

embargo, que la concepción de Costa pudiera estar en sustancia más próxima al individualismo aragonés que a la interpretación del autor.

Quizá, como se indica en la nota final (p. 95), es difícil dar una conclusión definitiva sobre la recepción en España del concepto dogmático de costumbre jurídica elaborado por Puchta. En cualquier caso, la conclusión a la que llega Joaquín Garrido, a la que se suma Ángel López en su prólogo (p. XVII), es que ese concepto, representativo de la Escuela Histórica, es en España bien recibido y resulta útil «como base de una argumentación anties-tatalista, que legitime el derecho desde “abajo”, en una concepción de la ley como poder absoluto, abstracto y tendencialmente despótico».

4. Termino. Mi juicio sobre el libro –escrito en un castellano conciso y sobrio, tan alejado del habitual barroquismo sevillano– y sobre su calidad queda claro en las páginas precedentes, más allá de alguna divergencia tan de matiz como irrelevante. No precisa, pues, de ulteriores adjetivos laudatorios ni de mayores glosas, como tampoco de alusiones al provecho que me ha reportado su lectura. En todo caso, cuando a uno «el sol comienza ya a darle en la espalda», y cuando se ha sido y se es tan crítico sobre el modo de trabajar que se ha venido imponiendo en ciertas áreas numéricamente no irrelevantes del romanismo español –y que, con certeza, tiene y tendrá su coste–, conforta comprobar resultados como el que representa este libro, que tampoco puede considerarse, desde luego, como un oasis en el desierto.

Al pertenecer el autor a la misma *koiné* que quien esto escribe, tanto por la procedencia de un tronco común como por mi vinculación, ya muy veterana, con la Facultad jurídica hispalense donde ejercí la docencia durante dos cursos académicos, quiero concluir parafraseando en cierto modo las palabras con que Ángel López cierra su excelente prólogo: Obras y autores como el de este libro, y como los que están detrás de él, constituyen un gran consuelo para quienes hemos procurado dedicar la vida, en la medida de nuestras menguadas fuerzas, a tratar de impulsar un modo que parecía acertado de entender, la investigación, la Universidad, el derecho y, en último término, la existencia.

Javier PARICIO
Catedrático de Derecho romano
Universidad Complutense

MAYOR DEL HOYO, M.^a Victoria: *La adopción en el Derecho común español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, 436 pp.

Con exhaustividad y rigor explica la profesora Mayor del Hoyo la regulación de la adopción en el Derecho común español tras las reformas introducidas por el legislador en 2015 (dejando, con buen criterio, fuera de su análisis la adopción internacional, salvando las referencias imprescindibles). Aunque los principios que inspiran estas reformas, que tocan casi todos los artículos del Código civil dedicados al instituto, no han cambiado en lo esencial, un tratamiento monográfico de la adopción no podía ser más pertinente, y así se explica en la clarificadora introducción que precede al cuerpo de la obra; en ella ya apunta la autora, reputada especialista en la materia, algunas críticas a estas reformas, que han debilitado en cierto modo la adopción como instrumento de integración familiar y no es indiscutible que respondan, en todo caso, al interés superior del menor. Las fuentes bibliográficas que maneja la

autora, todas españolas, son apabullantes; no queda obra escrita en los últimos años sobre adopción dejada de citar.

