

Apéndice adaptado al Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados (4 febrero de 1987-III Legislatura)

FRANCISCO LLEDO YAGÜE

Nota: Como se anunciaba en el anterior número (31 de diciembre de 1986) se ha remitido nuevamente al Congreso en esta III Legislatura un nuevo proyecto de adopción, concretamente el 21 de enero de 1987, siguiendo en el momento presente su normal tramitación parlamentaria.

A tal efecto observaba asimismo en el fascículo anterior que se daría cuenta a los lectores del «Anuario» de las modificaciones que pudiera introducir el nuevo texto. Con el presente apéndice pretendo dar cumplida respuesta a los cambios realizados (lógicamente con las limitaciones propias de quien lo suscribe) para una comprensión más conjunta y actual del mentado proyecto.

Para simplificar la comparación entre los proyectos, el comentado en el ADC 39.4. tomo 39, fascículo 4 y el vigente adoptó la fórmula siguiente: para remitirme al anterior *aP* y para indicar el actual *Pn*.

I. SOBRE LA GUARDA Y ACOGIMIENTO

El ordinal primero del art. 172 aP queda ahora tipificado con los números 1.º y 2.º del artículo 172 Pn. A mi modo de ver tanto para el precedente como para el nuevo proyecto no hubiera estado de más añadir un apartado explicando qué se entiende por situación de abandono y la autoridad que debiera apreciarlo, quizá pudiera servir como punto de referencia lo dispuesto de *lege lata* en el artículo 174 del Código civil (C.c.).

Es decir que habría que definir y diferenciar la locución empleada *desamparado* como asimismo la de *abandonado*. A este respecto, en las enmiendas presentadas al proyecto, concretamente sobre la cuestión la enmienda n.º 37 propuesta por el grupo socialista, definía la situación de *desamparo* como aquella en la que se produce un incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes de protección que la ley establece en beneficio de los menores.

Naturalmente entiendo que en todo caso siempre sería necesaria una decisión judicial que viniera a esclarecer la situación *ad hoc*. En otras palabras que quien haya dado causa para desencadenar dicha situación posibilita la oportuna decisión judi-

cial por la que el padre y/o la madre se vería privado de la patria potestad o derecho de guarda y educación en el supuesto que existiera una relación paternofamiliar legalmente determinada. En caso contrario cuando no ha llegado a desencadenarse legalmente la filiación y no hay por tanto relación jurídica establecida, no habría por ende atribución alguna a los progenitores de la patria potestad (aunque estos siguen estando obligados a prestar los alimentos y velar por ellos —art. 110 C.c.—), aun así también en este caso sigue siendo necesario la *decisión judicial* que definiera tanto el desamparo como el abandono.

Esto supuesto, la conclusión, es que para ambos eventos se prevee *ex lege* la constitución de la tutela que recae inexcusablemente según el tenor del precepto en la entidad pública (institución de integración familiar).

En tal sentido, y aun siendo consciente de la parquedad del presente comentario no podemos silenciar la obligada remisión a las normas de la tutela, de suerte que de la mentada comparación deducimos que casa mal este supuesto de nombramiento forzoso de tutor (vide art. 172) con el vigente articulado de la tutela en el que para la delación del cargo la discrecionalidad del juez es absoluta (véase art. 234 C.c. especialmente). De tal manera que entiendo que en ningún caso como se dice estaríamos en presencia de una tutela automática que funcionaría *ope legis* sin intervención judicial.

En resumen, para una mayor clarificación del problema es obligado definir qué se entiende por situación de abandono que puede cubrir hipótesis muy variadas v. gr., hijos sin filiación conocida, o aquellos que carecieren de persona *ad hoc* que asegure su guarda, alimento y educación. Para apreciar la situación de abandono será irrelevante que ésta se haya producido por causas voluntarias o involuntarias —art. 174 p. II—).

El ordinal segundo del 172 aP pasa a ser el ordinal 3.º del artículo 172 Pn. Lo que viene a justificar entre líneas es la inoperancia del artículo 239 del Código civil actual, al cual en el Pn se le da una nueva redacción en el artículo 5 intentando una mayor armonización con las disposiciones del proyecto referidas al acogimiento y/o adopción.

