

Tutela legítima del adoptado

JOSE MANUEL LETE DEL RIO
Profesor Agregado de Derecho civil

SUMARIO: I. Planteamiento.—II. El párrafo 4.º del artículo 176.—III. Finalidad de la Ley de 1970.—IV. Artificialidad de la filiación adoptiva.—V. Filiación legítima.—VI. Patria potestad.—VII. Tutela.—VIII. Preferencia entre la tutela testamentaria y la tutela legítima.—IX. Tutela legítima del adoptado: 1) Adoptado menor de edad: A) regla general. B) excepciones. 2) Adoptado mayor de edad incapaz: A) idea general. B) posición de Espín. C) posición de Fernández Martín Granizo. D) posición de Rodríguez Carretero. E) nuestra posición: a) tutela de los locos y sordomudos. b) tutela de los pródigos. c) tutela de los que sufren interdicción. 3) Protutor. 4) Consejo de familia.—X. Conclusiones.

I. PLANTEAMIENTO

La Ley 7/1970 de 4 de julio, sobre adopción, modificó los artículos 172 a 180, correspondientes al capítulo V del Título VII del Libro I del Código civil, que se encontraban redactados según Ley de 24 de abril de 1958 (1). Se trata de una regulación que, aunque sigue las directrices marcadas por la Reforma de 1958, introduce importantes innovaciones, tendentes primordialmente a favorecer y fortalecer el vínculo de adopción (2).

Esta reforma, igual que la anterior, responde a la necesidad de adaptar el instituto de la adopción a las exigencias de la realidad social (3), y, desde esta perspectiva, no es un fenómeno particular de nuestro Derecho, sino que afecta a la generalidad de las legislacio-

(1) A lo largo de este trabajo, cuando empleamos la palabra *Ley* aludimos no al Código civil, sino a la Ley de reforma de 4 de julio de 1970. Lo cual no quiere decir que olvidemos es una Ley reformadora del Código, y que como tal perdió su carácter sustantivo, convirtiéndose en artículos; por el contrario, entendemos el Código como Ley única, es decir, aceptamos el sentido estricto del Código, como opuesto a Recopilación.

(2) «Como tónica dominante —dice la Exposición de Motivos—, la Ley persigue facilitar y robustecer el vínculo adoptivo».

(3) Vid., a este respecto, CASTRO LUCINI, *La nueva regulación legislativa de la adopción*, en RCDI, 1971, págs. 829 y ss.

nes (4). Ha sido un paso más, pero nada más que un paso, todavía nos faltan algunos kilómetros que recorrer.

No vamos a abarcar todo el contenido de esta Ley de Reforma, que, desde luego, ofrece una rica y variada problemática, simplemente queremos incidir en un punto muy concreto: el de *la tutela legítima del adoptado*.

II. EL PARRAFO 4.º DEL ARTICULO 176

En orden a la tutela del adoptado, el párrafo 4.º del artículo 176 dice así:

«Extinguida la patria potestad del adoptante, el Juez proveerá a la guarda del menor, conforme a lo establecido en los Capítulos II y IV del Título IX, Libro I. El Consejo de familia se compondrá de las personas que el padre o la madre adoptantes hubiesen designado en su testamento o, en su caso, de cinco personas honradas, prefiriendo a los amigos de los adoptantes».

El párrafo transcrito no figuraba en el Proyecto que el Gobierno remitió a las Cortes, se trata de una enmienda introducida por el Informe de la Ponencia designada para el estudio del Proyecto (5), y que no fue objeto de discusión en el seno de la Comisión de Justicia de las Cortes (6).

Se desprende claramente de esta norma, como dice García Cantero (7), que «no se produce una readquisición de la patria potestad por el padre legítimo o natural del adoptado en virtud de una *potestad residual* que algunos autores defendían, sino que la pérdida que sanciona el artículo 176, párrafo 4.º, es definitiva».

Indudablemente, la redacción del precepto que comentamos es muy poco afortunada, incluso nos atreveríamos a decir que sobra este párrafo o que su supresión no causaría ningún trastorno, pero tampoco su inteligencia es difícil. Si, a primera vista, pudiera deducirse un contrasentido, en cuanto parece excluir la tutela legítima, una lectura más detenida y meditada nos convencerá de que aquél es sólo aparente. Sirva esta advertencia para dejar constancia de que intentamos efectuar una interpretación no dirigida a suscitar dudas y dificul-

(4) Por ejemplo, Francia ha efectuado múltiples reformas, citemos como más importantes las de 1923, 1939 y 1966-67. Una panorámica sobre reformas de adopción en otros países nos la ofrece el trabajo de VEGA SALA, *La Ley de 4 de julio de 1970 y las recientes reformas de la adopción en Francia, Italia y Portugal*, en RGLJ, 1970, págs. 689 y ss.

(5) Se dio la justificación de que «rota, en virtud de la adopción, la vinculación del adoptado con su familia natural, es la tutela testamentaria o la dativa la institución apropiada para proveer a la guarda del menor o del incapacitado cuando la patria potestad se extinga».

(6) Esta falta de debate causa extrañeza a FERNÁNDEZ MARTÍN GRANIZO (*La adopción*, en ADC, 1971, pág. 691, nota 7), por entender que, al eliminar la tutela legítima del ámbito de la adopción, se incide en una laguna legal.

(7) *El nuevo régimen de la adopción*, en ADC, 1971, pág. 846.

tades, para después achacárselas al legislador, sino orientada a buscar el recto sentido de la norma; pues, como indica Hernández Gil (8), «el contrasentido ha de utilizarse para saber y demostrar que no puede ser lo querido por la Ley». Por último, es de notar que para comprender bien la materia y aplicar correctamente este párrafo 4.º del artículo 176 es necesario tener presente los principios en que la Ley de 1970 se inspira.

III. FINALIDAD DE LA LEY DE 1970

Esta Ley, hemos dicho, pretendió un fortalecimiento del vínculo adoptivo y enunció, como norma general, que la adopción, salvo disposición legal contraria, da lugar a una relación de parentesco entre adoptante y adoptado equivalente a la de filiación legítima, con importantes novedades en el ámbito sucesorio (9), por cierto, bastante contradictorias. Y en este sentido queda redactado el párrafo 1.º del artículo 176, a cuyo tenor, «*en todo lo no regulado de modo distinto por la Ley, al hijo adoptivo le corresponden los mismos derechos y obligaciones que al legítimo*» (10).