Es reseñable la estructura sistemática elegida, distribuyendo el trabajo en cuatro capítulos: comienza con los sujetos principales que intervienen en el proceso de adopción (adoptantes y adoptado); continúa con la constitución de la adopción (desde que interviene la Administración Pública competente hasta la inscripción de la resolución judicial en el Registro Civil); por último, dedica el tercer capítulo a los efectos de la adopción, y, el cuarto, a la irrevocabilidad e ineficacia de la adopción. Esta distribución clarifica la exposición de una materia tan densa, y una similar fue también la que elegimos, la profesora Barber Cárcamo y yo misma, para elaborar, entre 2016 y 2018, el *Capítulo IV: De la filiación por adopción* en la *Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil* (en adelante, PCC); dispusimos las reglas legales, con la imprescindible brevedad que demanda un Código, en tres secciones: requisitos personales, procedimiento de adopción y efectos de la adopción (arts. 224-1 a 224-16 PCC). Entonces y ahora me queda, no obstante, la misma insatisfacción: ¿cómo se pueden presentar con claridad las diferencias entre la adopción de los menores desamparados, presidida por la intervención de la Entidad Pública competente, y la adopción de menores no desamparados –o, más en general, no necesitados de la protección de una Administración–? Porque solemos obviar el distinto fundamento y tratamiento de uno y otro supuesto de adopción (el segundo grupo de adopciones se estudia no como categoría sino al hilo de las excepciones en la necesidad de propuesta previa de la Entidad Pública competente –así, Mayor del Hoyo en pp. 162 a 187, con profundidad), lo que puede incidir en la solución a problemas no resueltos. Por ejemplo, los padres por naturaleza tienen nula intervención en la elección del adoptante cuando se trata de menores desamparados, pero no es descartable que podamos admitir la exclusión como adoptante de la persona que el padre biológico ha dejado dicho, expresa y formalmente, que no quiere que adopte a su hijo no desamparado (Mayor del Hoyo entiende, sin embargo, que carece de sentido la remisión del artículo 175.1, último inciso, incluida en 2015, al artículo 245 CC –pp. 85-86–; la autora sí ve un resquicio para dar entrada a la voluntad de los padres en la elección de los adoptantes por medio de la elección de los tutores que posteriormente pueden adoptar sin necesidad de propuesta previa de la Entidad Pública).

Basta una ojeada al sumario de la obra para hacerse una idea del grado de detalle con el que se ha abordado en la monografía reseñada el estudio de la adopción en el Derecho común español, y el lector puede estar seguro de que en cada epígrafe encontrará toda la información precisa sobre los antecedentes de las distintas disposiciones y una exégesis extensa y razonada de las mismas (posibles interpretaciones, carencias, etc.). Esta capacidad de análisis hermenéutico lo apreciamos, por ejemplo, cuando aborda la adopción por parejas estables no casadas (pp. 33 a 45), la novedosa regla sobre la adopción dual en caso de ruptura (pp. 45 a 53), las exigencias relativas a la edad mínima para adoptar y la diferencia de edad que debe haber entre adoptante/s y adoptado (pp. 55 a 70), las prohibiciones para adoptar (pp. 76 ss.), la adopción *post mortem* (pp. 93 a 97), la exclusión de la adopción de un *nasciturus* (pp. 98 a 101), o la excepcional adopción de mayores de edad (pp. 105 a 113). Su bisturí lleva a la autora a plantearse, incluso, si es posible adoptar o no a un menor emancipado por vida independiente (pp. 102-103). En relación con la compleja constitución de la adopción, tratada con suma precisión (casi

200 páginas se dedican a ella), su esquema de partida es sin embargo simple, y se centra en la adopción de menores desamparados: el proceso comienza con la declaración de idoneidad emitida por la Entidad Pública competente, continúa con la selección de los adoptantes en el caso concreto y, si procede, constitución de una guarda con fines de adopción, para finalizar con el expediente judicial tramitado a instancia, normalmente, de la Entidad Pública. Considera, por último, oportuno la autora tratar en sendos capítulos la eficacia de la adopción (supuesto normal) y la ineficacia (supuesto patológico). En el capítulo tercero encontraremos desarrollados los dos ámbitos de eficacia de la adopción: respecto de la nueva familia del adoptado, en la que ingresa porque se ha determinado una filiación con iguales efectos a la natural, y respecto de la familia de origen, de la que sale el adoptado como regla general aunque puede seguir conservando algún contacto (por ejemplo en la aceptada recientemente adopción abierta); familia que, en todo caso, tiene derecho el hijo a conocer en el futuro (el derecho a conocer los orígenes biológico es, en la actualidad, estelar). En el capítulo cuarto finaliza la profesora Mayor del Hoyo su recorrido por la institución de la adopción relatando distintas vicisitudes posteriores a su constitución que pueden (o no) provocar su ineficacia: irrevocabilidad, determinación de la filiación por naturaleza con posterioridad a la adopción, extinción de la adopción a petición de los padres que no hubieran intervenido en el expediente y exclusión de funciones tuitivas y derechos del adoptante por haber incurrido en causa de privación de la patria potestad (en este último supuesto el estudio procesal tampoco falta –pp. 418 a 421–).