El ordinal tercero del 172 aP pasa a constituir el texto del art. 174 Pn al que sin embargo habría *pro mea parte* que añadir un apartado que explicitara que son precisamente las instituciones de integración familiar las que (en mejores condiciones que el Juez) debieran controlar y supervisar tanto la situación del acogimiento como la integración alcanzada en la relación familiar *ad hoc*.

El ordinal cuarto del artículo 172 aP permanece con la misma numeración y contenido en el 172 Pn.

Con relación al artículo 173 aP debemos decir lo siguiente:

Su ordinal segundo ha pasado a ser el ordinal primero del art. 173 Pn. En mi opinión era más completa la anterior redacción. Obsérvese que en el actual no se alude para nada al supuesto que el juez pueda privar a los padres que no tengan la patria potestad del derecho a visitar al menor acogido cuando pudiera redundar negativamente para el hijo, y *mutatis mutandis* entiendo que también cuando tanto los padres como el tutor en su caso hubieran sido suspendidos de su derecho de guarda y educación.

El párrafo segundo del ordinal primero del art. 173 aP, ha pasado en el nuevo Proyecto al número segundo del artículo 173 Pn; no hay cambios sustanciales. Al respecto debo decir en honor a la verdad que echo en falta un apartado que explicita-

ra cuándo no es necesario el consentimiento de los padres y/o tutores en el acogimiento de los menores bien por causas referidas a la titularidad de la guarda (privación de la patria potestad, incapacitación, ausencia, etc.) o bien por causas derivadas de un internamiento excesivo en la institución *ad hoc*. En este aspecto como venía a manifestarse en el originario proyecto de ley que no fue remitido al Congreso se prescindía del consentimiento ora cuando concurría alteración de la salud mental de los padres o tutores que durase más de treinta días, aunque no constase su carácter persistente ora cuando el prolongado internamiento en la institución pudiera poner gravemente en peligro el normal desarrollo biológico, psicológico, social o afectivo del menor. En otro orden de cosas, estimo que en todos los casos el escrito por el que se formaliza el acogimiento debiera remitirse al juez teniendo éste plenas facultades para ordenar su cesación en cualquier circunstancia. En relación a la audiencia del menor, según mi parecer, debiera haberse añadido un apartado que expresara las conveniencias del menor sobre el acogimiento (v. gr., se valorase su negativa) entiendo que esto, es lo justo *sentio id esse iustum* si se quiere ser congruente con el principio rector del interés del menor y/o adoptando.

Finalmente, respecto a la cesación del acogimiento entiendo que queda mejor redactado con los ordinales 3.º y 4.º del Pn que en el anterior ordinal tercero del aP. Sólo añadir por mi parte que también pueden acudir al Juez para decretar el cese del acogimiento los tutores si éstos y aquéllos no tuvieran suspendido su derecho de guarda, si fuera la institución *ad hoc* entiendo que también debiera dar traslado al juez en coherencia con la filosofía subyacente en el proyecto de corte netamente judicialista; máxime cuando de una exégesis del tenor literal del 174 se deduce que incumbe al juez la superior vigilancia de la tutela o guarda de los menores a que se refiere esta Sección, es decir, *ab initio* controlar el acogimiento, por lo que parece obvio que igualmente su cesación. *Item mas*, cuando el propio párrafo segundo obliga a la Entidad pública a la inmediata dación de cuenta de los nuevos ingresos de menores o *de su acogimiento*, luego parece lógico que asimismo de su cesación. Finalmente como corresponde al juez, y no a la institución que intermedió en el acogimiento la comprobación de la situación del acogimiento puede disponer aquel de entre las medidas a adoptar la conveniente cesación de la relación familiar de hecho (acogimiento).

II) SOBRE LA ADOPCION

El vigente artículo 175 del Pn es el que corresponde al anterior 174 aP; no hay modificaciones sustanciales.

