

Algunas consideraciones críticas sobre los requisitos de la adopción: I El adoptante

Por
FRANCISCO CASTRO LUCINI
Notario

SUMARIO: I. Requisitos de la adopción: su distinción.—1. Requisitos de fondo. A) Requisitos generales: *a)* Justos motivos para adoptar. *b)* Ventajas para el adoptado. *c)* Cuestión acerca de la exigencia de ambos requisitos en la vigente legislación española. *d)* Diferencia entre las edades de adoptante y adoptado. B) Requisitos relativos al adoptante: *e)* Hallarse en pleno uso de sus derechos civiles. *f)* Haber cumplido la edad de treinta y cinco años. *g)* Carencia de descendientes. *h)* Consentimiento del adoptante y, en su caso, de su cónyuge. C) Requisitos especiales del adoptante en la adopción plena: *i)* Estado civil del adoptante pleno. *j)* Otros requisitos.

I

REQUISITOS DE LA ADOPCION: SU DISTINCION

La adopción, como cualquier suceso que acontece en el mundo real, no puede tener su origen más que en dos clases de hechos: o en un hecho de la naturaleza o en un hecho del hombre. Descartado el primero como causa eficiente, esa actuación humana que determina su nacimiento podría ser indiferente o trascendente para el Derecho. En cuanto tenga trascendencia jurídica, puede tratarse de un acto o de un negocio jurídicos. Como no me propongo plantear el problema de la naturaleza jurídica de la adopción, no veo inconveniente en afirmar, como punto de partida, que es un negocio jurídico familiar y de formación sucesiva, solemne e irrevocable por el que, mediante la aprobación judicial y cumplimiento de los requisitos legales, una persona o ambos cónyuges conjuntamente adquieren la patria potestad respecto de otra o bien se establece solamente una relación de parentesco legal de la que se derivan relaciones recíprocas y análogas a las de paternidad y filiación naturales. En todo caso, se trata de un fenómeno que el Derecho valora y regula minuciosamente, estableciendo qué presupuestos han de tener lugar y qué requisitos han de cumplir las personas que pretendan llevarlo a cabo. Esta reglamentación se hace necesaria por las importantes consecuencias que se derivan de la adopción, con re-

percusiones incluso en el estado civil (1). No se puede dejar a los particulares absoluta libertad en esta materia, pues en ocasiones se valdrían de ella para conseguir fines distintos a los que inspiran la institución. En este punto más se puede pecar por defecto que por exceso, dejando lagunas legales y no concediendo el suficiente arbitrio judicial para llenarlas.

Algunos de estos requisitos que la Ley establece para la adopción se inspiran en el viejo principio "adoptio naturam imitatur" (2), como la diferencia de edades entre adoptante y adoptado. Otros, en consideraciones sociales o políticas, más o menos justificadas, como la exigencia de la misma nacionalidad a adoptante y adoptado.

La primera distinción que puede hacerse entre los requisitos de la adopción, consagrada explícita o implícitamente por las legislaciones, es la de requisitos de fondo y requisitos de forma. La utilidad de esta distinción se muestra singularmente en la sistemática, ya que, si bien no existe inconveniente en hablar de requisitos de fondo o materiales, sería quizá más exacto referirse al procedimiento a seguir para la adopción en lugar de hacerlo a los requisitos de forma (3). A su vez, dentro de los primeros, pueden diferenciarse los requisitos generales, que afectan al conjunto de la institución, de los personales, relativos al adoptante y al adoptado. En el grupo de requisitos formales, la distinción sería entre requisitos constitutivos y requisitos de publicidad. En orden a los requisitos constitutivos se podrían subdistinguir los que han de cumplirse ante un funcionario judicial y aquellos otros realizados a presencia de un funcionario administrativo. A fin de resaltar las respectivas diferencias, examinaré dentro de cada apartado tanto los exigidos para la adopción plena como para la menos plena, con lo cual se evitan repeticiones o remisiones enojosas (4). De modo que siempre que no se haga discriminación debe entenderse que

(1) Vid. sobre este punto, en relación a las dos clases de adopción que conoce nuestro Derecho vigente, CASTRO Y BRAVO, F., *Compendio de Derecho Civil*, Madrid 1964, págs. 182-184.

(2) *Instituciones*, I, 11, 4.