El legislador de 1970, para afianzar la relación parental creada por la adopción, equipara el hijo adoptivo con el legítimo y postula una ruptura de vínculos del adoptado con su familia de origen. Ahora bien, la equiparación no es absoluta, ni tampoco la ruptura con la familia de origen es total. Ambas clases de adopción (plena y simple) difieren en cuanto al uso de apellidos y en materia de derechos hereditarios. En la adopción simple el cambio de apellidos necesita de convenio expreso en la escritura de adopción, y por lo que se refiere a derechos hereditarios no se adquiere la posición de hijo legítimo, ya que el adoptado es asimilado al hijo natural reconocido (11); además, en algún aspecto, el adoptado, de modo simple, continúa atado a su familia de origen, por ejemplo en tema de licencia matrimonial (12). Pero, esto no quiere decir que el legislador se haya visto condicionado por la necesidad de regular dos especies de adopción, asignando a una efectos más fuertes y a la otra más débiles; pues ni siquiera en la adopción

(8) *En defensa del Código civil*, Conferencia pronunciada en la Escuela Social de Madrid, el 8 de mayo de 1948, pág. 14.

(9) Vid. BERCOVITZ (*Los efectos sucesorios de la adopción*, en ADC, 1971, pág. 929 y ss.), FERNÁNDEZ MARTÍN GRANIZO (*Ob. cit.*, pág. 771 y ss.), GARCÍA CANTERO (*Aspectos sucesorios de la nueva Ley de adopción*, en RGLJ, 1970, página 659 y ss.), RODRÍGUEZ CARRETERO (*La persona adoptada*, Madrid, 1973, página 433 y ss.), VALLET DE GOYTISOLO (*Los derechos sucesorios dimanantes de la adopción después de la reforma de 4 de julio de 1970*, en ADC, pág. 601 y ss.).

(10) Según la *Exposición de Motivos*, la Ley «se mantiene fiel a una tendencia muy difundida en el mundo que responde al frecuente deseo de los adoptantes y viene a potenciar el instituto de la adopción».

(11) Vid. art. 180 párrafo 3.º.

(12) Vid. art. 47, párrafo 2.º (reformado por la Ley de 1958, y que no ha sido modificado por la Ley de 4 de julio de 1970). Es acertada, en este punto, la crítica que efectúa ESPÍN (*Manual de Derecho civil español*, vol. IV, 3.ª ed.,

en forma plena llega a producirse una equiparación absoluta en cuanto a los efectos con el hijo legítimo, como lo demuestra el hecho de que en ella se impongan ciertas limitaciones, con las que se procura evitar perjuicios a los hijos legítimos o naturales del adoptante (13).

Por consiguiente, el efecto esencial de esta Ley es crear, por lo general, entre personas extrañas (14), un vínculo que la naturaleza no ha generado, sino que imita al producido por la generación, estableciendo una relaciones (de paternidad y de filiación) análogas a las que resultarían de la filiación legítima (15). Por eso, a esta filiación adoptiva se la denomina *civil* y se dice crea un parentesco *civil*; porque no proviene de la naturaleza, sino de la voluntad de quien adopta con el concurso de la voluntad del adoptado, y, además, si están casados, con el consentimiento de sus respectivos cónyuges, o con intervención de sus padres o, en su caso, de su tutor, si el adoptado es menor (16). De ahí, precisamente, la censura y duras críticas que muchos autores han dirigido contra este instituto, calificando la adopción de *ficción jurídica* (17), que algunos consideran atenta contra la familia legítima y olvida o desconoce a la familia natural.

IV. ARTIFICIALIDAD DE LA FILIACION ADOPTIVA

Después de la Ley de 1970, habrá casos en que la ficción será relativa, como ocurrirá en los supuestos previstos por el artículo 178, de que uno de los cónyuges adopte al hijo legítimo, legitimado o natural reconocido de su consorte.

Pero, sobre todo, decir que la adopción atenta contra la familia legítima porque es un vínculo artificial que no se basa en la genera-

Madrid, 1972, pág. 407 y nota 67), vid. también RODRÍGUEZ CARRETERO (*Ob. cit.*, págs. 163 y ss.

(13) Vid. art. 179, que prevé la concurrencia en la sucesión testamentaria del adoptante de hijos adoptivos con legítimos y naturales reconocidos de aquél.

(14) Decimos *por lo general*, debido a que el artículo 178, en su párrafo 1.º, inciso final, prevé la posibilidad de adoptar «uno de los cónyuges al hijo legítimo, legitimado o natural reconocido de su consorte».

(15) GARCÍA CANTERO (*El nuevo régimen de la adopción, cit.*, pág. 845) trata de indagar el sentido del párrafo 1.º del artículo 176, y se pregunta si habrá identidad total o analogía entre el hijo legítimo y el adoptivo. En nuestra opinión, se ha pretendido una simple analogía, semejanza o equiparación de efectos, que, además, ya hemos visto, no se logra; pero la identidad absoluta nunca será posible, siempre faltará el hecho biológico de la generación o, al menos, la posibilidad de presumirle. Por ello, como bien advierte GARCÍA CANTERO (*Ob. cit.*, pág. 845), «la adopción es una fuente de legitimidad en cuanto crea un *status filii*, pero no, sin más, en cuanto crea un *status familiae*».

(16) Vid. art. 173.

