

TESI DOCTORAL

DETERMINACIÓ DE LA MATERNITAT I FAMILIA  
ORIGINÀRIA  
EN L'ADOPCIÓ

UNIVERSITAT POMPEU FABRA  
BIBLIOTECA



1002527274

Garriga Garriga, Gorka

Dr. Pablo Salvador Coderech

Universitat Pompeu Fabra, Maig 1997

**TESI DOCTORAL**

**DETERMINACIÓ DE LA MATERNITAT I FAMÍLIA  
ORIGINÀRIA  
EN L'ADOPCIÓ**

**Margarita Garriga Gorina**

**Director: Dr. Pablo Salvador Coderch**

**Universitat Pompeu Fabra. Maig, 1997**

KKT

609

637

1997

<b>INTRODUCCIÓ</b> .....	1
<b>CAPÍTOL I. L'ADOPCIÓ EN ELS DIFERENTS DRETS CIVILS VIGENTS A L'ESTAT ESPANYOL</b> .....	13
<b>1. L'ADOPCIÓ EN EL CODI CIVIL</b> .....	13
1.1. HISTÒRIA .....	13
1.1.1. Projecte de Codi civil de 1851 .....	13
1.1.2. Llei de Bases de 1888 .....	14
1.1.3. Codi civil de 1889 .....	14
1.1.4. Reforma del Codi civil de 1958 .....	15
1.1.5. Reforma del Codi civil de 1970 .....	15
1.1.6. Reforma del Codi civil de 1981 .....	16
1.1.7. Reforma del Codi civil de 1987 .....	17
1.1.8. Reforma del Codi civil de 1996 .....	17
1.2. CAPACITAT EN L'ADOPCIÓ .....	20
1.2.1. Introducció .....	20
1.2.2. Requisits de capacitat .....	21
1.2.2.1. Adoptant .....	21
a. Edat .....	22
Edat mínima	
Edat màxima	
b. Diferència d'edat .....	24
Diferència mínima d'edat	
Diferència màxima d'edat	
1.2.2.2. Adoptat .....	25
a. Personalitat .....	25
b. Edat màxima .....	26



1.3. PROHIBICIONS	28
1.3.1. Adopció de descendents	28
1.3.2. Adopció de col.laterals, consanguinis i afins	29
1.3.3. Adopció pel tutor	29
1.4. ADOPCIÓ <i>POST MORTEM</i>	31
1.5. ADOPCIÓ CONJUNTA	33
1.5.1. Adopció per la parella de fet	34
1.6. LA CONSTITUCIÓ DE L'ADOPCIÓ	38
1.6.1. Introducció	38
1.6.2. Les declaracions de voluntat	39
1.6.2.1. Consentiment	42
a. Adoptant	42
b. Adoptat	42
c. Forma	43
d. Efectes	43
1.6.2.2. Assentiment	43
a. Pares de l'adoptat	44
b. Cònjuge de l'adoptant	47
c. Forma	48
d. Efectes	49
1.6.2.3. Audiència	50
a. Pares de l'adoptat	51
b. Tutor i guardadors	51
c. Adoptat	52
d. Entitat pública	52
e. Altres audiències	53
f. Forma	53
g. Efectes	53

1.6.3. Procediment . . . . .	54
1.6.3.1. Inici del procediment i tramitació . . . . .	54
a. Regla general: Iniciació del procediment mitjançant proposta de l'entitat pública . . . . .	54
a.1. Contingut de la proposta i tramitació.	
b. Excepció: Iniciació del procediment mitjançant sol.licitud de l'adoptant. Supòsits . . . . .	56
b.1. Contingut de la sol.licitud i tramitació.	
1.6.3.2. Aprovació judicial. Inscripció en el Registre Civil . . . . .	59
1.7. EFECTES DE L'ADOPCIÓ . . . . .	61
1.7.1. Integració en la família de l'adoptant . . . . .	61
1.7.2. Extinció dels vincles jurídics amb la família anterior. Excepcions . . . . .	63
1.7.2.1. Excepcions. L'article 178.2 Cc . . . . .	64
a. Article 178.2.1 Cc: Adopció del fill del cònjuge . . . . .	64
b. Article 178.2.2 Cc: Adoptant de sexe diferent a l'únic progenitor legalment determinat . . . . .	65
1.7.3. Moment de producció dels efectes . . . . .	67
1.7.4. Exclusió d'efectes. L'article 179 Cc . . . . .	68
1.7.4.1. Contingut i abast de l'exclusió . . . . .	68
1.7.4.2. Legitimació . . . . .	70
1.7.4.3. Procediment . . . . .	70
1.7.4.4. Rehabilitació . . . . .	71
1.7.4.5. Possibilitat d'una nova adopció . . . . .	71

1.8. EXTINCIÓ DE L'ADOPCIÓ . . . . .	73
1.8.1. Plantejament . . . . .	73
1.8.2. L'acció de l'article 180.2 Cc . . . . .	74
1.8.2.1. Legitimació . . . . .	75
1.8.2.2. Requisits . . . . .	76
a. No intervenció en l'expedient sense culpa . . . . .	76
b. Interposició de la demanda en els dos anys següents a la constitució de l'adopció . . . . .	77
c. Manca de perjudici greu pel menor . . . . .	77
1.8.2.3. Procediment . . . . .	78
1.8.3. Efectes de l'extinció . . . . .	78
1.8.4. La determinació de la filiació posteriorment a la constitució de l'adopció. L'article 180.4 Cc . . . . .	80
1.9. L'ADOPCIÓ EN EL DRET INTERNACIONAL PRIVAT ESPANYOL . . . . .	84
1.9.1. Constitució de l'adopció . . . . .	87
1.9.1.1. A Espanya davant autoritat espanyola . . . . .	87
a. Competència judicial . . . . .	87
b. Llei aplicable . . . . .	88
1.9.1.2. A l'estranger davant autoritat espanyola . . . . .	89
1.9.2. Eficàcia a Espanya de l'adopció constituïda davant autoritat estrangera . . . . .	91

<b>2. L'ADOPCIÓ EN EL DRET CIVIL CATALÀ</b> . . . . .	96
2.1. HISTÒRIA . . . . .	96
2.1.1. Redacció originària de la Compilació del Dret Civil de Catalunya . . . . .	96
2.1.2. Reforma del Codi civil, l'any 1970 . . . . .	98
2.1.3. Reforma de la Compilació del Dret Civil de Catalunya, l'any 1984 . . . . .	99
2.1.4. Reforma de la Compilació del Dret Civil de Catalunya, l'any 1987 . . . . .	102
2.1.5. Llei de Successió Intestada, de 1987 . . . . .	102
2.2. DRET VIGENT. LLEI DE PROTECCIÓ DE MENORS I DE L'ADOPCIÓ I LLEI D'ATENCIÓ I PROTECCIÓ DELS INFANTS I ADOLESCENTS . . . . .	103
2.2.1. Requisits . . . . .	104
a. Adoptant . . . . .	104
b. Adoptat . . . . .	105
2.2.2. Prohibicions . . . . .	107
2.2.3. Adopció <i>post mortem</i> . . . . .	108
2.2.4. Adopció conjunta. Matrimoni i parella de fet . . . . .	109
2.2.5. Constitució de l'adopció . . . . .	109
2.2.5.1. Declaracions de voluntat . . . . .	109
a. Consentiment . . . . .	109
b. Assentiment . . . . .	110
c. Audiència . . . . .	111
2.2.5.2. Procediment . . . . .	111
a. Iniciació i tramitació . . . . .	111
b. Aprovació judicial. Inscripció en el Registre Civil . . . . .	112



2.2.6. Efectes de l'adopció . . . . .	112
a. Efectes successoris . . . . .	113
b. Efectes personals . . . . .	113
2.2.7. Extinció de l'adopció . . . . .	116
2.2.8. Adopció internacional . . . . .	117
<b>3. L'ADOPCIÓ EN EL DRET CIVIL DE NAVARRA . . . . .</b>	<b>118</b>
<b>CAPÍTOL II. L'ADOPCIÓ EN EL DRET COMPARAT (Alemanya, Anglaterra i Gal.les, França, Itàlia, Portugal, Suïssa i Estats Units d'Amèrica) . . . . .</b>	<b>121</b>
1. Tipologia . . . . .	123
2. Requisits per poder adoptar . . . . .	124
3. Requisits per poder ser adoptat . . . . .	128
4. Constitució . . . . .	129
5. Consentiments . . . . .	130
6. Efectes . . . . .	132
7. Extinció . . . . .	133

**CAPÍTOL III. JURISPRUDÈNCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, TRIBUNAL SUPREM, RESOLUCIONS DE LA DIRECCIÓ GENERAL DELS REGISTRES I DEL NOTARIAT TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA I TRIBUNAL EUROPEU DE DRETS HUMANS (1971-1996) I AUDIÈNCIES PROVINCIALS (1989-1996) EN MATÈRIA D'ADOPCIÓ 136**

<b>1. TRIBUNAL SUPREM . . . . .</b>	<b>136</b>
a. Sala Primera:	
1.1. PARTICIPACIÓ DELS PARES BIOLÒGICS EN EL PROCEDIMENT D'ADOPCIÓ. NUL.LITAT . . . . .	136
1.2. DRETS SUCCESSORIS DE L'ADOPTAT. DRET CIVIL CATALÀ . .	137
1.3. CONSTITUCIÓ DE L'ADOPCIÓ . . . . .	141
1.4. DETERMINACIÓ DE LA FILIACIÓ BIOLÒGICA DE L'ADOPTAT .	142
1.5. PUBLICITAT DE LES DADES REGISTRALS REFERENTS A LA FILIACIÓ . . . . .	143
1.6. ALTRES . . . . .	144
1.6.1. Qualificació de l'adopció a efectes fiscals . . . . .	144
1.6.2. Adopció simple. Pensió d'orfanat . . . . .	145
b. Sala Segona:	
1.7. RELLEVÀNCIA PENAL DEL PARENTIU PER ADOPCIÓ: PARRICIDI I CIRCUMSTÀNCIA MIXTA DE PARENTIU . . . . .	145
<b>2. DIRECCIÓ GENERAL DELS REGISTRES I DEL NOTARIAT . . . .</b>	<b>147</b>
2.1. ADOPCIONS NACIONALS . . . . .	147
2.1.1. Constitució de l'adopció. Escripura pública . . . . .	147
2.1.2. Adopció del fill del cònjuge o de la parella . . . . .	148
2.1.3. Adopció del propi fill . . . . .	149
2.1.4. Reconeixement de la filiació posterior a l'adopció . . . . .	150

2.1.5. Drets successoris de l'adoptat . . . . .	151
2.1.6. Inscripció de l'adopció en el Registre Civil. Publicitat . . . . .	152
<b>2.2. ADOPCIONS INTERNACIONALS . . . . .</b>	<b>155</b>
2.2.1. Nacionalitat. . . . .	155
2.2.1. a) Dret transitori. Llei 51/1982, de 13 de juliol . . . . .	156
2.2.1. b) Dret transitori. Llei 18/1990, de 17 de desembre . . . . .	156
2.2.2. Eficàcia a Espanya d'adopcions constituïdes a l'estranger . . . . .	157
2.2.2. a) Competència d'autoritats . . . . .	158
2.2.2. b) Requisits i prohibicions . . . . .	159
2.2.2. c) Efectes de l'adopció <i>estrangera</i> . . . . .	159
2.2.3. Inscripció en el Registre Civil. Constància de la filiació originària.	161
<b>3. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL . . . . .</b>	<b>162</b>
3.1. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. INDEFENSIÓ . . . . .	162
3.2. EFECTES DE L'ADOPCIÓ. IGUALTAT DAVANT LA LLEI . . . . .	165
3.3. PUBLICITAT. DIVULGACIÓ PERIODÍSTICA DE L'ORIGEN D'UN ADOPTAT . . . . .	167
<b>4. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA . . . . .</b>	<b>169</b>
4.1. DRETS SUCCESSORIS DE L'ADOPTAT . . . . .	169
4.2. PENSIÓ D'ORFANDAT . . . . .	170
<b>5. AUDIÈNCIES PROVINCIALS . . . . .</b>	<b>171</b>
5.1. PARTICIPACIÓ DELS PROGENITORS BIOLÒGICS EN EL PROCEDIMENT DE CONSTITUCIÓ DE L'ADOPCIÓ . . . . .	171

5.2. ADOPCIÓ DEL FILL DEL CÒNJUGE I ADOPCIÓ DEL FILL DE LA PARELLA .....	173
5.3. ALTRES .....	175
a. Drets successoris de l'adoptat .....	175
b. Adopció pels avis .....	175
c. Adopció pels oncles .....	175
d. Honor .....	176
<b>6. TRIBUNAL EUROPEU DE DRETS HUMANS .....</b>	<b>177</b>
6.1. ACCÉS ALS DOSSIERS ADMINISTRATIUS SOBRE LA PRÒPIA HISTÒRIA PERSONAL. CAS <i>GASKIN</i> .....	177
6.2. INTERVENCIÓ DELS PROGENITORS EN LES DECISIONS ADMINISTRATIVES DE PROTECCIÓ DELS SEUS FILLS .....	179
6.3. EQUIPARACIÓ ENTRE LA FAMÍLIA MATRIMONIAL I NO MATRIMONIAL .....	180



<b>CAPÍTOL IV. DETERMINACIÓ DE LA FILIACIÓ MATERNA . . . . .</b>	<b>182</b>
1. PLANTEJAMENT . . . . .	182
2. LEGISLACIÓ VIGENT A L'ESTAT ESPANYOL . . . . .	184
2.1. Introducció . . . . .	184
2.2. Maternitat natural . . . . .	186
2.2.1. Desdoblament en el procés de determinació . . . . .	186
a. Identificació de la mare en el parte mèdic de naixement. Art. 167 RRC . . . . .	186
b. Atribució de la relació jurídica de filiació entre la dona que consta en el parte mèdic i el seu fill . . . . .	189
b.1 -En cas de filiació extramatrimonial. Arts. 120.4 Cc, 47 LRC i 182 RRC . . . . .	189
b.1.1. Precedents del sistema . . . . .	189
b.1.2. Possibilitat de qualificar com a reconeixement la via de determinació de la filiació materna extramatrimonial . . . . .	196
b.1.3. Discriminació entre filiació matrimonial i no matrimonial . . . . .	197
b.2.-En cas de filiació matrimonial. Art. 115 Cc . . . . .	198
2.3. Maternitat subrogada . . . . .	199

3. ESTAT DE LA QÜESTIÓ EN LES LEGISLACIONS ITALIANA, FRANCESA I PORTUGUESA . . . . .	200
3.1. Legislacions italiana i francesa . . . . .	201
3.1.1. Identificació de la mare en el parte de naixement . . . . .	201
3.1.2. Determinació de la filiació materna . . . . .	203
a. legítima . . . . .	203
b. natural . . . . .	203
3.1.3. Doctrina . . . . .	204
3.2. Legislació portuguesa . . . . .	209
4. CONVENIS INTERNACIONALS . . . . .	212
4.1. Conveni de Brusel·les, núm.6 de la Comissió Internacional de l'Estat Civil, sobre determinació de la filiació materna dels fills extramatrimonials, de 12 de setembre de 1962 . . . . .	212
4.2. Conveni Europeu per a la protecció dels Drets Humans i de les Llibertats Fonamentals, de 4 de novembre de 1950. La Sentència del cas <i>Marckx</i> . . . . .	214
4.3. Conveni de les Nacions Unides, sobre drets del nen, de 20 de novembre de 1989 . . . . .	216
5. VALORACIÓ DES DEL PUNT DE VISTA CONSTITUCIONAL . . . . .	
6. CRÍTICA DEL SISTEMA . . . . .	218

<b>CAPÍTOL V. FILIACIÓ ADOPTIVA I FAMÍLIA ORIGINÀRIA EN L'ADOPCIÓ</b> .....	224
<b>1. EL TRENCAMENT AMB LA FAMÍLIA ANTERIOR COM A CONSEQÜÈNCIA DE L'ADOPCIÓ. NOVES TENDÈNCIES</b> .....	224
<b>2. ACCÉS A LA INFORMACIÓ SOBRE L'ORIGEN BIOLÒGIC EN L'ADOPCIÓ</b> .....	227
2.1. ASPECTES PSICOLÒGICS .....	227
2.2. ASPECTES JURÍDICS. ....	231
2.2.1. Introducció i plantejament .....	231
2.2.2. Visió global de l'estat de la qüestió en el dret comparat .....	232
2.2.3. Detall de l'estat de la qüestió en el dret comparat. Legislació, doctrina i jurisprudència .....	233
a. França .....	233
b. Itàlia .....	235
c. Suïssa .....	238
d. Alemanya .....	241
e. Estats Units .....	242
f. Quebec .....	254
g. Anglaterra i Gal·les .....	255
h. Austràlia .....	259
i. Portugal .....	260
2.2.4. Convenis internacionals .....	262
a. Introducció .....	262
b. Conveni de La Haia sobre Protecció del nen i cooperació en matèria d'adopció internacional, de 29 de maig de 1993 .....	264
c. Conveni de les Nacions Unides, sobre drets del nen, de 20 de novembre de 1989 .....	266
d. Conveni Europeu per a la protecció dels Drets Humans i de les Llibertats Fonamentals, de 4 de novembre de 1950 .....	268

2.3. LEGISLACIONS VIGENTS A L'ESTAT ESPANYOL . . . . .	269
2.3.1. Plantejament . . . . .	269
2.3.2. Vinculació de l'adoptat amb la família biològica i l'adoptiva en el Codi civil i la LPMA . . . . .	270
2.3.2.1. Codi civil . . . . .	270
2.3.2.2. Legislació catalana . . . . .	271
a. Llei de Protecció de Menors i de l'Adopció . . . . .	272
a.1. Integració de l'adoptat en la família de l'adoptant . . . . .	272
a.2. Conservació dels vincles amb la família biològica . . . . .	273
b. Codi de Successions . . . . .	274
b.1. Efectes successoris intestats de l'adopció. Precedents . . . . .	274
b.2. Integració en la família adoptant a efectes successoris . . . . .	276
b.3. Drets successoris intestats entre l'adoptat i els seus germans biològics . . . . .	276
2.3.3. La determinació o averiguació de la filiació biològica posteriorment a l'adopció . . . . .	279
2.3.3.1. Legislació registral . . . . .	279
2.3.3.2. La determinació de la filiació biològica de l'adoptat en el Codi civil . . . . .	280



2.3.3.3. La determinació o averiguació de la filiació biològica de l'adoptat en la LPMA . . . . .	281
a. La praxi del sistema . . . . .	287
a.1. Administrativa . . . . .	287
a.2. Judicial . . . . .	290
2.3.4. La determinació o averiguació de la filiació biològica en els supòsits d'aplicació de les tècniques de reproducció assistida . . . . .	294
2.3.5. Valoració des del punt de vista constitucional . . . . .	296
<b>CONCLUSIONS . . . . .</b>	<b>299</b>
<b>ÍNDIX DE JURISPRUDÈNCIA CITADA EN EL TEXTE . . . . .</b>	<b>305</b>
<b>BIBLIOGRAFIA . . . . .</b>	<b>315</b>

## A. INTRODUCCIÓ

El títol de la tesi és Determinació de la maternitat i família originària en l'adopció. Per estudiar aquesta qüestió es parteix de l'existència, en la situació de qualsevol persona adoptada, de dues vessants o realitats: d'una banda la vinculació normalment purament jurídica de parentiu que relaciona l'adoptat amb la família adoptiva, de la que forma part, i d'altra banda la vinculació, generalment només biològica i sense contingut jurídic, que l'adoptat té amb la seva família biològica.

El treball comença amb l'anàlisi de la legislació sobre adopció, tant en el nostre ordenament com en el dret comparat i segueix amb una exposició sobre la jurisprudència que sobre aquesta matèria han dictat en els últims anys les Audiències Provincials el Tribunal Superior de Justícia i el Tribunal Suprem, la Direcció General dels Registres, el Tribunal Constitucional i el Tribunal Europeu dels Drets Humans.

L'objectiu del treball és estudiar el contingut personal i jurídic d'aquestes dues vessants, la relació entre ambdues i molt especialment, la possibilitat que l'adoptat pugui accedir al coneixement o a la determinació de la seva vinculació amb la família de la que prové. L'estudi sobre aquest aspecte es tracta en la part final del treball, i es centra en la legislació catalana, si bé prèviament s'analitzarà quin és l'estat de la qüestió en altres ordenaments jurídics.