(3) Sin embargo, una tal manera de expresarse no es perjudicial, pues sirve para indicar que los requisitos de forma se presentan, en cierto modo, como inseparables de los de fondo, a los que complementan, en el modo y manera que destaca la Sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Civil del Sena de 10 de febrero de 1948, al decir "que en el Derecho francés, las condiciones de fondo de la adopción son inseparables y, a decir verdad, forman parte integrante de ciertas normas que, bajo la apariencia de reglas procesales y de procedimiento, tienen en realidad por objeto habilitar a las partes para proceder a la adopción y asegurar, en interés de esas mismas partes y principalmente del adoptado, un control estimado indispensable por el legislador, en razón a la importancia de un acto tan grave, jurídica y socialmente; entre esas formalidades habilitantes, indisociables de los requisitos de fondo, figura, en nuestra legislación, la autorización judicial, bajo la forma de homologación prevista por el art. 360 del C. c."

(4) Una sistemática parecida emplea JOSSEKAND (LOUIS), en su obra *Derecho Civil*, revisado y completado por André Brun, t. I, vol. 2.^o; *La Familia*, trad. esp. de Santiago Cunchillos y Manterola, Buenos Aires 1950, págs. 419 y ss. Son posibles otras, que estimo menos ventajosas, como la de distinguir los requi-

la doctrina es común, válida para las dos clases de adopción. El principio general es el de que para la adopción plena se exigen los mismos requisitos que para la menos plena *más* otros peculiares.

1. REQUISITOS DE FONDO

A) *Requisitos generales*

Los requisitos generales son los que no afectan de modo especial ni exclusivo al adoptante, al adoptado ni a personas relacionadas con uno o con otro, sino a ambos o a la institución considerada como un todo. En ocasiones, estos requisitos no pueden fijarse de un modo absoluto, con líneas claras y precisas, sino que la dicción legal, por lo mismo que intenta abarcar la entera institución, ha de ser amplia, dejando margen al funcionario para pronunciarse según su criterio sobre su existencia o inexistencia. Tal sucede con los justos motivos necesarios para autorizar la adopción y que ésta presente ventajas para el adoptado, términos que de ninguna manera deben confundirse como sinónimos, sino que es preciso diferenciar, pues quieren decir cosas distintas. En otras ocasiones, el requisito es de fácil determinación, como la diferencia de edades entre adoptante y adoptado.

a) *Justos motivos para la adopción*

Con esta expresión u otra similar se pretende evitar que el acto se realice en fraude a la Ley y, al mismo tiempo, valorar el móvil que lo inspira. Se trata de un requisito sujeto a la apreciación discrecional del funcionario que autorice la adopción, el cual, según la jurisprudencia francesa, tiene un poder soberano en la materia y debe investigar no sólo el móvil que guía al adoptante, sino también el conjunto de hechos que rodean la adopción para extraer de los mismos las posibles intenciones de las partes (5). Según la misma, existen justos motivos en el deseo de evitar la desaparición del apellido (6), en la adopción de un hijo natural o adulterino —e incluso en su legitimación adoptiva cuando la madre ha fallecido— si se realiza para mejorar su situación, mas no si se prueba que el adoptante tenía por único objeto eludir la regularización de su unión libre con la madre del adoptado (7). Del mismo modo, estimo que serán justos motivos el

sitos subjetivos de los objetivos o la que, de modo análogo al matrimonio, los diferencia en requisitos simultáneos y posteriores.

(5) Sentencia del Tribunal civil de Brancón de 24 de mayo de 1946 (S., 47.2.57).

(6) Sentencia del Tribunal de casación de 14 de junio de 1932 (S., 35.1.271; D. P., 1932.1-173).

(7) Sentencia del Tribunal de casación de 1.º de abril de 1846 (S., 46.1.273; D., 46.1.81) y Sentencia del Tribunal de Briançon cit. confirmada por la del Tribunal de Grenoble en 26 de febrero de 1947.

deseo de consagrar por la adopción vínculos de aprecio y afecto recíproco, el de reemplazar con el adoptado al hijo fallecido, el de mejorar la situación económica del adoptado o simplemente recompensarle (8), del de proporcionar a un hijo natural un estatuto legal más favorable que el reconocimiento en aquellas legislaciones que se lo concedan, etc.