En mi opinión dejan de regularse cuestiones importantes como la relativa a la excepción del requisito de capacidad (adoptante ha de tener catorce años más que el adoptado) para el caso de la adopción por un cónyuge del hijo de su consorte (vide art. 343-2 C.c. Francés).

Reitero la idea expuesta en el comentario al proyecto según la cual debería suprimirse el requisito general de capacidad (veinticinco años) en el caso de la adopción por un cónyuge del hijo de su consorte.

La razón de la supresión del mentado requisito vendría dado en favor del reforzamiento del *status* del hijo al poder quedar equiparado al hijo por naturaleza a todos los efectos legales.

Con relación al ordinal 2.º del artículo 175 Pn y en concreto al supuesto de la adopción de un «emancipado» como expresa el referido precepto; si la intención era la de aludir a la adopción de un mayor de edad, encuentro la locución empleada quizá no la más apropiada, puesto que una lectura precipitada de su tenor pudiera inducir a pensar que se trata de un menor pero emancipado. En este sentido corrector la enmienda n.º 133 propuesta por el grupo de Coalición popular enmendaba la voz «un por uno» para precisar que se trataba de un menor, ya que la mayor edad lleva aparejada la emancipación.

En otro orden de cosas y siguiendo con el citado artículo, entiendo que hubiera sido suficiente el acogimiento o convivencia de hecho iniciada durante la minoría de edad, pero no necesariamente tener que limitarla como hace el precepto a que se hubiera iniciado inexcusablemente antes de los catorce años, bastaría que por ejemplo el plazo fuese el que fuese, hubiérase producido ininterrumpida e inmediatamente antes de la emancipación.

En relación a las personas que no pueden adoptar (art. 175-3.º Pn) *versus* artículo 174 aP. *In fine* debiera haberse dejado la posibilidad que el juez en razón al interés del adoptando permitiera el establecimiento del vínculo adoptivo.

Y no solamente en los supuestos elencados sino incluso en aquellos casos en los cuales el adoptando mayor de edad aun sin mediar convivencia, le uniera al que pudiera ser su adoptante especiales vínculos afectivos que el juez valoraría en todo caso atendiendo a la conveniencia para el adoptando conforme a las circunstancias de cada caso (véase en este punto por analogía el art. 173 p. *in fine* C.c.).

En el análisis de los artículos 176, 177, 178 Pn *versus* 175, 176, 177 aP no se manifiestan modificaciones sustanciales.

Simplemente debo objetar que debiera haberse admitido la posibilidad de la constitución del vínculo adoptivo en algunos casos por formalización notarial cuando no hubiera intereses contrapuestos en juego. En tal sentido como expresaba el originario proyecto que no fue remitido al Congreso, casos tales como la adopción por un cónyuge del hijo de su consorte o la adopción de huérfanos por sus parientes colaterales por consanguinidad o afinidad.

Asimismo otra cuestión que no queda clara en el proyecto es si la intervención del juez se limita a una simple homologación o por el contrario es una verdadera aprobación. En el momento presente para autores tan autorizados como DIEZ PICAZO o GULLON, la intervención judicial es una verdadera aprobación y no una simple autorización. Expresan aquéllos que debe ir precedida de un juicio sobre la conveniencia de la adopción que debe realizarse conforme a las circunstancias de cada caso concreto, luego es una decisión de la autoridad del Estado. Esta opinión doctrinal que exponíamos en nuestro comentario al proyecto acerca del valor de la resolución judicial, y que nos obligaba a concluir que quizá la misma se limitara exclusivamente a constatar la concurrencia o no de los requisitos exigibles no entrando en una valoración acerca de la conveniencia o no del establecimiento del vínculo adoptivo, parece que puede mantenerse igualmente en el proyecto vigente.

En todo caso, si al juez se le atribuyen las mismas funciones decisoras que en el caso de la tutela en el que como sabemos su arbitrio es muy discrecional, la conclusión *mutatis mutandis* sería que en la adopción no sería vinculante el informe de la entidad respectiva y aquél podría decidir en sentido contrario, con lo cual quedaría claro que su decisión sería una auténtica aprobación judicial, por lo que naturalmente podría denegar la adopción solicitada, aun cumpliéndose las respectivas exigencias legales.