L'anàlisi d'aquesta matèria en l'àmbit de l'ordenament civil català resulta especialment interessant en tant que d'una banda fa un dibuix de l'estatut jurídic de l'adoptat poc clar, tant en l'aspecte personal com en el successori si se'l compara, per exemple amb el del Codi civil. D'altra banda la legislació catalana contempla a partir de 1991 la possibilitat que l'adoptat pugui conèixer la identitat dels seus progenitors. Veurem que aquesta possibilitat ha estat realitzada mitjançant una norma poc clara, en tant que no determina el règim jurídic de les accions mitjançant les quals es pot accedir-se a aquesta informació.

El treball està estructurat en tres parts.

### PRIMERA PART.

La primera part consisteix en una descripció del règim jurídic de l'adopció en diversos ordenaments jurídics. En primer lloc es tracten les legislacions civils vigents en el nostre país, és a dir, del Codi civil, la LPMA catalana i del Fuero Nuevo de Navarra, i en segon lloc i de forma molt més esquemàtica, les legislacions d'alguns

Estats europeus així com en els Estats Units d'Amèrica.

En aquesta primera part del treball la referència a la legislació comparada es fa de forma breu, amb l'objectiu d'oferir una idea sobre la regulació dels aspectes més importants com són el model o models d'adopció contemplats, la forma de constitució, els requisits que s'exigeixen per poder adoptar, etc. A més a més s'inclou també la informació bàsica sobre les principals fonts tant legals com bibliogràfiques que permeten accedir a una informació més detallada i profunda de la matèria.

L'estudi de la regulació del Codi civil, i no de la legislació catalana, acapara en gran mesura aquesta primera part, i la raó és que no és fins l'any 1991 que el Parlament de Catalunya fa un tractament complet de la institució i, quan el fa, és molt semblant, en la majoria d'aspectes, al que fa el Codi civil. Fins l'any 1991, la Compilació havia tractat pràcticament només l'aspecte successori de la institució, mentre que per la resta del contingut, s'aplicava el Codi, de manera que tota la doctrina sobre l'adopció, des de la primera redacció del Codi civil fins l'any 1987, s'ha format sobre la discussió del seu contingut.

La descripció de la regulació en el Codi civil va precedida d'un breu repàs històric referit a l'evolució més recent de l'adopció des del Codi de 1889. Aquesta evolució dóna raó, d'una banda, del diferent grau d'acceptació social de la institució en cada moment històric i d'altra banda, de les diverses finalitats o objectius per als quals s'ha utilitzat la institució en cadascun d'ells. Aquests factors han determinat les diferents modificacions al llarg del temps, referides tant al model o models d'adopció que s'han regulat, com als requisits per a la seva constitució, com també als seus efectes.

L'estudi del tractament de l'adopció en la redacció vigent del Codi, a continuació, s'ha fet de forma detallada i donant raó, en cadascun dels diferents aspectes de la institució, del fonament de cada modificació, de les discussions doctrinals que ha suscitat i també de les deficiències que actualment presenta. La reforma de 1987, que és la darrera gran reforma de la institució, és la que ha donat lloc a la majoria de literatura moderna, des de que l'adopció està configurada clarament com una institució que té per finalitat principal la protecció dels menors desemparats.

La redacció de 1987 amb les modificacions que són conseqüència de la Llei Orgànica del Menor, es caracteritza, en relació a les anteriors, en primer lloc, per la proclamació de la igualtat de contingut entre la filiació adoptiva i la biològica. En segon lloc, per la rellevància que assoleix la intervenció administrativa en tant que és

imprescindible per a la constitució de la majoria d'adopcions, com a mesura per evitar el tràfic incontrolat de nens. La introducció de la possibilitat que les parelles d'home i dona que no estan casats puguin adoptar és la tercera de les principals novetats de la redacció de 1987 i la seva regulació ha estat objecte de moltes crítiques per part de la doctrina. Aquestes crítiques que no s'han dirigit, com es veurà, tant al fons de la qüestió sobre si és convenient o no que aquestes parelles adoptin, sinó a la forma en que s'ha introduït aquesta novetat: mitjançant una Disposició Addicional, i restringida, sense raó aparent, a l'adopció de menors, sempre i quan tingui lloc de forma simultània per part dels dos membres de la parella. Cal esmentar també, en quart lloc, el desenvolupament de la regulació les adopcions que presenten un element internacional, degut, d'una banda, a la manca d'infants nacionals per adoptar, i d'altra banda l'increment en els problemes de fertilitat humana en les societats industrialitzades. Aquests factors han donat lloc, en molts Estats, com també a Espanya, a un desenvolupament de les legislacions internes i també a la construcció a nivell internacional de vies de cooperació entre els Estats, que fan possible el trànsit d'infants d'un Estat a l'altre. La preocupació principal, en aquest àmbit, és la garantia dels drets dels nens i de les seves famílies en el procés de constitució d'una banda, i d'altra banda, l'existència d'intermediaris que s'enriqueixen a costa de les adopcions. Finalment, una altra característica fonamental de la regulació vigent és la contemplació d'un sol tipus d'adopció, d'efectes plens.

La regulació d'un sol tipus d'adopció, ha comportat, com es veurà, que, sense distinció entre els diferents supòsits de fet que hi poden donar lloc, s'estableixi una regulació pràcticament unitària tant dels requisits com dels efectes d'aquesta adopció. El resultat és, conseqüentment, que el tractament legal d'alguns aspectes resulti totalment inadequat si s'ha d'aplicar a persones i famílies que es troben en situacions molt diverses. L'anàlisi de cada un dels supòsits amb les diferents circumstàncies que poden concórrer donaria lloc a una regulació més acurada; sembla clar, per exemple, que l'adopció de parents, d'extranys o del fill del cònjuge o de la parella, no haurien de ser sotmeses ni als mateixos requisits ni als mateixos efectes; tampoc l'adopció de majors i la de menors d'edat; tampoc l'adopció simultània per part d'un matrimoni o d'una parella hauria de satisfer els mateixos requisits que l'adopció del fill del cònjuge o de la parella, o quan ho fa una persona sola; és fàcil també coincidir en afirmar que no és bo aplicar rígidament a l'adopció de varis germans, simultània o successivament, els mateixos requisits i els mateixos efectes que a l'adopció d'una sola persona, o de varies. Són bona prova d'aquesta deficiència, la regulació rígida de l'adopció de majors d'edat, o l'establiment del requisit de diferència mínima d'edat entre adoptant i adoptat de catorze anys, sense excepcions. Aquestes són algunes de les diferents situacions que haurien de ser objecte d'un tractament diferenciat, més adequat a les circumstàncies de cada cas.



L'estudi de la legislació catalana, igual que s'ha fet per a la regulació d'àmbit estatal, s'inicia amb una breu referència als precedents més recents de l'actual regulació, que, en aquest cas s'inicia amb la Compilació de 1960. Com ja s'ha dit, ha estat tradicionalment una regulació parcial ja que s'ha referit solament als efectes successoris de l'adopció i en la resta d'aspectes, s'ha acceptat la regulació del Codi civil, amb l'excepció de la norma que permetia adoptar les persones que tinguéssin fills legítims, legítimats o naturals reconeguts.

La Llei de protecció de menors i de l'adopció, de 1991, regula l'adopció de forma essencialment igual a la del Codi Civil, excepte, d'una banda, pel que fa al tractament de la parella no casada, que si està formada per persones de diferent sexe que conviuen de forma estable s'equipara totalment al matrimoni a efectes de l'adopció, i d'altra banda, als efectes de l'adopció. En aquest darrer aspecte, la diferència és referida tant al contingut i a l'abast del parentiu que es crea, com al contingut i abast del parentiu que s'extingeix. Les diferències són especialment importants en matèria successòria on ni l'adoptat s'integra totalment en la família adoptant ni tampoc es desvincula del tot de la família anterior.

## SEGONA PART

En la segona part s'ha volgut analitzar quins són els aspectes que han donat i donen lloc a més litigis en els darrers vint-i-cinc anys, davant els diferents òrgans judicials espanyols, així com del Tribunal Europeu de Drets Humans, fent una atenció especial a aquelles resolucions referides a la investigació de la filiació biològica de l'adoptat.

Els aspectes més conflictius són, tradicionalment i fins avui, el procés de constitució de l'adopció, especialment, la participació dels pares biològics; també els efectes successoris de l'adopció, avui en relació al principi d'igualtat constitucional i, més recentment, l'adopció del fill del cònjuge o de la parella, que ha guanyat protagonisme en tant que sovint es planteja posteriorment a les situacions de crisi matrimonial.

En primer lloc, pel que fa a la jurisprudència del Tribunal Europeu de Drets Humans s'esmenten algunes sentències relacionades més o menys directament amb l'objecte del treball però en qualsevol cas, rellevants pel que fa a la concepció del tipus de família que és objecte de protecció per part del Conveni, segons aquest Tribunal. Pel que fa al dret al coneixement del propi origen, aquest Tribunal no l'ha declarat mai directament i amb caràcter absolut i incondicional si bé ha afirmat que el respecte a la vida privada de les persones comporta la possibilitat de conèixer el

propi passat. No el configura com un dret absolut ja que admet la possibilitat de sotmetre el seu exercici a alguns límits, i la seva discussió en cada cas concret davant una autoritat independent.

D'altra banda i pel que fa a l'actuació de les administracions quan aquesta comporta intervenció en la vida de les famílies, el Tribunal s'ha pronunciat en diverses ocasions per determinar si s'ha respectat l'àmbit de vida familiar garantit en el Conveni, i en aquest sentit ha declarat que el concepte de família que és objecte de protecció no s'ha d'entendre limitat les famílies matrimonials, si bé, ha matitzat, el Conveni no obliga a tractar exactament de la mateixa manera els fills matrimonials que els no matrimonials.

Pel que fa a la jurisprudència de les Audiències, veurem que tracta principalment de dos aspectes: en primer lloc, el de l'adopció del fill del cònjuge o de la parella, que es presenta de forma creixent en els darrers anys, freqüentment com a conseqüència de la separació o el divorci dels progenitors i la posterior convivència o matrimoni d'un d'ells amb una altra persona, que serà qui promourà l'adopció. En segon lloc, hi ha també moltes resolucions que discuteixen sobre la participació dels pares biològics en el procediment d'adopció. En l'àmbit de Catalunya cal posar de manifest ja d'entrada que s'obseva una certa confusió sobre la legislació aplicable i que es posa de manifest bé per la inaplicació de la legislació catalana, bé per l'aplicació del Codi civil i de la Llei de protecció de menors a un mateix supòsit.

El primer aspecte, l'adopció del fill del cònjuge o del company, provoca d'una banda la qüestió sobre la conveniència o no de la seva constitució degut a la gravetat dels efectes que provoca en tant que comporta el trencament dels vincles jurídics del fill amb un dels seus progenitors i d'altra banda, la possibilitat d'adoptar el fill del company.

El segon aspecte, la intervenció dels pares biològics en el procés, planteja d'una banda la interpretació de la rellevància que cal atribuir a la manca d'assentiment dels progenitors o la seva negativa a assentir i d'altra banda provoca el problema de la valoració dels fets que donen lloc a l'apreciació que els pares es troben incursos en causa de privació de la pàtria potestat i que, per tant, no seran cridats per a que assesteixin o no l'adopció dels seus fills.

Pel que fa al Tribunal Constitucional, que no s'ha pronunciat mai, com veurem, sobre el dret de l'adoptat al coneixement del seu origen, el treball recull algunes resolucions que tracten, en primer lloc, sobre la relació del principi d'igualtat constitucional amb el tractament diferenciat de que poden ser objecte les persones pel

fet de ser o no adoptades, pel fet d'haver estat adoptades de forma simple o plena, o pel fet d'haver estat adoptades abans o després d'assolir una determinada edat. També s'ha recollit, en segon lloc, alguna resolució en matèria de garanties processals en la constitució de l'adopció.

Les Resolucions de la Direcció General pel que fa a les adopcions nacionals ha tractat, d'una banda sobre la seva forma de constitució, especialment en relació a les que van ser constituïdes sota la legislació anterior a l'actual, que exigia l'atorgament d'una escriptura pública a més de la resolució judicial. D'altra banda ha resolt les qüestions que plantejava i segueix plantejant l'adopció del fill del cònjuge, tant pel que fa als cognoms de l'adoptat, com pel que fa als seus efectes en relació amb la família d'aquell dels progenitors que no és el cònjuge o la parella de l'adoptant. L'adopció del propi fill, que era legalment possible sota la legislació anterior a l'actual, també va donar lloc a interrogants motivats, sobre tot, per la dificultat que suposava aplicar les regles d'una institució pensada per procurar uns pares a la persona que no en té, a situacions diferents a aquesta. També ha estat font de conflictes, la possibilitat de reconèixer la filiació d'una persona adoptada, especialment en aquells supòsits en que s'utilitza com a via per impedir una adopció. En aquesta matèria és important la doctrina de la Direcció General, en el sentit que el reconeixement en testament de la filiació sols té eficàcia a la mort del testador, o bé, en vida d'aquest solament si s'obté el consentiment del representant del reconegut o bé l'autorització judicial. En darrer lloc, la Direcció General s'ha pronunciat també sobre les repercussions registrals que sobre la filiació anterior té l'adopció i sobre la publicitat d'aquests assentaments. En aquest sentit, s'ha mantingut sempre que el registre ha de contenir totes les dades que formen la història de la persona, encara que algunes de les relacions jurídiques que consten no tinguin contingut, com és el cas de la filiació biològica de l'adoptat. El reflexe en el Registre d'aquestes informacions no té perquè afectar el dret a la intimitat de les persones a les quals es refereixen, ja que aquest dret està perfectament garantit, segons la Direcció, per les restriccions a la publicitat que la legislació registral imposa en relació a determinades informacions.

En l'àmbit del dret internacional privat les qüestions que han donat lloc a major nombre de Resolucions de la Direcció General han estat, d'una banda, la de l'adquisició de la nacionalitat espanyola de l'estranger adoptat per espanyols, especialment en relació a les adopcions constituïdes sota la vigència de redaccions del Codi que no determinaven aquest efecte. D'altra banda, actualment es planteja sovint l'eficàcia de les adopcions constituïdes davant autoritats estrangeres, tant pel que fa als requisits de constitució com pel que fa als seus efectes, especialment en relació a ordenaments que contempnen un model d'adopció quins efectes no es corresponen amb el que regula la legislació espanyola, o bé que contempnen diversos models, si

l'adopció constituïda a l'estranger no equival a la plena. S'ha plantejat també la qüestió sobre la constància en el Registre de la informació referida a la filiació biològica de l'adoptat, en els supòsits que les legislacions dels Estats d'origen estableixen que cal cancel·lar aquesta informació.

De la jurisprudència del Tribunal Suprem destacarem en aquesta introducció que hi ha un bloc de sentències en matèria de participació dels pares, especialment la mare biològica, en el procés d'adopció, que corresponen a una època en la qual la maternitat extramatrimonial era un fenomen socialment rebutjable i consegüentment les circumstàncies en les quals tenia lloc la decisió sobre el futur d'un fill de mare soltera no solien ser massa clares, ja que tant des de les famílies com des de l'Església passant per l'Estat, s'intentava amagar aquestes realitats.

Un altre bloc el constitueix la problemàtica que plantejava la constitució de l'adopció sota la vigència d'una legislació que exigia, posteriorment a l'aprovació judicial de l'adopció, l'atorgament d'una escriptura pública. Concretament solia plantejar problemes la determinació del moment en que podia considerar-se que havia quedat constituïda l'adopció i també la possibilitat que els marmessors de l'adoptat poguessin atorgar l'escriptura. Aquestes qüestions sorgien especialment en els supòsits que l'adoptant moria un cop que l'adopció havia estat aprovada judicialment però abans que s'atorgués l'escriptura pública.

Els drets successoris de l'adoptat han donat lloc a alguns litigis, sobretot sota la vigència de legislacions anteriors que no establien clarament que l'adoptat gaudís d'aquests drets o bé que condicionaven el seu reconeixement a l'atribució en l'escriptura. Una de les qüestions que s'ha plantejat més freqüentment és el de la determinació de la legislació aplicable, d'entre les que resultaven potencialment aplicables a un determinat supòsit, tant pel que fa a la regulació dels efectes de l'adopció, com pel que fa als drets successoris.

### TERCERA PART

En la tercera part del treball s'analitza el sistema de determinació de la maternitat i l'accés de l'adoptat al seu origen tant en l'ordenament espanyol com en altres ordenaments jurídics i també en diferents Convenis internacionals.

En primer lloc s'estudia el sistema de determinació de la maternitat, en tant que, com a l'Estat espanyol, també en altres Estats la llei fa possible que la decisió sobre la determinació de la filiació materna estigui a mans de la mare. L'estudi d'aquesta qüestió comporta profunditzar en un problema que no és exclusiu de les

persones que han estat adoptades sinó que pot afectar qualsevol persona, adoptada o no, si bé és una circumstància especialment freqüent entre aquells que han estat abandonats o entregats a una institució de protecció.

L'estudi parteix de la distinció entre dos models de determinació de la maternitat, els que, com el nostre, permeten que la mare pugui, per la seva sola voluntat, impedir que se li atribueixi un vincle de filiació amb els seus fills o, inclús, impedir que consti la realitat del vincle biològic amb el seu fill i els que, contràriament, consideren indiscutible que tot fill ha de tenir una mare i que aquesta és la que dóna a llum. El sistema de determinació de la maternitat és el mateix per a tot l'Estat espanyol en tant que, per remissió de les legislacions substantives, és la que resulta de la Llei i el Reglament del Registre Civil. En aquest sentit cal tenir present que el Projecte de Codi de Família de Catalunya preveu un sistema de determinació de la maternitat pel fet del naixement.

A continuació s'estudia l'origen històric del sistema vigent de determinació de la maternitat, les circumstàncies que hi van donar lloc i les crítiques de que va ser i és objecte en tant que comporta una desprotecció dels fills i, des del punt de vista constitucional, una violació d'alguns dels seus drets fonamentals.

A nivell de Convenis internacionals es posa de manifest que la legislació espanyola no és clarament compatible amb alguns dels que vinculen Espanya i que els tribunals espanyols no els tenen en compte en tant que segueixen aplicant la legislació civil incompatible amb alguns d'aquests textos internacionals.

Concretament, d'una banda, la doctrina del TEDH en la interpretació del Conveni Europeu per a la Protecció dels Drets Humans, especialment en el cas *Marckx*, no ha modificat la posició espanyola respecte d'aquesta qüestió tot i que sembla prou clar el missatge del Tribunal respecte de la determinació de la maternitat. El dret a la identitat, que el Conveni de les Nacions Unides reconeix a tots els nens, també queda possiblement vulnerat per les legislacions que com la nostra fan possible la indeterminació de la maternitat a voluntat de la mare, si bé la forma en que està redactat l'article que reconeix aquest dret pot donar peu a intepretacions ben diferents. El text reconeix el dret al conèixer l'origen *en la mesura del possible*, i les diferents interpretacions es fonamenten en la consideració que la possibilitat a la qual es fa referència és legal o de fet.

En segon lloc es descriu un estat d'opinió respecte d'aspectes fonamentals de l'adopció, que es manifesta principalment en la cultura angolsaxona, i que és fruit de la reflexió sobre l'evolució de la família i sobre les finalitats actuals de l'adopció.

Aquesta doctrina predica, pel que aquí ens interessa, que cal posar en dubte la bondat de l'efecte extintiu de l'adopció respecte dels vincles amb la família anterior de l'adoptat. Partint del fet que no hi ha un sol model de família adoptant i que són moltes i molt diferents les circumstàncies en les que es pot trobar la família que adopta i l'adoptat, afirmen la necessitat d'una legislació més diversificada, amb capacitat per donar una resposta més adequada als diferents supòsits de fet que es poden plantejar. En aquest contexte, una altra de les propostes consisteix en atorgar una major rellevància a l'autonomia de la voluntat en la configuració de les relacions familiars.