(17) Vid., por ejemplo, SÁNCHEZ ROMÁN (*Estudios de Derecho civil*, t. V, vol. 2.º, 2.ª ed., Madrid, 1912, pág. 1078); CLEMENTE DE DIEGO (*Instituciones de Derecho civil*, ed. rev. y puesta al día por COSSIO y GULLÓN, Madrid, 1959, pág. 648); BELTRÁN FUSTERO (*Repercusiones de la adopción sobre la patria potestad del padre natural. ¿Pierde éste la potestad cuando un hijo es adoptado por la esposa?*, en RDP, 1952, pág. 395).

ción, supone una crítica sentimental y endeble. Principalmente lo último, pues implica un completo desconocimiento u olvido de cómo la familia adquiere el título de su legitimidad (18). Basta observar cómo también se sustrae al calificativo de legítima la filiación llamada ilegítima y, sin embargo, ésta, al igual que aquélla, descansa en un hecho natural, en el hecho biológico de la generación; por lo que, desde este punto de vista, puede afirmarse que tan biológica y tan extrajurídica es la filiación legítima como la ilegítima. Es certera la argumentación de Colín, según el cual hay que distinguir entre la idea de familia y la idea de filiación o parentesco. El parentesco, para este autor, resulta de la comunidad de sangre, es un lazo natural; en cambio, la familia aparece, en todos los tiempos, como un grupo social organizado, más o menos artificialmente, por la costumbre o por la ley. Por eso, estima Colín que lo que da nacimiento al lazo de parentesco es un hecho natural (19), la procreación, y lo que produce la familia es un acto de voluntad, el matrimonio, la adopción, el reconocimiento (20). Adopta esta postura Roca Juan (21) e indica que «hablar de la artificialidad de la adopción y de la familia adoptiva, para contraponerla a la naturalidad del matrimonio y de la familia legítima, basada en éste, pierde su valor absoluto, porque, desde el punto de vista legal, las dos serían igualmente artificiales».

Y si nos fijamos en la deuda alimenticia, es de señalar que el Código civil se ocupa de ella bajo la rúbrica *De los alimentos entre parientes*, y el artículo 143, entre los obligados, en mayor o menor extensión, incluye a los padres e hijos naturales reconocidos y descendientes legítimos de éstos, y a los padres e hijos ilegítimos en quienes no concurra la condición de naturales. Por tanto, se quiera ver el fundamento de la misma en el derecho a la vida del alimentista, en el vínculo parental, en el interés público o en el vínculo de solidaridad y en la comunidad de intereses existente entre los miembros del grupo familiar (22), lo cierto es que el propio legislador reconoce que la deuda alimenticia debe existir tanto dentro como fuera del matrimonio, y pone su acento en el hecho biológico de la generación; es decir, distingue entre un vínculo de parentesco basado en la consaguinidad y un vínculo de familia fundado en un acto de voluntad.

(18) CASTÁN TOBEÑAS (*Derecho civil español, común y foral*, t. V, vol. 1.º, Madrid, 1954, pág. 16) dice que la familia legítima es la constituida con arreglo a las condiciones del derecho y tiene la protección completa de éste.

(19) «Como hecho natural —dice CICU (*La filiación*, trad. esp., Madrid, 1930, pág. 16)— la filiación existe siempre en todos los individuos: se es siempre hijo de un padre y de una madre. No así jurídicamente.»

(20) COLIN (*De la protection de la descendance illégitime au point de vue de la preuve de la filiation*, en Rev. Trim. de Droit civil, t. I, París, 1902, pág. 261).

(22) Vid. CASTÁN TOBEÑAS (*Ob. cit.*, t. V, vol. 2.º, con la colaboración de CASTÁN VÁZQUEZ, Madrid, 1966, págs. 254 a 256); ROYO MARTÍNEZ (*Derecho de familia*, Sevilla, 1949, pág. 316), BELTRÁN DE HEREDIA (*La obligación legal de alimentos entre parientes*, Salamanca, 1958, pág. 33). Respecto a la Compilación catalana, HERNÁNDEZ-CANUT (*La deuda de alimentos en el Derecho especial de Ca-*

V. FILIACION LEGITIMA

Como dice Royo Martínez (23), «la Biología sabe que no puede existir un ser humano sin padre y madre, porque la conjugación de las células germinales es esencial para la producción de un nuevo ser. El derecho para trabar entre dos personas concretas la relación de filiación, plena de pretensiones recíprocas, ha de exigir determinados presupuestos, que, de faltar, hacen imposible el establecimiento del vínculo de parentesco y entrañan como consecuencia que no sea para el Derecho un absurdo la existencia de un ser humano sin padre e incluso sin madre, porque ello no quiere negar que biológicamente carezca de ellos, sino que significa, simplemente, que ningún varón o ninguna mujer tiene respecto de dicho ser los derechos y deberes jurídicos que al padre o a la madre corresponden por imperativo y concesión de la norma jurídica».

La filiación legítima presupone el matrimonio de los padres, luego, lógicamente, deberían ser hijos legítimos los concebidos durante el matrimonio, o, mejor dicho, los concebidos y nacidos durante el matrimonio; sin embargo, también los concebidos antes del matrimonio y nacidos después de su celebración son legítimos. ¿Por qué?, porque la filiación legítima que a simple vista parece un hecho sencillo y de fácil comprobación es, no obstante, bastante complejo y de difícil prueba. Por ello, la ley, ante la imposibilidad de acreditar con seguridad y de un modo exacto el instante de la concepción, acude a una presunción basada en el tiempo mínimo y máximo de la gestación, y como también la paternidad es difícil de probar, se recurre a la presunción de que es padre el marido de la madre. Esta doble presunción, explícita en cuanto al tiempo de la concepción e implícita en orden a la paternidad, la establece nuestro Código civil en su artículo 108. Es decir, el Derecho presume o impone la filiación, o —como dicen Lacruz-Sancho (24)— el Derecho puede ir disociado de la realidad biológica.

VI. PATRIA POTESTAD

En la filiación legítima, según el artículo 154, párrafo 1.º, el padre, y en su defecto la madre, tiene *potestad* sobre sus hijos no emancipados. Quiere esto decir que, como consecuencia de la relación de filiación, los padres tienen el deber de proteger y educar a sus hijos menores, y, para la realización de esta función de asistencia y protección, el ordenamiento jurídico concede a los padres un conjunto

taluña, en ADC, 1962, págs. 97 y ss.) señala cómo la nota común que caracteriza a la deuda alimenticia es la de ser una consecuencia del Derecho hereditario.

(23) *Ob. cit.*, pág. 228.

(24) *Derecho de familia*, Barcelona, 1966, pág. 354.

de derechos y deberes, que se agrupan bajo la denominación de patria potestad (25)

Por consiguiente, si la adopción, bien sea plena o simple, crea un vínculo entre adoptante y adoptado, que recibe el nombre de parentesco o filiación civil, y se pretende que sea equivalente al de filiación legítima, es lógico que también se otorgue al adoptante la patria potestad respecto del adoptado menor de edad (26). Y así lo declara el párrafo 3.º del artículo 176 (27).