En otro orden no deja de ser sorprendente el giro coperciano que se ha dado al prescindir *en todo caso* de la constitución de la adopción por particulares (padres por naturaleza y adoptantes) y sustituirlo en su lugar por el obligado encauzamiento de la adopción a través de intermediarios oficiales (instituciones de integración familiar). No es entendible esta medida cuando en un sistema netamente judicialista, el juez va a intervenir decisiva y decisoriamamente en todo momento tanto en el expediente de acogimiento familiar como en el de la adopción, con lo cual podrá examinar las circunstancias del caso concreto.

Remito en este punto a una interesante enmienda formulada por el Grupo de Coalición popular (enmienda n.º 135).

Asimismo, este principio rector de la proyectada reforma (instrumentalización de las adopciones a través de entidades públicas competentes, como igualmente de instituciones privadas que fueran homologadas en su calidad de *instituciones* de integración familiar) era reconocido por la Directora General de protección jurídica del menor, en una comparecencia en el Congreso, para informar sobre las instituciones de adopción y acogimiento, cuando según palabras textuales «tal como está concebida esta ley las instituciones públicas son las que van a garantizar realmente los procesos de adopción y de acogimiento, y van a ser ellas las responsables de esta intervención judicial, en cierta forma, y van a ser ellas las responsables de esta intervención judicial, en cierta forma, que va a regular lo que hasta ahora era como un contrato privado entre adoptante y adoptado» (Boletín oficial de las Cortes Generales, 19 de febrero de 1987 p. 2.965). Argüir al respecto, por una parte la falta de claridad competencial de las susodichas entidades públicas, cuando transferidas a las Comunidades autónomas dichas atribuciones sobre protección del menor, en el momento presente, existe un cierto confusionismo y desorientación, de suerte que la propia directiva general recreación que algunas Comunidades autónomas que han recibido estas transferencias han adjudicado menores, primero a Gobernación, en algunos casos han pasado a Bienestar Social y en otros casos a Educación (Boletín de las Cortes, 19 febrero 1987, p. 2.973).

Por otra parte, destaca la falta de reglamentación conforme a la clasificación de las instituciones privadas, ¿Qué requisitos o condiciones tienen que cumplir tanto las entidades existentes en la actualidad, como las que pueden constituirse en el futuro en tanto a su homologación a la categoría de instituciones de integración familiar?

Naturalmente, a nadie se le escapa que el éxito de la reforma estribará no como expresa la Exposición de Motivos en el buen funcionamiento de la ley del menor que clasifique extremos tales como competencia jurisdiccional, y fundamentalmente toda la problemática global del menor social y jurídicamente hablando.

En relación al ordinal 1.º del artículo 177 Pn que se expresa igual que el artículo 176 aP, considero que como reflexionaba *supra* quizá hubiera sido pertinente adjuntar la posibilidad del documento auténtico, dado que según doctrina autorizada expresarse tal como se ha hecho (presencia judicial) elimina de *iure* la intervención de cualquier apoderado o mandatario.

En relación a la innecesariedad del asentimiento para los padres, art. 177-2.º; segundo Pn *versus* 176-2.º-d) aP, a mi entender parece que también debería prescindirse de aquel asentimiento cuando los padres y/o tutores hubieran sido suspendidos del derecho de guarda y educación o cuando los padres no pudieran ser localizados o habiendo sido citados no comparecieran o cuando los tutores hubieran incurrido en causa para ser removidos del cargo tutivo.

Por lo que a contrario se necesitará su asentimiento cuando por lo que respecta

a los padres no estuvieran privados de la patria potestad. En relación al tutor y/o tutores (dada la posibilidad de cotutela) el asentimiento correspondería lógicamente al tutor de la persona y no necesariamente al de los bienes.