En relación con la existencia de este requisito se ha planteado el problema de si deberá rechazarse la existencia de los justos motivos cuando las partes se propongan obtener, mediante la adopción, determinados beneficios fiscales o económicos (v.gr.: pensión) o de otro tipo, pero con repercusión también económica (v.gr.: vivienda). Parece que por sí sola, la existencia de esos motivos no entraña que el acto sea inmoral o ilícito, máxime teniendo en cuenta que las propias leyes sobre tales materias ya se cuidan de especificar los requisitos que ha de reunir la adopción para repercutir sobre los derechos que regulan. Parece evidente que aunque se pruebe que con la adopción se pretendió eludir parcialmente el pago de los impuestos que el adoptado tendría que pagar de otro modo al heredar al adoptante, no es razón suficiente para anular, por sí sola, la adopción. En este sentido se pronunció el Tribunal francés del Indre (9), y después, confirmando el fallo, el Tribunal de Casación (10), y, entre nosotros, la sentencia de 30 de mayo de 1951, apoyándose en la de 15 de enero de 1915, establece que "la falta de pago del impuesto de derechos reales no desvirtúa la validez y eficacia en orden a las relaciones civiles, y únicamente da lugar a medidas fiscales y correcciones administrativas señaladas por la Ley" (11).

(8) Este era precisamente el caso de la adopción remuneratoria conocida en el antiguo Código Civil francés (art. 345) para el caso de que el adoptado hubiera salvado al adoptante en combate, incendio o naufragio, y que inspiró uno de sus libros al novelista Julio Verne.

(9) Sentencia de 22 de noviembre de 1927 (D. P., 1928.2.1.)

(10) Sentencia ya citada de 14 de junio de 1932.

(11) Esta sentencia declara no haber lugar al recurso interpuesto por A. C. P. y otros, contra la pronunciada por la Audiencia Territorial de Madrid, en juicio de mayor cuantía sobre nulidad de testamento. Los demandantes pretendían que la Duquesa de S. había adoptado a don J. G. G. con el fin de que, instituido heredero, transmitiese los bienes a los sobrinos de la causante adoptante pagando de este modo menos derechos reales, y, en consecuencia, solicitaban se declarase la nulidad de tales actos —la adopción y el testamento— "por comprender una simulación absoluta de actos jurídicos, encaminados a defraudar a la Hacienda Pública, para no abonar en la testamentaría de la Duquesa de S. los derechos reales correspondientes a herederos y legatarios, colaterales distantes y extraños, creando la figura del hijo adoptivo con encargo de distribuir la herencia", pidiendo que se declare la inexistencia o nulidad de dichos actos por "causa torpe e ilícita que había servido para su celebración, móvil o motivo indicado anteriormente", tesis que no es acogida por el Tribunal Supremo.

b) *Ventajas para el adoptado*

Que la adopción suponga ventajas para el adoptado, es requisito evidente si se parte de que la finalidad de la adopción es proteger y beneficiar al adoptado, mas no si se la concibe en interés del adoptante, como sucedía en el Derecho romano y en la codificación decimonónica, viniendo a ser medio eficaz para conservar el culto familiar o constituir el consuelo de los matrimonios estériles. Las legislaciones modernas se inspiran en el primer sentido y la mayoría consagra explícitamente este requisito (12).

La expresión "ventajas", u otra equivalente, habrá que interpretarla en sentido amplio, comprendiendo tanto las materiales como las morales, más importantes que aquéllas, destacando entre ellas la identidad de creencias religiosas (13).

Al igual de lo que hemos visto sucedía con los justos motivos, la apreciación de la existencia de las ventajas que para el adoptando ofrece la adopción y su valoración corresponderá al funcionario que haya de autorizar la adopción. Ahora bien, no se oculta la dificultad que ofrece semejante estimación. Quizá teniendo esto en cuenta, muchas legislaciones establecen estudios previos, llevados a cabo por personal especializado, para determinar la posible existencia efectiva de tales ventajas. En realidad, la solución no puede ser otra que mediante el concienzudo estudio de cada caso, realizado por personal especializado y competente. En aquellos países donde el número de personas deseosas de adoptar es muy superior al de posibles adoptados, la selección de los padres adoptivos se muestra, además, como indispensable, para asegurar al adoptado condiciones óptimas. En todo caso, es muy deseable para el feliz éxito de cada adopción en particular. Según el informe emitido por el Centro de Protección a la Infancia de París en 1951, los servicios públicos de Asistencia social realizan encuestas cerca de los alcaldes, párrocos, etc., de las sucesivas residencias de los adoptantes (14). Pero semejantes informes, que pueden dar buenos resultados en los medios rurales y en poblaciones pequeñas, donde casi todos se conocen, son difíciles y de incierto valor en las grandes ciudades. En este caso, el medio más comúnmente empleado consiste en mantener contacto durante un período de tiempo prudencial con los futuros adoptantes mediante unos funcionarios especializados, buenos conocedores de los problemas planteados y su modo de resolverlos, capaces, por otra

