgación hasta la actualidad.

PALABRAS CLAVE: menores, adopción, reformas del Código Civil español.

ABSTRACT

In present work there are analyzed the different modifications that the institution of the adoption has experimented on the Civil Spanish Code from its promulgation up to the current important.

KEY WORDS: children, adoption, reforms of the Civil Spanish Code.

La adopción es el instituto que más veces ha sido reformado en el Código Civil. Ya existía en nuestro país antes de la conquista del Imperio Romano y subsistió durante la Edad Media, si bien se piensa que fue ignorada por el Derecho visigodo¹. Lo cierto es que las reformas en materia de adopción que ha sufrido el Código Civil son uno de los mejores reflejos de cómo los cambios sociales han influido en nuestro Derecho Privado. En este sentido se expresa CALVO GARCÍA², cuando afirma que la institución de la adopción es un buen campo para analizar las transformaciones del derecho. GARCÍA CANTERO³ sostiene, incluso, que «[...] no parece exagerado calificar a la adopción de institución mártir, que se ha encontrado en el punto de mira de los caprichos socializantes del legislador, quien da la impresión de haberse servido de ella como caballo de Troya para dinamitar desde dentro las instituciones civiles; cuando no ha sido utilizada como moneda de cambio en determinados traspasos de competencias, o para completar la lista de atribuciones de las Comunidades Autónomas».

Desde el mismo momento de la codificación se planteó la posibilidad de excluir o conservar esta institución en el Código⁴, la cual, pese a haber desaparecido en el antiguo Derecho francés, había reaparecido con la Revolución. Por su parte, el

Código Civil de 1889, siguiendo los modelos latinos y gracias a una autorización expresa del Gobierno, recogió la adopción⁵ dedicándole el capítulo V del título VII del libro I, si bien procedió a regularla de manera imprecisa, lo cual provocó no pocas críticas⁶. Se limitó a reproducir casi al pie de la letra el Proyecto de 1851, introduciendo muy pocas modificaciones⁷.

El problema se acentuó cuando en los años treinta del siglo pasado surgen las tendencias reformistas y favorecedoras de la adopción (que son aquellas que persisten en la actualidad; según ellas, el hijo adoptivo ha de estar totalmente equiparado al hijo biológico, produciéndose así la ruptura de vínculos entre la familia biológica y el adoptado), y sobre todo con la guerra civil española, pues se dieron innumerables casos de menores sin hogar. El Gobierno republicano trató de

¹ GARCÍA CANTERO, G. (1995): «La adopción», *Derecho Civil Español, Común y Foral* de José Castán Tobeñas, tomo V, vol. 2, Reus, Madrid, pp. 371 y 372. Una interesante síntesis de la evolución de la institución es la que realiza CASALS COLLDECARRERA, M. (1950): Voz «Adopción», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo II, Francisco Seix, Barcelona, p. 397 y ss. Desde el punto de vista histórico, puede consultarse: OTERO, A. (1957-58): «Sobre la realidad histórica de la adopción», *Anuario de Historia del Derecho Español*, vol. 27 y 28, pp. 1.143-1.149.

² V. CALVO GARCÍA, M. (1993): «Transformaciones del Derecho Civil», *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. 2, Barcelona, p. 1.026 y ss.

³ GARCÍA CANTERO, G., «*Adoptio, semper reformanda est*», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXVI, núm. 660, julio-agosto de 2000, p. 2.438.

⁴ Se argumentaba por los detractores de la institución, que ésta fomentaba relaciones ilícitas ya que estaba permitido adoptar a los hijos naturales y que se podía defraudar los derechos de los parientes legítimos del adoptante. Esta posibilidad se barajó hasta el punto de que tras una votación de la comisión codificadora con relación al Proyecto de Código Civil de 1851, se obtuvo la casi unanimidad de los votantes para proceder en tal sentido. Finalmente, el Proyecto la recogió gracias a la intervención de un vocal andaluz que alegó que en su «país» existían algunos casos de adopción. V. HUALDE SÁNCHEZ, J.J. (1979): *La adopción del propio hijo natural reconocido*, Pamplona, Aranzadi, pp. 29-65.

⁵ V. GARCÍA BAYONA, F. (1973): *Concordancias, motivos y comentarios al Código Civil español*, tomo I, Barcelona, p. 148, donde el autor justifica la inclusión de la adopción en el Proyecto de Código Civil de 1851 de la siguiente manera: «Es un hecho constante y notorio que la adopción no está en nuestras costumbres. Hubo por tanto en la Sección, una casi unanimidad para pasarla en silencio; pero habiendo hecho presente un vocal andaluz que en su país había algunos casos, aunque raros, de ella, se consintió en dejar este Título con la seguridad de que sería tan rara y entraña en adelante, como lo ha sido hasta ahora, y porque al fin este Título no es imperativo, sino permisivo o facultativo, y de una cosa que puede conducir a sentimientos dulces y benéficos; téngase sin embargo presente que ni en los Códigos modernos ni en este título se hace la distinción Romana entre arrogación y adopción en especie [...]».

⁶ V. SANCHO REBULLIDA, F.A. (1989): *Derecho de Familia. Elementos de Derecho Civil*, IV, Lacruz Berdejo y otros, Bosch, Barcelona, p. 179.

⁷ V. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1965): «El Anteproyecto de Código Civil español», *Centenario de la Ley del Notariado*, Reus, Madrid, pp. 7-49; MORENO QUESADA, B. (1990): «La composición de intereses en la adopción durante la vigencia del Código Civil», *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, tomo II, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid (en especial el apdo. «La decadencia de la adopción al tiempo de publicarse el Código Civil», pp. 1.515-1.525).



flexibilizar la institución con el Decreto de 10 de abril de 1937, si bien, no consiguió todos sus objetivos (sobre todo el de suprimir los vínculos entre el adoptado y su familia biológica), lo cual puso claramente de manifiesto el Preámbulo de la Ley de 17 de octubre de 1941, sobre la adopción de los acogidos en casas de expósitos y casas de beneficencia.

I. LA LEY DE 24 DE ABRIL DE 1958⁸

La Ley de 24 de abril de 1958 reforma sustancialmente, entre otras cosas (tales como el régimen del matrimonio, con motivo del Concordato de 27 de agosto de 1953, la capacidad de la mujer y los derechos sucesorios del cónyuge superviviente), algunos artículos del Código Civil relativos a la adopción. Introdujo dos clases de adopción: la adopción plena (regulada por los arts. 178 y 179, pensada especialmente para los matrimonios sin hijos y para los menores abandonados o expósitos, a los que se les otorgaba un *status* casi idéntico que a los hijos «legítimos»⁹) y la menos plena (establecida en el art. 180, que venía a ser la que hasta entonces se regulaba en el Código, con la única salvedad de que se concreta el alcance de los derechos hereditarios pactados en la escritura). También se procedió a rebajar la edad necesaria para poder adoptar, que pasa a ser 35 años, si bien la diferencia necesaria entre adoptante y adoptado aumentó pasando a ser de 18 años.

Además, tras esta reforma es cuando se comienza a plantear la cuestión de cuál es el momento constitutivo de la adopción, existiendo dos posibilidades: el de la aprobación judicial o del otorgamiento de la escritura pública. La doctrina civilista de la época se pronunció en ambos sentidos¹⁰, aunque la mayoría se decantaba

⁸ BOE núm. 99 de 25 de abril de 1958. Para profundizar más en el estudio de esta reforma es básico el capítulo titulado «Alcance y crítica de la Ley de 24 de abril de 1958» perteneciente a la monografía de GAMBÓN ALIX, G. (1960): *La adopción*, Bosch, Barcelona, pp. 53-73. Además, pueden consultarse todas las obras que se hallan enumeradas en la nota al pie núm. 21 de la obra de PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. (1989): *La nueva adopción*, Cívitas, Madrid, p. 21. V. también, MADRUGA MÉNDEZ, J. (1963): «La adopción», *Anuario de Derecho Civil*, tomo 16, fasc. 3, pp. 747-781; CASTRO LUCINI, F. (1962): «La adopción en la compilación del Derecho Civil especial de Cataluña», *Anuario de Derecho Civil*, tomo 15, fasc. 1, pp. 69-79; CASTRO LUCINI, F. (1962): «Los derechos sucesorios del hijo adoptivo», *Anuario de Derecho Civil*, tomo 15, fasc. 3, pp. 617-656; CASTRO LUCINI, F. (1966): «Algunas consideraciones críticas sobre los requisitos de la adopción: I. El adoptante», *Anuario de Derecho Civil*, tomo 19, fasc. 2, pp. 337-368; CASTRO LUCINI, F. (1968): «Algunas consideraciones críticas sobre los requisitos de la adopción: II. El adoptado», *Anuario de Derecho Civil*, tomo 21, fasc. 2, pp. 369-411; y CASTRO LUCINI, F. (1970): «Algunas consideraciones críticas sobre los requisitos de la adopción: III. Forma o procedimiento», *Anuario de Derecho Civil*, tomo 23, fasc. 2, pp. 271-298.