Otro de los aspectos que resultan de indudable interés práctico y que también se ha omitido en el proyecto vigente es el tema referido al fallecimiento del adoptante posteriormente al momento de que hubiera otorgado su consentimiento. El presente texto del proyecto no se pronuncia sobre la cuestión; no obstante entiendo que al haberse prescindido de la forma notarial en la constitución de la adopción, y tener que otorgarse necesariamente a la presencia judicial el mentado consentimiento, cualquier incidencia posterior al establecimiento del vínculo adoptivo (v. gr., muerte del adoptante) no afectará al mismo, puesto que ya se ha perfeccionado el negocio jurídico familiar (*ex tunc*).

Para concluir el presente apéndice obligado en su comentario y desarrollo, en relación a los artículos 178, 179 y 180 se mantiene en líneas generales su precedente redacción de modo que me remito al comentario del trabajo.

No obstante me parece imprescindible decir unas breves notas al respecto:

Con relación al 178-1.º primero, tal como queda redactado parece que los efectos de la permanencia de los vínculos con la familia de origen se producen *ex lege*, es decir que bastará que se cumpla el supuesto de hecho que contempla el párrafo primero del precepto transcrito para que se desencadene *ope legis* la referida persistencia de las relaciones familiares con la familia por naturaleza del progenitor del hijo. Esta interpretación vendría confirmada por el propio tenor literal del párrafo segundo del mismo precepto, en el que por el contrario los efectos aludidos no se producen *ex lege*, sino *ex voluntate*, aunque su texto deja bastante que desear como tendremos ocasión sucintamente de exponer.

Otros aspectos a destacar del supuesto de la adopción por un cónyuge del hijo de su consorte es que considero que sería igualmente válido en el caso no sólo que el consorte progenitor del hijo hubiera muerto sino incluso cuando hubiera sido declarado fallecido. Asimismo entiendo que en la hipótesis que reapareciera *in posterum* y planteara la demanda, el juez no acordaría la extinción de la adopción si esta perjudicara gravemente al menor (vide art. 180 Proyecto).

Finalmente en el caso que por ejemplo, se diera otra circunstancia por la cual el consorte progenitor no pudiera dar su asentimiento tal hipótesis quedaría englobada en el párrafo segundo *in fine* del artículo 177 (innecesariedad del asentimiento cuando el que hubiera de prestarlo se encontrara imposibilitado para ello).

Con relación al punto segundo del ordinal primero del artículo 178 estimo necesario opinar lo siguiente: en primer lugar su dicción como apuntábamos *supra* es confusa porque aunque pudiera deducirse por coherencia lógica que es el juez quien concede o no, según el caso, la permanencia de los vínculos con la familia por naturaleza del progenitor que ha determinado legalmente la filiación; sin embargo no se explicita tal aserto con lo cual la omisión es criticable. En segundo lugar: el supuesto no sólo está pensado para las parejas que convivan y una de ellas hubiera tenido un hijo con progenitor distinto del conviviente y al que hubiera reconocido legalmente su filiación, sino que no es necesario la relación *more uxorio*, pues no se dice en el artículo que el que fuera adoptante conviviera con el progenitor legalmente determinado. En tercer lugar: los efectos de la permanencia de los vínculos con la familia por naturaleza tienen que ser necesariamente solicitados tanto por el adoptantes, el progenitor cuyo vínculo haya de persistir y por el adoptando mayor de doce años. Asimismo de su tenor literal se deduce que dichos efectos pueden ser solicitados en cualquier

momento y no exclusivamente en el expediente de adopción, dado que no se especifica en qué momento se actúa la mentada solicitud.

Con referencia al artículo 179 aP no se dice nada en el nuevo proyecto. A mí me parece que para más nitidez aun cuando no diciéndolo resultara obvio, no estaría de más aclarar que la pertinente resolución judicial debería ser comunicada de oficio al Registro civil competente.

¿Qué ocurre con los apellidos del adoptado? Al respecto diremos que como regla general al adoptado le corresponden los apellidos del adoptante.

La cuestión se torna más delicada en la solución a dar en el caso de adopción por un cónyuge del hijo de su consorte, parece evidente que si *adoptio naturam imitatur* al hijo adoptado debería corresponderle una situación homónima a la que ostenta el hijo por naturaleza matrimonial (un apellido de cada procedencia).