(12) Sin ánimo exhaustivo citamos las siguientes legislaciones: Bélgica (art. 343), Dinamarca (art. 8.º), República Dominicana (art. 343), Francia (artículo 343), Gran Bretaña (art. 3.º), Grecia (art. 1.578), Hungría (art. 49), Italia (art. 312), Méjico (art. 390), Perú (art. 326), Suecia (FB, cap. IV, art. 6.º), Suiza (art. 267) Venezuela (art. 275).

(13) La legislación de la provincia canadiense de Quebec (*Estatutos revisados de Quebec*, 1941, cap. 324, art. 4.º) exige que la religión del adoptante sea la misma en que fue bautizado el adoptado.

(14) Vid. *Journal des oeuvres de l'Enfance*, 1953, junio, núm. 71, págs. 1-14.

parte, de inspirar confianza a los observados y crear el "clima" apropiado, pues evidente resulta que los interesados no se confiarán espontáneamente y de buen grado a un magistrado. Estos funcionarios especializados están constituidos en varios países (Inglaterra, Suiza, Francia, Estados Unidos) por los "probations officers" o "asistentes sociales" en materia de adopción, los cuales, según el comunicado de la Organización Mundial de la Salud de 2 de diciembre de 1963, deberán estar perfectamente enterados, no sólo de la legislación y del procedimiento, sino también del desarrollo normal del adoptando, de los problemas que plantea su adaptación y de los métodos aplicables para asegurar la máxima eficacia de los resultados. Otro de los medios empleado con éxito en los Estados Unidos consiste en celebrar una serie de reuniones entre eventuales adoptantes y personas que han adoptado hace algún tiempo, no mucho (generalmente de seis meses a un año), a fin de que, dirigidos por un especialista en estas cuestiones, aborden los principales problemas (15). Siguiendo este sistema, se creó en París, hace unos doce años, la Association Familiale Nationale des Foyers Adoptifs para "confrontar las mutuas experiencias sobre las formalidades administrativas, el delicado problema de la revelación, el comportamiento del niño y suministrar informes". En los países anglosajones existe un período de prueba —"probation period"—cuya duración oscila de tres meses a un año, entre la adopción provisional (entrega del adoptando) y su elevación a definitiva, una vez ha sido superado con éxito. Dicho período de prueba guarda relación con la edad del adoptando. La discusión que tuvo lugar respecto a la adopción en la Cámara de los Comunes en 1949, versó precisamente sobre una moción presentada en el sentido de que cuanto mayor sea el adoptado, tanto más es preciso esperar antes de consagrar legalmente la adopción. Durante este período de prueba hay posibilidades múltiples de contrastar si la adopción ofrece ventajas para el adoptado.

c) *Cuestión acerca de la exigencia de ambos requisitos en la vigente legislación española*

Antes de la reforma introducida en la adopción por la ley de 24 de abril de 1958, requería la existencia de estos requisitos el antiguo artículo 178, "in fine", del Código civil: "... y el juez, previas las diligencias que estime necesarias, aprobará la adopción, *si está ajustada a la Ley y la cree conveniente al adoptado*". A mi entender, que la adopción esté ajustada a la Ley quería significar tanto el cumplimiento de las formalidades legales como que los motivos de la adopción sean justos, esto es, que la adopción no se realice con fines ni

(15) Vid. "Process of supervision in adoption placements; a report of the interagency discussion group of New-York City", en *Child Welfare*, vol. XXI, noviembre 1952; núm. 9, págs. 8, 9, 12 a 14, y BAUGNIET, M., "Quelques aspects de l'adoption aux Etats-Unis", en *Le Service Social*, año XXX, núm. 3, mayo-junio 1952, págs. 97-114.

ilícitos ni inmorales. Esta interpretación se refuerza por la idea escasamente formalista que inspiraba la redacción de dicho artículo y porque al cumplimiento de los trámites oportunos se refieren, además del principio del citado artículo, las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por otra parte, para que el juez aprobase la adopción requería el Código, siempre según su redacción primitiva, que el mismo juez estime que la adopción es conveniente al adoptado, y ¿qué es creer la adopción conveniente al adoptado sino reconocer la existencia de ventajas para el mismo si dicho acto se lleva a cabo? Parece que no es preciso insistir más ni esgrimir mayores razonamientos para ver claramente consagrados en nuestra derogada legislación los requisitos del artículo 343 del Código civil francés: “La adopción no puede tener lugar más que si existen justos motivos y si presenta ventajas para el adoptado”.