En tercer lloc, es fa una referència breu a la vessant psicològica del problema que és objecte del treball. La dedicació d'unes poques pàgines dedicades a una ciència diferent a la jurídica es justifica per la conveniència de conèixer quina és l'explicació que des del punt de vista de la psicologia s'ha donat a l'interès dels adoptats per conèixer la seva història, tant des d'una perspectiva teòrica, com a partir dels resultats de diversos estudis que s'han portat a terme sobre grups de persones, de les que formen l'anomenat *triangle de l'adopció* (adoptat, pares adoptius i pares biològics). Aquests estudis recullen les opinions i inquietuds d'aquestes persones, davant la possibilitat que l'accés a l'origen dels adoptats sigui permès, com també les seves reaccions un cop que han viscut aquesta experiència.

Des del punt de vista jurídic s'aborda la qüestió amb una descripció de les opcions legislatives adoptades en alguns ordenaments jurídics estrangers. Les opcions van des de la possibilitat incondicionada d'accés a la informació sobre la pròpia història, passant pel condicionament a la prova d'alguna circumstància que justifiqui la necessitat de conèixer la identitat, o bé al consentiment de les persones quina identitat es vol descobrir, fins les opcions més restrictives que impedeixen absolutament el coneixement de l'origen als adoptats. El text reflecteix també l'estat d'opinió que han provocat aquests sistemes, la seva aplicació pels tribunals i, en el seu cas, les propostes de modificació.

Després d'aquesta visió comparada, s'estudien de nou els instruments internacionals que vinculen l'Estat espanyol en aquesta matèria. Cap d'ells reconeix obertament l'accés de l'adoptat a la informació sobre el seu origen, si bé es poden intentar interpretacions que afavoreixin el seu reconeixement. En aquest contexte cal tenir present que possiblement l'ambigüitat dels textos internacionals és deguda al fet que els diferents Estats que estan implicats en matèria d'adopció internacional presenten legislacions molt diferents, i el que és més rellevant, són de cultures molt diverses. D'aquesta manera, resulta sovint molt difícil assolir acords que facilitin la garantia a nivell internacional de drets que en l'àmbit intern d'alguns Estats són indiscutibles, mentre que en altres són inconcebibles.

En quart lloc s'estudia amb deteniment la legislació del Codi civil i de la LPMA pel que fa a l'estatut jurídic que atribueixen a l'adoptat, tant pel que fa a la família que l'adopta com a la família biològica. El Codi descriu l'estatut de l'adoptat, de la mateixa manera que es fa en la majoria d'ordenaments per l'adopció, o per l'adopció plena allí on es distingeix entre dos models, de forma clara. Consisteix, d'una banda en la integració total de l'adoptat en la família adoptant i d'altra banda, en la desvinculació de la família d'origen totalment i a tots els efectes, sense més excepcions que algun supòsit especial d'adopció com és l'adopció del fill del cònjuge i també en matèria d'impediments matrimonials. El model d'adopció que descriu la LPMA és ben diferent, tant pel que fa als efectes personals com als successoris i sorprèn el fet que no hi ha, ni en els treballs parlamentaris ni en altres precedents, cap referència a aquesta configuració especial de la filiació adoptiva, tot i que s'intentarà, al llarg de l'exposició, donar-hi alguna explicació. La manca de referències o de justificació de la regulació en la Llei de protecció de menors, es fa encara més difícil de justificar si es té en compte que ha comportat una modificació respecte de la legislació aplicable anteriorment, que era la del Codi civil.

Les diferències entre ambdues regulacions afecten tant la configuració de la relació adoptiva, ja que la integració de l'adoptat en la família adoptiva no és total ni en l'aspecte personal ni en el successori, com també l'extinció dels vincles jurídics amb la família biològica, que presenta dues excepcions. La primera, molt clara, comporta que els germans biològics conserven el dret a succeir-se abintestat, i la segona, més conflictiva, que estableix simplement la conservació de la vinculació amb la família biològica *en els supòsits en que ho determini la llei*.

Finalment s'estudien les vies per les quals l'adoptat pot conèixer o determinar la seva filiació biològica, tant en la legislació registral com en el Codi civil i la Llei de protecció de menors. Es fa també una referència al tractament que el legislador estatal atorga en la Llei 35/1988 a la informació sobre l'origen de les persones nascudes com a conseqüència de la utilització de les tècniques de reproducció assistida.

Tenint en compte l'inconvenient que suposa que la maternitat biològica puugi quedar sense determinar a voluntat de la mare s'expliquen les diferents vies d'accés a la filiació biològica de l'adoptat, tant en la legislació registral com en el Codi civil i la Llei de protecció de menors.

Pel que fa a la legislació registral el coneixement de la filiació biològica que consta en el Registre és sempre possible per l'adoptat. El Codi civil estableix que la determinació de la filiació de l'adoptat no afecta l'adopció i, per tant, es pot afirmar

que s'està reconeixent, al menys de forma indirecta, la possibilitat d'aquesta determinació. Com s'explicarà es tracta d'una norma que no sembla que històricament vagi ser introduïda amb la finalitat de possibilitar l'adoptat conèixer el seu origen, sinó que té una altra explicació.

La legislació catalana conté, des de 1991, una norma que sí respon a la voluntat del legislador de permetre a l'adoptat, al menys, conèixer, és a dir tenir la informació sobre la identitat dels seus pares biològics. Aquesta disposició preveu la possibilitat que l'adoptat major d'edat pugui esbrinar la identitat dels seus progenitors biològics mitjançant l'exercici d'unes accions, la qual cosa no afectarà, es diu, l'adopció. Aquesta regla planteja alguns interrogants sobre el seu règim jurídic, entre altres, la determinació de quines són les accions a les que es refereix i la via per la qual cal exercitar-les. D'altra banda es planteja un dubte molt més important que és el de saber si la norma aporta alguna novetat respecte de la legislació anterior, en tant que no hi ha ni en la Llei de Filiacions ni en la Llei de protecció de menors, cap precepte que expressament impedeixi l'adoptat exercitar accions per determinar la filiació, i si a més a més es té present que l'accés al Registre està garantit en la legislació registral. La praxi del sistema posa de manifest, de moment, que no hi ha unanimitat en l'aplicació de la norma pel que fa al procediment de tramitació i tampoc als seus efectes. En alguns supòsits es pot parlar inclús de confusió.

En definitiva, la tesi que es manté parteix de la realitat que l'adoptat està biològicament vinculat a una família diferent que aquella a la que pertany jurídicament. Aquestes dues realitats han de constar en el Registre, en tant que formen part de la història del nascut, i la seva omisió comportaria la supressió de part d'aquesta història. L'adoptat té dret a conèixer aquestes dues realitats familiars i a més, si ho desitja, té dret, a partir d'una certa maduresa, a conèixer la identitat dels seus pares biològics.

Aquesta idea és incompatible amb la legislació vigent sobre determinació de la maternitat, en tant que deixa a mans de la mare tant la determinació de la maternitat com la constància de la relació biològica amb el seu fill. Aquesta legislació es fonamenta en la protecció de la intimitat de la mare, que, segons s'argumentarà, no es pot configurar com un dret que la protegeixi front el coneixement del fet de la seva maternitat i menys un dret que pugui oposar-se al fill. Aquesta protecció, a més de ser innecessària i impròpia de la societat actual, comporta el desconeixement dels drets de les altres persones afectades per aquesta filiació com són el fill i el pare. El fet que el fill, un cop adoptat, no pugui pretendre respecte de la mare biològica ni l'obtenció de protecció ni de drets successoris no debilita la seva posició i la pretensió és la satisfacció de la necessitat personal de conèixer la pròpia identitat biològica. En aquest



sentit cal esperar que el Tribunal Constitucional, quines sentències en matèria d'investigació de la filiació s'han fonamentat principalment en els deures dels pares respecte dels fills, tingui ocasió de manifestar-se en un supòsit d'adopció, per a que acabi de delimitar l'abast del dret al coneixement de l'origen.

# CAPÍTOL I. L'ADOPCIÓ EN ELS DIFERENTS DRETS CIVILS VIGENTS A L'ESTAT ESPANYOL

## 1. L'ADOPCIÓ EN EL CODI CIVIL

### 1.1. HISTÒRIA<sup>1</sup>

#### 1.1.1. Projecte de Codi civil de 1851

En l'època en que va tenir lloc la codificació a Espanya l'adopció era una institució de poca transcendència pràctica que tenia per finalitat la satisfacció dels interessos dels adoptants que no tenien fills. De fet, es va incloure en el projecte Codi civil de 30 d'abril de 1851, malgrat les reticències de García Goyena i gràcies a la intervenció d'un vocal andalús en la comissió que va posar de manifest que en el seu territori era utilitzada en ocasions. S'argumentava, en contra de la institució, que fomentava les relacions il·lícites ja que es podien adoptar els fills naturals i que podia defraudar els drets dels familiars legítims de l'adoptant. L'adoptant havia de tenir 45 anys i quinze més que l'adoptat. Estava prohibida als que tenien descendència legítima

---

<sup>1</sup> La bibliografia que s'ha utilitzat per fer aquest breu estudi històric és la següent:

- Rodrigo BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, "Comentario a los artículos 142 a 180 del Código Civil" en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, III- 2, Madrid, Edersa, 1982.
- Rodrigo BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, Vol. II, Madrid, Tecnos, 1984.
- Francisco CASTRO LUCINI, *Los derechos sucesorios del hijo adoptivo*, A.D.C., 617 (1962).
- José María CHICO ORTIZ, *La adopción y el Registro de la Propiedad*, R.C.D.I., 1041 (1970).
- Rubén DE MARINO, *La capacidad adoptional*, A.D.C., 863 (1971).
- Germán GAMBÓN ALIX, *La adopción*, Barcelona, Bosch, 1960.
- Gabriel GARCÍA CANTERO, "La reforma del acogimiento familiar y de la adopción" en José CASTÁN VÁZQUEZ, *Derecho civil español, común y foral*, Adición al Tomo V-2, Madrid, Reus, 1988. Pp. 5 i ss.
- Florencio GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Tomo I, Madrid, 1852, pp. 326-7.
- M<sup>a</sup> del Carmen GETE-ALONSO, Pablo SALVADOR, "La adopción en Cataluña después de la ley de 4 de julio de 1970", en *Comentarios a la Compilación del derecho civil de Cataluña*, vol. II. *Filiación y adopción*, Barcelona, Cátedra Duran y Bas, 1974, pp. 119 i ss.
- Juan Francisco LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación Española*. 4. Codificación Civil (Génesis e historia del Código). Vol. I. Ministerio de Justicia. Comisión General de Codificación. 1970.
- Joaquín MADRUGA MÉNDEZ, *La adopción*, A.D.C., 747 (1963).
- José María MANRESA NAVARRO, *Comentarios al Código civil español*, Tomo II. 7<sup>a</sup> edición, Madrid, Reus, 1987.
- Bernardo MORENO QUESADA, *La composición de intereses en la adopción durante la vigencia del Código civil*. Centenario del Código civil, pp. 1315 a 1545.
- Federico PUIG PEÑA, *Las situaciones finales en la adopción*, R. D. P., 1045 (1948).
- Felipe SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de derecho civil*. Tomo IV, v. 2<sup>o</sup>. Madrid, 1898.
- Quintus Mucius SCAEVOLA, *Código civil comentado y concordado*, Tomo III, 5<sup>a</sup> edición, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1942.

sentit cal esperar que el Tribunal Constitucional, quines sentències en matèria d'investigació de la filiació s'han fonamentat principalment en els deures dels pares respecte dels fills, tingui ocasió de manifestar-se en un supòsit d'adopció, per a que acabi de delimitar l'abast del dret al coneixement de l'origen.

# CAPÍTOL I. L'ADOPCIÓ EN ELS DIFERENTS DRETS CIVILS VIGENTS A L'ESTAT ESPANYOL

## 1. L'ADOPCIÓ EN EL CODI CIVIL

### 1.1. HISTÒRIA<sup>1</sup>

#### 1.1.1. Projecte de Codi civil de 1851

En l'època en que va tenir lloc la codificació a Espanya l'adopció era una institució de poca transcendència pràctica que tenia per finalitat la satisfacció dels interessos dels adoptants que no tenien fills. De fet, es va incloure en el projecte Codi civil de 30 d'abril de 1851, malgrat les reticències de García Goyena i gràcies a la intervenció d'un vocal andalús en la comissió que va posar de manifest que en el seu territori era utilitzada en ocasions. S'argumentava, en contra de la institució, que fomentava les relacions il·lícites ja que es podien adoptar els fills naturals i que podia defraudar els drets dels familiars legítims de l'adoptant. L'adoptant havia de tenir 45 anys i quinze més que l'adoptat. Estava prohibida als que tenien descendència legítima

---

<sup>1</sup> La bibliografia que s'ha utilitzat per fer aquest breu estudi històric és la següent:  
Rodrigo BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, "Comentario a los artículos 142 a 180 del Código Civil" en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, III- 2, Madrid, Edersa, 1982.  
Rodrigo BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, Vol. II, Madrid, Tecnos, 1984.  
Francisco CASTRO LUCINI, *Los derechos sucesorios del hijo adoptivo*, A.D.C., 617 (1962).  
José María CHICO ORTIZ, *La adopción y el Registro de la Propiedad*, R.C.D.I., 1041 (1970).  
Rubén DE MARINO, *La capacidad adoptional*, A.D.C., 863 (1971).  
Germán GAMBÓN ALIX, *La adopción*, Barcelona, Bosch, 1960.  
Gabriel GARCÍA CANTERO, "La reforma del acogimiento familiar y de la adopción" en José CASTÁN VÁZQUEZ, *Derecho civil español, común y foral*, Adición al Tomo V-2, Madrid, Reus, 1988. Pp. 5 i ss.  
Florencio GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Tomo I, Madrid, 1852, pp. 326-7.  
M<sup>a</sup> del Carmen GETE-ALONSO, Pablo SALVADOR, "La adopción en Cataluña después de la ley de 4 de julio de 1970", en *Comentarios a la Compilación del derecho civil de Cataluña*, vol. II. *Filiación y adopción*, Barcelona, Cátedra Duran y Bas, 1974, pp. 119 i ss.  
Juan Francisco LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación Española*. 4. Codificación Civil (Génesis e historia del Código). Vol. I. Ministerio de Justicia. Comisión General de Codificación. 1970.  
Joaquín MADRUGA MÉNDEZ, *La adopción*, A.D.C., 747 (1963).  
José María MANRESA NAVARRO, *Comentarios al Código civil español*, Tomo II. 7<sup>a</sup> edición, Madrid, Reus, 1987.  
Bernardo MORENO QUESADA, *La composición de intereses en la adopción durante la vigencia del Código civil*. Centenario del Código civil, pp. 1315 a 1545.  
Federico PUIG PEÑA, *Las situaciones finales en la adopción*, R. D. P., 1045 (1948).  
Felipe SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de derecho civil*. Tomo IV, v. 2<sup>o</sup>. Madrid, 1898.  
Quintus Mucius SCAEVOLA, *Código civil comentado y concordado*, Tomo III, 5<sup>a</sup> edición, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1942.

i als eclesiàstics. En quant als efectes, no provocava la integració de l'adoptat en la família adoptiva, en la qual aquest adquiria un dret a aliments i també a utilitzar els cognoms de l'adoptant. L'adoptat quedava sotmès a la pàtria potestat de l'adoptant però no adquiria cap dret successori en la família d'aquest i conservava els seus drets en la família biològica. L'adopció es constituïa davant el batlle i es consignava en escriptura pública.

### **1.1.2. Llei de Bases de 1888**

La base 5<sup>a</sup> de la Llei d'11 de maig de 1888, que va autoritzar al govern per a la publicació d'un Codi civil, va disposar que el Codi regulés l'adopció, *... fijándose las condiciones ... para pervenir los inconvenientes que el abuso de ese derecho pudiera traer consigo para la organización natural de la familia*. El mateix text d'aquesta base posa de manifest un cert recel vers aquesta institució, que semblava perillosa per al matrimoni, la família legítima i que era una possible font de frau. En la redacció del Codi va quedar perfectament reflectida aquesta prevenció.

### **1.1.3. Codi civil de 1889**

La regulació de l'adopció en la versió originària del Codi civil de 1889 va ser restrictiva i pobra en el sentit que preveia un sol tipus d'adopció d'efectes molt limitats, centrada en l'interès de l'adoptant, permesa només als majors de quaranta-cinc anys, quinze anys majors que l'adoptat i que no tinguessin descendència legítima o legitimada. Permetia adoptar tant els majors com els menors d'edat i mantenia la prohibició d'adoptar als eclesiàstics. Quant als efectes, l'adopció comportava l'assumpció de la pàtria potestat per part de l'adoptant però no integrava l'adoptat en la família de l'adoptant ni el desvinculava de la seva família biològica. Tampoc comportava l'adquisició de drets successoris, excepte si l'adoptant es comprometia en l'escriptura d'adopció a instituir hereu l'adoptat, però sí feia néixer un deure recíproc d'aliments. Com a novetat important respecte del projecte de 1851 cal esmentar la necessitat de l'aprovació judicial per a la constitució de l'adopció, a continuació de la qual s'atorgava escriptura pública i s'inscrivia en el Registre civil. L'adopció regulada pel Codi l'any 1889 no creava, en definitiva, relacions de paternitat i filiació i és per això que va ser objecte de moltes crítiques.

L'any 1937, davant la insuficiència de la legislació vigent i el nombre creixent d'adopcions d'infants desvalguts com a conseqüència de la guerra, el Govern Republicà va dictar unes disposicions complementàries al Codi amb la finalitat de flexibilitzar els requisits, simplificar-ne el procediment i reforçar els efectes de

l'adopció<sup>2</sup>.

#### 1.1.4. Reforma del Codi civil de 1958

L'any 1958, per Llei de 24 d'abril, es va reformar el Codi civil en matèria d'adopció. Per primera vegada es va fer la distinció entre adopció plena i menys plena. La plena, reservada per als menors de catorze anys, abandonats i *expòsits* comportava l'equiparació de l'adoptat al fill natural reconegut, amb substitució dels cognoms, sense arribar a consolidar l'equiparació amb la filiació legítima, ni tampoc desvincular totalment l'adoptat de la família natural, respecte de la qual l'adoptat conservava certs drets, com ara els successoris i els aliments quan no pogués obtenir-los de l'adoptant, però se l'eximia dels deures. L'adopció plena només era permesa als matrimonis sense descendència que portessin cinc anys casats i als vidus. L'adopció menys plena va quedar regulada de manera molt semblant que en la redacció original del Codi i sols comportava l'atribució de la pàtria potestat i el deure recíproc d'aliments. El dret a utilitzar els cognoms i a succeir-li quedaven condicionats a que així s'hagués pactat en l'escriptura. Per ambdós tipus d'adopció es va rebaixar l'edat a partir de la qual es podia adoptar, de quaranta-cinc a trenta-cinc anys i la diferència d'edat exigida entre adoptant i adoptat va passar dels quinze als divuit anys. La constitució de l'adopció requeria, además, aprovació judicial. La reforma va ser ben rebuda per la doctrina que havia criticat la regulació anterior tot i que fou qualificada de tímida.