VII. TUTELA

Sin embargo, puede suceder que falten los padres o, existiendo, no puedan desempeñar la patria potestad, o que se trate de mayores incapacitados. Es algo tan evidente la posibilidad de existencia de menores faltos de guarda y representación legal, así como de mayores carentes de capacidad, que los ordenamientos se ven obligados a prever y proveer esta contingencia. Es decir, se hace preciso establecer un sustitutivo de la patria potestad (28), una institución inspirada en aquella, que supla y realice sus funciones. Esta institución de guarda legal es la tutela, que tiene finalidad tuitiva y protectora, y que se da en interés no del que la ejerce sino del sometido a ella, siendo su contenido un conjunto de derechos y deberes dirigidos a la realización de esa función, lo cual exige suplir la falta de capacidad o integrar la capacidad limitada de los que no están bajo la patria potestad.

Nuestro Código civil organiza la tutela sobre la base del sistema llamado de familia o de tutela privada (29), creando un complejo y complicado engranaje, cuyas piezas esenciales (denominadas órganos)

(25) Ahora bien, no queremos decir, ni tampoco dar a entender que la patria potestad sea una pura creación legal; por el contrario, siguiendo a SERRANO Y SERRANO (*Comentarios a la Sentencia de 18 de octubre de 1947*, en ADC, 1948, pág. 1171), consideramos que «la patria potestad es una institución natural que no necesita del Derecho positivo para actuarse; aunque no hubiera Estado habría patria potestad, porque el hijo viene al mundo necesitado de protección y dirección y porque, por impulsos naturales innegables, los padres se sienten obligados e inclinados a actuar con esa potestad, al mismo tiempo tuitiva y de mando; de mando, para mejor actuar la protección al hijo. Por eso el Estado que se encuentra con la patria potestad, la convierte en un poder jurídico, regulándola en sus preceptos».

Acerca de la definición de patria potestad, vid. CASTÁN VÁZQUEZ (*La patria potestad*, Madrid, 1960, págs. 8 a 10).

(26) Este efecto ya estaba reconocido en el Código civil antes de las reformas de 1958 y 1970.

(27) La atribución de la patria potestad es un efecto común a ambas clases de adopción (plena y simple), pero no, en cambio, esencial, puesto que es posible adoptar a mayores de edad.

(28) Fijándonos en esta nota de inexistencia de la patria potestad, podemos calificar a la tutela de institución supletoria.

(29) Como dice ALBALADEJO (*Manual de Derecho de familia y sucesiones*, Barcelona, 1974, pág. 158), «no es rigurosamente exacto que siempre la tutela familiar recaiga en miembros de la familia del pupilo. Pueden también desempeñarla»

son: tutor, protutor y consejo de familia, así como una cierta intervención de la autoridad judicial. Organismo tutelar que nacerá, como dice el artículo 293, cuando se produzca y se conozca *el hecho que da lugar a la tutela*, en cuyo caso habrá que efectuar la delación o llamamiento a determinadas personas para que ocupen y ejerzan los cargos tutelares, delación que —según el artículo 204— se realiza por disposición testamentaria, por la ley o por nombramiento del consejo de familia, con la consiguiente distinción de tres especies de tutela: testamentaria, legítima y dativa.

VIII. PREFERENCIA ENTRE LA TUTELA TESTAMENTARIA Y LA TUTELA LEGITIMA

Este artículo 204 parece imponer, con carácter sucesivo, un orden o preferencia entre las distintas clases de tutela, lo que ha llevado a la mayor parte de la doctrina a afirmar que la tutela legítima solamente tiene virtualidad en defecto de la testamentaria (30).

Para nosotros no cabe ninguna duda de que, cuando se trata de menores de edad, es preferente la tutela testamentaria. En cambio, no compartimos el criterio de quienes opinan que igual preferencia debe existir en el supuesto de mayores de edad incapacitados; máxime, si atendemos al dato de que la tutela legítima está basada en el matrimonio (incapaces por causa distinta de la menor edad), en la paternidad o maternidad, o en el parentesco por consanguinidad legítima, lazos que hacen presumir afecto, aptitud e independencia para los cargos tutelares, si bien el orden de los llamamientos varía según cual sea la causa que determina la incapacidad que afecta al sometido a tutela.

Es esta una vieja cuestión, que ya fue duramente criticada por Comas (31), respecto de la cual la mayoría de la doctrina (32) se aferró a una interpretación literal y ordinalista y, en base de los artículos 204, 206, 207, 210 y 231 del Código civil, se pronunció favorable a una preferencia absoluta de la tutela testamentaria sobre la legítima, aunque, eso sí, reconociendo y poniendo de relieve los absurdos a que conduce, pues —como dice Sánchez Román (33)— puede darse el caso, por lo que se refiere a los incapacitados, de que «la designación testamentaria prive de la guarda a los padres y a los con-

personas no pertenecientes a ella. Pero lo que se quiere expresar es la idea de ser la tutela generalmente familiar, y, en todo caso, desempeñada por particulares. O sea, una tutela privada contrapuesta a una tutela oficial.»

(30) Vid., por ejemplo, CASTÁN (*Ob. cit.*, t. V, vol. 2.º, pág. 294); CLEMENTE DE DIEGO (*Ob. cit.*, t. II, pág. 722); ESPÍN (*Ob. cit.*, vol. IV, pág. 486).

(31) *La revisión del Código civil español*, t. II, Madrid, 1895, págs. 542-543.

(32) Vid., por todos, SÁNCHEZ ROMÁN (*Ob. cit.*, t. V, vol. 2.º, págs. 1322-1323), CASTÁN (*Ob. cit.*, t. V, vol. 2.º, pág. 291).

(33) *Ob. cit.*, t. V, vol. 2.º, pág. 1323.

yuges respecto de sus hijos y cónyuge incapacitado» (34). Ya, antes, hemos advertido cómo el contrasentido sirve para saber y demostrar que eso no puede ser lo querido por la ley; por ello nos adherimos a la interpretación, más justa y a la vez respetuosa con la letra del Código, que efectúa De Castro (35), el cual, en base a los antecedentes (Partidas, Proyecto de García Goyena, Leyes de Enjuiciamiento civil) y a la sistemática del propio Código civil, pone de manifiesto cómo el mismo articulado nos puede conducir a preferir y admitir, para los incapacitados, la tutela legítima (36).