¿Es posible continuar afirmando la exigencia de tales requisitos a la vista del actual artículo 176 del Código civil? La respuesta no es cosa baladí, pues de que se autorice o no al juez para penetrar en la entraña del acto dependen efectos importantísimos, cuales son la protección de los intereses del adoptando, la posibilidad de evitar posibles confabulaciones contra el mismo y evitar dar un marchamo de legalidad a posibles actos fraudulentos, e incluso más: si se estima que constituyen requisitos para la adopción, en el caso de que la apreciación judicial haya sido errónea, cabrá recurrir contra ella en los términos de los artículos 1.817 a 1.824 de la Ley procesal, mientras que no será admisible recurso en el caso contrario se dirá que siempre estará abierta la posibilidad de impugnar la adopción y la aplicación de la doctrina general sobre los actos realizados en fraude a la Ley. Pero es que ello no satisface plenamente, por cuanto su ámbito de aplicación es menos radical y más circunscrito que el de la exigencia de requisitos legales con relación a la institución para la que se exigen, aparte de su difícil probanza. Además, aun en el caso de prosperar la impugnación, la Ley declara la subsistencia de los efectos ya consumados. Y el acudir a estos otros remedios lleva consigo un cierto desenfoco de la cuestión, porque una cosa es que el acto en principio sea ya ilícito o inmoral, en cuyo caso no debe autorizarse, y otra distinta que el acto, originariamente lícito y moral, se vicie posteriormente, caso en que deberá dejarse sin efecto.

En el Proyecto que el Gobierno remitió a las Cortes se decía expresamente: “El juez interrogará a cuantos intervengan en el expediente sobre la *conveniencia* de la adopción y oír al Ministerio Fiscal. Practicadas cualesquiera otras diligencias que estime necesarias, aprobará la adopción, si está ajustada a la Ley y la considera *conveniente* al adoptado” (art. 176). Pero el actual artículo 176 no recoge estos términos ni otros semejantes. Parece que se trata de un extremo que sencillamente se le pasó por alto detallar al legislador, ya que la exposición de motivos de la Ley de 1958 no manifiesta cosa alguna sobre el particular para justificar un posible cambio de orientación que, por

ser demasiado grave, hay que entender no se ha producido, si bien incumbe al intérprete justificar su punto de vista. En mi opinión, no cabe duda de que, aunque falta una formulación legal expresa, se continúan exigiendo ambos requisitos —justos motivos de la adopción y que ésta entrañe ventajas para el adoptado— por los siguientes argumentos principales:

1.º Porque nada indica que haya habido un cambio de criterio por parte del legislador, siendo de destacar el silencio de la exposición de motivos de la Ley de 24 de abril de 1958 sobre el particular.

2.º Porque frente al anterior silencio, contrasta el sentido general de la reforma, tendente a mejorar la situación jurídica del adoptado. Sería contradictorio que una Ley que aspira a mejorar la situación del adoptado permitiese la adopción aun sin ser conveniente para el mismo (16).

3.º Porque la Ley de Enjuiciamiento Civil determina expresamente que se ofrecerá información “sobre la *utilidad* de la adopción para el adoptando” y que “si el juez estimare que procede la adopción según derecho y que es *útil* al adoptando, concederá la autorización...” Sería demasiado suponer que la Ley de Enjuiciamiento Civil había quedado derogada, en este particular, por la Ley de 1958.

4.º Porque la apreciación de la existencia y valoración de dichos requisitos cabe en la amplia redacción del actual artículo 176. Las “comprobaciones necesarias” a que se refiere su párrafo segundo no pueden referirse a aquellos requisitos claramente demostrados (verbigracia: edad, estado del adoptante), sino a aquellos otros que, como los motivos alegados y la utilidad o conveniencia para el adoptando, precisan ser objeto de investigación y efectivamente comprobados.

En nuestro Derecho vigente creo que se puede llegar a estas conclusiones.