#### 1.1.5. Reforma del Codi civil de 1970

Per Llei de 4 de juliol de 1970 es va reformar de nou el Codi civil en matèria d'adopció amb els objectius de facilitar-ne la seva constitució i de reforçar els seus efectes. Es van suprimir algunes de les prohibicions per adoptar fins llavors vigents i es va reduir l'edat mínima per poder adoptar fins els trenta anys i la diferència d'edat entre adoptat i adoptant fins els setze anys. Es va suprimir el requisit que l'adoptat fos *expòsit* o abandonat així com el de la manca de descendència dels adoptants i es va establir que era permès adoptar de forma plena tant les persones solteres com les casades, encara que estiguessin separades, sempre i quan haguessin estat declarades innocents. L'adopció plena provocava l'equiparació del fill adoptat al legítim de manera total en quant al règim dels cognoms i de manera gairebé total en quant a les successions. En aquesta matèria l'adoptat no podia rebre per millora més que el que rebés fill legítim menys afavorit i que en cas de concórrer a la successió de l'adoptant

---

<sup>2</sup> Ordre d'1 d'abril de 1937 sobre acolliment d'infants orfes o abandonats, Decret de 2 de juny de 1944 i Llei de 17 d'octubre de 1941 sobre instrucció d'expedients d'adopció .

amb fills naturals d'aquest no podia rebre més que cadascun d'ells. La integració de l'adoptat en la família adoptiva no era encara total ja que no es comportava la creació de vincles de parentiu entre l'adoptat i aquesta família, sinó només entre l'adoptant i l'adoptat. L'adoptat conservava els seus drets en la família biològica, però quedava exent de deures. En principi sols podien ser adoptats plenament els menors de catorze anys que haguessin conviscut amb l'adoptant des d'abans d'assolir aquesta edat i també els majors units a l'adoptant per vincles familiars o afectius, sense necessitat de convivència prèvia. Es va permetre igualment l'adopció dels propis fills reconeguts, que d'aquesta manera podien esdevenir legítims. L'adopció menys plena va passar a anomenar-se simple i els seus efectes eren bàsicament i a manca de pacte en l'escriptura, l'atorgament a l'adoptat de la mateixa posició que el fill natural reconegut en la successió de l'adoptant i la conservació dels cognoms de la família biològica. Per primera vegada es va fer la distinció entre consentiment i assentiment, no en l'articulat de la llei sinó en l'Exposició de Motius, on s'explicava la diferent rellevància de cadascuna d'aquestes declaracions de voluntat. La constitució de l'adopció requeria aprovació judicial i es va mantenir la necessitat d'escriptura pública. El marge de la valoració judicial es va incrementar ja que abarcava, además de la concurrència dels requisits necessaris, la conveniència per l'adoptat segons les circumstàncies de cada cas. Es va descriure per primera vegada la situació legal d'abandonament de menors que requeria, en el cas que el menor hagués estat entregat a un establiment benèfic, que hi hagués estat internat durant sis mesos, sense que els seus familiars més propers s'haguessin interessat per ell de manera efectiva.

#### **1.1.6. Reforma del Codi civil de 1981.**

L'any 1981, en ocasió de la reforma del Codi civil en matèria de filiació, pàtria potestat i règim econòmic del matrimoni per Llei de 13 de maig, es va reformar l'adopció amb la intenció d'adequar la seva regulació al nou règim de la filiació i la pàtria potestat. Malgrat això, la reforma de l'adopció va anar més enllà d'allò que requeria la simple adequació. Com a conseqüència d'aquesta reforma, es va declarar la igualtat entre la filiació matrimonial, no matrimonial i l'adoptiva plena i va quedar suprimida la possibilitat d'adoptar els propis fills il·legítims, operació que perdia sentit a causa de l'equiparació d'efectes entre totes les filiacions. L'adoptat de forma plena s'integrava en la família de l'adoptant, i adquiria un *status familiae*. Quedava desvinculat de la família d'origen, excepte respecte de certs drets successoris que conservava en relació a aquesta família. Es va suprimir el plaç de cinc anys de matrimoni com a requisit per poder adoptar i també el tracte diferenciat entre cònjuge innocent i cònjuge culpable en els supòsits de separació matrimonial. En quant a l'adopció simple es van reduir els efectes successoris d'aquest tipus d'adopció, que van quedar regulats de manera semblant a com ho estaven en la redacció originària del

Codi i en l'adopció menys plena després de la reforma de 1958.

### **1.1.7. Reforma del Codi civil de 1987**

L'any 1987 es va reformar de nou l'adopció per llei 21/1987, de 21 de novembre que va modificar els articles 172 a 180 del Codi civil<sup>3</sup> i quina redacció és pràcticament la que està vigent actualment. Les fites principals d'aquesta reforma van ser potenciar el control públic de les actuacions prèvies a l'adopció, fer possible la integració real de l'adoptat en la família adoptant i potenciar l'interès de l'adoptat per sobre de qualsevol altre.

Les modificacions més importants van ser la reducció a un sol tipus d'adopció ja que es va eliminar l'adopció simple. L'adopció que es regula actualment és doncs la plena, que comporta la integració total de l'adoptat en la família adoptant i la ruptura dels seus vincles jurídics amb la família anterior, amb alguna excepció. Requeix com a regla general, l'acolliment com a fase prèvia a l'adopció, que, excepte casos excepcionals sols pot tenir lloc en relació a menors d'edat.

Es suprimeix l'etapa notarial final i per tant es converteix en un procediment purament judicial en el qual el Jutge té grans facultats decisòries en quant a la constitució de l'adopció i no el vinculen les declaracions de les parts.

### **1.1.8. Reforma del Codi civil de 1996**

La Llei Orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor, ha reformat la regulació de l'adopció del Codi civil i de la Llei d'Enjudiciament Civil<sup>4</sup>. Aquesta llei respon principalment a la voluntat d'adequar la legislació espanyola sobre menors als instruments internacionals sobre la matèria ratificats per Espanya com són

---

<sup>3</sup> La reforma també va modificar els articles 1825 a 1832 de la Llei d'Enjudiciament Civil i els articles 9, 160, 161, 164, 165, 222, 229, 232, 239 i 321 del Codi civil.

<sup>4</sup> Els articles del Codi civil afectats per la llei són els següents: 9.4, 9.5 paràgrafs 3, 4 i 5, 149, 158, 166.2, 172, 173, 174.2, 175.1, 176, 177, 185, 211, 216, 234, 247, 248, 260, 271, 272, 273, 300, 753, 996, 1057.3, 1329, 1330, 1459.1, 1700.3 i 173.2. Ademés s'ha aprofitat l'ocasió per solucionar els desajustaments que havien anat quedant en el Codi civil com a conseqüència de les darreres reformes en matèria de persona i família. En aquesta línia, per exemple, s'han suprimit les referències a l'adopció plena que quedaven en els arts. 108, 823 i 980, amb la finalitat d'adequar la terminologia del Codi a la reforma de 1987. Pel que fa a la Llei d'Enjudiciament Civil, a part de la reubicació dels arts. 1910 a 1918 en la Secció Tercera del Títol IV del Llibre III, es modifiquen els articles 1901 a 1909, que, ademés, passen a integrar la Secció Segona del Títol IV del Llibre III, amb el títol *Medidas relativas al retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional*.



el Conveni sobre Drets del Nen de 20 de novembre de 1989 i el la Haia de 1993<sup>5</sup>.

En primer lloc conté una declaració de principis, com són la superioritat de l'interès del menor, el respecte dels drets que els reconeixen la Constitució, els tractats internacionals i la garantia que suposa la tutela d'aquests drets pels poders públics<sup>6</sup>. A continuació reconeix al menor els drets a l'honor, intimitat i imatge<sup>7</sup>, a la informació, llibertat ideològica, de participació, associació i reunió, llibertat d'expressió i a ser escoltat.

En segon lloc estableix un conjunt de principis que han de regir l'activitat de l'administració davant situacions que comportin el desconeixement dels drets dels menors i també una sèrie de mesures d'actuació. Aquestes mesures s'iniciaran, segons la llei, d'ofici, a instància del mateix menor o de qualsevol ciutadà ja que s'estableix l'obligació de tots els ciutadans de comunicar a les autoritats l'existència d'una situació de risc o possible desemparament d'un menor<sup>8</sup>. Entre les mesures que l'administració pot pendre, la llei distingeix per primera vegada entre tres tipus d'acolliment familiar, el simple, el permanent i el preadoptiu.

En tercer lloc, la llei regula l'adopció internacional, tant pel que fa als requisits de la seva constitució, com al reconeixement a Espanya de les constituïdes a l'estranger, com també a les diferents entitats competents per a la seva tramitació, siguin públiques o privades.

---

<sup>5</sup> V. els comentaris a aquesta llei, Antonio GULLÓN BALLESTEROS, *Sobre la Ley 1/1996, de protección jurídica del menor*, La Ley, n.3970, pp. 1 a 4, Carmen NÚÑEZ MUÑOZ, *Algunas consideraciones sobre la Ley orgánica 1/1996 de 15 de enero, de protección jurídica del menor*, La Ley n.4135, pp. 1 a 7.

<sup>6</sup> Com observa GULLÓN, aquestes declaracions no afegeixen res de nou al nostre ordenament, que garanteix els mateixos continguts, tant en el Codi civil com en la pròpia Constitució, no sols als menors sinó a totes les persones. GULLÓN, *Sobre la Ley 1/1996...*, p. 2.

<sup>7</sup> Com succeeix en els altres preceptes d'aquesta llei que reconeixen drets al menor, es tracta de drets que aquest ja tenia garantits per la Constitució. Pel que fa als drets a l'honor, intimitat i pròpia imatge, la Llei Orgànica 1/1982 estableix les vies per a la seva protecció, i no hi ha dubte que els menors no estan exclosos del seu àmbit, de manera que, de nou, es tracta de preceptes innecessaris. Ademés, en aquest cas la duplicitat de protecció té lloc sense que s'hagi portat terme una tasca de coordinació amb la Llei 1/1982, i ademés de manera molt imprecisa. V. els diferents supòsits problemàtics que poden plantejar-se a GULLÓN, *Sobre la Ley 1/1996...*, p.2.

<sup>8</sup> Una altra de les crítiques que s'han fet a la llei és que, d'una banda dóna eficàcia a l'actuació del menor, inclús sense fixar les condicions de maduresa o l'edat a partir de la qual, i d'altra banda, legitima qualsevol persona interessada a instar del Ministeri Fiscal o de l'autoritat corresponent, que intervingui en algun aspecte de la vida d'aquest menor (v. p. ex., arts. 4.4 i 7.2.b). V. NÚÑEZ, *Algunas consideraciones...*, pp. 2-4.

En quart lloc es modifiquen alguns articles en matèria de tutela especialment quan aquesta es refereix a menors.

## 1.2. CAPACITAT EN L'ADOPCIÓ

### 1.2.1. Introducció

Per parlar de capacitat en l'adopció cal fixar prèviament els conceptes bàsics als quals ens referirem que són els de capacitat jurídica, capacitat d'obrar, capacitat natural i prohibicions.

Podem definir la capacitat jurídica com l'aptitud per ser titular de relacions jurídiques i la d'obrar com l'aptitud atorgada pel dret per a realitzar actes jurídics. La primera la té tota persona desde que adquireix personalitat i s'acaba amb la seva mort; la segona no la tenen totes les persones ni és igual per a tots els que la tenen<sup>9</sup>. Segons l'article 322 Cc tota persona major d'edat és capaç d'obrar mentre no se l'incapaciti, però per a que els seus actes siguin vàlids és necessari, ademés, que la persona estigui, en el moment en d'actuar, en les condicions psíquiques adequades per poder comprendre i voler un determinat acte, és a dir, que tingui capacitat natural<sup>10</sup>.

Pot distingir-se també entre la capacitat d'obrar general, que correspon a l'individu major d'edat no incapacitat i que li permet realitzar tots aquells actes que no exigeixen una capacitat diferent i major, i la capacitat d'obrar especial que és la que es requereix per determinats actes en tant que per a poder-los realitzar s'exigeix una edat superior o inferior<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Manuel ALBALADEJO, *Derecho civil I. Introducción y parte general*. Vol. I: Introducción y derecho de la persona. Barcelona, Bosch, 1983, pp. 210 i ss.

<sup>10</sup> Com explica LACRUZ, per reconèixer capacitat d'obrar a les persones la llei té en compte l'aptitud de cada una per regir-se a sí mateixa i als seus béns, però no ho fa cas per cas sinó amb base en característiques externes típiques com l'assoliment d'una determinada edat, o la declaració judicial d'incapacitat. "Por tanto, la capacidad de obrar sólo mediatamente se basa en la capacidad natural, pues hay menores de edad tan aptos para regir su persona y bienes como otros de treinta, mayores de edad no incapacitados a pesar de tener obnubiladas sus facultades, e incapacitados judicialmente que se encuentran en momentos transitorios de lucidez". José Luis LACRUZ, *Elementos de derecho civil*, I. *Parte general*. Vol. II: Personas. Barcelona, Bosch, 1990, pp. 13 i ss. V. també Encarna ROCA TRIAS, *Comentario del Código civil*, Tomo I, Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, 1991, pp. 223 i ss.

<sup>11</sup> V. LACRUZ, *Elementos...*, p. 13. El fet que alguns dels actes que requereixen capacitat d'obrar especial siguin actes personalíssims i que, per tant, el subjecte que no la té no pugui realitzar-los ni amb intervenció del seu representant legal ha donat lloc a que alguns autors parlin d'incapacitats jurídiques especials. PUIG FERRIOL recull aquesta polèmica i opina que no es pot admetre aquesta qualificació ja que, com s'ha dit més amunt, totes les persones tenen aptitud suficient per ser titulars de les relacions jurídiques que l'afecten. Lluís PUIG FERRIOL, en PUIG BRUTAU, *Fundamentos de derecho civil*, Tomo I, Vol. I, primera parte. Parte general: sujeto y objeto del derecho. Barcelona, Bosch, 1979, pp. 263 i ss.

En quant a les prohibicions, cal situar-les al marge de tot allò referent a la capacitat i, segons LACRUZ, són aquelles que la llei imposa a la persona que es troba en determinada situació, de realitzar certs actes que en altre cas li estarien permesos<sup>12</sup>. En el cas de l'adopció, les prohibicions afecten una determinada persona en tant que pretengui adoptar determinades persones, amb les quals el legislador vol evitar que s'estableixi una relació de filiació.

Qualsevol limitació a la capacitat d'obrar de les persones, que es presumeix plena, ha d'estar establerta expressament i s'ha d'interpretar de forma restrictiva.

## 1.2.2. Requisits de capacitat

### 1.2.2.1. Adoptant

L'article 175.1 del Codi civil estableix com a requisits per poder adoptar una edat mínima de vint-i-cinc anys i una diferència d'edat amb la persona a qui es preten adoptar, de catorze anys. Llevat d'aquests dos requisits no hi ha cap altra referència a la capacitat de l'adoptant<sup>13</sup>, fet que ha portat a la doctrina a plantejar-se si és suficient amb complir aquests requisits d'edat o si és exigible, además, que l'adoptant gaudeixi de la plena capacitat d'obrar. La majoria de la doctrina està d'acord amb aquesta última afirmació, de manera que cal interpretar que l'adoptant ha de ser major d'edat i no patir ninguna restricció general de la seva capacitat d'obrar<sup>14</sup>. Per tant, les persones amb incapacitat absoluta no poden adoptar i en quant a les persones amb capacitat limitada, el Jutge haurà de valorar quins àmbits d'actuació afecten les seves limitacions i la seva incidència en la capacitat per a ser pare. Resoldrà en tot cas

---

<sup>12</sup> Hi ha autors que parlen de falta de legitimació per un acte concret o bé de capacitat especial. V. ALBALADEJO, *Derecho civil*, p. 212 i LACRUZ, *Elementos...*, p. 15.

<sup>13</sup> En la redacció originària del Codi civil s'exigia que l'adoptant estigués *en pleno uso de sus derechos civiles* i en la redacció resultant de la reforma de 1981 s'exigia que l'adoptant *se halle en el ejercicio de todos sus derechos civiles*. Segons la doctrina aquesta expressió calia referir-la a la capacitat d'obrar de l'adoptant. V. BERCOVITZ, *Comentarios...*, 1982, p. 295.

<sup>14</sup> José Manuel LETE DEL RÍO, *Personas que pueden adoptar y ser adoptadas*, A.C., núm. 5, pp. 80 i ss., Manuel Ignacio FELIU REY, *Comentarios a la Ley de adopción*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 87 i ss., Ignacio SERRANO GARCÍA, "Comentario a los artículos 172 a 180" en *Comentario del Código Civil*, tomo I, pp. 577 i ss., José Luis LACRUZ, SANCHO, Francisco RIVERO, *Elementos de derecho civil*, IV. Derecho de familia, Vol. 2, 3<sup>a</sup> ed., Barcelona, Bosch, 1989, pp. 173 i ss., Miguel Ángel PÉREZ ÁLVAREZ, *La nueva adopción*, Madrid, Civitas, 1989, pp. 164 i ss. Les discussions parlamentàries posen de manifest que el legislador era conscient que no es referia a aquest aspecte, ja que en elles s'explica que no es creu necessari reiterar en seu d'adopció la normativa general sobre capacitat d'obrar de l'adoptant. Cortes Generales. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones. Año 1987. III Legislatura, núm. 143, p. 5275.

atenent a l'interès de l'adoptat<sup>15</sup>. Les incapacitats sobrevingudes a la constitució de l'adopció no afecten aquest acte.

### a. Edat

En quant a l'edat cal distingir entre els requisits d'edat mínima, edat màxima i diferència d'edat.

#### Edat mínima

L'edat mínima exigida per poder adoptar és de vint-i-cinc anys<sup>16</sup>, segons disposa l'article 175 Cc, excepte en cas d'adopció conjunta pels cònjuges o per parella de fet<sup>17</sup>, en el qual és suficient que un d'ells tingui aquesta edat<sup>18</sup>. L'altre membre de la parella haurà de tenir, però, capacitat plena, ja que aquest darrer requisit segueix essent exigible a qualsevol adoptant. Per tant, si l'adoptant en qüestió és menor, haurà

---

<sup>15</sup> FELIU examina els requisits legals per ser tutor i, argumenta que, ja que l'adopció també es dirigeix a la protecció de menors, però "té un contingut més ampli i crea unes relacions més fortes" que aquella, les causes o restriccions a l'exercici de la tutela, han d'afectar, amb més força encara l'adopció. FELIU REY, *Comentarios...*, pp. 88 i 89. En el mateix sentit, Bartolomé VARGAS CABRERA, *La protección de menores en el ordenamiento jurídico*, Madrid, Comares, 1994, p. 175.

<sup>16</sup> Així va quedar establert després de la modificació del Codi civil per llei 21/1987. La redacció originària del Codi exigia quaranta-cinc anys per poder adoptar, en la reforma de 1958 es va rebaixar als trenta-cinc anys i en la reforma de 1970, a trenta. Aquesta última va estar vigent fins l'any 1987. Com feia notar LETE, l'art. 175.1 Cc, interpretat de forma literal, exigia que l'adoptat tingués vint-i-cinc anys, no que en tingués, com a mínim, vint-i-cinc, ja que el text establia literalment *la adopción requiere que el adoptante tenga 25 años*. Una interpretació finalista de la norma conduïa a la conclusió que es tractava d'un requisit mínim d'edat. LETE, *Personas que pueden ...*, p. 79. La nova redacció de l'article després de la reforma del Codi civil l'any 1996 estableix clarament que l'adoptant ha de ser major de vint-i-cinc anys.

<sup>17</sup> L'equiparació de la parella al matrimoni a efectes de l'adopció va ser introduïda mitjançant la Disposició Addicional Tercera de la Llei 21/1987 d'11 de novembre.

<sup>18</sup> LETE opina que no hi ha cap raó que permeti explicar per què l'edat mínima per adoptar no es fa coincidir amb l'edat exigida per contraure matrimoni o amb la majoria d'edat. Segons aquest autor, la justificació que es basa en que d'aquesta manera es garanteix una certa maduresa en l'adoptant i la prevenció d'adopcions prematures és correcta però resulta contradictòria amb la regulació de la capacitat per contraure matrimoni. Segons aquesta és possible contraure matrimoni, amb dispensa, des dels catorze anys i des dels setze en cas d'emancipació. Això suposa afirmar, *contrario sensu*, que els fills haguts abans dels vint-i-cinc anys ho han estat de manera precipitada i prematura, quan els pares no tenien encara maduresa suficient. LETE creu que la possible manca de maduresa de l'adoptant, que pot donar-se també en persones majors de 25 anys ha de ser valorada pel Jutge en cada cas. LETE DEL RIO, *Personas que pueden ...*, pp. 77 i 78.

d'estar emancipat<sup>19</sup>. Tal com posa de manifest la doctrina<sup>20</sup>, hagués estat convenient preveure també la dispensa d'edat pel cas d'adopció del fill (natural o adoptiu) del cònjuge<sup>21</sup>.

## Edat màxima

En quant a l'edat màxima, el Codi civil no n'estableix cap actualment, ni ho ha fet mai. Com diu LACRUZ, les facultats que la llei dóna al Jutge per aprovar cada adopció, han fet innecessària la fixació d'un màxim d'edat en l'adoptant<sup>22</sup>. Segons HUALDE seria convenient que la llei establís una edat màxima ja que, de fet, els equips tècnics de les entitats que realitzen les propostes d'adopció exclouen sistemàticament les persones que superen determinades edats<sup>23</sup>.