Aceptar esta postura tiene evidente importancia y repercusión para el caso de la tutela legítima del adoptado mayor de edad incapaz, debido a que, de seguirse la contraria, nos tropezaríamos además con el absurdo de que los parientes por naturaleza podrán, como «*extraños*», a través de la facultad que el artículo 207 del Código civil les concede (37), desplazar a los padres adoptantes, así como a los hijos y cónyuge del adoptado, con lo que indirectamente se haría ilusorio el fin pretendido por la Ley de Reforma de la Adopción de 1970.

IX. TUTELA LEGÍTIMA DEL ADOPTADO

Llegados a este punto, conviene retornar al planteamiento inicial y tratar de dar cumplida respuesta a la pregunta de ¿cómo ha de interpretarse el párrafo 4.º del artículo 176?, o, dicho de otro modo, ¿hay que entender que este precepto suprime la tutela legítima solamente para los menores de edad o también alcanza a los mayores de edad incapacitados?

1) ADOPTADO MENOR DE EDAD: A) *Regla general.*

Ninguna duda nos ofrece que el párrafo que comentamos se refiere al menor de edad no emancipado (38), que ya no está bajo la patria

(34) En igual sentido, CASTÁN (*Ob. cit.*, t. V, vol. 2.º, pág. 291) nos dice que «se permite con ello el absurdo de que un testador pueda excluir al padre del ejercicio de la tutela».

(35) *Derecho civil de España*, t. II-1, Madrid, 1952, págs. 294 a 297.

(36) En este sentido, MORENO QUESADA (*La tutela de los hijos adoptivos*, en ADC, 1965, pág. 463 y ss.) y Díez PICAZO (*Notas sobre la institución tutelar*, en RCDI, 1973, págs. 1393 y ss.). Este último matiza algo más, y delimita el ámbito de la tutela testamentaria del siguiente modo: «a) los padres pueden ordenar la tutela de sus hijos menores únicamente para el caso de muerte y, por extensión, de declaración de su fallecimiento; b) respecto de sus hijos incapacitados, los padres pueden designar un sucesor en la tutela que ellos hubieren efectivamente ejercido como tutores legítimos. Al extraño le son, *pari passu*, aplicables las mismas ideas».

(37) Puede verse FERNÁNDEZ MARTÍN GRANIZO, *Ob. cit.*, pág. 691.

(38) En este sentido, ESPÍN (*Ob. cit.*, vol. IV, pág. 406), FERNÁNDEZ MARTÍN GRANIZO (*Ob. cit.*, pág. 691); RODRÍGUEZ CARRETERO (*Ob. cit.*, pág. 537).

potestad (39). Es suficientemente demostrativa la literalidad del mismo precepto: *Extinguida la patria potestad del adoptante, el Juez proveerá a la guarda del menor, conforme a lo establecido en los capítulos II y IV del Título IX, del Libro I*. Efectivamente, para los menores no emancipados que estaban bajo la patria potestad del adoptante se ha eliminado la tutela legítima, no puede respecto de los mismos aplicarse el artículo 211 del Código civil (40). La razón es clara, la supresión de aquélla es congruente con la configuración que a la adopción se ha dado por la nueva Ley, que, para robustecer la relación adoptiva, sanciona una ruptura de vínculos con la familia de origen para ambas clases de adopción; por lo tanto, aunque nada se hubiera dicho de modo expreso, habría que entender inaplicable el artículo 211.

B) Excepciones.

Pero, también aquí se cumple aquello de que «la excepción confirma la regla», o que «no existe regla sin excepción». La excepción se encuentra en los supuestos en que no hay ruptura de relaciones con la familia de origen, sino todo lo contrario, se produce una consolidación o complementación de las mismas por medio de la adopción. Aludimos a la posibilidad de que el adoptado sea hijo natural reconocido del adoptante, o que se adopte al hijo legítimo, legitimado o natural reconocido del cónyuge del adoptante.

Respecto al hijo legítimo o legitimado por subsiguiente matrimonio (41) del cónyuge del adoptante parece evidente que será posible constituir la tutela legítima, con la salvedad de que los llamamientos habrá que considerarlos referidos únicamente a los parientes por naturaleza del adoptado, es decir, a los de la línea del progenitor que lo es por la sangre.

Mayores dudas suscita el caso del hijo natural reconocido, lo sea del adoptante o del cónyuge del adoptante, desde el momento que el artículo 211, en su último párrafo, excluye de esta tutela a los ilegítimos, lo que plantea el problema de interpretar la frase legal *hijos ilegítimos*, para determinar si comprende o no a los hijos naturales.

La generalidad de la doctrina (42) se pronuncia por la inclusión de

(39) Es una aplicación de la regla *patrem habenti tutor non datur*, que hoy se extiende a la madre. Principio que recoge el artículo 199, al establecer que están sometidos a tutela: los que son incapaces de gobernarse por sí mismos, que no están bajo la patria potestad.

(40) Vid. FERNÁNDEZ MARTÍN GRANIZO, *Ob. cit.*, pág. 691.

(41) A los legitimados por concesión soberana se les equipara a los naturales reconocidos, luego la solución que se adopte para con éstos será de aplicación a aquéllos.