1.ª Se exige que existan justos motivos para la adopción y que ésta proporcione ventajas para el adoptando.

2.ª El juicio acerca de la existencia y valoración de tales requisitos corresponde hacerlo a los funcionarios que intervienen en el expediente y de modo principal al juez.

3.ª No es preciso que el juez al aprobar la adopción especifique que existen tales requisitos de modo concreto.

4.ª Si el juez estima que no concurren o son insuficientes y, por lo mismo, deniega la aprobación, habrá de hacerlo constar así mediante la correspondiente declaración, que es suficiente esté concebida en términos generales.

5.ª Contra la resolución judicial fundada en la existencia o inexistencia de alguno de esos requisitos, caben los recursos que deter-

(16) Manifiesta la exposición de motivos de la ley de 1958 que “el Código Civil... concibió la adopción con perfiles y efectos muy estrechos”, mientras que “la presente ley... se preocupa ante todo del aspecto personal... para mejorar la situación jurídica del adoptado”.

minan los artículos 1.819 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Resulta, pues, que en nuestra legislación la resolución judicial habrá de ser fundada, a diferencia de lo que sucede en los Derechos francés e italiano. Según el artículo 362, párrafo 1.º, del Código civil francés, después de oír al Fiscal el Tribunal decide, *sin enunciar los motivos*, si ha o no lugar la adopción. En idéntico sentido se expresa el artículo 312 del Código civil italiano: “El Tribunal, oído el Ministerio Público..., *sin expresar los motivos*, resolverá en estos términos: si ha lugar o si no ha lugar a la adopción”. Y aunque para nuestro Derecho pudiera cuestionarse si tal fundamento ha de limitarse al supuesto especial del artículo 176, párrafo 2.º, del Código civil, la contestación sería siempre negativa, pues adoptando la resolución judicial la forma de auto, se impone su fundamentación conforme al artículo 371 de la Ley procesal.

Antes de pasar más adelante interesa hacer una advertencia, y es la de que la exigencia y valoración de los justos motivos para la adopción no impide el libre juego del requisito de la causa.

Justos motivos y causa son conceptos distintos, que tienen diverso ámbito de acción. La causa, prescindiendo ahora de pormenorizar más, es algo objetivo, que está en la esencia misma de la institución, que actúa, pudiéramos decir, de dentro hacia afuera, y que no varía según el sujeto que realice el acto. La causa de la adopción será siempre la concesión recíproca entre adoptante y adoptado de su peculiar situación, que se presupone existe y es lícita. Los motivos, en cambio, son algo subjetivo, el fin concreto que pretende conseguir el agente; y, claro está, al tratarse de algo contingente y variable, no puede pertenecer a la esencia misma de la institución, pues esto implicaría que la propia institución cambiase al variar los motivos. Pero cualesquiera que sean los motivos, en la adopción han de tener un carácter común para que el acto sea válido: ser justos. Desde otro punto de vista, en la causa interesa en mayor grado la valoración jurídica que la social, mientras que en la consideración de los motivos, por lo menos en un primer momento, interviene decisivamente la valoración social antes que la estrictamente jurídica.

d) *Diferencia entre las edades de adoptante y adoptando*

Tradicionalmente se ha venido estableciendo la necesidad de que exista una cierta diferencia de edad entre adoptante y adoptado para autorizar la adopción, quizá por aplicación de la vieja máxima de que la adopción imita a la naturaleza (17). Por eso, las legislaciones suelen fijar la diferencia de tal modo que el adoptado pudiera haber sido engendrado por el o los adoptantes, lo que contribuye a mantener el secreto de la adopción.

(17) Vid. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoleon*, 4.ª edic., t. VI, núm. 12.

En este punto, caben varios sistemas: o dejar la determinación de la diferencia de edad al órgano que autoriza la adopción en atención a las circunstancias de cada caso, limitándose a exigir la Ley que tal diferencia sea conveniente o apropiada (Códigos de la Familia checoslovaco y polaco), o señalar determinadamente la Ley dicha diferencia. A su vez, dentro de éste, caben distintos criterios: o establecer una diferencia única o una diferencia variable según distintas circunstancias (v.gr.: sexo) de adoptante y adoptando; determinar una diferencia mayor o menor, etc.