---

<sup>19</sup> Si els adoptants estan casats, el cònjuge menor, major de catorze anys segur que és emancipat perquè el matrimoni provoca l'emancipació, però en cas de parella de fet, no serà emancipat fins que assoleixi l'edat de setze anys.

<sup>20</sup> Entre altres, Francisco LLEDÓ YAGÜE, *Comentario al proyecto de Ley de Adopción*, A.D.C., t. XXXIX, fasc. IV, 1986, p. 1212, FELIU REY, *Comentarios...*, pp. 93 i 94.

<sup>21</sup> PEÑA opina que la dispensa regeix també en cas de que l'adoptant sigui el cònjuge o concubí d'un pare biològic... *Porqué es evidente que no se requerirían los 25 años si el vínculo de filiación existente fuere sólo adoptivo (se trataría de una adopción por ambos cónyuges). Y el que el vínculo sea por naturaleza no debe ser aquí motivo de discriminación.* Manuel PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derecho de familia*, Madrid, Sección de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1989, p. 468. En el mateix sentit LETE, *Personas que pueden...*, p. 89 i Etelvina VALLADARES RASCÓN, "Comentario del artículo 176" a *Comentarios...* (Dir. R. Bercovitz). Madrid, Tecnos, 1993, pp. 162 i ss., Javier HUALDE, "Comentario de los artículos 175 y 177" en *Comentarios...* (Dir. Bercovitz), p. 144 i VARGAS, *La protección de menores...*, p. 215.

<sup>22</sup> LACRUZ, *Elementos...*, IV, p. 198. LETE considera també encertada l'omissió d'una edat màxima ja que, argumenta, si bé és cert que una diferència excessiva pot no ser convenient per a les relacions paterno-filials, també és cert que en determinats supòsits l'adopció pot ser convenient malgrat l'adoptant sigui una persona d'edat avançada o que hi hagi una gran diferència d'edat entre adoptat i adoptant, com seria el cas del fill retrassat mental del cònjuge de l'adoptant. LETE, *Personas que pueden...*, p. 79. En el mateix sentit que LETE, PEÑA, *Derecho de familia*, p. 468. Segons DE MARINO és convenient establir un límit màxim ja que a les persones d'edat avançada els manquen condicions, més que morals, físiques, per portar a terme les tasques d'educació i cura. DE MARINO, *La capacidad...*, p. 876.

<sup>23</sup> HUALDE, *Comentarios...*, p. 143.

## b. Diferència d'edat

### Diferència mínima d'edat:

En quant a la diferència mínima d'edat entre adoptant i adoptat, el Codi civil requereix que l'adoptant tingui, al menys catorze anys més que l'adoptat<sup>24</sup>, amb la finalitat que la diferència d'edat entre adoptant i adoptat reproduïxi en lo possible allò que és propi en la filiació biològica.

Aquest requisit no pot ser dispensat en cap cas, ni en l'adopció conjunta<sup>25</sup>, ni en l'adopció del fill del cònjuge<sup>26</sup>, tot i que seria molt convenient flexibilitzar aquesta norma de manera que fos suficient que la diferència d'edat s'exigís només respecte

---

<sup>24</sup> En la versió originària del Codi Civil s'exigia una diferència de quinze anys. La reforma de 1958 la va establir en els divuit i la de l'any 1970, en els setze.

<sup>25</sup> Segons ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, en cas d'adopció conjunta caldria dispensar del requisit de la diferència d'edat, dispensa que té la mateixa raó de ser que la que té lloc en raó de l'edat, encara que d'altra banda opina que és dubtós ...*por la impiedad que supone un vínculo de adopción en que adoptante y adoptado no se lleven 14 años*. José Antonio ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *Curso de derecho de familia*, Tomo II: Patria potestad, tutela y alimentos, Madrid, Civitas, 1988. Per la legalitat anterior, vegi's la Resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat de 2 d'octubre de 1976 dictada en resposta a una consulta feta per una persona que pretenia adoptar la filla natural de la seva esposa, reconeguda unilateralment per aquesta abans de contraure matrimoni amb el consultant. La mare tenia trenta-un anys, el marit de la mare en tenia vint-i-sis i la filla en tenia catorze, i per tant, la diferència d'edat entre adoptant i adoptada era insuficient, ja que segons la legalitat vigent llavors, havia de ser, com a mínim, de setze anys. La Direcció General va respondre que la solució era l'adopció conjunta pels cònjuges, de la filla de l'esposa del consultant, cas en el qual és suficient que un dels adoptants compleixi el requisit de la diferència d'edat.

<sup>26</sup> MALO fa un estudi crític del requisit de la diferència d'edat establert per l'art. 172 Cc llavors vigent. Aquest article establia que l'adoptant o 1 d'ells havia de tenir, al menys, setze anys més que l'adoptat. La diferència d'edat exigida era superior a l'actual, si bé es requeria a un sol dels cònjuges en cas d'adopció conjunta (que l'autor anomena adopció familiar). MALO explica que l'exigència de la diferència d'edat no és adequada per tota adopció individual i que en la del fill (adoptiu o biològic) del cònjuge s'hauria d'aplicar la dispensa de l'article 172 Cc. Segons aquest autor, en definitiva, l'adopció del fill del cònjuge no és pròpiament una adopció individual (a la qual va dirigida el requisit de la diferència d'edat) sinó que és una adopció familiar, encara que constituïda de forma successiva. Per tant, opina que hauria de ser suficient que l'adoptant del fill del seu cònjuge fos major d'edat, ja que així ho demana la *ratio legis*. Explica que si s'apliqués literalment l'article 172 Cc es tractaria millor les famílies formades per matrimoni adoptant que a les formades per un pare biològic (o que va adoptar essent solter i que posteriorment el seu cònjuge vol adoptar) i l'altre pare adoptiu. D'aquesta manera, explica que un matrimoni en que un dels cònjuges tingui trenta-tres anys i l'altre vint-i-cinc pot adoptar una persona de disset, i, en canvi, l'esposa d'un vidu de quaranta anys no pot adoptar un fill d'aquest que en tingui disset. Per tant en aquest darrer cas la mort del pare biològic comportarà la constitució de la tutela i, en canvi en el primer cas, la mort d'un dels pares comportarà que la pàtria potestat sigui exercitada per l'altre (essent la pàtria potestat més desitjable que la tutela). Fernando MALO, *Glosa al requisito de la diferencia de dieciséis años entre adoptante y adoptado*, R.C.D.I., 1981, pp. 72-81.

d'un dels dos cònjuges<sup>27</sup>. En aquest aspecte cal tenir en compte, ademés, que així com el requisit de l'edat per poder adoptar, es supera amb el pas del temps, el de la diferència d'edat, no<sup>28</sup>.

### **Diferència màxima d'edat:**

El Codi no estableix cap diferència màxima d'edat entre adoptant i adoptat<sup>29</sup>.

#### **1.2.2.2. Adoptat**

En matèria de capacitat per ser adoptat, la idea fonamental és que l'adopció és una institució pensada per a la protecció de persones menors d'edat. Així ho expressa el Preàmbul de la Llei 21/1987 quin paràgraf 4rt estableix que un dels principis en que es basa la regulació de l'adopció és el d'integració familiar i segons el parraf 5è, la consecució d'aquest principi comporta que l'adopció sols sigui possible excepte supòsits molt excepcionals, per als menors d'edat.

##### **a. Personalitat**

Sols poden ser adoptades les persones que reuneixin els requisits dels articles 29 i 30 del Codi civil, una vegada que hagin transcorregut trenta dies des del part, que és el moment a partir del qual la mare pot assentir l'adopció del seu fill. En el cas que la mare no pugués assentir a causa de la seva incapacitat, no caldria esperar el transcurs del plaç.

Per tant, no és possible l'adopció dels concebuts i no nascuts i tampoc dels no concebuts. L'adopció dels concebuts ha estat proposada en alguna ocasió amb dues possibles finalitats, la primera com a via per evitar avortaments i la segona, pel cas de donació d'embrions, en el qual es constituïria *l'adopció prenatal* en el moment de

---

<sup>27</sup> Així, p. ex., HUALDE, *Comentarios...*, p. 144.

<sup>28</sup> ARCE creu que la diferència de 14 anys és insuficient ja que és inferior a la que normalment separa els pares dels seus fills. Joaquín ARCE Y FLOREZ-VALDES, *El acogimiento familiar y la adopción en la Ley de 11 de noviembre de 1987*, R.L.J., n.5., 1987 p. 763.

<sup>29</sup> Segons CASTAN i GARCÍA CANTERO s'hauria d'establir una diferència màxima d'edat entre adoptant i adoptat ja que una diferència excessiva podria dificultar que els adoptants poguessin complir els deures que s'els atribueix com efecte de l'adopció. CASTAN, *La edad del adoptado*, R.G.L.J., 1970, p. 589, i GARCÍA CANTERO, *El nuevo régimen de la adopción*, p. 306.



la transmissió de l'embrió a l'úter de la dona receptora<sup>30</sup>. Cap de les dues finalitats pot justificar l'abolició del plaç que s'atorga a la mare per decidir.

## b. Edat màxima

L'adopció de menors emancipats i majors d'edat està permesa si bé amb caràcter excepcional. Per a que això sigui possible l'art. 175.2 Cc exigeix que hi hagi hagut una situació ininterrompuda<sup>31</sup> de convivència o d'acolliment<sup>32</sup> entre adoptat i adoptant, immediatament abans de l'emancipació, iniciada abans que l'adoptat vagi complir els catorze anys. La llei no especifica el plaç mínim de duració de la convivència o acolliment sinó que està clar que pretén una vinculació entre adoptat i adoptant des de la minoria d'edat fins la majoria.

La duració de la convivència o acolliment dependrà, en primer lloc, de l'edat en que s'hagi assolit l'emancipació, que pot oscilar des dels catorze anys (emancipació per matrimoni amb dispensa d'edat) fins els divuit de la majoria d'edat. En segon lloc, dependrà també de quant de temps, abans de complir els catorze anys s'hagi iniciat la convivència o acolliment. La llei no determina quant de temps ha d'haver durat aquesta convivència, ni requereix que la convivència o acolliment subsisteixin en el moment de l'adopció.

L'adopció de majors és un dels supòsits que no requereix proposta prèvia de l'entitat pública, segons disposa l'art. 176.2.4 Cc.

Les restriccions a l'adopció de majors d'edat són excessives i massa rígides, especialment la que exigeix que la convivència s'hagi iniciat abans dels catorze anys i que pot impedir adopcions molt convenients en supòsits en que hi hagi hagut

---

<sup>30</sup> Tant LLEDÓ com FELIU opinen que seria convenient que la llei tipifiqués expressament el supòsit de l'adopció de la persona no nascuda per evitar confusions. LLEDÓ, *Comentario al proyecto...*, p. 1203, FELIU REY, *Comentarios...*, p. 115. En l'article 175 a) de la Proposició de LLei presentada pel Grup Parlamentari Popular es permetia l'adopció del concebut i no nascut en determinades condicions, amb la finalitat, segons la seva Exposició de Motius, de donar solució als cassos de maternitat no desitjada o d'alternativa als supòsits despenalitzadors del Codi penal d'interrupció voluntària de l'embaràs. El text del proposat article 175 establia: *Sólo pueden ser adoptados los menores de edad salvo en los supuestos siguientes: a) El concebido y no nacido siempre y cuando medien los consentimientos previstos en el artículo siguiente...* LLEDÓ, *Comentario al proyecto...*, p. 1203.

<sup>31</sup> Estic d'acord amb FELIU en que la ininterupció ha de ser-ho en sentit subjectiu, és a dir, s'ha de tenir en compte la intenció de manera que una separació temporal no tindrà rellevància mentre es mantingui la intenció, FELIU, *Comentarios...*, p. 121.

<sup>32</sup> LETE fa notar que la convivència, a diferència de l'acolliment, no està definida en la llei, i serà el Jutge qui en cada cas valori si n'hi ha o no. LETE, *Personas que pueden...*, p. 88.

convivència entre adoptant i adoptat, encara que vagi iniciar-se posteriorment a l'edat fixada en la llei<sup>33</sup>. L'adopció de majors d'edat provoca recels ja que, segons es diu, no té com finalitat la protecció de la infància i sol ser un mitjà per aconseguir eludir prohibicions o defraudar terceres persones<sup>34</sup>. Cal tenir en compte, però, que además de la funció primordial de protecció de la infància, l'adopció pot complir altres funcions lícites i que, com afirmava MANTECA, si el fet de permetre l'adopció de majors provoca frau, això no ha de comportar la seva prohibició sinó un major control judicial. Els supòsits en els quals l'adopció pot resultar convenient són, per exemple, el del fill del cònjuge o el de l'incapacitat major<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> En el cas d'adopció de fills del cònjuge, si aquest en té més d'un, és possible que com a conseqüència del requisit de la convivència des d'abans dels catorze anys, només pugui ser adoptat un o algun d'ells, fet que, segons HUALDE farà que aquesta adopció no sigui recomanable. HUALDE, *Comentarios...*, p. 147.

<sup>34</sup> En aquest sentit, entre altres, CAPEROCHIPI, *Curso de derecho...*, p. 173, Bartolomé VARGAS CABRERA, *El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas* (interpretación sistemática de la Ley 21/1987), A.D.C., 1991, tomo XLIV, p. 683, i José CASTÁN VÁZQUEZ, *Derecho civil español, común y foral*. Adición al Tomo V, vol. 2, *La reforma del acogimiento familiar y de la adopción* por Gabriel GARCÍA CANTERO, Madrid, Reus S.A., 1988, p. 315.

<sup>35</sup> Julián MANTECA ALONSO-CORTÉS, *La adopción*, R.D.N., 1971, p. 203. També favorables a permetre l'adopció de majors en determinats supòsits, FELIU, *Comentarios...*, p. 122 i LLEDÓ, *Comentario al proyecto...*, p. 1201.

### 1.3. PROHIBICIONS

En allò que fa a les prohibicions per adoptar, respecte a la normativa anterior a la reforma, s'han suprimit la que afectava les persones a qui el seu estatut religiós prohibia el matrimoni<sup>36</sup> i la referida a les persones casades que no tenien el consentiment del seu cònjuge. En quant a l'adopció per persones que ja tenen descendents, quina prohibició es va suprimir en la reforma de 1970, en la redacció actual del codi s'ha suprimit la referència que hi va quedar en l'article 173 Cc que manava al Jutge valorar la conveniència de l'adopció, *especialment* si l'adoptant ja tenia fills.

Les prohibicions vigents són l'adopció de descendents, la de parents en segon grau col.lateral per consanguinitat o afinitat i la que impedeix el tutor adoptar el seu pupil fins que hagi quedat aprovada definitivament la conta general justificada de la tutela, totes elles de caràcter relatiu.

#### 1.3.1. Adopció de descendents

La prohibició d'adoptar els descendents, establerta en l'article 175.3 Cc, és conseqüència del principi d'equiparació d'efectes entre les filiacions natural i adoptiva, que es va introduir en la reforma de 13 de maig de 1981. A partir d'aquesta reforma, l'adopció dels propis descendents deixa de tenir sentit en tant que segons la legislació vigent tots els fills reben el mateix tractament legal independentment del seu origen. A més evita que un progenitor utilitzi l'adopció per aconseguir l'extinció dels vincles de filiació entre el seu fill i l'altre progenitor<sup>37</sup>.

Aquesta prohibició no té limits i no afecta els descendents per afinitat, de manera que el sogre pot adoptar el seu gendre<sup>38</sup>. En qualsevol cas és possible

---

<sup>36</sup> La persona a la qual el seu estatut religiós prohibia contraure matrimoni no podia adoptar ningú i, per tant, la norma no era una prohibició sinó una incapacitat especial absoluta. V. GETE-ALONSO i SALVADOR, en *Comentarios a la Compilación...*, p. 147. En relació a aquesta prohibició vegi's Luis DÍEZ PICAZO, *La capacidad para adoptar y el estatuto religioso del matrimonio*, ADC, XXIV, 1971, pp. 913 a 928.

<sup>37</sup> PEÑA, *Derecho de familia*, p. 470. DURAN RIVACOBIA opina que és convenient permetre els avis adoptar els propis néts ja que en alguns casos és la millor solució per als interessos del nét. Ramon DURAN RIVACOBIA, *Adopción por los abuelos maternos contra la voluntad del progenitor. Comentario a la STS de 2 de marzo de 1989*, La Ley, 1989-3, pp. 839 i ss.

<sup>38</sup> La prohibició no inclou els descendents per afinitat perquè l'article 175.3 Cc estableix que no és possible adoptar: 1. *A un descendiente*, 2. *A un pariente en segundo grado en la linea colateral por consanguinidad o afinidad...* Si el paràgraf segon fa la distinció entre consanguinis i afins per incloure'l's tots dos en la prohibició, hem d'entendre que en el primer paràgraf no s'han volgut incloure els afins. En

l'adopció d'un descendent natural mentre no sigui reconegut o no consti la relació de filiació.

### 1.3.2. Adopció de col.laterals consanguinis i afins

La prohibició d'adoptar col.laterals consanguinis i afins té la mateixa finalitat que l'anterior, és a dir, evitar la constitució d'adopcions innecessàries, en tant que una hipotètica adopció no aportaria cap avantatge en relació a la vinculació existent<sup>39</sup>. Ara bé, l'extensió de la prohibició a la relació d'afinitat ha estat molt criticada en tant que no hi ha cap raó que justifiqui, per exemple, la prohibició d'adoptar el cunyat<sup>40</sup>.

No hi ha, en canvi, cap norma que prohibeixi l'adopció del cònjuge o company, de manera que no pot excloure's aquesta possibilitat, ja que les disposicions restrictives de drets han de ser interpretades de forma restrictiva<sup>41</sup>. Díficilment, però, podrà el Jutge considerar convenient constituir aquesta adopció ja que suposaria la superposició de les posicions familiars derivades de la filiació i del matrimoni. Per a constituir-la serà necessari, a més de la resta de requisits, que hi hagi hagut convivència des d'abans dels catorze anys ja que es tractarà d'un cas d'adopció de majors. Tampoc hi ha cap norma que impedeixi adoptar el propi germà adoptiu i per tant cal considerar que és possible legalment i en alguns supòsits, pot ser convenient.

### 1.3.3. Adopció pel tutor

La prohibició de l'adopció pel tutor es fonamenta en que entre el tutor i l'adoptat pot haver-hi comptes pendents, que no es vol que el tutor intenti evitar amb l'adopció del pupil, i no en el fet mateix de tenir el càrrec de tutor<sup>42</sup>. La prohibició

---

aquest sentit, VARGAS, *El desamparo...*, p. 683, LACRUZ, *Elementos...*, p. 200.

<sup>39</sup> FELIU creu que hagués estat oportú coordinar aquesta prohibició amb la prohibició per contraure matrimoni recollida en l'article 46 Cc, que afecta els colaterals consanguinis en tercer grau. FELIU REY, *Comentarios...*, p. 105.

<sup>40</sup> PÉREZ opina que en aquest cas no hi ha entre adoptant i adoptat una relació de parentiu que permeti afirmar que l'adopció sigui supèrflua o innecessària. PÉREZ ÁLVAREZ, *La nueva adopción*, p. 167. En el mateix sentit, FELIU REY, *Comentarios...*, p. 105, GARCÍA CANTERO, *El nuevo régimen...*, p. 16, LACRUZ, *Elementos...*, p. 200, PEÑA, *Derecho de familia*, p. 470 i VARGAS, *La protección...*, p. 184.

<sup>41</sup> En aquest sentit, VARGAS, *El desamparo de menores...*, p. 683 i LACRUZ, *Elementos...*, p. 199. LETE i PEÑA opinen que s'hauria de prohibir l'adopció de la persona amb que l'adoptant té un fill. LETE, *Personas que pueden...*, p. 85. PEÑA, *Derecho de familia*, p. 470.

<sup>42</sup> CAPEROCHIPÍ opina que, donat que la nova llei estableix un fort control administratiu i judicial de l'adopció, hagués estat suficient fer una referència en la LEC a la necessitat de l'aprovació dels comptes

no afecta, per tant, els tutors que no tenen facultats per administrar ni tampoc els curadors sempre i quan no tinguin l'administració del patrimoni de l'incapacitat<sup>43</sup>; en quant al guardador de fet sí que l'afecta la prohibició ja que té deure de retre comptes, segons disposa l'art. 303 Cc<sup>44</sup>. Pel que fa als hereus del tutor, la doctrina ha discutit si aquests es troben o no afectats per la prohibició del tutor<sup>45</sup>.