⁹ No se identifica al adoptado plenamente con el hijo legítimo, no por error de técnica jurídica del legislador, sino porque como manifiesta el Preámbulo de la Ley de 24 de abril de 1958, de esa manera: «[...] se hubiera hecho más intenso el vínculo adoptivo que el de la filiación natural».

¹⁰ V. las conclusiones recogidas por CASTÁN VÁZQUEZ, J.M. (1968): «Las II Jornadas Nacionales sobre Adopción», *Anuario de Derecho Civil*, tomo 21, fasc. 2, pp. 919-928.



por considerar el momento en el que el juez emite la resolución como aquel en el que se constituye la adopción¹¹. El *iter* legislativo que ha sufrido esta institución hasta nuestros días ha venido a dar la razón a los defensores de esta tesis.

II. LA LEY 7/1970, DE 4 DE JULIO¹²

Posteriormente la Ley de 4 de julio de 1970, haciéndose eco de las reformas que en esta materia se habían operado unos años antes (ente 1966 y 1969) en los ordenamientos jurídicos europeos, volvió a modificar los arts. 172 a 180 del Código Civil, ya que la práctica revelaba la insuficiencia de la regulación existente. Supuso esta reforma, como afirma GARCÍA CANTERO¹³, una innovación radical desde el punto de vista de los derechos del adoptado. Se buscó, tal y como ya constataba el mismo Preámbulo de la Ley¹⁴, facilitar la adopción y dotarla de una mayor consistencia en lo que respecta a la nueva relación jurídica que con aquélla nace: la patero-filial. Asimismo, se persiguió ampliar el ámbito de la aplicación judicial.

El nuevo art. 172 del Código Civil permite la posibilidad de que se puedan adoptar a los hijos naturales reconocidos¹⁵, lo cual no era posible con la anterior

¹¹ V. ESPÍN CÁNOVAS, D. (1988): «Una nueva familia: la adoptiva» (Conferencia pronunciada en la Escuela Social y Junta Provincial de Beneficencia de Salamanca, Salamanca, 1963) en *Cien Estudios jurídicos del Profesor Diego Espín de Cánovas (1942-1996)*, tomo I: Temas generales. Persona. Familia, Centro de Estudios Registrales, Madrid, pp. 627-639. En contra, SANCHO REBULLIDA, F.A. (1978): «Notas sobre la perfección y forma en la adopción», *Estudios de Derecho Civil*, tomo I, Universidad de Navarra, Pamplona, pp. 413-418.

¹² BOE núm. 161, de 7 de julio de 1970. V. SANCHO REBULLIDA, F.A. (1978): «Adopción y filiación en la reforma del Código Civil de 4 de julio de 1970», *Estudios de Derecho Civil*, Universidad de Navarra, tomo I, Pamplona, pp. 419-441. V. un estudio breve y clarificativo sobre esta Ley en la separata de ROCA JUAN, J. (1971): *Sobre la nueva adopción*, La Laguna.

¹³ V. GARCÍA CANTERO, G., presentación de *El régimen jurídico de la adopción. La Ley de Adopción de 11 de noviembre de 1987*, núm. 16 de la Colección Aragón de Bienestar Social, Zaragoza, 1989, p. 8.

¹⁴ La Exposición de Motivos, al hacer referencia a la anterior regulación, sostenía que: «La incertidumbre hizo aconsejable conjugar el progreso con la palabra prudencia. Exponente de ello fue, sobre todo, distinguir dos clases de adopción: la plena, en el cual se fortaleció considerablemente el vínculo jurídico entre adoptante y adoptado a cambio de restringir la posibilidad de acceso a esa situación; y la adopción menos plena (llamada simple en la presente Ley), que vino a significar algo recíprocamente contrario; esto es, mayor libertad de acceso a cambio de una efectividad jurídica menor, equiparable a la derivada de la primitiva figura de la adopción».

¹⁵ Dicho precepto establecía que: «Los propios hijos naturales reconocidos podrán ser adoptados aunque no concurren los requisitos de edad mencionados en el párrafo anterior». Por su parte, el Preámbulo de la Ley disponía que: «En igual línea permisiva aparece la adopción de los propios hijos naturales reconocidos. El tema es polémico en la doctrina. Mas como, por una parte, la adopción por un cónyuge de los hijos del otro (entre ellos los naturales) se ha reputado justificada y, por otra parte, en la nueva ordenación el estatuto jurídico del hijo adoptivo incorpora señaladas prerrogativas, ha parecido oportuno no privar al hijo natural propio de algo que puede redundar en su beneficio. Además, la norma propuesta se inserta así en la muy difundida corriente de dignificación



regulación. También se procedió a dar facilidades al adoptante para llevar a cabo la adopción (se permite adoptar a quienes ya tuvieran descendientes, ya fueran éstos legítimos, legitimados o hijos naturales reconocidos —cosa que hasta el momento se hallaba expresamente prohibida—; se rebaja la edad mínima necesaria para poder adoptar a 30 años —bastando, en el caso de adopción por un matrimonio, que uno de los dos hubiese alcanzado dicha edad— y la de diferencia con el adoptado a 16 años¹⁶) y a fortalecer el vínculo (equiparándose los hijos adoptivos a los legítimos¹⁷ y facilitándose la posibilidad de cambiar los apellidos del adoptado por los del adoptante), si bien no se consigue: ni una integración plena del adoptado en la familia del adoptante (pues aunque se crean vínculos entre adoptante y adoptado, ello no sucede entre el adoptado y la familia del adoptante) ni una ruptura total entre la familia biológica y el adoptado (quien continúa teniendo sus derechos con respecto a ella, pero no sus deberes). Se mantiene, pues, la división entre las dos categorías de adopción (con la peculiaridad de que la menos plena pasó a llamarse simple, debido a que el legislador consideró que el término de «menos plena» instituido por la Ley de 1958 aludía a una adopción de índole inferior).

Entre las numerosas críticas que la doctrina civilista formuló, cabe destacar el hecho de que la adopción puede ser revocada sin que se prevea expresamente la posibilidad de realizar una nueva adopción así como el que se mantenga como necesaria la intervención de dos funcionarios públicos (juez y notario) en la constitución de la adopción.

III. LA LEY 11/1981, DE 13 DE MAYO, DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE FILIACIÓN, PATRIA POTESTAD Y RÉGIMEN ECONÓMICO DEL MATRIMONIO¹⁸

La Ley 11/1981, de 13 de mayo, llevó a cabo una nueva reforma de la adopción¹⁹, si bien tal modificación no se recogía *ab initio* en el Proyecto de

de la filiación natural». V. HUALDE SÁNCHEZ, J.J. (1979): *La adopción del propio hijo natural reconocido*, Pamplona, Aranzadi.

¹⁶ V. MALO, F. (1981): «Glosa al requisito de la diferencia de dieciséis años entre adoptante y adoptado», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 542, año LVII, pp. 73-81.

¹⁷ Con relación a las particularidades de la equiparación en materia sucesoria, V. VALLET DE GOYTISOLO, J. (1970): «Los derechos dimanantes de la adopción tras la reforma de 4 de julio de 1970», *Anuario de Derecho Civil*, tomo 23, fasc. 3, pp. 601-611.