(42) SÁNCHEZ ROMÁN (*Ob. cit.*, t. V, vol. 2.º, págs. 1333-1334); VALVERDE (*Tratado de Derecho civil español*, t. IV, 2.ª ed., Valladolid, 1921, pág. 582); CLEMENTE DE DIEGO (*Ob. cit.*, t. II, pág. 273); CASTÁN (*Ob. cit.*, t. V, vol. 2.º, pág. 295), ESPÍN (*Ob. cit.*, vol. IV, pág. 487). Admiten, en cambio, la tutela legítima de los hijos naturales DE BUEN (*Derecho civil español común*, vol. II, Madrid, 1931, pág. 232); ESCOBAR (*La tutela*, Madrid, 1943, págs. 87 y ss.); RODRÍ-

los hijos naturales en la expresión *hijos ilegítimos* del artículo 211, por entender que este precepto no distingue y que los naturales son también ilegítimos. Pero la objeción más importante, en contra de la exclusión, es la que apunta Manresa (43), al decir que «los derechos reconocidos a los hijos naturales por el artículo 134 no pueden autorizar el reconocimiento de otros lazos de parentesco que el especial de padre a hijo». A nuestro juicio este argumento es el más decisivo y que sirve para rechazar la tutela legítima en cuanto a los hijos naturales, pues es muy claro que los llamamientos a esta clase de tutela se basan en el parentesco legítimo. Es más, el artículo 302, que se ha querido utilizar para defender la solución contraria (44), viene precisamente a corroborar el dato de que no existe en la filiación natural más parentesco que el de padre a hijo, puesto que este precepto declara que, para constituir el Consejo de familia de los hijos naturales, se nombrará como vocales a los parientes del padre o madre que hubiese reconocido a aquéllos; pero fijémonos en que no se dice *parientes del hijo natural*. La explicación es muy simple, es que no los tiene en la extensión del artículo 211. Es incuestionable que las personas llamadas por el artículo 211 lo son en virtud del parentesco que les une con el sometido a tutela, y que no se basan dichos llamamientos en el parentesco con los padres del pupilo, aunque, desde luego, un parentesco es consecuencia lógica del otro; es decir, el artículo 211 atribuye la tutela a los abuelos, abuelas, y hermanos *del pupilo* y no a los abuelos, abuelas o hermanos *del padre o madre del pupilo*, que respecto del tutelado serán bisabuelos, bisabuelas y tíos. Por tanto, en nuestra opinión, no ha lugar a la tutela legítima para los hijos naturales.

2) ADOPTADO MAYOR DE EDAD INCAPAZ: A) *Idea general.*

Creemos que tampoco puede plantearse duda acerca de si el artículo 176, en su párrafo 4.º, comprende al mayor de edad incapaz. Si nos inclinamos por la negativa es no sólo por el tenor literal del precepto en cuestión, que no le menciona y habla exclusivamente del menor de edad, sino también porque consideramos sería contradictorio entenderlo de otro modo, dado que en este precepto se parte de la idea de la extinción de la patria potestad, así se dice y, además, no podía ser de otra manera, puesto que la persona adoptada menor de edad es tan incapaz de gobernarse por sí misma antes como después de extinguirse la patria potestad; es decir, lo que se pretende es que no haya solución de continuidad en su protección y representación legal. En cambio, el mayor de edad hará ya más o menos tiempo que no estaba sometido a la patria potestad del adoptante, e incluso puede suceder que, a pesar de la adopción, si fue adoptado ya mayor de edad, nunca lo haya estado;

GUEZ ARIAS (*La tutela*, Barcelona, 1954, págs. 131-132); RODRÍGUEZ CARRETERO (*Ob. cit.*, pág. 540).

(43) *Comentarios al Código civil español*, t. II, 3.ª ed., Madrid, 1907, página 201.

(44) Vid. ESCOBAR (*Loc. ult. cit.*); RODRÍGUEZ CARRETERO (*Loc. últ. cit.*).

en cuyo caso la necesidad de protección, de sometimiento a tutela, no surge mediatizada por la extinción de la patria potestad, sino después de haber salido de la misma o no habiendo estado nunca sujeto a ella (45), lo que quiere decir que se puede necesitar la guarda legal tanto en vida del padre o madre adoptante como después de su fallecimiento. Por consiguiente, de un modo general, y sin perjuicio de posterior puntualización, podemos adelantar la idea de que sí debe haber lugar a deferir la tutela en su forma legítima para los adoptados mayores de edad incapacitados.

Las aportaciones doctrinales al tema no son abundantes ni tampoco unánimes.

B) *Posición de Espín (46).*

Se inclina por la negativa. Considera interesante el párrafo 4.º del artículo 176 porque consagra, en general, la desaparición de la relación parental de origen, puesto que siendo el adoptado menor, en defecto de los padres se constituye la tutela en su forma testamentaria o dativa. Pondera esta solución como acertada en cuanto es de aplicación, de modo general, para ambas clases de adopción y para cualquier supuesto de extinción de la patria potestad, por lo que termina proclamando que *este precepto hay que extenderle al caso del mayor de edad incapaz*. No da razón o criterio que avale o justifique tal postura.

C) *Posición de Fernández Martín Granizo (47).*

En su opinión, *existe una laguna legal*. Examina los distintos casos de incapacidad, y respecto de los locos y sordomudos estima inaplicable el número 4 del artículo 220, debido a que el parentesco adoptivo sólo surge entre adoptante y adoptado y sus descendientes, pero que no sucede igual en cuanto a las personas designadas tutores en los números 1 a 3 de dicho artículo. Se pregunta hasta qué punto el párrafo 4.º del artículo 176 ha podido derogar el artículo 220, y como va a tener preferencia el tutor dativo sobre el legítimo, sobre todo cuando éste es el cónyuge o el propio padre o madre adoptante; sin embargo, considera que el artículo 176 no autoriza otra cosa, por lo que solicita que en una posterior reforma se retoque esta norma y se autorice la tutela legítima de los locos y sordomudos. En cuanto a los prodigos y a los que sufren interdicción dice que el problema es análogo y pide igual solución de reforma.

D) *Posición de Rodríguez Carretero (48).*

Comienza afirmando que el que sólo haga referencia a la tutela del adoptado menor de edad no excluye que el adoptado mayor deje de

(45) Se entiende a la patria potestad del adoptante.

(46) *Ob. cit.*, vol. IV, pág. 406.

(47) *Ob. cit.*, págs. 691 nota 7 y 692.

(48) *Ob. cit.*, pág. 538.

estar obligado a someterse a tutela en los supuestos de incapacidad recogidos en el artículo 200. Desde luego esto nadie lo pone en duda; lo que se discute es si se entiende eliminada la tutela legítima y habrá de deferirse la tutela dativa o, por el contrario, serán de aplicación los preceptos relativos a la tutela legítima para los adoptados mayores de edad incapacitados. Y, respecto a esta cuestión, más que demostrar intuye la posibilidad de la tutela legítima cuando dice que «la aparente limitación de formas de delación de la tutela insita en el propio párrafo último del artículo 176 del Código civil se desvirtúa por la existencia de personas que siendo parientes del incapacitado habilitan la delación legítima de la tutela, normalmente imposible de conformar dada la limitación del parentesco adoptivo» (49).