La diferencia de edad más frecuente es la de dieciocho años, exigida en nuestro Derecho a partir de la reforma de 1958, que elevó la anterior de quince años: "El adoptante ha de tener, por lo menos, dieciocho años más que el adoptado" (art. 173). Como precedentes, pueden citarse el Libro I, Título XI, párrafo 4, de las Instituciones de Justiniano, según el cual quien toma un hijo por arrogación o adopción debe excederle en una pubertad completa, esto es, dieciocho años. El mismo criterio se establece en la Partida IV, título XVI, ley 2.^a, el cual subsistió en el Proyecto de Código civil de 1836, hasta que el de 1844 estableció quince años como regla general, y fue seguido por el de 1851, de donde pasó al Código civil hasta la reforma de 1958, que volvió por el criterio tradicional. Realmente se trata de una cuestión en que, una vez la diferencia de edad sea tal que salvaguarde el secreto de la adopción, tanto puede mantenerse una determinada edad como otra distinta. Cuanto menor sea la diferencia exigida, tanto más se facilitará la adopción y dejará de ser este requisito un obstáculo para llevarla a cabo. Por eso quizá hubiera sido conveniente rebajar la diferencia de edad por bajo de los dieciocho años, o, al menos, permitir su dispensa, en el caso de que uno de los cónyuges adopte a un hijo de su consorte, pues, de no ser así, como la diferencia de edades es siempre constante, puede darse el caso, sobre todo en los viudos que contraen nupcias, de no poder llevar a cabo la adopción (18). Sin embargo, la exigencia de que el adoptante tenga, por lo menos, treinta y cinco años, soslayará este problema cuando el adoptando sea de edad temprana, quedando un margen bastante amplio.

(18) Establecen la edad de dieciocho años, además de nuestra legislación, la de los siguientes países: Alemania, Argentina, Austria, Brasil, Grecia, Holanda (con límite máximo de edad consistente en cincuenta años), Perú, Rumania, Suiza, Yugoslavia, Venezuela y Azerbaijan. A veces la diferencia exigida es mayor: veinte años en Ecuador, Uruguay y Nuevo Méjico (si el adoptado es un adulto; veintidós años en Gran Bretaña y Australia, y veinticinco años en la Unión Sudafricana cuando el adoptado es mayor de dieciséis años. Más frecuentemente la diferencia es menor: diecisiete años en Méjico, dieciséis en Hungría y Puerto Rico, quince en Bélgica, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, Francia, Luxemburgo, Panamá, Salvador, Venezuela, Idaho, Nueva Jersey (si el adoptado es un adulto) y Virginia, descendiendo hasta los diez años en Rusia Blanca, Arizona, California, Georgia, Montana, Nueva Jersey, Dakota Norte y Sur, Oklahoma y Utah. No faltan legislaciones que se contentan con exigir que el adoptante sea mayor que el adoptado, como las de Canadá, Japón, la Ley búlgara de 1889 y las de algunos Estados de Norteamérica, o bien no-

B) *Requisitos relativos al adoptante*

Están constituidos por hallarse en el pleno uso de sus derechos civiles, haber cumplido la edad de treinta y cinco años y, naturalmente, prestar su consentimiento.

e) *Hallarse en pleno uso de sus derechos civiles*

Manifiesta el artículo 173 que “pueden adoptar quienes se hallen en pleno uso de sus derechos civiles”. Con la expresión *pleno uso de sus derechos civiles*, idéntica a la del anterior artículo 173, parece no haber duda que el legislador se refiere a la plena capacidad de obrar, que exige posea sin ninguna limitación el adoptante. La doctrina es unánime en reconocer que alude el Código a las situaciones indicadas en el artículo 32 como “restrictivas de la personalidad jurídica”, aunque, en realidad, bajo esa impropia denominación se quieran recoger las causas modificativas de la capacidad de obrar (19). Mas se nos ocurre preguntar: ¿todas las causas expresadas en el artículo 32 y únicamente esas causas impiden adoptar?, o, dicho de otro modo, ¿todas las personas que se encuentran en alguno de los estados mencionados en el artículo 32 y solamente éstas tienen limitado el pleno uso de sus derechos civiles?