¹⁸ Para profundizar más en el estudio de esta reforma pueden consultarse todas las obras que se hallan enumeradas en la cita núm. 47 de la monografía de PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. (1989): *La nueva adopción*, Cívitas, Madrid, p. 32.

¹⁹ Entre la reforma civil anterior y la que aquí va a analizarse, ocurrió en nuestro país un acontecimiento normativo de vital importancia: la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978, un régimen de Gobierno democrático que marcó un antes y un después en la normativa de nuestro país, y como no podía ser menos, también en la de protección de menores. Se han dejado atrás las corrientes preconstitucionales que partían de considerar al menor como irresponsable en





Ley²⁰, sino que fue fruto de su tramitación parlamentaria. La Ley modificó el art. 108 del Código Civil, equiparando todas las filiaciones e implantando el principio de igualdad de derechos entre los hijos, desarrollando así el art. 14 CE²¹ (que recoge el derecho a la igualdad ante la Ley) y el art. 39.2 CE. Ya no existirán, por tanto, diferencias entre hijos matrimoniales y no matrimoniales²².

Además, esta ley introduce algunas modificaciones que van a facilitar la realización de las adopciones. Las más representativas consistieron en la supresión del plazo de cinco años de matrimonio que necesitaban los casados para poder adoptar y en permitir adoptar a los cónyuges legalmente separados (eliminando la distinción entre cónyuge inocente y culpable). También se suprimió la posibilidad de adoptar a los hijos naturales, lo cual debe calificarse positivamente. En cuanto a los adoptados, hay que decir que se les equipara a los hijos por naturaleza²³, una vez desaparecida la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, y su integración en la familia del adoptante es integral, si bien persistieron diferencias substanciales entre el adoptado plena y el adoptado simplemente. Por otra parte, el art. 174 del Código Civil tras la reforma reduce el tiempo para poder apreciar el abandono de aquellos menores que se encuentren en establecimientos benéficos, que pasa a ser de seis meses a un mes.

Es criticable que se mantenga la prohibición de adoptar a las personas a quienes su estatuto religioso se lo prohibía, puesto que si bien en ciertos momentos

todos los casos, siendo totalmente irrelevante su grado de madurez, para dejar paso a nuevas tendencias que hacen hincapié en el hecho de que el menor, si bien precisa de una protección especial, con relación a la otorgada a los mayores de edad, también ostenta un *status* que no debe serle negado por la legislación que le es aplicable. Su opinión puede, e incluso debe, según sean las circunstancias del caso concreto y lo que la ley disponga, ser tenida en cuenta en la toma de decisiones por parte del órgano judicial en procesos que le incumben directamente. En muchos de sus artículos se halla el origen de las siguientes modificaciones de las leyes civiles sobre adopción.

²⁰ V. FERRANDIS VILELLA, J. (1985): «Nuevas perspectivas de la adopción», *ICADE*, núm. 4, p. 109.

²¹ V. SUÁREZ PERTIERRA, G. y AMÉRIGO, F. (1996): «Artículo 14: Igualdad ante la Ley», *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo II, Cortes Generales, EDESA, Madrid, pp. 251-261.

²² V. OLIVER ALBUERNE, M. (1989): «Las crisis familiares y los menores: problemática social y jurídica», *1 Jornadas sobre regulación legal de la protección de menores*, San Sebastián, 15 y 16 de diciembre de 1988, Diputación Foral de Guipúzcoa, pp. 211-223.

²³ Existieron algunos intentos de considerar a los adoptados plenamente como hijos matrimoniales (como por ejemplo la enmienda núm. 79 al artículo 108.2 del Código Civil del Grupo Parlamentario Unión de Centro Democrático en el Senado). Con ello se hubieran enmascarado los orígenes del adoptado hasta el punto de considerarlo hijo biológico (por naturaleza) de adoptante. Afortunadamente esto no se llevó a cabo, debido seguramente al hecho de que uno de los principios que orientan esta reforma es el de «verdad biológica». V. RODRÍGUEZ ADRADOS, A. (1983): «La filiación» (Conferencia pronunciada el día 11 de febrero de 1982 en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos) en *Las reformas del Código Civil por las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Ministerio de Justicia, Madrid, p. 115 y ss.

de nuestro Derecho Histórico tal prohibición tenía su razón de ser en la existencia de un Estado Confesional²⁴ (tal y como por ejemplo sucedía en Las Partidas), tras la entrada en vigor de la CE carece de sentido.

En opinión de BERCOVITZ²⁵ esta reforma es oportunista e improvisada puesto que, si bien se realizan modificaciones importantes, no se lleva a cabo un reajuste de toda la normativa para que siga siendo coherente. Estamos, según él, ante una regulación híbrida de la adopción que suscita problemas al intérprete y constituye un ejemplo del mal legislar.

Tras la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de matrimonio y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio (que suprimió el contenido del art. 176 del Código Civil²⁶) y la Ley 13/1983, de 24 de octubre, sobre la tutela (que lo restauró), se elaboró en 1986 un Proyecto de Ley²⁷ en el que ya se vislumbran algunas de las modificaciones que se van a llevar a cabo en otra de las grandes reformas que ha sufrido esta materia: la reforma operada por la Ley 21/1987.

²⁴ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1971): «La capacidad para adoptar y el estatuto religioso del matrimonio», *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXIV, fasc. III, pp. 913-928.

²⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1982): «Comentarios a los artículos 172 a 180 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Dir. Manuel Albaladejo, tomo III, vol. 2, Madrid, p. 271 y ss.

²⁶ Este precepto, tal y como había quedado redactado por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, establecía que: «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».

²⁷ Un excelente estudio comparativo entre el Proyecto de Ley de 1986 (publicado en el *BOCG*, bajo la referencia: «Congreso de los Diputados, II Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, 10 de marzo de 1986, núm. 194-I, pp. 3.965-3.970») y el Proyecto de Ley de 1987 (publicado en el *BOCG*, bajo la rúbrica: «Congreso de los Diputados, III Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, 4 de febrero de 1987, núm. 22-I, pp. 1-7, núm. 121/000023») es el que realiza CERDA GIMENO, J., «Notas de urgencia acerca del nuevo Proyecto de Ley de reforma de la adopción», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 580, 1987 y recopilado en *Estudios sobre el Derecho de Familia*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1993, pp. 426 a 435. También sobre los proyectos de Ley pueden verse los artículos de LLEDÓ YAGÜE, F. (1986): «Observaciones críticas al proyecto de adopción remitido por el Consejo de Ministros al Congreso de los Diputados», *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXXIX, fasc. 4; PILLADO MONTERO, A. (1987): «Notas sobre el Proyecto de Ley de reforma en materia de adopción», *Revista de Derecho Privado*; CUESTA MARTÍNEZ, Á.: «Aspectos jurídicos de la adopción» ponencia presentada en la Jornada sobre Adopción y Acogimiento Familiar, celebrada en Madrid en la Escuela de Estudios del Menor, el 11 de marzo de 1987. A modo de síntesis de la nueva Ley, puede verse el artículo de VALLADARES RASCÓN, E. (1988): «Notas urgentes sobre la nueva Ley de adopción», *Poder Judicial*, núm. 9, Madrid.



IV. LA LEY 21/1987, DE 11 DE NOVIEMBRE POR LA QUE SE MODIFICARON DETERMINADOS ARTÍCULOS DEL CÓDIGO CIVIL Y DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL EN MATERIA DE ADOPCIÓN Y OTRAS FORMAS DE PROTECCIÓN DE MENORES²⁸

La regulación de la adopción en nuestro país sufrió un vertiginoso cambio con la Ley 21/1987, de 11 de noviembre²⁹ (en adelante, Ley 21/1987), en la que también se llevaron a cabo reformas orientadas a la protección de menores en gene-

²⁸ Como ha puesto de manifiesto PÉREZ ÁLVAREZ, «[...] la reforma de 1987 supuso, antes que una modificación de la adopción, una innovación en el régimen jurídico de la protección de menores en general [...] instaurando, a partir de entonces, un régimen jurídico referible a la protección de menores y del cual se hace partícipe a la Administración». PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., «La desprotección social del menor: Una visión general en materia de instituciones de protección de menores», VVAA (1999): La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la Ley Orgánica de Protección del menor, Universidad de La Coruña, La Coruña, p. 25. V. un esquema de las principales novedades de esta Ley en el artículo de CASTELLÓN LEAL, E. (1996): «Protección y tutela de menores», *Ciencia Policial*, núm. 34, pp. 71-81.