E) *Nuestra posición.*

Según hemos dicho, nos pronunciamos favorables a la delación de la tutela legítima en el supuesto de los mayores de edad incapacitados, y ello sin tratar de colmar laguna alguna, puesto que entendemos que no la hay, y también sin olvidar que la adopción crea un vínculo de parentesco civil, el de filiación adoptiva, entre adoptante de una parte y adoptado y sus descendientes de la otra. Por tanto, serán de aplicación los artículos 220 (si se trata de locos y sordomudos), 227 (si de pródigos) y 230 (si de los que sufren la pena de interdicción), todos ellos del Código civil. Por consiguiente, se impone la necesidad de examinar con arreglo a qué criterios y en qué extensión o con qué limitaciones, ya que la ruptura con la familia de origen que (hemos visto no es absoluta) el vínculo adoptivo comporta condicionará, en algunos aspectos, la efectividad práctica de los preceptos antes citados; de ahí la conveniencia de aludir pormenorizadamente a las personas llamadas a la tutela legítima según la particular incapacidad del sujeto a tutela.

a) *Tutela de los locos y sordomudos.*

Según el artículo 220 corresponde: 1.º, *al cónyuge no separado legalmente*; 2.º, *al padre y, en su defecto, a la madre*; 3.º, *a los hijos, con preferencia del legítimo sobre el natural, del varón sobre la mujer y del mayor sobre el menor*; 4.º, *a las personas señaladas en el artículo 211.*

Es evidente la posibilidad del primer llamamiento en favor del cónyuge no separado legalmente. La razón es obvia, el legislador, al mencionar al cónyuge, no está pensando en el parentesco que surge por la procreación y del que es base el matrimonio, es decir, el legítimo, sino en el matrimonio mismo, que no dá lugar a parentesco; pues, como sabemos, el matrimonio, a pesar de ser la base de la familia y la unión más íntima (física y espiritual) entre dos seres de distinto sexo, crea simplemente un vínculo especial, el conyugal. Por otra

(49) RODRÍGUEZ CARRETERO, *Ob. cit.*, págs. 539-540.

parte, tampoco encontramos motivo que justifique o haga pensar en la conveniencia de excluir al cónyuge; al contrario, normalmente será la persona más idónea para cumplir con la misión legal.

El segundo llamamiento atribuye la tutela al padre y, en su defecto, a la madre. Parece natural que se les defiera la tutela en el supuesto de que vivan cuando el mayor de edad devenga incapaz, no hay motivo para no hacerlo ni precepto alguno que así lo exprese. Y tampoco es obstáculo el que el artículo 220 no emplee el adjetivo *adoptivos* para prever la alternativa, pues si se pretende y postula por la Ley de 1970 una ruptura con la familia de origen, y es verdad que la adopción causa parentesco entre adoptante y adoptado, considerándose a éste hijo adoptivo con los mismos derechos y obligaciones que al legítimo, parece lógico que el padre o madre adoptante sea o pueda ser tutor; sobre todo que aquí tendría sentido recordar que quien puede lo más puede lo menos o, ¿acaso no es más ser considerado como padre o madre y ejercer la patria potestad?; y si se alegase que el adoptante o adoptantes nunca la tuvieron o ejercieron por haber adoptado a una persona ya mayor de edad, puede argüirse que el adoptado tuvo que otorgar su consentimiento, sabiendo perfectamente las consecuencias que de su adopción podían derivarse.

Además, procede recordar que, en determinados casos, atendidas las personas que pueden adoptar y ser adoptadas, no siempre se produce una total ruptura de relaciones con la familia de origen; piénsese en el supuesto de que se adopte al hijo natural reconocido o cuando el adoptado es hijo legítimo, legitimado o natural reconocido del cónyuge del adoptante. Lo que, a nuestro juicio, debe abundar en el razonamiento anterior.

Y si en el momento en que se produce la incapacidad del adoptado el padre o madre adoptante o ambos hubieren fallecido, nos encontraremos ante una imposibilidad natural, pero no legal.

El número 3 de este artículo 220 se refiere a los hijos, con la preferencia del legítimo sobre el natural, del varón sobre la mujer y del mayor sobre el menor. La oportunidad de su designación para ocupar el cargo de tutor es igualmente evidente, pues el artículo 176, en su párrafo 2.º, dice que la adopción causa parentesco entre el adoptante de una parte y el adoptado y sus descendientes de otra, con lo cual el adoptado tiene por hijos a los que lo son por naturaleza, con los que aún nacidos antes de la adopción nunca hubo ruptura de relaciones paterno-filiales. La única duda es si podrán serlo los ilegítimos, parece que no, pues el llamamiento es restrictivo.

El último llamamiento del artículo 220 se remite, en defecto de los anteriores, a las personas señaladas en el artículo 211. Aquí sí que hay que convenir en que, generalmente, no será factible la tutela legítima, desde el momento que el artículo 211 se refiere a los abuelos, abuelas, hermanos y hermanas legítimos del sometido a tutela; y la adopción sólo causa parentesco con el adoptante, a la vez que produce una ruptura de relaciones con los ascendientes y hermanos

si los tuviere, del adoptado. Ahora bien, cabe la excepción de que el adoptado fuera hijo legítimo o legitimado (por subsiguiente matrimonio) del cónyuge del adoptante.

b) *Tutela de los pródigos.*

A tenor de lo dispuesto en el artículo 227 se defiere: 1.º, *al padre, y en su caso a la madre*; 2.º, *a los abuelos paterno y materno*; 3.º, *al mayor de los hijos varones emancipados.*

Para las personas incursas en este tipo de incapacidad, y por las mismas razones antes expuestas al ocuparnos de la tutela de los locos y sordomudos, nos declaramos partidarios de la tutela legítima, considerando plenamente admisibles los llamamientos que efectúan los números 1 y 3 del referido artículo 227; no, en cambio, con carácter general, los del número 2 de este precepto, ya que los abuelos sólo podrán ser tutores cuando se trate del hijo legítimo o legitimado del cónyuge del adoptante; en efecto, sólo podrá serlo el abuelo paterno o materno que sea padre legítimo del cónyuge cuyo hijo legítimo o legitimado (por subsiguiente matrimonio) fue adoptado por su consorte.

c) *Tutela de los que sufren interdicción.*

El artículo 230 remite, en cuanto a la delación, al artículo 220, ya examinado, lo que nos releva de cualquier otra consideración.