En el capítulo uno la autora se centra, sobre todo, en las reglas relativas a los adoptantes, con interesantes reflexiones sobre la adopción dual por un matrimonio o una pareja no casada, partiendo de la premisa de que la regulación busca garantizar una estructura familiar como principio general. Entre las reglas sobre quién puede adoptar a menores desamparados cabe destacar la nueva que permite la adopción dual por los excónyuges (art. 175.5 CC), en la que se prevén por primera vez los efectos de la separación o divorcio en una adopción en tramitación. Porque es la piedra de toque del principio que da título a uno de los epígrafes del libro: la garantía de una estructura familiar como principio general. Bien es cierto que el concepto de familia que cada uno tenga influirá en la valoración de la regulación sobre quién puede adoptar a un menor de edad, y en la actualidad cabe hablar de varios modelos familiares. No podemos olvidar que el Convenio Europeo en materia de adopción de menores atribuye una importancia especial a que la adopción proporcione al menor un hogar estable y armonioso (a juicio de la profesora Mayor del Hoyo el legislador español se ha apartado del Convenio y ha debilitado el principio de garantía de una estructura estable –p. 52–), pero debe tenerse también en cuenta que para el menor puede ser muy beneficioso consolidar sus vínculos familiares con quienes puede considerar padres, siempre que la armonía reine tras la separación o el divorcio (lo que puede valorar el Juez al constituir la adopción).

En el extenso capítulo dos se estudia la constitución de la adopción, con las reformas introducidas por la Ley 26/2015 que tienden a «agilizar los trámites de la adopción, así como a clarificar algunos aspectos de su regulación» (p. 116). Como resume la autora, esta ley introduce la regulación de la guarda con fines de adopción y reforma algunas cuestiones relativas al elemento volitivo, además de «concentrar en un único procedimiento los supuestos en que durante la tramitación del procedimiento de adopción los padres

quieren que se reconozca la necesidad de prestar asentimiento –art. 781–» (p. 117). Se dedica especial atención a la declaración de idoneidad que compete a las Comunidades Autónomas, si bien ahora están vinculadas por la definición incorporada al nuevo art. 176.3 CC. Con acierto critica la autora la prolijidad de esta definición, que incluye los sustantivos capacidad, aptitud y motivación, cuando habría sido más correcto referirse sencillamente a la aptitud (y actitud) para ejercer la responsabilidad parental y para aceptar las consecuencias y responsabilidad que conlleva la adopción (p. 125-126). Se analiza, entre otras cuestiones, si la declaración de idoneidad ha de hacerse en abstracto o en concreto respecto de un menor (pp. 126-128), los criterios de determinación de la idoneidad, que por su carácter reglamentista quizás deberían haberse introducido en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (pp. 129-131), y el régimen de la resolución de la Entidad Pública sobre la idoneidad para adoptar o no de los solicitantes, que por supuesto no les da derecho a recibir a un hijo en adopción (pp. 131-135). Es usual que se excepcione de la necesidad de declaración de idoneidad por la Entidad Pública competente, junto a los supuestos en que no hay un menor declarado previamente en situación de desamparo, el caso en que lleve el adoptando más de un año en guarda con fines de adopción (p. 137); sin embargo, creo que en este caso la declaración de idoneidad sí se habrá producido, pero la tardanza en promover la adopción permite a los adoptantes iniciar los trámites de la adopción sin necesidad de una propuesta previa de la Entidad Pública (crítica con esta posibilidad se muestra la autora en varios lugares de su obra, por ejemplo pp. 181-182, donde sí apunta que la declaración de idoneidad por la Entidad Pública se ha debido producir).