²⁹ BOE núm. 275, de 17 de noviembre de 1987. La rúbrica con la que aparece esta Ley en el BOE (Ley 21/1987 de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción) es totalmente inexacta pues esta norma procede a modificar muchos otros preceptos que no se refieren para nada a la adopción. V. PIETRO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L. (1987): «El nuevo régimen legal de la adopción», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año CXXXVI, tomo XCV, núm. 5, p. 785. V. sobre la Ley 21/1987 con relación a la adopción, CASTRO LUCINI, F. (1987): «Notas sobre la nueva Ley de Adopción 21/1987, de 11 de noviembre», *Anuario de Derecho Civil*, tomo XL, fasc. 4, pp. 1.232-1.241; GONZÁLEZ SOLER, O.E. (1988): «Estudio sobre la Ley de adopción», *Revista de Servicios Sociales y Política Social*, núm. 9, pp. 32-45; GIMENO LAFUENTE, J. (1988): «Adopción: notas acerca de la reforma de la adopción», *Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado*, núm. 87, marzo, pp. 486-510; MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, E. (1988): «Adopción: Comentarios a la reforma de la Ley 21/87 de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción», *Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado*, núm. 87, pp. 465-485; PASCUAL ESTEBAN, J.L. (1988): «La tutela y la guarda de menores por las entidades públicas. El acogimiento. La adopción», *Revista de Derecho Notarial*, año XXXV, núm. 140, abril-junio, pp. 270-281; LEAL PÉREZ-OLAGÜE, M.L. (1988): «La adopción: Aspectos jurídicos y sociales», *Menores*, Cuarta Época, núm. 8, pp. 34-41; RAMOS SÁNCHEZ, J. (1989): «Algunas consideraciones jurídicas sobre la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, sobre protección de menores y adopción. Su posible inconstitucionalidad», *La Ley*, vol. 2, pp. 996-1.012; SERRANO GARCÍA, I. (1991): «Comentario de los artículos 175 a 180 del Código Civil», *Comentario al Código Civil*, tomo I, Madrid, pp. 584-599; VALLADARES RASCÓN, E. (1993): «Comentario al artículo 176 del Código Civil», *Comentarios a las Reformas del Código Civil (Desde la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, a la Ley 30/1991, de 20 de diciembre)* (coord.) Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, pp. 150-181; CABALLERO SÁNCHEZ-IZQUIERDO, J.M. (1995): «Instituciones para la protección de menores», *Actualidad y Derecho*, núm. 16, vol. 1; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (1996): «La adopción», *Compendio de Derecho Civil: Derecho de Familia*, tomo IV, Madrid, pp. 233-251. A modo de síntesis puede verse el artículo de VALLADARES RASCÓN, E. (1988): «Notas urgentes sobre la nueva Ley de adopción», *Poder Judicial*, núm. 9, Madrid, pp. 29-59.

ral³⁰, que es lo que en esencia caracteriza a esta reforma: la instauración de un nuevo régimen jurídico de protección de menores³¹. La Ley se basó principalmente³², por lo que a la regulación de la adopción se refiere, en la Ley italiana núm. 184 de 4 de mayo de 1983, *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*³³ (en adelante, Ley italiana de 1983). Según su Exposición de Motivos los principios fundamentales en los que se debe basar la adopción son básicamente los dos siguientes: «[...] la configuración de la misma como un instrumento de integración familiar, referido esencialmente a quienes más la necesitan, y el beneficio del adoptado que se sobrepone, con el necesario equilibrio, a cualquier otro interés legítimo subyacente en el

³⁰ V. PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. (1989): *La nueva adopción*, Cívitas, Madrid, p. 45 y ss.

³¹ V. con relación al Proyecto de Ley del que surgió esta reforma, SIGNES PASCUAL, M. (1987): «En torno al Proyecto de Ley de Reforma del Código Civil en materia de adopción», *La Ley*, tomo I, pp. 1.073-1.077.

³² FERRANDIS VILELLA intuyó antes de que se produjera la notable influencia que tendría esta norma italiana sobre nuestro legislador. V. FERRANDIS VILELLA, J. (1985): «Nuevas perspectivas de la adopción», *ICADE*, núm. 4 (concretamente «El nuevo régimen de la adopción en Italia», pp. 111-117). V. también, PICONTO NOVALES, T. (1996): *La protección de la Infancia (Aspectos sociales y jurídicos)*, Zaragoza, p. 154, nota núm. 1; BORRÁS RODRÍGUEZ, A. (1994): «El interés del menor como factor de progreso de unificación del Derecho Internacional Privado», *Revista Jurídica de Cataluña*, año XCIII, núm. 1, p. 921.

³³ Publicada en el suplemento ord. A la *Gazzetta Ufficiale*, núm. 133, de 17 de mayo de 1983. V. sobre la Ley italiana núm. 184 de 1983, entre otros muchos, DOGLIOTTI, M. (1983): «Luci (ed ombre) nella nuova legge sull'adozione», *Giustizia Civile*, pp. 1349-1357; JAYME, E. (1984): «L'adozione internazionale. Tendenze e riforme», *Rivista de Diritto Civile*, vol. 2, año XXX, pp. 545-558; VVAA, «Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori (l. 4 maggio 1983, núm. 184)», *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, núm. 1 y 2, año VII, 1984, pp. 1-248; FINOCCHIARO, A. (1987): «La L. 4 maggio 1983 N.184, disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori», *Giustizia Civile*, año XXXVII, enero, fasc. 2, pp. 52-105; DAVÌ, A. (1988): «Problemi di diritto internazionale privato relativi all'applicazione della nuova legge italiana sull'adozione», *Il Diritto di Famiglia e delle persone*, tomo I, año XVII, pp. 481-511; MANERA, G. (1993): «Sul modo di computo delle differenze di età tra adottante ed adottato richieste dagli artt. 6 e 30 della legge núm. 184 del 1983», *Il Nuovo Diritto. Rassegna giuridica pratica*, año LXX, fasc. 6, junio, pp. 451-459; AULETTA, T. (1993): *Il Diritto de Famiglia*, G. Giappichelli, Turín; ALPA, G. (1994): «VI. La famiglia. Adozione», *Istituzioni di Diritto Privato*, Utet, Turín; MANERA, G. (1994): «Sul decreto de idoneità quale primo atto del procedimento di adozione internazionale», *Il Nuovo Diritto. Rassegna giuridica pratica*, año LXXI, fasc. 12, diciembre, pp. 1.105-1.110; STANZIONE, P. (1994): «Interesse del minore e *statuto* dei suoi diritti», *Studi in memoria di Gino Gorla*, tomo II, Giuffrè, Milán, pp. 1.747-1.769; BESSONE, M. y otros (1995): *La famiglia nel nuovo diritto. Principi costituzionali, riforme legislative, orientamenti della giurisprudenza*, Zanichelli, Bologna; BEGHÈ LORETI, A. (1996): «Problemi e prospettive dell'adozione internazionale», VVAA, *Famiglia e adozione internazionale: esperienze normativa e servizi*, Dir. Eugenia Scabini y Pierpaolo Donati, Studi interdisciplinari sulla famiglia, núm. 15, Milán, pp. 15-36; FADIGA, L. (1996): «L'adozione internazionale e i tribunali per i minorenni», VVAA, *Famiglia e adozione internazionale: esperienze normativa e servizi*, Dir. Eugenia Scabini y Pierpaolo Donati, Studi interdisciplinari sulla famiglia, núm. 15, Milán, pp. 37-53; GALGANO, F. (1996): «Adozione», *Dizionario Enciclopedico del Diritto*, vol. I, Cedam, Milán, pp. 38-39; AUTORINO STANZIONE, G. (1997): *Diritto di Famiglia*, G. Giappichelli, Turín.

proceso de constitución». Continúa la Exposición de Motivos diciendo que «tales finalidades de integración familiar y de consecución, con carácter prioritario, del interés del menor, son servidas en el texto legal mediante la consagración de la completa ruptura del vínculo jurídico que el adoptando mantenía con su familia anterior, y la creación *ope legis* de una relación de filiación a la que resultan aplicables las normas generales de filiación contenidas en los art. 108 y ss. del Código Civil».