3) PROTUTOR

No hay cuestión, desde el momento que no puede haber protutor legítimo. Pues, éste es nombrado, según el artículo 233, por el Consejo de familia, cuando no lo hayan hecho los que tienen derecho a elegir tutor para los menores. Y la explicación quizá esté —como dice Castán (50)— en la incapacidad especial que para la protutela establece el artículo 235, a tenor del cual «el nombramiento de protutor no puede recaer en pariente de la misma línea del tutor» (51).

4) CONSEJO DE FAMILIA

El artículo 294 prevé la formación del Consejo de familia *legítimo* con los ascendientes, descendientes y hermanos del menor o incapaz, cualquiera que sea su número y sexo, que, si no llegaren a cinco, se completará con los parientes más próximos, o *mixto*, pues si no los hubiere o no estuvieren obligados a formar parte del Consejo, el Juez nombrará en su lugar personas honradas, prefiriendo a los amigos de los padres del menor o incapaz.

La referencia que el precepto antes citado hace a los *parientes*

(50) *Ob cit.*, t. V, vol. 2.º, pág. 333.

(51) Vid ESCOBAR (*Ob. cit.*, págs. 58 a 61); ESCRIVÁ MONZÓ (*El artículo 235 del Código civil: el parentesco y la línea de parentesco en el protutor*, en ADC, 1969, págs. 545 y ss.).

más próximos ha sido objeto de aclaraciones por la Jurisprudencia, que puntualizó no era preciso que ambas líneas estuviesen representadas (52), y se inclinó por la exclusión de los afines (53). Sin embargo, con posterioridad, respecto de los afines el Tribunal Supremo rectificó su anterior criterio, declarando que no deben ser excluidos los parientes por afinidad (54). La doctrina, en general, se ha mostrado partidaria del primer criterio jurisprudencial y, por tanto, contraria a entender incluidos a los afines entre los parientes más próximos del artículo 294 (55). En nuestra opinión —como dicen Lacruz-Sancho (56)— suprimida hoy, en el llamamiento preferente la mención de los maridos de las hermanas, que podía ser indicio de exclusión de los restantes afines, debe admitirse la tesis sustentada por la Sentencia de 23 de abril de 1914 favorable a su inclusión (57)..

Y el artículo 176, en su párrafo 4.º, apartado 2.º dice que «*el Consejo de familia se compondrá de las personas que el padre o la madre adoptantes hubiesen designado en su testamento o, en su caso, de cinco personas honradas, prefiriendo a los amigos de los adoptantes*».

Hemos tratado de demostrar que el párrafo 4.º del artículo 176 se refiere únicamente al adoptado menor de edad; ¿quiere esto decir que no habrá Consejo de familia legítimo para el adoptado menor de edad? En efecto, normalmente así ocurrirá, es imposible o muy difícil conformar un Consejo de familia legítimo, pues el adoptado menor de edad carecerá de ascendientes, descendientes y hermanos, así como de otros parientes; sólo existe la posibilidad, tantas veces mencionada, de que se trate de un adoptado que fuese hijo legítimo o legitimado del cónyuge del adoptante, y aún en este caso será difícil, pues puede no tener ascendientes, descendientes o hermanos, que aquellos hayan fallecido o que éstos sean menores, que no haya otros parientes o, en definitiva, que no lleguen a cinco; en resumen, lo más probable es que

Y por lo que se refiere al adoptado mayor de edad, en principio,

Y por lo que se refiere al adoptado mayor de edad, en principio debe admitirse la posibilidad de un Consejo de familia legítimo, aunque la formación del mismo vendrá condicionada por la existencia de las personas a que se refiere el artículo 294; es decir, dependerá de que esté casado, de que tenga descendientes, afines, etc..., y de que, existiendo, no tengan excusa legal y la aleguen. Por tanto, por regla general, será más fácil formar un Consejo de familia mixto que legí-

(52) Sentencia de 17 de junio de 1893.

(53) Sentencia de 24 de junio de 1905.

(54) Sentencia de 23 de abril de 1914.

(55) Vid. en este sentido, SÁNCHEZ ROMÁN (*Ob. cit.*, t. V, vol. 2.º, página 1462); MANRESA (*Ob. cit.*, t. II, págs. 481 a 483); CODERCH (*Tratado de la menor edad*, Barcelona, pág. 101); ATTARD (*Cuestiones en torno a la constitución y funcionamiento del Consejo de familia*, en *RJC*, 1957, pág. 409 y ss.).

(56) *Ob. cit.*, pág. 509, nota 8.

(57) En este sentido, PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español*, t. II, volumen 2.º, Madrid, pág. 447-448.

timo, aunque teóricamente y en la práctica, si concurren todas, o al menos algunas, de las circunstancias apuntadas, también cabe el Consejo de familia legítimo.

Si se trata de un Consejo de familia mixto la expresión del artículo 294 «*amigos del padre o madre incapaz*» habrá que interpretarla en el sentido de *amigos de los adoptantes*, no sólo por aplicación analógica del párrafo 4.º del artículo 176, sino también porque, según la Ley de 1970, el adoptado es considerado como hijo legítimo.

X. CONCLUSIONES

1.^a El párrafo 4.º del artículo 176 es innecesario. Su falta no produciría vacío alguno, por el contrario, llegaríamos a iguales resultados.

2.^a Respecto al adoptado menor de edad, al extinguirse la patria potestad, la regla es la delación de la tutela testamentaria o dativa, y la tutela legítima es la excepción.

3.^a En cuanto al adoptado mayor de edad incapaz, la regla es admitir la tutela legítima, que se deferirá mediatizada por las particularidades inherentes a la propia naturaleza del vínculo adoptivo.

4.^a No puede haber protutela legítima.

5.^a Es normalmente difícil conformar un Consejo de familia legítimo cuando se trate de un mayor de edad, y casi imposible si el sometido a tutela es un adoptado menor.