La reciente reforma del reglamento del Registro civil, 29 agosto de 1986, apuesta por esta ecléctica solución, de suerte que el artículo 201 dice: «el adoptado en forma plena por una sola persona tendrá por su orden los apellidos del adoptante. Se exceptúa el caso en que uno de los cónyuges adopte al hijo de su consorte, aunque haya fallecido, y aquél en que la única adoptante sea mujer. En este último supuesto podrá invertirse el orden con el consentimiento de la adoptante y del adoptado si es mayor de edad, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 207.»

Es decir, que como regla general el adoptado ostenta los apellidos de su adoptante; excepcionalmente en el supuesto de la adopción por un cónyuge del hijo de su consorte, para equiparar dicha condición jurídica filiacional a la del hijo matrimonial; si el adoptante es el esposo o viudo (en el caso de muerte y/o declaración de fallecimiento del consorte progenitor el hijo ostentará como apellidos el primero del adoptante y como segundo apellido el primero de la madre, y en la hipótesis de esposa y/o viuda que adopta al hijo de su cónyuge, el primer apellido del adoptado resultaría el primero paterno (progenitor) y como segundo apellido, sería el primero materno. Reitero que explico esta hipótesis en la convicción de una auténtica equiparación de efectos del hijo adoptado por el cónyuge del progenitor de aquél, con el hijo por naturaleza matrimonial de ambos.

Una cuestión directamente enlazada con el punto que exponemos es si los apellidos son impuestos como en la filiación por naturaleza matrimonial o por el contrario queda a voluntad de los interesados facultativamente el mantener o conservar el apellido del progenitor no adoptante. Así, si por ejemplo cuando adoptase el esposo si se *pudiese conservar* como segundo apellido del hijo el primero de la madre. No obstante para un mayor desarrollo del supuesto que exponemos sería necesario comentar otros preceptos reglamentarios obligados como el 198 o el 207, y asimismo del texto sustantivo el artículo 109 del Código civil, por lo que la sumariedad del presente comentario impide ahondar dichas cuestiones en este momento.

Y como epílogo decir que el artículo 180 aP queda desglosado en el nuevo proyecto en dos disposiciones (el art. 179 y el 180). Al respecto sólo añadir por mi parte que en el artículo 180-2.º Pn debiera haberse redactado de otra manera, acogiendo por analogía la fórmula tipificada en el artículo 177-2.º del Código civil, haciendo referencia por tanto *a la no intervención en el expediente ni prestado asentimiento si probaren que fue por causa no imputable a ellos.*

Evidentemente no puede ser otra la inteligencia del párrafo (aunque no se hubiese expresado en el tenor referido). Así pues, siguiendo por el contrario la dicción del proyecto, la voz «no hubieran sido oídos en el expediente», interpretándolo literalmente nos llevaría a un razonamiento absurdo, entendiendo que por obligada remi-

sión al artículo 177 se referiría al ordinal 3.º punto primero («deben ser simplemente oídos por el juez: los padres cuando su asentimiento no sea necesario para la adopción»). Naturalmente no es este el sentido del párrafo; sino que la advertida locución habrá que entenderla *lato sensu*, refiriéndose por tanto a quienes debían asentir y no lo han hecho sin culpa suya, es decir, no lo han formalizado ora en documento auténtico ora por comparecencia ante el juez.

En conclusión, quienes sólo deben ser oídos porque su asentimiento no es necesario, su no comparecencia en el decurso del procedimiento no comporta a *posteriori* un posible debilitamiento del vínculo adoptivo, porque el ser *simplemente* oído, es un requisito que en modo alguno enerva los efectos de una adopción ya constituida.

A modo de epílogo del presente apéndice, no quisiera terminar sin volver sobre un punto a mi juicio decisivo en el proyecto, cual es, la criticable preterición de la iniciativa de los particulares (que en todo caso se soslaya) en aras a la constitución del vínculo adoptivo, reconduciéndose de forma ineluctable las pretensiones adoptivas a las entidades públicas y/o instituciones de integración familiar competentes; sin que fuera en ningún caso vinculantes para éstas, la voluntad de los padres biológicos del adoptando. Prescindimos de entrar en el espinoso tema de la concreción de las entidades competentes en la tuición y/o protecciones de los menores, a pesar de la aparente claridad de la disposición adicional primera del citado proyecto.