Tras la fundamental declaración de idoneidad, encontramos en el capítulo dos el estudio de la guarda con fines de adopción, que ha sustituido al acogimiento preadoptivo (no se regula, por ello, en el art. 173 bis sino en el art. 176 bis CC, y los principios que inspiran esta guarda, que tiende a la adopción del menor, son distintos a los del acogimiento, que no ciega el retorno del menor a su familia de origen). Las razones a favor de una u otra convivencia previa a la adopción las expone claramente la autora (pp. 138 ss.), resaltando la opción tomada por el legislador español en 2015 de no exigir un período probatorio obligatorio previo a la constitución de la adopción. Con agudeza detecta la profesora Mayor del Hoyo la nueva confusión que el legislador, sin querer, puede generar, ya que los guardadores quizás se hagan unas ilusiones que no se materializarán en todos los casos (la constitución de la guarda con fines de adopción no es todavía una adopción); total, para reconocerles a los guardadores los mismos derechos y obligaciones que a los acogedores (vid. pp. 143 y 156-157). Resulta, también, muy clarificadora la explicación de la autora sobre los desajustes entre distintas disposiciones legales atinentes a los plazos referentes a la guarda con fines de adopción y a la constitución de la adopción (compárense los arts. 176 bis 3, 176.2. II.3.º y 175.5 CC), que desconciertan al lector inadvertido que pretenda introducirse en la regulación de la adopción sin un bagaje doctrinal previo (una lectura resumida para salvar la deficiente técnica legislativa encontramos en la p. 149.II de la monografía). Una cuestión difícil es si ha de declararse en todo caso el desamparo con carácter previo a la guarda con fines de adopción, pues cabe imaginar algún supuesto, señala la autora, en que el menor no está desatendido y sin embargo la mejor medida de protección es su adopción; particularmente cuando la madre desea dar a su hijo en adopción, y basta entonces con que la Entidad Pública competente asuma su guarda provisional

ex art. 172.4 CC para prestarle una atención inmediata (pp. 152-154). Creo que técnicamente cabe esta solución en el tenor literal del nuevo artículo 172.4 CC, aunque está por ver la extensión que debe darse a la guarda provisional (pensada, parece, para el caso de menores extranjeros no acompañados o menores solos) como alternativa a la declaración de desamparo, cuando, en mi opinión, el presupuesto de la guarda provisional es también la falta de protección del menor por las instituciones familiares ordinarias (patria potestad, tutela, guarda de hecho).

Con detalle, como he indicado antes, se estudian los supuestos en que no exige la ley la propuesta previa de la Entidad Pública para que se constituya la adopción, y con la misma exhaustividad se abordan todos los aspectos relativos a la esencial actuación judicial en la adopción. La valentía de la profesora Mayor del Hoyo es aquí muy meritoria, pues tratar los aspectos procesales de toda institución civil requiere un mayor esfuerzo a quienes estamos especializados en Derecho civil sustantivo. No se deja nada en el tintero: cuestiones generales sobre el procedimiento de adopción (de jurisdicción voluntaria, también reformado en 2015), desarrollo del procedimiento, incluyendo todas las intervenciones necesarias, que son muchas (esta parte es absolutamente clave, pues la prestación de las declaraciones de voluntad exigidas se revela en la práctica como uno de los asuntos más problemáticos), resolución judicial y recursos, y, para finalizar, inscripción en el Registro Civil. De este capítulo destacaría las páginas dedicadas a la presencia en el proceso de los progenitores (fundamentalmente, pp. 227 a 270). Ciertamente relevante es, más que el estudio del asentimiento de la pareja del adoptante (creo que anecdótico; pensemos que en alguna Comunidad Autónoma, como Madrid, incluso se advierte a los interesados en adoptar que no soliciten la declaración de idoneidad quienes vivan en pareja y solo uno quiera adoptar –art. 58 Ley 6/1995, de 28 de marzo), el estudio del papel que juegan en el expediente de adopción los padres originarios; en definitiva, cuándo se necesita su asentimiento y cuándo solo su audiencia.