---

de la tutela en lloc de regular-ho com a prohibició en el Codi civil, o bé inclús suprimir qualsevol referència. CAPEROCHIPI, *Curso de derecho ...*, p. 175. Segons HUALDE per a l'eficàcia completa de la protecció del tutelat caldria que la prohibició persistís fins l'entrega del ròssec i els interessos de la conta per part del tutor. HUALDE, *Comentarios...*, p. 148.

<sup>43</sup> En aquest sentit LETE, *Personas que pueden...*, p. 86 i FELIU REY, *Comentarios...*, p. 109.

<sup>44</sup> S'ha discutit també si la prescripció de l'acció per exigir la rendició del compte general de la tutela fa desaparèixer la prohibició. En aquest sentit CASTRO LUCINI explica que la prohibició subsisteix malgrat la prescripció, excepte si el pupil major consenteix la seva adopció pel tutor ja que la prescripció es pot considerar (si és consentida) com una donació tàcita. En el mateix sentit DE MARINO i PEÑA, que argumenten que, prescrita l'acció, desapareix la *ratio* de la prohibició. Francisco CASTRO LUCINI, *Algunas consideraciones críticas sobre los requisitos de la adopción*, A.D.C., I, *El adoptante*, 1966, pp. 337 i ss., DE MARINO, *La capacidad...*, p. 881, PEÑA, *Derecho de familia*, p. 470. En sentit contrari, GAMBÓN ALIX, *La adopción*, pp. 100 i ss., FELIU, *Comentarios...*, p. 108, LETE, *Personas que pueden...* p. 86, Mariano FERNÁNDEZ MARTÍN GRANIZO, *La adopción*, A.D.C., 1971, pp. 685 i ss. S'ha plantejat també la qüestió de si el tutor haurà de cessar en les seves funcions abans de sol.licitar l'adopció o bé pot renunciar a la tutela i sol.licitar l'adopció al mateix temps. LETE i GARCIA CANTERO opinen que es poden plantejar ambdues sol.licituts simultàniament. En sentit contrari, VALLADARES creu que és necessària la renúncia prèvia. Etelvina VALLADARES, *Notas urgentes sobre la nueva ley de adopción*, P.J., n. 9, 1988, pp. 29 i ss., LETE, *Personas que pueden...*, p. 88. Segons HUALDE si el tutor cessa en el seu càrrec i no rendeix comptes la prohibició no deixarà de tenir efectes fins que prescrigui l'acció per exigir-la, és a dir, fins al cap de cinc anys a comptar des dels tres mesos següents al cessament del càrrec (art. 279 Cc). HUALDE, *Comentarios...*, p. 149.

<sup>45</sup> En sentit negatiu, GAMBÓN ALIX, *La adopción*, pp. 100 i ss., FERNÁNDEZ MARTÍN GRANIZO, *La adopción*, p. 719, FELIU, *Comentarios...*, p. 108, PÉREZ ÁLVAREZ, *La nueva adopción*, p. 165. En sentit contrari, BERCOVITZ opina que la prohibició afecta també els hereus del tutor ja que aquests adquireixen les obligacions del seu causant. BERCOVITZ, *Comentarios...*, 1982, pp. 307-308.

## 1.4. ADOPCIÓ *POST MORTEM*

L'article 176.3 Cc permet l'adopció *post mortem* ja que disposa que es podrà constituir l'adopció, malgrat que l'adoptant hagi mort<sup>46</sup>.

Sota la vigència de la legislació anterior a 1987 s'havia plantejat ja la possibilitat de constituir l'adopció en el cas que l'adoptant morís després d'aprovada judicialment l'adopció però abans d'atorgada l'escriptura pública<sup>47</sup>.

Segons la legislació vigent, per que això sigui possible és necessari que l'adoptant vagi consentir l'adopció davant del Jutge, que aquest la consideri convenient per a l'interès del menor i que s'estigui en un dels tres primers supòsits del segon paràgraf del mateix article 176 Cc, és a dir, que l'adoptat sigui orfe i parent de l'adoptant, fill del cònjuge de l'adoptant o bé que vagi estar acollit per ell o sota la seva tutela durant un any<sup>48</sup>.

El Codi civil no determina quines persones estan legitimades per demanar que es constitueixi l'adopció *post mortem* i per tant cal interpretar que pot fer-ho qualsevol persona amb interès legítim<sup>49</sup> i el Ministeri Fiscal, i que ha de ser constituïda encara que perjudiqui els interessos de tercers (sobretot els que tenen expectatives successòries en la successió de l'adoptant), ja que l'únic interès que s'ha de valorar

---

<sup>46</sup> L'adopció *post mortem* va ser introduïda per la Ponència del Congrés a conseqüència de l'esmena núm. 17 presentada pel Grup Parlamentari Basc. BOCG, CD, III legislatura, Serie A, núm. 22-4, p. 18.

<sup>47</sup> Vegi's la STS 6.2.1982 en la qual els marmessors de l'adoptant van atorgar l'escriptura. Mantenien aquesta possibilitat, BERCOVITZ, *Comentarios...*, 1978, pp. 359 i ss. i Rosa María MORENO FLÓREZ, *El acto constitutivo de la adopción*, 1985, pp. 1124 i ss. BERCOVITZ opinava que era possible l'adopció *post mortem*, sempre i quan s'acceptés que l'escriptura pública no tenia caràcter constituïu, i l'acceptava inclús en el cas que l'adoptant morís abans de l'aute judicial sempre que prèviament s'hagués presentat la sol·licitud al Jutge.

<sup>48</sup> DÍEZ PICAZO es pregunta perquè no s'admet l'adopció *post mortem* en el cas que l'expedient s'iniciï per proposta d'una Entitat pública, ja que en aquest cas prou que s'hauran fet els estudis pertinents per determinar la conveniència de l'adopció. Luis DÍEZ PICAZO, *Sistema de derecho civil*, Vol. IV, 6<sup>a</sup> ed. Madrid, Tecnos, 1995, p. 310. També VALLADARES ha criticat l'article per considerar-lo restrictiu en tant que no preveu l'adopció pòstuma en casos d'acolliment preadoptiu com ho han fet altres ordenaments, precisament per donar sortida al problema que suposa la mort de l'adoptant abans que hagi transcorregut un any en acolliment o sota tutela. VALLADARES, *Comentarios...*, p. 169.

<sup>49</sup> Segons VALLADARES estan legitimats el cònjuge de l'adoptant premort (sigui també adoptant o no), els parents i els representants legals de l'adoptat, els hereus, els marmessors en el cas que l'adoptant els vagi atribuir expressament aquesta facultat o bé si del text del testament es dedueix que el testador pensava que l'adopció es constituïria. VALLADARES, *Comentarios a las reformas...*, pp. 169-178.

per jutjar la conveniència de l'adopció és el de l'adoptat. Caldrà tenir molt en compte el parer del cònjuge de l'adoptant premort, sigui o no adoptant<sup>50</sup>.

Els efectes d'aquesta adopció es retrotrauen al moment en que es va donar el consentiment<sup>51</sup>. Això és important a efectes successoris ja que permet protegir els drets de l'adoptat en relació a l'herència de l'adoptant i a altres herències a les que pugués ser cridat en cas de constituir-se l'adopció. També en relació a aquelles herències a les que podria deixar de tenir dret en cas de constituir-se. Cal tenir en compte que també pel testador l'adopció és un succés futur i incert, en tant que la seva constitució no depen solament de la seva voluntat, sinó de la del Jutge<sup>52</sup>.

Alguns autors manifesten que caldrà sospesar amb molta cura en cada cas, si convé constituir una adopció d'aquesta classe, en tant que l'adoptant ha mort i per tant l'adoptat serà orfe, al menys per part de pare o de mare<sup>53</sup>. Normalment serà preferible que es constitueixi aquesta adopció, a que la persona que havia de ser adoptada quedi, de nou, *disponible* per ser adoptada<sup>54</sup>.

---

<sup>50</sup> En el cas que el cònjuge supervivent sigui també adoptant caldrà permetre-li la revocació del seu consentiment a l'adopció, ja que no tindria sentit una adopció contra la voluntat de l'únic adoptant viu, de la mateixa manera que si és el propi adoptat major de dotze anys qui s'oposa a aquesta adopció. Si el cònjuge supervivent no era adoptant caldrà tenir en compte també la seva oposició en la mesura en que el seu assentiment va respondre a la voluntat de complaure el seu cònjuge. VALLADARES, *Comentarios...*, p. 178. Si la persona que sol·licita la continuació de l'expedient d'adopció és el cònjuge o company supervivent en un cas d'adopció conjunta es pot parlar, segons BERCOVITZ, d'adopció pòstuma: el moment de la constitució de l'adopció seria el del naixement del fill per naturalesa, en tots dos cassos posterior a la mort del pare i els efectes es retrotrauen al moment de la prestació del consentiment, que en la filiació per naturalesa és el de la concepció. Finalment, el naixement del fill adoptat pòstum queda pendent de que la persona legitimada demani la continuació de l'expedient i de que finalment l'adopció es constitueixi. Rodrigo BERCOVITZ, "Comentario a los arts. 172-180 Cc" en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, t. III, 1978, p. 291.

<sup>51</sup> En canvi, a efectes de comptar el plaç de dos anys durant el qual és possible demanar l'extinció de l'adopció l'inici del còmput ha d'iniciar-se en el moment de la constitució per aute i no en el de prestació del consentiment per l'adoptant. VALLADARES, *Comentarios...*, p. 179.

<sup>52</sup> Segons PEÑA *...resulta exorbitante que un estado civil del que depende el estatuto personal pueda quedar sometido a una situación de pendencia en la que, además, el evento que terminará con la indeterminación consiste en la decisión de un tercero (aunque este tercero sea el Juez)*. PEÑA, *Derecho de familia*, p. 478, nota 42. En el mateix sentit, LETE, *Personas que pueden...*, p. 87.

<sup>53</sup> SERRANO, *Comentario...*, p. 589, PÉREZ ÁLVAREZ, *La nueva adopción*, p. 162.

<sup>54</sup> Així VALLADARES, afirma *no veo que esta situación sea peor que la de salir de nuevo al mercado de adopciones...* VALLADARES, *Comentarios a las reformas...*, p. 170.

## 1.5. ADOPCIÓ CONJUNTA

Ningú pot ser adoptat per més d'una persona, segons estableix l'art. 175.4 Cc, excepte en els casos en que els adoptants siguin cònjuges<sup>55</sup>. Aquesta norma, que ja estava present en el projecte de Codi civil de 1851 i en totes les versions de la regulació de l'adopció del Codi civil, té, des de la reforma de 1987, una excepció referida a l'adopció conjunta per la parella d'home i dona que convisqui de manera anàloga a la conjugal, que és objecte de l'epígraf següent.

A l'adopció conjunta se li apliquen els requisits i prohibicions generals, però es dispensa del requisit de l'edat de vint-i-cinc anys que s'exigeix per poder adoptar, en el cas de que un dels cònjuges tingui aquesta edat. En la reforma de 1987 es va suprimir el requisit del mínim de cinc anys de matrimoni, que deixa de tenir sentit quan la descencència ja no és un obstacle per l'adopció<sup>56</sup>.

La llei no exigeix la convivència del matrimoni adoptant. Segons FELIU el Preàmbul de la Llei 21/1987 ho fa implícitament en parlar dels principis d'integració familiar i de benefici de l'adoptat, ja que per complir-los ambdós serà correntment necessari que els adoptants convisquin. De totes maneres, l'absència de prohibició permetrà el Jutge constituir-la en els supòsits en els quals, amb base en l'interès de l'adoptat, consideri que és convenient<sup>57</sup>.

Els cònjuges poden adoptar de forma simultània o de forma successiva; en el segon cas es tractarà de l'adopció d'un fill del cònjuge.

---

<sup>55</sup> La sistemàtica del Codi en aquest aspecte és defectuosa, com apunta SÁNCHEZ-RUBIO, en el sentit que configura com a típica l'adopció unipersonal i, en canvi, l'adopció constituïda pels cònjuges, que la pràctica demostra que és la més comú i la preferida per les administracions està contemplada en el cas quart de l'article 175.3 Cc, pràcticament com una excepció. Alfredo SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, *Mantenimiento y extinción de vínculos parentales tras la adopción del hijo del cónyuge: el artículo 178 del Código civil*, A.C., núm. 48, 1995, p. 982.

<sup>56</sup> FELIU, *Comentarios...*, p. 126. BERCOVITZ, *Comentarios...*, p. 934.

<sup>57</sup> VARGAS proposa el supòsit dels cònjuges separats que viuen una relació de respecte i amistat i que estan, tots dos, units al menor per vincles afectius. VARGAS, *La protección...*, p. 195.



### 1.5.1. Adopció per la parella de fet

Avui poden adoptar tant les parelles casades com les parelles formades per un home i una dona *units de forma permanent per relació d'afectivitat anàloga a la conjugal*, segons disposa la D.A.3a de la Llei 21/1987<sup>58</sup>.

La doctrina ha criticat la ubicació sistemàtica de la disposició que equipara, a certs efectes, el matrimoni a la parella heterosexual no matrimonial i creuen que s'hagués hagut d'incloure en l'articulat del Codi i no en una Disposició Addicional<sup>59</sup>.

El text de la D.A. 3a limita el seu abast a les adopcions de menors, constituïdes de forma simultània pels membres de la parella. En quant a la limitació a l'adopció de menors la doctrina creu que no té cap justificació i que per tant s'ha de prescindir de la literalitat de la norma, fruit, segons FELIU d'un error del legislador, i permetre també l'adopció de majors a les parelles no casades<sup>60</sup>. Ara bé, els precedents de la llei fan pensar que la limitació va ser introduïda conscientment pel legislador ja que l'esmena origen de la Disposició en qüestió no establia cap limitació, i aquesta va ser introduïda per la Ponència<sup>61</sup>.

En quant al requisit de la simultaneïtat serveixen les mateixos arguments que per al primer, en el sentit que no hi ha arguments que puguin justificar que la parella no matrimonial pugui adoptar conjuntament i que se li prohibeixi que un dels seus

---

<sup>58</sup> Segons PÉREZ ÁLVAREZ això suposa una nova classificació de la filiació: a partir de la reforma de 1987 la filiació per naturalesa i per adopció poden ser, a la vegada matrimonials o no matrimonials, totes elles amb els mateixos efectes. PÉREZ ÁLVAREZ, *La nueva adopción*, p. 168.

<sup>59</sup> Segons VALLADARES *hubiese sido preferible introducir este precepto en el articulado del Código y no encuadrarlo, de una manera vergonzante, en las Disposiciones Adicionales*. GIL creu que la raó de la ubicació és un descuit del legislador: *parece como si el legislador se hubiese olvidado de ella y, apercibido de la omisión hubiera querido subsanarla*. La raó de la ubicació seria, en canvi, segons PÉREZ, la intenció expressa d'evitar que l'equiparació s'incorpori definitivament al Codi i evitar així que s'apliqui analògicament a àmbits diferents al de l'adopció. Segons GARCÍA CANTERO, *...se trata de una vergonzante legalización de la unión matrimonial de hecho que el legislador no se ha atrevido a incorporar directamente al texto del Código Civil*. VALLADARES, *Notas urgentes...*, p. 43, Antonio GIL MARTÍNEZ, *La reforma de la adopción*, 2<sup>a</sup> ed., Dykinson, 1990. p. 70, PÉREZ ÁLVAREZ, *La nueva adopción*, p. 168. GARCÍA CANTERO en CASTAN, *Derecho civil español...*, pp. 5 i ss. LETE DEL RÍO, *Personas que pueden...*, p. 89, Juan Miguel OSSORIO SERRANO, "Comentario a la Disposición Adicional Tercera", en *Comentarios a las reformas del Código civil* (dir. R. BERCOVITZ), p. 370, VARGAS, *La protección...*, p. 197.

<sup>60</sup> FELIU, *Comentarios...*, p. 132, OSSORIO, *Comentarios...*, p. 383.

<sup>61</sup> Esmena nº 55, del Grup Socialista: *Todas las referencias en la presente ley a uno o ambos cónyuges se harán extensivas a quienes se hallen ligados...* BOCG, CD, III legislatura, Serie A, núm. 22-4, p. 29.

membres adopti el fill de l'altre<sup>62</sup>. De fet, l'article 178.2.2 Cc, que estableix unes excepcions al principi de trencament dels vincles entre l'adoptat i la seva família anterior, preveu el supòsit que hi hagi un sol progenitor determinat legalment i l'adoptant sigui persona de sexe diferent a aquell. Entre els supòsits que poden donar lloc a la situació que descriu aquest article hi ha el de l'adopció del fill del company. En aquest cas, de la mateixa manera que en l'adopció del fill del cònjuge, no caldrà la proposta prèvia de l'Entitat pública (art. 176.2.2 Cc)<sup>63</sup>.

En el cas que un dels membres de la parella adopti unilateralment, la llei no exigeix l'assentiment de l'altre membre, tot i que, seria convenient que el Jutge l'exigís en interès de l'adoptat<sup>64</sup>.

La doctrina està d'acord en que aquesta D.A. planteja problemes importants de prova, ja que no determina ni on s'han d'aportar les proves, ni quan, ni qui les valora<sup>65</sup>. Ademés no hi ha un mitjà fidedigne de prova per a les situacions de convivència fora del matrimoni. Sembla que les proves s'hauran d'aportar en l'expedient de jurisdicció voluntària per qualsevol dels mitjans acceptats pel dret. LACRUZ creu que serà fàcil que es produeixin fraus a la llei essent el 175.4 la llei defraudada, per part de persones que no compleixen els requisits<sup>66</sup>.

---

<sup>62</sup> En aquest sentit, PEÑA argumenta que l'expressió *simultàniament* es refereix als efectes de l'adopció i no pas a que els actes dels adoptants hagin de ser simultanis. PEÑA, *Derecho de familia*, p. 470. També OSSORIO, *Comentarios...*, p. 382 i SERRANO, *Comentario...*, p. 588. En sentit contrari, basant-se en la literalitat de la norma, PÉREZ ÁLVAREZ, *La nueva adopción*, p. 171 i VARGAS, *La protección...*, p. 202.

<sup>63</sup> PEÑA opina que sí serà necessària la proposta ja que segons aquest autor, el company de l'adoptant no ofereix ni legal ni estadísticament una llar amb la mateixa estabilitat que el cònjuge i que, ademés, la proposta és una garantia més establerta en favor de l'adoptat i no un límit a la capacitat de l'adoptant, i com a tal garantia no pot considerar-se eliminada per la D.A. 3<sup>a</sup>. PEÑA, *Derecho de familia*, p.473 i SANCHO, p. 93. En sentit contrari, SERRANO, *Comentario...*, p. 588, PÉREZ ÁLVAREZ, *La nueva adopción*, p. 172 i OSSORIO, *Comentarios...*, p. 382. VALLADARES opina que l'exigència de proposta en aquest supòsit no té justificació però que els antecedents parlamentaris no permeten fer una interpretació diferent. VALLADARES, *Comentarios...*, p. 164.

<sup>64</sup> En aquest sentit, OSSORIO, *Comentarios...*, p. 383.

<sup>65</sup> Entre altres, LACRUZ, *Elementos...*, p. 198, LETE, *Personas...* p. 89, SERRANO, *Comentario...*, p. 86.

<sup>66</sup> LACRUZ, *Elementos...* p 198, SERRANO, *Comentario...*, p. 86.

Segons FELIU caldrà una convivència *more uxorio* (en el sentit de pública i notòria<sup>67</sup>) diària, estable<sup>68</sup> i duradora<sup>69</sup>, sense formalitats, amb compliment voluntari dels deures matrimonials, monogàmica, heterosexual i amb *affectio* entre els convivents<sup>70</sup>. Cal provar que la unió és anàloga a la conjugal i per tant, exclou les persones a les parelles formades per persones a les quals afecta un impediment no dispensable de parentiu, ja que la seva relació no és anàloga a la conjugal<sup>71</sup>.