Coincido con PÉREZ ÁLVAREZ³⁴ cuando afirma que los tres principios que informan la nueva normativa son los siguientes: facilitar el acceso a la adopción (al regular nuevamente tanto las prohibiciones y los requisitos para adoptar como los consentimientos que han de concurrir para que la adopción pueda llevarse a cabo), equiparar las filiaciones (por naturaleza y por adopción) y consagrar la primacía absoluta del interés del adoptado sobre cualquier otro que pudiera concurrir en el proceso de adopción.

La adopción pasó de ser un negocio privado entre los padres biológicos y los adoptantes (como pone expresamente de manifiesto el Preámbulo de la Ley 21/1987), a ser un acto de resolución judicial, según la nueva redacción del art. 176.1 del Código Civil, si bien la Administración tiene una intervención fundamental en la fase preadoptiva. Por tanto, para constituir una adopción es imprescindible la intervención del juez, suprimiéndose la necesidad de otorgar escritura pública. También se eliminó la adopción simple, subsistiendo únicamente la adopción que antes equivalía a la plena, eliminación que hay que valorar positivamente si se atiende al interés superior del menor³⁵.

³⁴ V. PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. (1989): «El Régimen Jurídico de la Adopción», *El régimen jurídico de la adopción. La Ley de Adopción de 11 de noviembre de 1987*, núm. 16 de la Colección Aragón de Bienestar Social, Zaragoza, 1989, p. 41 y ss. Señala que los principios inspiradores de esta Ley son: principio de la reinserción en la familia propia, principio del mantenimiento de la unidad familiar, proscripción de la institucionalización, desjudicialización de las medidas de protección e intervención de otras personas. V. GONZÁLEZ SOLER, O.E. (1996): «Marco jurídico de la protección infantil en el Estado español y en las diferentes Comunidades Autónomas», *Manual de protección infantil*, Coord. Joaquín de Paul Ochotorena y M^a. Ignacia Arruabarrena Madariaga, Masson, Barcelona, pp. 78-79.

³⁵ Pese a esta afirmación, existen hoy en día corrientes doctrinales que defienden la reaparición de la adopción simple en los ordenamientos occidentales que la han eliminado. V. sobre este punto, RODRÍGUEZ BENOT, A. (2000): «La eficacia en España de las adopciones simples constituidas al amparo de un ordenamiento extranjero (una relectura del art. 9.5º del Código Civil a la luz del Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993)», *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Colex, Madrid, pp. 181-202 (en especial, p. 199 y ss.), si bien opta más que por un resurgimiento de la adopción simple, por su convertibilidad en plena mediante el proceso de reconocimiento. Hay que tener en cuenta lo establecido en las Disposiciones Transitorias de la Ley. La DT 1ª dispone: «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 sobreesidos los expedientes de adopción simple en los que no haya recaído resolución judicial». Por su parte, la DT 2ª de la Ley 21/1987 establece: «Las adopciones simples o menos

Por otra parte, se modificaron los requisitos necesarios para realizar la adopción, entre los que cabe destacar: la introducción de la prohibición de estraneidad³⁶; se establece expresamente el carácter secreto de las adopciones; se recoge un nuevo procedimiento para realizar las adopciones mediante la figura del acogimiento preadoptivo³⁷ y a la vez se prevé la figura del acogimiento como autónoma a la adopción; se modifica el procedimiento de adopción, simplificándolo (por ejemplo, con la supresión de la necesidad de intervención del notario en el proceso

plenas subsistirán con los efectos que les reconozca 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». Cuando la Ley hace referencia a las adopciones simples está aludiendo expresamente a la regulación contenida en la Ley de 4 de julio de 1970 y cuando habla de adopciones menos plenas se refiere la Ley de 24 de abril de 1958. Por todo ello, ha de concluirse que en los supuestos previstos por estas normas, la legislación anterior permanece en vigor, si bien, como es evidente, en la actualidad es imposible que persistan expedientes en los que no haya recaído resolución judicial y que hubieran sido incoados al amparo de esta normativa. Por todo ello, estas Disposiciones Transitorias ya no tienen razón de ser y no se aplican en la práctica, en tanto en cuanto ya no existe el supuesto fáctico para el que fueron previstas. Pese a ello, un ejemplo de pervivencia de la anterior normativa se encuentra en la legislación navarra, en tanto en cuanto la adopción simple es el régimen al que la Ley 73 del Fuero Nuevo (tras la reforma operada por al Ley 5/1987, de 1 de abril) remite los efectos del denominado prohijamiento (que si bien no es una institución propia del Derecho Navarro, ha sido utilizada asiduamente en esta Comunidad Autónoma), en los supuestos en los que esta relación se hubiera mantenido durante diez años y la persona que prohió no tuviese, en el momento de iniciarse, hijos por naturaleza o adoptados de horma plena. La figura del prohijamiento, para CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B. (1959), tras puntualizar la dificultad que conlleva definir una figura de estas características, es el «[...] acto administrativo, solemne y revocable mediante el cual se le atribuye a una persona, por la Junta de la Casa de Expósitos que corresponda y previo informe de la Protección de Menores, uno de los acogidos en la institución, para que ejerza respecto de él los deberes y los derechos derivados de la patria potestad, sin comprender ninguno de los que tienen un fundamento más o menos remoto en la misma [...] y con las peculiaridades que se determinen en cada caso por aquella Junta, quedando en su ejercicio bajo la vigilancia de la Protección de Menores». Buenaventura Camy Sánchez-Cañete, «La adopción y figuras similares ante la nueva regulación», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núms. 368-369 y 370-371, tomo XXXII, pp. 42-82 y 194-242 respectivamente (y en particular, p. 239). V. también, MÉNDEZ PÉREZ, J. (1991): «Acogimiento familiar e instituciones afines: el prohijamiento», *El acogimiento de menores*, Bosch, Barcelona, pp. 65-72.

³⁶ Según FELIÚ REY, por «estraneidad» se entiende «[...] la inexistencia de vínculos parentales —y matrimoniales— entre los sujetos que conforman la relación adoptiva». V. FELIÚ REY, M.I. (1989): *Comentarios a la Ley de Adopción*, Tecnos, Madrid, p. 100. Pese a que ha de considerarse esta introducción como altamente positiva, ya que salvaguarda el derecho del adoptado a conocer sus orígenes una vez que sea mayor de edad, la doctrina de la época no se manifestó unánimemente conforme. V., en contra de la prohibición de estraneidad, DURÁN RIVACOBA, R. (1989): «Adopción por los abuelos maternos contra la voluntad del progenitor (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1989)», *La Ley*, núm. 3, pp. 838-844 (en particular, p. 844).

³⁷ Si bien en algunos países es necesario constituir antes que la adopción un acogimiento preadoptivo (como sucede en Italia), en España esto no ocurre así, puesto que ni era preciso con la Ley 21/1987 ni con la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero. V. VAQUER ALOY, A. (1999): «El acogimiento preadoptivo», *VVAA, Protección de menores, acogimiento y adopción*, Marcial Pons, Barcelona, pp. 117-145.



adoptivo³⁸, lo cual también implica una disminución de los costes económicos que toda adopción acarrea); la edad para poder adoptar pasa de treinta a veinticinco años y también disminuyen los años de diferencia de edad que deben mediar entre adoptante y adoptado, pasando a ser de dieciséis a catorce; se delimita el concepto de desamparo³⁹, que sustituye al anterior de abandono; se reconoce excepcionalmente la posibilidad de la adopción *post mortem*; se introduce la posibilidad de la adopción por parte de la pareja de hecho; se amplía la intervención de la Administración y de las entidades colaboradoras; se suprime la exigencia de que el adoptante debía disponer «del pleno uso de los derechos civiles» o «hallarse en el ejercicio de todos sus derechos civiles»⁴⁰; y, por último, se eliminan las prohibiciones eclesíásticas o de estatuto religioso, pues carecían de sentido tras la entrada en vigor de la Constitución.