De nuevo se abre el capítulo tres con una presentación histórica de la evolución de los efectos de la adopción, que me parece muy pertinente en esta materia. Podría haberse conformado la profesora Mayor del Hoyo con señalar que la filiación adoptiva produce los mismos efectos que la filiación por naturaleza (art. 108 CC), pero prefiere concretarlos y describirlos brevemente porque esta es la única manera de comprobar si, efectivamente, una y otra filiación despliegan los mismos efectos (hasta 16 epígrafes dedica a esta tarea, abarcando desde la determinación de los apellidos hasta la sucesión nobiliaria o la filiación adoptiva en la legislación laboral). Y, junto con el efecto positivo de la adopción, no puede dejar de tratarse el efecto de la adopción en las relaciones familiares que tuviera el adoptado: la regla es la ruptura de vínculos con la familia de origen, aun con excepciones, que es algo distinto de la novedosa adopción abierta incluida en 2015 en el Código civil; en este apartado no podía faltar una referencia a los impedimentos matrimoniales con la familia de origen ni al derecho a conocer los orígenes biológicos. Recomiendo, claro, la lectura de las atinadas reflexiones de la autora sobre la adopción abierta (pp. 339 a 357), pues hay muchas maneras de entenderla y nuestro legislador ha optado por una determinada (que poco tiene que ver, probablemente, con la adopción abierta en el mundo anglosajón, pues, como señala la profesora Mayor del Hoyo, «[l]os países donde esta adopción abierta se ha consolidado cuentan con un marco legal y sociológico –o cultural– distinto al nuestro» –p. 341–). Y, por supuesto, tampoco pueden

dejar de leerse sus observaciones sobre el derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos (pp. 357-374).

El capítulo cuatro se titula irrevocabilidad e ineficacia de la adopción, es el más corto de la obra (no llega a 50 páginas), y se aprovecha para analizar escenarios diversos que pueden (o no) provocar la ineficacia de la adopción una vez constituida. Las que he llamado en otro lugar adopciones fracasadas no son ineficaces (pues la adopción es irrevocable –se mantiene por la ley este calificativo inapropiado dada la constitución judicial de la adopción, como señala la autora en p. 376), pero las estadísticas reflejan bajo el epígrafe de *rupturas* esta triste realidad. Quizás sea esta la única carencia apreciable en la obra: un estudio más minucioso de las consecuencias jurídicas que tiene el rechazo por los adoptantes del hijo adoptado, unas veces invocando error en el consentimiento –por cierto, tampoco tratado en la obra– (si fuera el caso los adoptantes podrían seguir siendo considerados idóneos para adoptar a otro menor) y otras sin poder hacerlo, pero dejando la custodia del menor en manos de la Entidad Pública (en este caso está pensando el nuevo art. 176.3. III CC). ¿Podría encajar este segundo supuesto en el art. 179 CC, si se entiende que el adoptante que así se desentiende del menor adoptado incurre en causa de privación de la patria potestad? Parece que sí. Comentando precisamente ese art. 179 CC (bajo el epígrafe ineficacia parcial de la adopción), que se solapa parcialmente con el art. 170 CC, tenemos un ejemplo de la capacidad de la autora de relacionar materias diversas, aun conectadas, que le permite interpretar críticamente las disposiciones legales: señala que una carambola legislativa ha disminuido la distancia entre padres adoptivos y padres por naturaleza, para acercarlos a aquellos, pues con la reforma del art. 756.2 CC los padres por naturaleza incurrirán en causa de indignidad para suceder a su hijo cuando hayan sido privados de la patria potestad (pp. 403-404).