La possibilitat que les parelles en les que un dels membres és transexual o ho són tots dos, puguin adoptar, ha estat discutida per la doctrina<sup>72</sup>. Actualment el transexual pot fer constar en el Registre civil el seu nou sexe però no pot casar-se, per tant, la via per a poder adoptar conjuntament ha de ser la de l'adopció per una sola

---

<sup>67</sup> Com diu OSSORIO, no és necessari que la parella es faci passar per matrimoni però sí que ho és que la convivència no sigui clandestina. OSSORIO, *Comentarios...*, p. 378. Segons VARGAS la notorietat no és un element essencial ja que és una opció lliure de les parelles comunicar o no als demés la seva unió, de la mateixa manera que hi ha persones que es casen i no ho fan públic. VARGAS, *La protección de menores...*, p. 200.

<sup>68</sup> La llei no estableix un plaç mínim de convivència i per tant l'estabilitat podrà valorar-se només tenint en compte el temps que porten convivint. VARGAS, *La protección de menores...*, p. 200.

<sup>69</sup> En aquest sentit OSSORIO creu que cal excloure el que ell anomena *matrimonis a prova* ja que els falta l'estabilitat i permanència necessaris en tant que condicionen la continuació de la seva convivència a l'èxit de la convivència prematrimonial. OSSORIO, *Comentarios...*, p. 374.

<sup>70</sup> La prova de la relació afectiva anàloga a la conjugal és difícil però necessària per excloure altres supòsits de convivència entre persones de diferent sexe, com ara entre estudiants o entre una persona que conviu amb una altra perquè està al seu servei. Eduardo ESTRADA ALONSO, *Las uniones extramatrimoniales en el derecho civil español*, Madrid, Civitas, 1986, p. 71, OSSORIO, *Comentarios...*, p. 379 i VARGAS, *El desamparo de menores...*, p. 201. No sembla compatible amb el respecte a la intimitat de les persones exigir relacions sexuals entre els convivents.

<sup>71</sup> En quant a les persones casades que conviuen amb persona diferent al cònjuge, creu OSSORIO que és convenient que dissolguin el matrimoni abans d'adoptar, encara que, de fet, el que és rellevant no és la naturalesa adúltera o no de la relació sinó el fet que la relació amb el convivent no sigui exclusiva. OSSORIO, *Comentarios...*, p. 380.

<sup>72</sup> FELIU opina que no, bàsicament per tres raons. La primera és que la D.A. 3<sup>a</sup> parla d'home i dona i el transexual no ha estat encara equiparat de manera absoluta a la dona o a l'home per la jurisprudència del Tribunal Suprem. La segona és l'interès del menor, ja que el transexual pot haver rebut una educació sexual desviada o pot patir alguna anomalia psíquica, factors que han d'influir les relacions amb l'adoptat. La tercera raó és que si bé és cert que la Llei del Registre Civil i el Codi Civil es refereixen a l'aspecte extern del cos humà per determinar el sexe de les persones, sense exigir-ne proves mèdiques, això és degut a raons pràctiques de manca de temps i d'economia en les inscripcions de naixement, però no significa que legalment s'assumeixi el sexe exterior com a cert. FELIU, *Comentarios...*, p. 129. En el mateix sentit, OSSORIO que argumenta que la relació no pot ser anàloga a la conjugal ja que no poden contraure vàlidament matrimoni i d'altra banda, la paternitat adoptiva d'una parella en que un dels membres és transexual no imita la naturalesa, que és un dels objectius de l'adopció segons la llei, ja que aquesta parella no té capacitat per engendrar. OSSORIO, *Comentarios...*, p. 377.

persona o la de la parella de fet. Caldrà determinar doncs, si els termes *home i dona* s'utilitzen en la seva significació registral o en la de condició sexual física que habilita per al matrimoni<sup>73</sup>. Certament la transexualitat no és una circumstància personal que la societat vegi amb normalitat i és per això que possiblement cap Jutge constituïria una adopció en un supòsit de transexualitat. No és necessari, però, que la llei directament prohibeixi l'adopció en aquests supòsits, sinó que és suficient que el Jutge valori cada cas segons les circumstàncies.

---

<sup>73</sup> VARGAS, *La protección...*, p. 198.

## 1.6. LA CONSTITUCIÓ DE L'ADOPCIÓ

### 1.6.1. Introducció

En matèria d'adopció, com en general en tota la part no patrimonial del dret de família, l'autonomia de la voluntat està molt limitada, per raó de la transcendència social de la matèria que n'és l'objecte. Si partim d'allò que LACRUZ, anomena *contingut pràctic i potencial de l'autonomia privada* i que inclou, en primer lloc, la llibertat de portar a terme negocis jurídics, en segon lloc, la llibertat de determinar el seu contingut negocial i en tercer lloc, la llibertat de concloure negocis diferents als tipificats<sup>74</sup>, veurem que en l'àmbit del dret de família normalment les parts només disposen d'autonomia per decidir si entren o no en un negoci preestablert per la llei i dotat d'efectes inalterables total o parcialment és a dir, el primer dels tres aspectes citats. Els negocis de dret de família són quasibé sempre formals i de vegades requereixen la intervenció judicial per a la seva constitució<sup>75</sup>.

La legislació espanyola vigent preveu un sistema de constitució de l'adopció, segons la classificació de BEGHÈ per mitjà d'autoritat pública i, dins d'aquest, autoritat jurisdiccional, front l'altre sistema que és el de constitució contractual. En aquest últim l'adopció es constitueix per un acord entre adoptant i adoptat i la seva eficàcia està sotmesa a la comprovació de la concurrència dels requisits legals per l'autoritat<sup>76</sup>.

La resolució judicial és dons avui, constitutiva de l'adopció. El Jutge fa una comprovació del compliment dels requisits legals i una valoració discrecional de les circumstàncies del cas i decideix si convé constituir l'adopció amb base sempre en l'interès de l'adoptat, que és l'únic paràmetre que el vincula a l'hora de fer aquesta valoració<sup>77</sup>. La doctrina majoritària opina que l'adopció ja no és un negoci jurídic

---

<sup>74</sup> LACRUZ, *Elementos ...* I-III. Barcelona, Bosch, 1990, pp. 151 i ss.

<sup>75</sup> Manuel ALBALADEJO, *El negocio jurídico*. Barcelona, Bosch, 1958, pp. 33 i ss. CASTRO, *El negocio jurídico*, Vol. X. 1971, p. 25. Luis Díez PICAZO, *El negocio jurídico del Derecho de familia*, R.G.L.J., 1962, pp. 780 i ss.

<sup>76</sup> Adriana BEGHÈ, *L'adozione dei minori nei paesi europei: studio comparato, en L'adozione dei minori nei legislazioni europee*, Milano, 1986, p.35.

<sup>77</sup> Segons CARRASCO la Constitució de 1978 no imposa si els interessos de l'adoptat menor han de prevaldre front els dels pares biològics ni els d'aquests front els dels adoptants, ja que l'article 39 parla de protecció de la família. Els conflictes que solen sorgir en matèria d'adopció són intrafamiliars, de manera que, com que l'argument de la defensa de la família és reversible, serveix sempre per justificar qualsevol solució. L'opció de la llei 21/87 de fer prevaldre l'interès de l'adoptat és, segons aquest autor, una opció legítima, però això no permet deduir que el legislador estiugui legitimat per disposar discrecionalment

privat sinó que es tracta d'un acte processal o jurisdiccional<sup>78</sup> en el qual la decisió del Jutge no és el de la simple homologació<sup>79</sup>.

### 1.6.2. Les declaracions de voluntat

La regulació vigent després de la llei 21/1987 d'11 de novembre distingeix entre tres formes de participació en la constitució de l'adopció que són el consentiment, l'asentiment i l'audiència.

El consentiment és una declaració de voluntat emesa per els subjectes part en la relació que es constitueix per la qual es crea un vincle de filiació entre adoptant i adoptat. Té la consideració de bàsic i és imprescindible ja que sense ell no es pot constituir el vincle adoptiu.

D'acord amb LACRUZ el consentiment per a l'adopció no és declaració de voluntat negocial sinó acceptació lliure i plena en concepte de part, de la relació jurídica paterno filial adoptiva amb el contingut legalment determinat<sup>80</sup>. En aquest sentit val a dir que en matèria d'adopció no es pot partir del sentit estricte del concepte d'autonomia de la voluntat, segons el qual aquesta permet al particular

---

d'altres drets constitucionals. CARRASCO, *Comentarios ...*, p. 211.

<sup>78</sup> LACRUZ la qualifica com *acto jurídico de naturaleza procesal*. LACRUZ, *Elementos... Parte general*. Vol. IV. Tbé. GIL MARTÍNEZ, *La reforma...*, p.. Segons PEÑA *...es un acto judicial. El acto o acuerdo de los particulares es sólo un presupuesto aunque esencial*. PEÑA, *Derecho de familia*, p. 463. Són de la mateixa opinió, LLEDÓ, *Comentario al Proyecto ...*, p. 1193 i MARTÍNEZ PIÑEIRO, *Comentarios al proyecto de Ley sobre Adopción*, B.Inform. Ilustre Colegio notarial de Granada, núm. 80, 1987, p. 1316. CASTRO LUCINI parla de *negocio procesal*, Francisco CASTRO LUCINI, *Notas sobre la nueva regulación legal de la adopción*, R.C.D.I., núm. 584, 1988, p. 159. Segons GARCÍA CANTERO *es un negocio de derecho de familia que se realiza entre el adoptante o los adoptantes y el adoptado mayor de doce años y que se perfecciona por resolución judicial*. Gabriel GARCÍA CANTERO, *La reforma del acogimiento familiar y de la adopción*, Ad. al T. V-II de CASTÁN, Madrid, 1988. En canvi, segons Díez DE LEZCANO, *subsiste su carácter privado ya que el consentimiento del adoptante y adoptado sigue siendo el elemento decisivo de la adopción sin que la aprobación judicial convierta la adopción en un acto judicial*, Díez DE LEZCANO, *Consentimiento, asentimiento y audiencia en la nueva Ley de Adopción*, R.C.D.I., núm. 590, 1989, pp. 11 i 12.

<sup>79</sup> VALLADARES, *Notas urgentes...*, p.50; LLEDÓ, *Comentario al proyecto...*, p.1205, Díez PICAZO, *Sistema...*, p. 310, PÉREZ ÁLVAREZ, *La nueva adopción*, p.204; HUALDE, *Comentarios...*, p. 185.

<sup>80</sup> LACRUZ, *Elementos...*, IV, 3<sup>a</sup> ed., Vol. 2<sup>o</sup>, p. 205.

establir normes amb valor jurídic, és a dir, crear dret<sup>81</sup>.

En sentit ampli, totes les persones que consenteixen, assenteixen o són escoltats en audiència consenteixen, ja que manifesten la seva voluntat favorable o no al negoci, però en sentit estricte sols consenteixen aquells que com a conseqüència de l'acte assumiran drets i obligacions en la relació jurídica que es crea.

L'assentiment és una declaració de voluntat que complementa o dóna força operativa a la relació obligacional que es crea, sense constituir-la, que atorguen persones alienes a l'esmentada relació<sup>82</sup>. El terme assentiment va ser introduït l'any 1970 pel preàmbul de la llei de reforma tot i que l'articulat de la llei no es referia a aquest terme sinó que sols parlava de consentiment. L'article 172.2 Cc establia el següent:

*Habrán de prestar su consentimiento para la adopción: A) El adoptante y su cónyuge. B) El adoptando 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 estuviera constituida.*

I segons el Preàmbul:

*Son distinguibles tres grados o escalas de consentimientos. Hay un consentimiento básico, sin el cual carecería de sentido siquiera pensar*

---

<sup>81</sup> V. Federico De CASTRO, *El negocio jurídico*, Vol. X, 1971, p. 25. Històricament l'adopció a Espanya va tenir naturalesa convencional ja que la utilització dels cognoms de l'adoptant i el dret a succeir-li *mortis causa* no es produïen com efecte de l'adopció si no es pactava així expressament en l'escriptura d'adopció.

<sup>82</sup> L'ordenament jurídic espanyol coneix el terme assentiment solament en la regulació de l'adopció. El Codi civil italià sí que l'utilitza, tant en la regulació de la filiació biològica com de l'adoptiva. Vegint-se els articles 297 i 405 del Codi civil italià. Segons BIANCA les diferències bàsiques entre assentiment i consentiment són que *Se il consenso è dato da adottante ed adottando, parti del rapporto, l'assenso è prestato da soggetti estranei ad esso (genitori e coniuge) e costituisce una sorta di controllo esterno a tutela della compagine familiare. L'assenso si configura come l'autorizzazione privata di soggetti che risentono degli effetti della costituzione del rapporto di adozione senza essere parti del rapporto stesso. Il consenso è invece l'espressione dell'intento di costituire il rapporto.* C. MASSIMO BIANCA. *Diritto civile. II. La famiglia-Le successioni*. Milano, Giuffrè, 1988, rist. 1991, p. 292. I en quant al règim jurídic i efectes DOGLIOTTI explica que *...il consenso deve essere prestato personalmente, e ...l'assenso anche da un rappresentante. Non si può mai prescindere dal consenso, ciò che invece si può fare, a talune condizone, per l'assenso.* DOGLIOTTI, *Trattato di Diritto ...*, pp. 359-360.

*en la adopción: el del adoptante y el del adoptando mayor de catorce años. El Juez carece, como es natural, de facultades decisorias en contra del consentimiento de tales personas o ante la falta del mismo. En segundo lugar aparecen ciertas modalidades del consentimiento como el del cónyuge si la adopción no es conjunta, el de los padres del menor de edad y el del tutor, 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. En las hipótesis indicadas, si la citación del llamado a consentir o asentir no pudiera efectuarse, o practicada, no concurriera, el Juez resolverá lo más conveniente para el adoptando. El último grado de la escala lo ocupan las personas que simplemente habrán de ser oídas: el adoptando menor de catorce años, el padre o la madre privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad y la persona que ejerce la guarda del adoptando. En tales casos el Juez tiene plenas facultades para decidir no sólo si es imposible citar a dichas personas sino también en contra de un criterio de las mismas opuesto o desfavorable a la adopción.*

En la regulació actual l'assentiment és, com mantindrem més endavant, *conditio iuris* d'eficàcia de l'adopció<sup>83</sup>.

---

<sup>83</sup> Segons ARCE la diferència entre consentiment i assentiment es troba en que el consentiment es *emitido por un sujeto-parte que reflexivamente se obliga; el asentimiento es prestado por persona ajena a la relación obligacional...* Una altra diferència és que el consentiment es refereix a la relació concreta i l'assentiment i l'audiència a la relació adoptiva de manera abstracta i com a conseqüència, els que consenteixen han de tenir coneixement concret de la persona o persones que intervenen en la relació adoptiva i els que assenteixen han de tenir un coneixement despersonalitzat de les circumstàncies objectives del cas. Joaquín ARCE Y FLOREZ-VALDÉS, *En torno al consentimiento para la adopción a tenor de la Ley de 4 de julio de 1970*, R.L.J., 1970, pp. 615 i ss. Del mateix autor, *El acogimiento familiar y la adopción en la Ley de 11 de noviembre de 1987*. Rev. L. y Jur., 1987, pp. 772-3. DÍAZ DE LEZCANO, que en el seu treball recull de les diferents opinions doctrinals, assumeix la distinció de JANUZZI i creu que l'assentiment suposa l'existència d'un negoci jurídic aliè amb el qual es manifesta la conformitat. Segons JANUZZI consentiment i assentiment són actes estructuralment diferents i autònoms, tant pel que fa a la seva funció com pel que fa als subjectes: mentre el consentiment va dirigit a la constitució de l'acte, l'assentiment té la finalitat d'aprovar i fer legítima i operant la manifestació de voluntat expressa d'un subjecte capaç i legitimat per realitzar l'acte. DÍAZ DE LEZCANO, *Consentimiento, asentimiento ...*, pp. 19 i ss. JANUZZI, *Manuale della volontaria giurisdizione* Milano, 1968, pp. 193 i ss. HIJAS opina que va ser una *osadía inconsciente* introduir l'assentiment al nostre ordenament, ja que en la nostra legislació no hi ha una definició legal ni una regulació de la seva transcendència jurídica. Eduardo HIJAS, *Las manifestaciones de voluntad en la constitución de la adopción*, R.G.D., núm. 583, 1993, p. 2746. Segons PILLADO la utilització del terme "asentimiento" no obeeix a raons tècniques sinó a la voluntat de diferenciar la transcendència de les diferents declaracions de voluntat i remarcar que la intervenció dels pares és secundària front la de l'Entitat pública. *...Por eso sólo se les pide que asientan a un negocio jurídico en el que no tienen iniciativa alguna y ni siquiera se les permite decidir quiénes han de ser los adoptantes.* Antonio PILLADO MONTERO, *Notas sobre el proyecto de Ley en materia de adopción*, R.D.P., 1987,



### 1.6.2.1. Consentiment

El consentiment és un requisit *sine qua non* per a l'adopció. D'acord amb LACRUZ no és una declaració constitutiva sinó que és un simple pressupòsit processal per a que el Jutge pugui constituir l'adopció, ja que una vegada emesos els consentiments i tot i la proposta favorable de l'Entitat, el Jutge pot no constituir-la si no ho creu convenient per a l'interès del menor<sup>84</sup>.

El consentiment a l'adopció va referit, per una part a adoptar una persona determinada i per l'altra part a ser adoptat també per una persona determinada, i és per això que la Disposició Addicional 1a *in fine* de la Llei 21/87 estableix la possibilitat que la persona seleccionada com adoptant pugui sol·licitar dades sobre l'estat de salut del menor. El consentiment no pot ser sotmès a condició mode o termini.

El Codi civil exigeix que consenteixin l'adopció l'adoptant/s i l'adoptat major de dotze anys.

#### a. Adoptant

L'adoptant ha de tenir vint-i-cinc anys i ser capaç. En cas d'adopció pels cònjuges, és suficient que un d'ells tingui aquesta edat però cal que tots dos consenteixin.

#### b. Adoptat

L'adoptat ha de consentir la seva adopció, a partir dels dotze anys<sup>85</sup>. En el cas que l'adoptat hagi estat declarat incapaç el Jutge haurà de tenir en compte l'abast de la incapacitat expressat en la sentència que la va declarar per saber si, malgrat tot, té prou coneixement com per consentir. Si no és així valorarà la conveniència de

---

p. 452.

<sup>84</sup> LACRUZ, *Elementos...*, p.204.

<sup>85</sup> L'edat de dotze anys és superior en dos a la que s'exigia en la legislació anterior. El Grup Parlamentari I.U.-E.C. (Grup Mixt) va presentar una esmena (nº 30) en la qual proposava que l'edat mínima per consentir fos de deu anys. BOCG, CD, III legislatura, Serie A, 1987, núm. 22-4, p.22. FELIU opina que els dotze anys és una edat raonable ja que es correspon amb la del 156 Cc quan preveu que el Jutge escoltarà, entre altres, el major de dotze anys en cas de desacord entre els titulars de la pàtria potestat. FELIU REY, *Comentarios...*, p. 146.

l'adopció prescindint d'aquest consentiment<sup>86</sup>. En cas d'incapacitat de fet, el Jutge l'escoltarà i tindrà o no en compte la seva intervenció en funció del grau de maduresa demostrat. Segons el paràgraf setè del Preàmbul de la llei 21/1987 la necessitat de comptar amb el consentiment de l'adoptat és manifestació que l'interès del menor és un objectiu prioritari.

### c. Forma

El consentiment s'ha de donar en presència del Jutge<sup>87</sup>. Es tracta d'un acte personalíssim i per tant no és possible la representació o el mandat<sup>88</sup>.

### d. Efectes

El consentiment és un requisit necessari per la constitució de l'adopció. És a dir, no es pot constituir l'adopció si manca el consentiment de qualsevol dels cridats, excepte si manca el del menor incapaç major de dotze anys. No és, però, suficient, ja que, malgrat totes les persones cridades a consentir ho hagin fet, el Jutge pot decidir no constituïr-la, si considera que l'adopció no és convenient. Malgrat que la llei estableix que el consentiment és irrevocable, en el cas que l'adoptant canviï de parer abans que l'adopció es constitueixi, sembla que el Jutge no l'hauria de constituir<sup>89</sup>.