Esta Ley, en definitiva, «[...] se presenta, en parte, como una culminación del movimiento de reforma desencadenado en los últimos lustros en los países de Europa Occidental, y que puede cifrarse en la reducción de requisitos, simplificación y agilización del procedimiento, al mismo tiempo que se potencian sus efectos encaminados a lograr la plena inserción del adoptado en la familia del adoptante o adoptantes. Pero también ofrece una mayor originalidad traducida en una cierta administrativización y subsiguiente burocratización de la institución, con la necesaria función mediadora de una Entidad pública, o privada colaboradora, [...]»⁴¹.

³⁸ Los argumentos que justificaban la eliminación de la fase notarial en la adopción vienen recogidos en el estudio de BRIOSIO DÍAZ, P. (1990): *La constitución de la adopción en Derecho Internacional Privado*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, p. 33 y ss.

³⁹ V. con relación al concepto de desamparo introducido por esta Ley 21/1987: DE PABLO CONTRERAS, P. (1993): «Comentario al artículo 172 del Código Civil», *Comentarios a las Reformas del Código Civil, (Desde la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, a la Ley 30/1991, de 20 de diciembre)*, Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, pp. 35-88; VARGAS CABRERA, B. (1991): «El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas. (Interpretación sistemática de la Ley 21/1987)», *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLIV, fasc. 1, pp. 611-695; VALLADARES RASCÓN, E. (1990): «La tutela de los menores en relación con el concepto legal de desamparo», *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, tomo II, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, pp. 2.041-2.067; y dado que las CCAA también han promulgado normas en las que se hace alusión, entre otros muchos, al concepto de desamparo, cabe citar, entre otros, el estudio de PALACIOS GONZÁLEZ, D. (1999): *Aspectos civiles de la protección de menores en el Principado de Asturias*, Consejería de Servicios Sociales del Principado de Asturias, Oviedo, p. 35 y ss.; y el de ESPIAU ESPIAU, S. (1999): «La situación de desamparo y las medidas de protección», VVAA, *Protección de menores, acogimiento y adopción*, Marcial Pons, Barcelona, pp. 71-86, donde analiza básicamente normativa de la CA catalana. El desamparo es, en definitiva, la situación que se produce como consecuencia de un incumplimiento de los deberes de asistencia y guarda que ostentan los titulares de la patria potestad.

⁴⁰ Estas expresiones habían originado en la práctica ambiguas interpretaciones. Piénsese que bastaba con que una persona fuese declarada judicialmente pródiga para que ya no pudiera realizar una adopción.

⁴¹ V. GARCÍA CANTERO, G. (1989): presentación de *El régimen jurídico de la adopción. La Ley de Adopción de 11 de noviembre de 1987*, núm. 16 de la Colección Aragón de Bienestar Social, Zaragoza, p. 9. Llegados a este punto y en relación con la administrativización del Derecho Civil que

Todo esto originó críticas significativas a la Ley, las cuales se acentuaron cuando se demostró en la práctica muchas de sus deficiencias. PÉREZ ÁLVAREZ⁴² reconoce que la nueva normativa se hizo eco de las exigencias y las propuestas de *lege ferenda* que la doctrina autorizada había llevado a cabo al respecto, encontrando el origen de las deficiencias de índole técnico-jurídico de esta norma en la ausencia de la Comisión General de Codificación en el *iter* prelegislativo de la misma.

V. LA LEY ORGÁNICA 1/1996, DE 15 DE ENERO, DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR, DE MODIFICACIÓN PARCIAL DEL CÓDIGO CIVIL Y DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL⁴³

Han sido diversas las opiniones de nuestra doctrina civilista tras la promulgación de la LO 1/1996⁴⁴. No obstante, la mayoría coincide en afirmar que va a ser

se ha apuntado, he de puntualizar que si bien es prácticamente unánime la opinión de que con la promulgación de la Ley 21/1987 se produce un fenómeno de administrativización o publicación del Derecho Civil, hay que decir que éste no se extiende de manera homogénea en todas las instituciones civiles. Incluso, como sostiene DE PABLO CONTRERAS con relación a la tutela, la Ley 21/1987 no «[...] administrativiza la figura civil de la tutela, sino que [...] lo que realmente hace es civilizar [...] la figura administrativa de la protección o tutela (en sentido impropio) de menores. Aquí hay pues, a mi juicio, un pedazo de Derecho Público insertado en el seno del Código Civil y convertido, por obra de esa inserción, en Derecho Civil (aunque sin perder los caracteres de Derecho público que la institución representa». DE PABLO CONTRERAS, P. (1999): «Situaciones de desamparo y situaciones de riesgo de desprotección social de los menores en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor», VVAA, *La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la Ley Orgánica de Protección del menor*, núm. 46, Universidad de La Coruña, La Coruña, p. 57. V. cómo plantea el problema desde otro punto de vista, ARELLANO GÓMEZ, E.J. (1992): «Interacción entre el Derecho Público y el Derecho Privado en las fases previas al expediente judicial de adopción», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXVIII, núm. 612, pp. 2.085-2.105 (en especial p. 2094 y ss.). V. también, ROCA TRÍAS, E. (1999): «Los sistemas de protección del menor: la tensión sector público V. sector privado», *Familia y cambio social (De la «casa» a la persona)*, Cuadernos Cívitas, Madrid, pp. 220-227.

⁴² V. a este respecto, así como un análisis pormenorizado de dichas deficiencias, PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. (1989): *La nueva adopción*, Cívitas, Madrid, p. 51 y ss.

⁴³ BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996.

⁴⁴ ESPÍN CÁNOVAS, D. (1997): «Aproximación a la Ley Orgánica de protección jurídica del menor de 15 de enero de 1996», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 27, pp. 107-133 (en particular, pp. 114-115). Para BORRÁS RODRÍGUEZ, por ejemplo, «[...] la Ley del menor añade poco a la situación anterior y es muy limitada en su contenido, como resultado de un complejo proceso de preparación». V. BORRÁS RODRÍGUEZ, A. (1997): «Problemas de Derecho Internacional Privado suscitados por la nueva Ley del menor», VVAA, *Problemas actuales de aplicación del Derecho Internacional Privado por los Jueces españoles*, (Cuadernos de Derecho Judicial), Madrid, p. 198. V., con carácter general sobre la Ley, entre otros muchos, GISBERT JORDÁ, T. (1996): «Ley de Protección Jurídica del Menor», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1776, Madrid, pp. 2.585-2.608; GONZÁLEZ SOLER, O.E. (1996): «Algunas consideraciones sobre la Ley 1/1996, de protección jurídica del menor», *Revista de la Federación de Asociaciones para la Prevención*

complicada tanto su aplicación (lo cual se ha venido comprobando en la práctica) como su posible reforma⁴⁵.