Lo que me interesa recalcar es la incoherencia (según mi parecer) de la atribución competencial exclusiva que se les otorga a las entidades públicas en la incoación de los expedientes de adopción; cuando es lo cierto, que con un sistema como el que se nos presenta en el proyecto, se desprende de su contenido un control y fiscalización judicial, en todo caso. De suerte, que entiendo sería razonable proceder de la siguiente manera: que sea el juez a quien le correspondiera decidir la conveniencia o no de facilitar la constitución del vínculo, ora fuese en virtud de propuesta de la entidad respectiva, ora fuese iniciada aquélla por mor de la iniciativa de los propios particulares, presentando al adoptante idóneo. Entiendo que desoir tan drásticamente esta posibilidad aboca irremisiblemente a un sistema restrictivo de la libertad, en el ejercicio de la autonomía de la voluntad en las relaciones familiares *ad hoc*, quedándose siempre supeditado a la voluntad «ejercida» por la entidad respectiva, legitimada en la decisión de la oportuna propuesta de adopción. Estimo que esta solución que se preconiza y que modestamente censuro no queda exenta de las secuelas que se tildan a la otra vía que se propugna y suscribo, cual es que de esta manera se evitaría el «odioso tráfico de niños» (véase Exposición de motivos), porque ciertamente es una descalificación reversible y que por lógica reciprocidad pudiera funcionar del mismo modo, aunque exista un intermediario oficial que decida las «conveniencias» de las respectivas propuestas. Se argüía al respecto (en la votación de conjunto de este proyecto) por parte del Sr. Canella Fons que «casos de corrupción los ha habido y los puede haber en las instituciones públicas y privadas dedicadas a la protección de menores, por una sencilla razón: porque estas personas que las integran son de la misma humana condición que padres y tutores ¿por qué aquellas han de gozar de un derecho exclusivo que a éstos se les niega? Creo que los temores son infundados, máxime cuando como hemos reiterado y es argumento que constituye el eje central de la reforma, el control judicial en todo momento está asegurado; basta remitirse a la Exposición de motivos, donde se nos recuerda que este procedimiento, por lo demás sigue siendo de carácter judicial y se mantiene la necesaria intervención del Ministerio público. Si esto es así, entonces parece que deberemos concluir entendiendo que deviene *per se* contradictorio intrínsecamente el sistema forzado que

se pretende imponer, cuando de lo examinado puede colegirse que la protección del adoptando queda por ende suficientemente garantizada *toto tempore*.

SECCION PRIMERA

De la guarda y acogimiento de menores

Artículo 172. 1. La entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, está encomendada la protección de menores tiene la tutela de los que se encuentren en situación de desamparo.

2. La entidad pública asumirá sólo la guarda cuando quienes tienen potestad sobre el menor lo soliciten por no poder atenderlo por enfermedad u otra circunstancia grave, o cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda.

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

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

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

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

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

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

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

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

SECCION SEGUNDA

De la adopción

Artículo 175. 1. La adopción requiere que el adoptante tenga veinticinco años cumplidos. En la adopción por ambos cónyuges basta que uno de ellos haya alcanza-

do dicha edad. En todo caso el adoptante habrá de tener, por lo menos, catorce años más que el adoptado.

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

3. No pueden adoptar:

1.º El ascendiente a su descendiente.

2.º Un hermano a otro hermano.

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

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

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

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

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

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

2.º Ser hijo del consorte del adoptante.

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

4.º Estar emancipado.

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

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

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

Segundo. Los padres del adoptado a menos que estén privados legalmente de la patria potestad o se encuentren incurso en causa para su privación o que el hijo se hallare emancipado.

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

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

3. Deberán ser simplemente oídos por el Juez:

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

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

Tercero. El adoptado menor de doce años, si tuviere suficiente juicio.

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

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

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

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

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

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

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

Artículo 180. 1. La adopción es irrevocable.

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

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

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