#### 1.6.2.2. Assentiment

L'assentiment va ser introduït en el Codi civil per primera vegada en el text articulat del codi amb la reforma de 1987, encara que el paràgraf 9è del Preàmbul de la llei de reforma de 1970 ja s'hi referia.

---

<sup>86</sup> El supòsit del major de dotze anys incapacitat no ha estat tingut en compte, de manera que l'article 177.2 Cc interpretat *a sensu contrario* comporta la impossibilitat que l'adopció sigui constituïda a manca d'algun dels consentiments requerits, és a dir, també a manca del consentiment del menor major de dotze anys incapacitat, que és una persona especialment necessitada de protecció. V. VARGAS, *La protección...*, p. 223.

<sup>87</sup> No serà possible, doncs, acceptar l'adopció *post mortem* quan l'adoptant mort després d'haver donat el seu consentiment davant Notari.

<sup>88</sup> Així ho enten la doctrina majoritària, v., entre altres, PÉREZ ÁLVAREZ, *La nueva adopción* p. 176, HUALDE, *Comentarios...* p. 178, FELIU, *Comentarios...*, p. 148, DÍEZ PICAZO, *Elementos...*, p. 309 i VARGAS, *La protección...*, p. 224.

<sup>89</sup> En qualsevol cas el jutge està obligat a cerciorar-se que la voluntat adoptcional persisteix, segons VARGAS, *El desamparo...*, p. 225.

LACRUZ defineix l'assentiment com una declaració de voluntat que sorgeix de qui no serà part en la relació jurídica que es constitueix i que, per tant, no suposa assumptió del seu contingut i efectes, encara que això no comporta que aquests no l'afectin<sup>90</sup>.

Han d'assentir l'adopció, segons disposa l'article 177 Cc, el cònjuge de l'adoptant i els pares de l'adoptat, amb certes particularitats.

#### **a. Pares de l'adoptat**

Els pares de l'adoptat han d'assentir en tant que titulars de la pàtria potestat, ja que segons disposa l'article 169.3 Cc, per l'adopció es produeix la seva transmissió als adoptants<sup>91</sup>. És per això que no s'exigeix l'assentiment dels pares en els següents supòsits:

- l'adoptat està emancipat,
- els pares han estat privats legalment de la pàtria potestat<sup>92</sup>,
- els pares han realitzat una conducta de les que donen lloc a la privació de la pàtria potestat.

Per tant els cridats a assentir són aquells pares d'un menor no emancipat que compleixen correctament els deures que els imposa el fet de ser titulars de la pàtria potestat. D'aquesta manera, el fet rellevant per poder assentir no és sols la titularitat de la pàtria potestat sinó que és necessari ademés que es compleixin els deures que aquesta imposa. Com a conseqüència no seran cridats a assentir, sinó tant sols en audiència, aquells pares que sense estar privats de la pàtria potestat, estiguin incursos

---

<sup>90</sup> LACRUZ, *Elementos...*, p.205, PÉREZ ÁLVAREZ recull la definició de VON TUHR que parla dels "negocis d'assentiment" com declaracions de voluntat per les que el seu autor dóna a conèixer que està d'acord amb l'acte jurídic que procedeix d'una altra persona. PÉREZ ÁLVAREZ, *La nueva adopción*, p. 178. Andreas VON TUHR, *Derecho civil*, III-1. Buenos Aires, 1948, p. 239. VARGAS es refereix a la funció d'autorització. VARGAS, *La protección...*, p. 227.

<sup>91</sup> El Grup Parlamentari Agrupación P.L.-Grupo Mixto va presentar una esmena (nº 109) que proposava incloure els pares de l'adoptat entre els cridats a consentir excepte si estiguessin privats de la pàtria potestat o que el fill estigués emancipat. BOCG, CD, III legislatura, Serie A, 1987, núm. 22-4, p. 44. En el mateix sentit l'esmena nº 139 del Grup Parlamentari Coalició Popular que també va ser rebutjada. BOCG, CD, III legislatura, Serie A, 1987, núm. 22-4, p. 54.

<sup>92</sup> La privació de la pàtria potestat pot tenir lloc, segons l'article 170 Cc, per sentència fundada en l'incumpliment dels deures inherents a la mateixa o dictada en causa criminal o matrimonial, i també, segons l'article 111 Cc, quan la filiació hagués estat determinada judicialment contra l'oposició del progenitor en qüestió.

en causa de privació<sup>93</sup>. L'apreciació d'aquesta causa s'ha de fer en judici contradictori, que es tramitarà d'acord amb l'art. 1827 LEC (art. 177.2.2 Cc tal com ha quedat redactat després de la reforma de 1996). El fet que s'hagi plantejat la qualitat en que intervenen els pares tanca la via a que aquests puguin utilitzar l'article 180.2 Cc per demanar l'extinció de l'adopció, ja que els ho impedeix l'efecte de cosa jutjada material en tant que suposaria tornar a discutir sobre qüestions que ja han estat tractades<sup>94</sup>.

La privació de la pàtria potestat haurà de ser total i definitiva i per tant, en cas de suspensió o concentració en el seu exercici (arts. 92.4, 156 i 170 Cc) serà necessari l'assentiment.

La mare no pot assentir fins passats trenta dies des del part<sup>95</sup>. La finalitat d'aquesta disposició és donar temps a la mare per refer-se del part i decidir més serenament. Alguns autors creuen que s'hauria de permetre assentir abans dels trenta dies següents al part, de forma revocable o condicionada, possibilitat que permetria l'adopció del *nasciturus*<sup>96</sup>.

---

<sup>93</sup> Aquest supòsit d'exclusió va ser objecte de crítiques per la doctrina majoritària en el sentit que suposava permetre que es pogués privar de la pàtria potestat per una via diferent al judici ordinari de menor quantia, com ho exigeix l'article 484 LEC. Això és així ja que el Jutge decidia en l'expedient d'adopció, que és de jurisdicció voluntària, si els pares estaven o no incursos en causa de privació de la pàtria potestat i en cas de considerar-ho així, els citava sols en audiència. Aleshores, aquests pares citats sols en audiència, podien oposar-se a la decisió que els negava la possibilitat d'assentir. L'incident que això provocava no feia contencions l'expedient i es tramitava segons els tràmits del judici verbal davant del mateix Jutge (arts. 1827 i 1832 LEC) i quina la sentència era apel.lable. FELIU, *Comentarios...*, p.150, PILLADO, *Notas sobre el proyecto...*, p. 452, CAPEROCHIPI, *Curso de derecho de familia*, p. 178, HIJAS, *Las manifestaciones...*, p. 2749, LACRUZ, *Elementos...*, p. 207, DÍAZ DE LEZCANO, *Consentimiento...*, p. 29, PÉREZ ÁLVAREZ, *La nueva adopción*, p.183, FLÓREZ VALDES, *El acogimiento...*, p. 773. En sentit contrari HUALDE en *Comentarios...*, p. 186 i VARGAS, *La protección...*, p. 234, que opinaven que el judici verbal contradictori oferia suficients garanties processals. L'esmena 64 presentada pel Grup Parlamentari Coalición Popular al projecte de llei de la reforma de 1987 proposava modificar l'expressió *trámites del juicio verbal* de l'art. 1827 LEC per *juicio declarativo que corresponda*. BOCG Senado, III legislatura, Serie II, 1987, núm. 105-b, p. 42. En el mateix sentit l'esmena 114 presentada per l'Agrupación PL-Grupo Mixto. BOCG, CD, III legislatura, Serie A, 1987, núm. 22-4, p.45.

<sup>94</sup> CARRASCO, *Comentarios...*, p. 220.

<sup>95</sup> L'article 5.4. del Conveni sobre adopció del Consell d'Europa de 1967 (Estrasbourg, 24 d'abril) que no vincula a Espanya, estaleix que aquest plaç no sigui inferior a 6 setmanes. CAPEROCHIPI opina que s'havia d'haver previst que, ja que l'assentiment de la mare no és condició per a l'adopció, no es pugui aprovar l'expedient fins passats 30 dies des del part. CAPEROCHIPI, *Curso de derecho de familia*, p.178.

<sup>96</sup> En aquest sentit DE LOS MOZOS i PÉREZ ÁLVAREZ. José Luis DE LOS MOZOS, *Revisión de la adopción y protección asistencial del menor*, a *Estudios jurídicos en homenaje a Tirso Carretero*, Madrid, 1985, pp. 149 i 150 i PÉREZ ÁLVAREZ, *La nueva adopción*, p.183. El projecte de 10 de març de 1986 disposava que *no se admitirá el consentimiento irrevocable de la madre en tanto no transcurran*

L'assentiment dels pares no pot anar dirigit a un adoptant determinat, segons l'article 1830.3 LEC en els supòsits en que és necessària la proposta prèvia de l'Entitat pública<sup>97</sup>. En la resta de casos, que són els de l'article 176.2 Cc, no es fa necessària aquesta norma per què, o bé no hi ha pares, o bé aquests no han d'assentir per què no en tenen la pàtria potestat, bé perquè el fill és emancipat o major, o bé per què els adoptants ja són coneguts, en haver estat tutors o acollidors<sup>98</sup>. Aquesta norma, recollida en l'art. 1830 LEC, és manifestació d'una de les finalitats principals de la reforma de 1987 que va ser la d'impedir el tràfic d'infants. Això s'intenta evitar mitjançant la intervenció de l'Administració en la selecció de l'adoptant<sup>99</sup>. D'altra banda l'article 1830 LEC s'ha de posar en relació amb l'art. 1826 LEC, que imposa la reserva en totes les actuacions i l'art. 178.1 Cc, que estableix que com a conseqüència de l'adopció es trenquen els vincles de l'adoptat amb la seva família anterior.

---

*quinze días desde el parto*. BOCG CD II legislatura, 1986, n.194.1, p. 3968. L'ampliació de quinze a trenta dies, respecte del projecte de llei és fruit de l'esmena núm.41 del Grup Parlamentari Socialista BOCG, CD, III legislatura, Serie A, 1987, núm. 22-4, p. 25.

<sup>97</sup> PEÑA creu que hi ha supòsits en els que pot estar justificat que els pares biològics vulguin decidir qui serà l'adoptant i posa l'exemple del pare que, conscient de la seva mort imminent, vol escollir qui es faci càrreg dels seus fills quan ell mori. PEÑA, *Derecho de familia*, p.473, i també VARGAS, *La protección...*, p. 236. Segons PÉREZ ÁLVAREZ la inadmissió de referir l'assentiment a adoptants concrets no exclou la possibilitat que els pares condicionin el seu assentiment al fet que l'adoptant reuneixi determinades característiques referides, per exemple, a moralitat, medis de vida, etc... PÉREZ ÁLVAREZ, *La nueva adopción*, p.184. En el mateix sentit, PEÑA que creu que el dret dels pares adoptius a educar el seu fill segons les pròpies conviccions és armonitzable amb el dret dels pares biològics a que els seus fills rebin una determinada educació religiosa i moral d'acord amb les seves conviccions (art. 27.3 CE). Aquesta armonització pot fer-se possible, segons PEÑA, si en la selecció dels adoptants s'escullen persones les condicions genèriques de les quals assegurin una educació en les condicions imposades pels pares biològics. PEÑA, *Derecho de familia*, p.476.

<sup>98</sup> Com observa VALLADARES, en aquest cas com que ja hi havia una relació anterior entre adoptant i adoptat, els pares hauran de decidir, no entre adopció o no adopció *en abstracte*, sinó entre adopció per una persona concreta o manteniment del fill en la família d'origen. VALLADARES, *Notas urgentes...*, p. 49.

<sup>99</sup> PILLADO creu que aquesta mesura no garanteix la solució al problema de la venda d'infants ja que, de la mateixa manera que hi ha pares que negocien amb els seus fills, pot haver-hi funcionaris que ho facin amb els menors que tenen encomanats. Segons aquest autor aquesta mesura suposa un fre a l'adopció ja que impedeix que els pares decideixin allò que és millor per els seus fills. PILLADO, *Notas sobre el proyecto...*, pp. 446 i 455.

## b. Cònjuge de l'adoptant

L'assentiment suposa l'acceptació de les conseqüències personals i patrimonials de l'adopció que l'afectin<sup>100</sup> i a la vegada garanteix que l'adoptat serà ben rebut en la nova família. Si el cònjuge de l'adoptant és pare de l'adoptat, també haurà d'assentir però no ja com a cònjuge sinó com a pare.

Segons l'article 177 Cc si l'adoptant únic està casat necessita que seu cònjuge assenteixi l'adopció<sup>101</sup>.

Aquest assentiment no és necessari quan l'adoptant i el seu cònjuge estan separats per sentència ferma o de fet per mutu acord que consti de manera fefaent<sup>102</sup>, ja que en tots dos cassos manca la convivència<sup>103</sup> que fa necessari compartir les decisions. La llei no fixa un plaç mínim de duració de la separació de fet<sup>104</sup> i en el cas que aquesta situació no consti en document públic, el Jutge haurà de citar l'altre cònjuge per a que ratifiqui que efectivament estan separats. En aquest cas ja no serà necessari que el cònjuge de l'adoptant assenteixi l'adopció ja que al Jutge ja li constarà fefaentment la separació de fet<sup>105</sup>.

---

<sup>100</sup> Les conseqüències patrimonials que té l'adopció respecte al cònjuge no adoptant són les referides a l'alimentació i educació dels fills d'un dels cònjuges que convisquin en la llar familiar, que són a càrrec de la societat de guanys (art. 1362.1.2 Cc) i també el perjudici dels eventuais drets successoris del cònjuge no adoptant (arts. 943, 807, 834 i 837 Cc).

<sup>101</sup> El supòsit de la norma és el d'un matrimoni en el qual un dels dos cònjuges adopta ja que, si adoptessin tots dos, caldria el consentiment de tots dos.

<sup>102</sup> LACRUZ matitza les diferències entre separació de fet mútuament acordada (art. 177.2.1 Cc) i separació de fet consentida (art. 82.5 Cc). Aquest últim supòsit no es pot emmarcar en el de l'article 177.2.1 Cc que és una norma excepcional i com a tal no pot ser objecte d'aplicació extensiva: per tant, en cas de separació de fet consentida serà necessari l'assentiment del cònjuge de l'adoptant. LACRUZ, *Elementos...*, p. 206. En sentit contrari, FELIU, *Comentarios...*, p. 154.

<sup>103</sup> Cal tenir en compte que la separació de fet és compatible amb la convivència en el mateix domicili, si es compleixen les condicions de l'article 87 Cc.

<sup>104</sup> L'esmena 57 del Grup Popular en el senat proposava suprimir la referència a la separació de fet ja que aquesta *puede ser, y lo es muchas veces, meramente pasajera, y terminar en reconciliación*. Aquesta esmena va ser rebutjada. BOCG Senado, III legislatura, Serie II, 1987, num. 105-b, p. 38.

<sup>105</sup> VALLADARES, *Comentarios...*, p. 186.

### c. Forma

Segons l'article 1830 LEC l'assentiment pot formalitzar-se<sup>106</sup>:

- .davant l'Entitat, que l'inclourà en la proposta que presentarà al Jutge,
- .en document públic, hi hagi o no intervenció d'Entitat,
- .en compareixença davant del Jutge, hi hagi o no intervenció d'una Entitat.

En els dos primers supòsits l'assentiment caduca al cap de sis mesos a comptar desde que va ser manifestat. Transcorregut aquest temps, l'assentiment s'haurà de renovar davant del Jutge<sup>107</sup>.

L'assentiment és revocable. Si l'adopció és de les que requereixen proposta prèvia d'una Entitat pública i l'assentiment es va manifestar davant aquesta o en document públic, l'article 1829 LEC estableix que caldrà notificar l'Entitat abans que aquesta presenti la proposta al Jutjat. L'esmentat article no preveu cap altre cas de revocació però crec que cal interpretar que en el cas que l'assentiment s'hagués manifestat per compareixença davant del Jutge no serà possible la seva revocació i, en el cas que no hagués intervingut l'Entitat i l'assentiment s'hagués manifestat en un document públic, podrà revocar-se en qualsevol moment abans de la constitució de l'adopció, per compareixença o en un document públic.

---

<sup>106</sup> En aquest aspecte es diferencia del consentiment, que ha de manifestar-se necessàriament davant del Jutge. La doctrina no està d'acord en quant a si l'assentiment és o no un acte personalíssim, i per tant en la qüestió de si es pot manifestar mitjançant un apoderat o mandatari o si, contràriament, només el pot donar el subjecte cridat a fer-ho. LLEDÓ i DÍAZ DE LEZCANO són partidaris de la primera solució. De la segona ho són BERCOVITZ i FELIU que només admeten la intervenció d'un *nuntius*. Segons BERCOVITZ, mitjançant l'adopció s'estableix una via excepcional de renúncia a la pàtria potestat que no pot produir-se sense comptar amb els seus titulars. Aquesta renúncia és un acte personalíssim que ha de tenir lloc amb les màximes garanties. LLEDÓ, *Comentario...*, p. 1207, DÍAZ DE LEZCANO *Consentimiento...*, p.35, BERCOVITZ, *Comentarios...*, p. 322, FELIU, *Comentarios...*, p.155.

<sup>107</sup> PÉREZ ÁLVAREZ creu que la renovació es pot fer també en document públic ja que aquesta forma s'admet en la LEC per a la manifestació de l'assentiment abans o després de presentada la proposta, manifestació que té la mateixa rellevància que la renovació. PÉREZ ÁLVAREZ, *La nueva adopción*, p. 190.

#### d. Efectes

Manca d'assentiment:

L'article 177.2 Cc determina la necessitat de l'assentiment quan, per enumerar les persones cridades a assentir, utilitza l'expressió *deberán asentir*. Ara bé, malgrat això, l'assentiment no és absolutament imprescindible per a la constitució de l'adopció, com ho és el consentiment, ja que l'article 177.2.2 Cc permet prescindir de l'assentiment de les persones que es trobin impossibilitades per fer-ho.

L'article 177 estableix una clàusula general per tots els assentiments segons la qual no serà necessari l'assentiment en cas d'impossibilitat de les persones que l'han de donar. La doctrina ha criticat l'ús d'una expressió ambígua com és la *impossibilitat* que pot portar inseguretat jurídica<sup>108</sup> i coincideixen majoritàriament a dir que aquest concepte inclou tant els supòsits de l'article 1831 LEC, és a dir, aquells en que no ha estat possible conèixer el domicili o el parador dels cridats a assentir, com els supòsits d'incapacitat legal o de fet causada per enfermetat o deficiència persistent que els ho impedeixi o ausència<sup>109</sup>. D'ençà de la reforma de 1996, el Codi estableix que la impossibilitat s'apreciarà motivadament en la resolució judicial que constitueixi l'adopció.

En el cas que el pare o la mare no intervinguin sense culpa seva s'els dóna la possibilitat d'impugnar l'adopció en els dos anys següents a la constitució de l'adopció, segons disposa l'article 180.2 Cc<sup>110</sup>.

---

<sup>108</sup> HIJAS, *Las manifestaciones...*, p. 2751, SERRANO, *Comentarios...*, p.592, GARCÍA CANTERO en CASTAN, *Derecho civil...*, Adición al tomo V, vol. 2º, p. 23, LACRUZ, *Elementos...*, p.207, VARGAS, *La protección...*, p. 239.

<sup>109</sup> HIJAS, *Las manifestaciones...*, p.2751, FELIU, *Comentarios...*, p.150, SERRANO, *Comentarios...*, VARGAS, *El desamparo...*, p.687. Segons FELIU es pot parlar d'impossibilitat en els supòsits següents: en primer lloc, l'absència legal, desaparició o desconeixement del domicili, que fan impossible la citació; en segon lloc, la incapacitat legal o de fet i, en tercer lloc, la privació legal d'intervenir (art. 177.2.2º Cc). FELIU, *Comentarios...*, p.151.

<sup>110</sup> PÉREZ ÁLVAREZ explica que el règim de l'article 180.2 Cc és restrictiu i que per tant sols s'hi sotmetran els cassos d'omissió dels tràmits de l'article 1831 LEC. En els altres cassos d'omissió de tràmits (per exemple no es cita a qui ha d'intervenir sense que hi hagi hagut impossibilitat) l'adopció serà invàlida. PÉREZ ÁLVAREZ, *La nueva adopción*, p.198.