En esta monografía no solo se desentraña con autoridad la regulación vigente, sino que también se hacen propuestas *de lege ferenda* para, como indica su autora, resolver problemas jurídicos detectados, dotar de coherencia al sistema y mejorar la mala técnica legislativa o el contenido material de la ley (respecto de ese contenido, ha de tenerse en cuenta que la institución de la adopción, como la filiación en general, puede estar informada por distintos valores). Me parece digno de alabanza el tratamiento que se hace de la cuestión sobre la capacidad de obrar necesaria para ser adoptante, cuestión que pone sobre el tapete el respeto de la autonomía y desarrollo libre de la personalidad de las personas con discapacidad y su imprescindible conjugación con la protección del interés del menor susceptible de adopción: defiende la profesora Mayor del Hoyo que debería explicitarse en el Código civil una regla que no excluya *a priori* y de forma general a la persona con discapacidad como posible adoptante, sino que permita una valoración *ad casum* con el tamiz del interés del menor (p. 75), solución que, en la actualidad, puede ser más correcta desde una perspectiva valorativa que la propuesta en el art. 224-1.1.a) PCC (incluimos como requisito para adoptar tener plena capacidad de obrar). Ejemplo de mala técnica legislativa es la prohibición de adoptar que pesa sobre quienes se hallen privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad o de los derechos de guarda (pp. 88 a 90), o la no exigencia expresa del consentimiento en los que la Entidad Pública delega la guarda con fines de adopción (pp. 155-156). Debería meditar, también, sobre la propuesta que hace la autora de fijación de un plazo durante el cual se pudiera proceder a la adopción de un mayor de edad o sobre la exclusión

de la adopción póstuma en este caso (pp. 112-113; en varios lugares censura la flexibilización de los requisitos para adoptar a un mayor de edad –p. 117–). Otro ejemplo de propuesta crítica encontramos en el capítulo cuatro, pues con razón lamenta la autora las dudas e inseguridades asociadas al tratamiento que merece el incumplimiento por los padres, tanto naturales como adoptivos, de sus deberes como titulares de la patria potestad, aconsejando una modificación que simplificara y aclarara el régimen (p. 405).

En conclusión, he disfrutado muchísimo con la lectura de este libro, y no puedo por menos que recomendar su lectura.

Susana QUICIOS MOLINA
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María: *Los pactos de pre-ruptura conyugal*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2018, 378 pp.

El libro que el lector tiene entre sus manos va precedido del buen nombre de su autora, Alma María Rodríguez Guitián, que en trabajos anteriores no solo demuestra un exhaustivo conocimiento sobre cada uno de los temas que investiga, sino unas excepcionales cualidades como escritora que posee la capacidad de transmitir sus ideas y conclusiones con una claridad extremadamente difícil de alcanzar en el campo de la literatura jurídica.

Quien haya leído monografías tan diferentes y rigurosas *La capacidad de testar: especial referencia al testador anciano*, libro escrito a la vez con una sensibilidad extraordinaria, o la excelente *Responsabilidad civil en el Derecho de familia* sabe perfectamente a qué me refiero.

En este caso el lector no va a quedar defraudado, pues la autora vuelve a hacer uso de una metodología en la que se maneja con soltura y que parte de un riguroso análisis de los conceptos jurídicos, de un profundo dominio de derecho comparado y de doctrina, junto con un tratamiento de las resoluciones de los tribunales (españoles y extranjeros) que aborda con gran inteligencia, sin reproducir párrafos y párrafos de sentencias, lo que agiliza la lectura y nos lleva directamente a los problemas que se quieren referir y solucionar.

Comenzando por el título –*Los pactos de pre-ruptura conyugal*– se aprecia la oportunidad del tema en un ámbito como es el de la crisis del matrimonio en el que las normas y principios tradicionales parecen tambalearse en los últimos tiempos. La materia, falta de regulación propia en el Código civil, aunque sí tratada en otros derechos autonómicos como fundamentalmente el catalán, requiere un planteamiento certero y equilibrado, que es precisamente la labor que lleva a cabo la profesora Rodríguez Guitián.

De manera ordenada y haciendo gala de un sobrado conocimiento sobre la materia la autora estructura un índice absolutamente propio y personal que divide el trabajo en tres grandes partes: una primera sobre consideraciones generales; una segunda sobre la viabilidad jurídica de los pactos; y una tercera sobre grupos concretos de casos en relación con el contenido de los pactos.

Creo que la estructura, meditada y reflexiva, es la correcta, pues antes de «echarse» al estudio concreto de los pactos es conveniente identificarlos, saber lo que son y, de manera especial, ver si sirven para solucionar problemas y no para crear otros nuevos. Sobre esta temática existen abundantes