Hay que tener presente el tipo de normas que engloba, que pueden reducirse a dos grandes grupos: normas programáticas (principios genéricos que establecen pautas orientativas a los poderes públicos) y normas de conflicto (reglas jurídicas de aplicación concreta que indican al órgano judicial la solución de los concretos supuestos que se le presenten)⁴⁶. Y aunque *a priori* la clasificación realizada pudiera tener únicamente interés en el ámbito teórico, ello no es así: su repercusión práctica es incuestionable, en tanto en cuanto las normas programáticas serán de aplicación a los menores independientemente de la situación en que éstos se hallen, cosa que no sucede con las normas de conflicto, las cuales sólo podrán ser aplicadas si previamente el menor se encuentra en una situación prevista expresamente en ella (como sería por ejemplo, encontrarse en riesgo o desamparo⁴⁷). De todas maneras, si se

del Maltrato Infantil (Bienestar y protección infantil), año II, núm. 3, pp. 6-22; VVAA, «Análisis de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor» (Resumen de las reuniones de las Comisiones Técnicas Interautonómicas celebradas del 12 al 14 de marzo y el 17 y 18 de abril de 1996), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1996; RIVERA FERNÁNDEZ, M. (1996): «Anotaciones a la Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica al menor», *Revista General del Derecho*, año LII, núm. 621, pp. 6.501-6.531; SABATER BAYLE, E. (1996): «La nueva Ley de Protección Jurídica del Menor», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año VI, núm. 241, pp. 1-4; GARCÍA MÁZ, F.J. (1997): «Panorama general de la Ley 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor», *Actualidad Civil*, núm. 34, vol. 3º, pp. 805-842; PANTOJA GARCÍA, F. (1997): *Algunas notas y comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor y su aplicación práctica*, Colex, Madrid; RIVERA ÁLVAREZ, J. (1997): «La Ley Orgánica 1/96, de 15 de enero, de protección jurídica del menor: algunas consideraciones relevantes», *Cuadernos de Trabajo Social*, núm. 10, pp. 75-92; VARELA GARCÍA, C. (1997): «Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor: principios programáticos y normas de conflicto», *Actualidad Civil*, núm. 12, pp. 261-282; PANTOJA GARCÍA, F. (1998): «Unas notas a las instituciones de protección de menores modificadas por la Ley Orgánica 1/96», *El menor en la legislación actual*, Fundación Antonio de Nebrija, Madrid, pp. 107-121; LINACERO DE LA FUENTE, M. (1999): «La protección del menor en el Derecho Civil español. Comentario a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero», *Actualidad Civil*, tomo 4, pp. 1.573-1.626.

⁴⁵ En este sentido se pronuncia SABATER BAYLE, E. (1996): «La nueva Ley de Protección Jurídica del Menor», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año VI, núm. 241, p. 1, cuando sostiene que: «Una nota característica de la nueva Ley que conlleva una cierta dosis de complejidad [...] es, de una parte, la coexistencia en su texto de preceptos de Derecho privado con otros de Derecho público, y de otra, el carácter de ley orgánica de algunos de sus artículos que contrasta con el de ley ordinaria que presentan otros [...]».

⁴⁶ V. VARELA GARCÍA, C. (1997): «Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor: principios programáticos y normas de conflicto», *Actualidad Civil*, núm. 12, pp. 261-282.

⁴⁷ Tanto el concepto de «riesgo» como el de «desamparo» son conceptos jurídicos indeterminados. Ello conlleva aparejada necesariamente la valoración subjetiva, hermenéutica, por parte de los poderes públicos. Tal y como apunta NAVARRO ATIENZA, M.A. (1997): «La legislación sobre la protección jurídica del menor y los conceptos jurídicos indeterminados», *Protección jurídica del menor*, Comares, Granada, pp. 180-181, el concepto de riesgo es definido por la LO 1/1996 como el

sigue la elaboración parlamentaria de la Ley⁴⁸ se aprecia claramente cómo realmente la primera parte se añadió al final mediante unas enmiendas.

Las normas programáticas se limitan a recoger derechos de los menores (si bien no todos: se olvida, entre otros, del derecho a la salud, a la educación, a pesar de que estos derechos sí se hallaban recogidos en la Proposición de Ley de 6 de octubre de 1995, arts. 13, 14, 15, 16, 17, 18 y 19, que presentó el Grupo Parlamentario Popular, *BOCG* B-152-1). Pese a ello, dicha enumeración de derechos es repetitiva, en tanto en cuanto ya se encuentran reconocidos genéricamente para todas las personas, y también defectuosa, puesto que se mezclan derechos de la personalidad y derechos fundamentales con otros, tales como por ejemplo el derecho a la audiencia (que no parece ser un derecho fundamental)⁴⁹.

que se da cuando existe una situación que perjudique el desarrollo personal o social del menor, siempre que no sea necesaria la asunción de la tutela por ministerio de la Ley; mientras que el de desamparo (que en definitiva viene a ser un calco de lo previsto en la Ley italiana de 1983) se halla asociado a una situación que se produce a causa del incumplimiento, o del posible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material. En situación de riesgo, al menor no se le puede separar, en principio, de su familia, mientras que si se trata de una situación de desamparo sí que se le puede (y debe) separar. V. también al respecto, DE PABLO CONTRERAS, P. (1999): «Situaciones de desamparo y situaciones de riesgo de desprotección social de los menores en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor», *VVAA, La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la Ley Orgánica de Protección del menor*, núm. 46, Universidad de La Coruña, La Coruña, pp. 49-62; FERNÁNDEZ ARROYO, M. (1999): «Algunos aspectos de desamparo de menores en la Ley extremeña 4/94, de 10 de noviembre, de protección de menores», *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, vol. 17, pp. 315-354.

⁴⁸ V. el Proyecto de Ley tal y como fue aprobado en su momento por la Mesa del Congreso de los Diputados (*BOCG* A-117-1 de 16 de mayo de 1995). Compárese con el Dictamen de la Comisión de Justicia e Interior sobre dicho proyecto (*BOCG* A117-14 de 23 de noviembre de 1995). V. también, en el mismo sentido, la intervención de la diputada Urán González por el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya en el debate a la totalidad del Proyecto de Ley del menor y de modificación parcial del Código Civil de 16 de mayo de 1995, recogida en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados de 28 de septiembre de 1995, núm. 172, p. 9.210-9.211.

⁴⁹ Estas ideas ya las planteó en su momento la diputada DEL CAMPO CASASÚS⁴⁹. Concretamente ponía de manifiesto que: «[...] no es cierto que no exista legislación que declare y proteja los derechos del menor en España. [...] La Convención de los Derechos del Niño [...] existe, y [...] recoge, [...] los derechos del menor, esos derechos de identidad, nacionalidad, salud, intimidad y propia imagen, educación, libertad de pensamiento y expresión [...] tendría sentido una ley de derechos del menor que procediese a un mejor desarrollo de tales derechos, a una ampliación, a detallar extremos relativos a ellos, [...]. Lo que no tiene sentido es una nueva declaración de derechos que sea una mera enunciación, y además, una enunciación resumida de lo que contiene la Convención de los Derechos del Niño [...]». Lo ideal hubiera sido que esta primera parte incluyera normas concretas de Derecho Privado. V. DEL CAMPO CASASÚS, C. (1996): «El proyecto de Ley de Protección Jurídica del Menor y su debate parlamentario», *Ciencia Policial*, núm. 34, enero-febrero, pp. 9-20. La doctrina civilista también se ha hecho eco de esta innegable realidad. YZQUIERDO TOLSADA, M. (1998): «El derecho civil de la postmodernidad», *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna*,



Dentro del segundo grupo de normas hay que entender comprendidas las modificaciones e innovaciones que hace la LO 1/1996 en artículos del Código Civil y de la LEC⁵⁰.

La LO 1/1996, según ALONSO PÉREZ⁵¹, pretende «[...] dotar al menor de un status jurídico más allá incluso de las mismas previsiones constitucionales y de la normativa del Código Civil», poniendo como eje central de su articulado el principio de protección del interés superior del menor. PÉREZ ÁLVAREZ⁵² acierta al afirmar que «[...] la Ley de 15 de enero de 1996 constituye una disposición legal que, asumiendo los principios de la reforma de 1987, los lleva más allá dándoles contenido explícito y desarrollándolos. Junto a lo anterior, la Ley de 1996 corrige ciertos defectos o insuficiencias del régimen que deroga y además resuelve ciertas contradicciones que tenían su origen en la reforma de 1987».

La LO 1/1996 modifica algunos artículos del Código Civil que son aplicables a la adopción, si bien las principales modificaciones⁵³ que lleva a cabo afectan a

núm. 15, pp. 348-349 sostiene que: «[...] la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, [...] opta, no por modificar el articulado del Código en lo que hiciera falta, sino por convertir en artículos de una nueva Ley los preceptos de la Convención que los Derechos del Niño de 1989, que ya era Derecho interno. Daba más imagen, se ha dicho, una Ley especial que llevara como nombre propio a su destinatario (en el caso, el menor), que acometer una reforma en profundidad del Código civil. Por lo demás, cuando esta Ley ha querido no limitarse a reproducir los artículos de la Convención y ha ido más allá, dando entrada a alguna originalidad, ha olvidado la existencia de leyes anteriores que regulaban las mismas cuestiones [...]». Sin embargo, el Grupo Parlamentario Popular propuso la elaboración de una Ley de Derechos de los Menores. V. BARRIOS CURBELO, M.B. (1996): «Debate parlamentario en materia de menores», *Ciencia Policial*, núm. 34, enero-febrero, pp. 21-39.

⁵⁰ V. análisis sobre el contenido de las modificaciones en los siguientes artículos: RIVERA HERNÁNDEZ, M. (1996): «Anotaciones a la Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica al menor», *Revista General del Derecho*, año LII, núm. 621, pp. 6.501-6.531; PÉREZ ALONSO, M. (1997): «La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras», *Actualidad Civil*, núm. 2, pp. 28-39; GARCÍA MÁZ, E.J. (1997): «Panorama general de la Ley 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor», *Actualidad Civil*, núm. 34, vol. 3º, pp. 805-842.

⁵¹ PÉREZ ALONSO, M. (1997): «La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras», *Actualidad Civil*, núm. 2, p. 22.

⁵² PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. (2001): «La adopción en el sistema vigente de protección de menores», VVAA, *Adopción. Aspectos psicopedagógicos y marco jurídico*, Ariel, Barcelona, pp. 159 y 173 y ss.

⁵³ Una sencilla y clarificadora síntesis de las principales modificaciones de la LO 1/1996 la realiza PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. (1999): en su artículo «La desprotección social del menor: Una visión general en materia de instituciones de protección de menores», VVAA, *La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la Ley Orgánica de Protección del menor*, núm. 46, Universidad de La Coruña, La Coruña, p. 26. Coincido totalmente con este autor cuando afirma que la citada Ley no es propiamente una disposición legal que instaure en sede civil un nuevo régimen en materia de protección de menores, pues en realidad se trata de una norma que, asumiendo los principios de la reforma de 1987, los lleva más allá, dándoles contenido explícito y desarrollándolos. La Ley corrige ciertos defectos o insuficiencias del régimen anterior y resuelve ciertas contradicciones que traían su causa de la reforma de 1987. V. principalmente las pp. 33-34 de la ob. cit.

la institución del acogimiento (arts. 173 y 173 bis del Código Civil). Para dejar bien claro que esta materia se regulará por la legislación civil aplicable, introduce el art. 24, que junto con el 25 (relativo a la adopción internacional) constituyen la totalidad del capítulo III («De la Adopción»), del título II («Actuaciones en situación de desprotección social del menor e instituciones de protección de menores»). El art. 24 LO 1/1996 prevé que: «La adopción (tanto la nacional como la internacional) se ajustará a lo establecido por la legislación civil aplicable».

Concretamente, la LO 1/1996 se refiere a la vertiente internacional de la institución adoptiva, que en la práctica es la que más tiene relevancia al acudir cada vez con más frecuencia las familias adoptivas españolas al extranjero a adoptar, en uno de sus artículos y en dos de sus disposiciones⁵⁴: el artículo 25 (rubricado específicamente de la siguiente manera: «Adopción Internacional»)⁵⁵, la Disposi-

Duramente se manifiesta GARCÍA CANTERO con la modificación de la institución de la adopción que lleva a cabo la LO 1/1996. V. GARCÍA CANTERO, G. (2000): «*Adoptio, semper reformanda est*», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXVI, núm. 660, julio-agosto, p. 2.448 y ss.

⁵⁴ V. GONZÁLEZ BEILFUSS, C. (1996): «La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: normas sobre adopción internacional», en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLVIII, tomo 1, pp. 501-504.

⁵⁵ «1. En materia de adopción internacional, corresponde a las entidades públicas:

- a) La recepción y tramitación de las solicitudes, ya sea directamente o a través de entidades debidamente acreditadas.
- b) La expedición, en todo caso, de los certificados de idoneidad y, cuando lo exija el país de origen del adoptando, la expedición del compromiso de seguimiento.
- c) La acreditación, control, inspección y la elaboración de directrices de actuación de las entidades que realicen funciones de mediación en su ámbito territorial.

Las funciones de mediación a realizar por las entidades acreditadas serán las siguientes:

- Información y asesoramiento a los interesados en materia de adopción internacional.
- Intervención en la tramitación de expedientes de adopción ante las autoridades competentes, tanto españolas como extranjeras.
- Asesoramiento y apoyo a los solicitantes de adopción en los trámites y gestiones que deben realizar en España y en el extranjero.

Sólo podrán ser acreditadas las entidades sin ánimo de lucro inscritas en el registro correspondiente, que tengan como finalidad en sus estatutos la protección de menores, dispongan de los medios materiales y equipos pluridisciplinarios necesarios para el desarrollo de las funciones encomendadas y estén dirigidas y administradas por personas cualificadas por su integridad moral y por su formación en el ámbito de la adopción internacional.

Las entidades públicas podrán retirar la acreditación concedida mediante expediente contradictorio a aquellas entidades de mediación que dejen de cumplir las condiciones que motivaran su concesión o que infrinjan en su actuación el ordenamiento jurídico.

2. La comunicación entre las autoridades centrales españolas competentes y las autoridades competentes de otros Estados se coordinará de acuerdo con lo previsto en el Convenio relativo a la



ción Adicional 2ª (que introduce la exigencia de que las adopciones constituidas por la competente autoridad extranjera deberán reunir los requisitos del art. 9.5 del Código Civil para poder ser reconocidas por nuestro país) y la Disposición Final 2ª (que modifica los párrafos 3º, 4º y 5º del art. 9.5 del Código Civil). Realmente, estos preceptos tienen poco de novedosos por cuanto su contenido es prácticamente una copia de lo establecido en el Convenio de La Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, de 29 de mayo de 1993, que entró en vigor en nuestro país el 1 de noviembre de 1995.

Como conclusión, puede afirmarse que la adopción cuenta ya con un régimen jurídico perfectamente definido en nuestro ordenamiento, fruto de la evolución normativa que ha ido experimentando esta figura y, pese a que los aspectos procedimentales y colaterales han sido y con toda probabilidad continuarán siendo modificados por el legislador, está claro que sus características esenciales se encuentran perfectamente delimitadas, constituyendo la base sobre la que se asienta la institución: la adopción es una figura de protección de menores, caracterizada por el principio de subsidiariedad dado su carácter irrevocable, que implica el nacimiento entre adoptante (y su familia) y adoptado de los mismos vínculos jurídicos existentes en la filiación biológica, extinguiéndose, salvo algunos, los vínculos jurídicos que existían entre el adoptado y su familia biológica⁵⁶. Existe pues en nuestro ordenamiento una plena equiparación entre la filiación biológica y la filiación adoptiva.

Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993 y ratificado por España mediante Instrumento de 30 de junio de 1995.

3. En las adopciones internacionales nunca podrán producirse beneficios financieros distintos de aquéllos que fueran precisos para cubrir los gastos estrictamente necesarios.

4. Las entidades públicas competentes crearán un registro de reclamaciones formuladas por las personas que acudan a las entidades acreditadas de este artículo».

⁵⁶ Puede afirmarse, como hace VERDERA SERVER, que «la evolución normativa que comenzó con la Reforma de 1958 se ha detenido ya, tras alcanzar el vínculo adoptivo el máximo de efectos que la Ley reconoce a cualquier clase de filiación: el art. 108 del Código Civil supone la culminación de esa progresión. Las reformas de 1987 y 1996, que han supuesto importantes cambios procedimentales y de categorías en la adopción, no han variado esa consecuencia fundamental». VERDERA SERVER, R. (1999): «Adopción y principio de igualdad. (Comentario a la STC 46/1999, de 22 de marzo)», *Revista de Derecho Privado y Constitución*, núm. 13, p. 335.