La primera parte de la pregunta parece claro que ha de contestarse afirmativamente, y así no podrán adoptar, por carecer del pleno uso de sus derechos civiles:

1.º Los menores de edad, incluso los emancipados, si bien con respecto a ellos cualquier duda que pudiera suscitarse carece de trascendencia práctica, pues siempre existiría la imposibilidad para adoptar por no haber cumplido los treinta y cinco años. Con una interpretación literal del artículo 173 tampoco podrán adoptar los aragoneses menores de veintiún años que han contraído matrimonio, pues aunque

establecen a este respecto ninguna condición especial, como sucede en los Países Escandinavos y la U. R. S. S. El Código venezolano es original en este punto, pues exige que la diferencia de edad sea de dieciocho años si el adoptante es varón y quince años si es mujer. En Nueva Zelanda no se exige límite ni diferencia de edad para los adoptantes casados, bien adopten conjunta o separadamente; en cambio, los solteros o viudos han de tener dieciocho años más que el adoptado, si éste es de su mismo sexo y cuarenta si son de sexos distintos, si bien en este caso el juez puede conceder una dispensa.

(19) Así, manifiesta GAMBÓN ALIX, G., *la adopción*, edit. Bosch, Barcelona 1960, pág. 80, semejante expresión “significa que el presunto padre adoptivo ha de tener la capacidad de obrar civil, íntegra y perfecta, por lo que, teniendo presente el art. 32, son incapaces para adoptar los menores, los imbéciles o dementes —incluso durante sus intervalos lúcidos, pues no hay aquí excepción expresa como para la testamentifacción activa—, los sordomudos, los declarados pródigos y los que sufren interdicción civil”. No se plantea este autor la posibilidad de que resulten incluidas, conforme al citado art. 173, además de las expresadas, otras personas (salvo extranjeros y mujeres casadas), como los ausentes, los quebrados y concursados, dando por supuesto que el art. 173 agota su ámbito de aplicación en el art. 32.

el artículo 10, núm. 2.º, del Apéndice foral les declara mayores, tienen las limitaciones del artículo 12 del propio Apéndice. Sin embargo, como digo, la cuestión es puramente teórica, sin trascendencia práctica alguna.

2.º Los locos o dementes, aunque tengan intervalos lúcidos. Si el loco o demente ha sido declarado judicialmente incapaz, en el caso de haber recobrado la razón precisará obtener previamente la revocación judicial de la incapacidad para poder adoptar, ya que mientras esto no suceda estará bajo los efectos de la primitiva declaración de incapacidad, con la consecuencia de que la adopción realizada en ese estado sería nula o inexistente, no meramente anulable. Parece que esta solución es preferible a la de estimar anulable la adopción realizada por el demente incapacitado (20), ya que tal anulabilidad choca, por la indeterminación que ofrece, con la seguridad y firmeza que debe presidir los actos relativos al estado civil de las personas. Aparte de eso, la anulabilidad está pensada principalmente para los contratos, y es dudoso que la adopción lo sea. También resultaría absurdo e injusto que no pudiera pedir la anulabilidad el adoptado o su representante legal.

Si el loco o demente no ha sido declarado judicialmente tal, lo mismo que si se trata de una persona que en el momento de celebrar la adopción no está en posesión de sus facultades mentales, no obstante lo cual ha realizado la adopción (v.gr.: por escapar la verdadera situación a la apreciación del funcionario), la adopción será en principio válida, si bien podrá anularse probando la carencia de capacidad en el momento en que ésta era necesaria.

3.º Los imbeciles, bien se considere que la imbecilidad es una forma de locura, bien se estime como una causa especial de incapacitación (21). Es aplicable lo dicho acerca de la demencia.

4.º Los sordomudos que no sepan leer y escribir. Puede preguntarse si en el caso de que el sordomudo sepa leer y escribir pero no pueda (v.gr.: por ceguera, artrosis) regirá también la prohibición. Parece que puede distinguirse según que la imposibilidad sea pasajera y accidental o, por el contrario, permanente o al menos de duración indefinida. En el primer caso, tal imposibilidad momentánea no determinará la situación especial (falta de comunicación normal con el mundo circundante) que sirve de fundamento a su declaración de incapacidad y, por tanto, estimo que podría adoptar. En el segundo supuesto, estimo que la equiparación al que no sabe leer y escribir es posible y, en consecuencia, no podría legalmente adoptar. Ello con independencia del juicio que el funcionario emita acerca de la conveniencia que presenta una adopción semejante.

Aunque la incapacidad del sordomudo no es necesariamente absoluta (argumento: artículo 218), estimo que no podrá el juez autori-

(20) Vid. DE CASTRO Y BRAVO, F., *Compendio de Derecho Civil*, 1964, página 262, y *Derecho civil de España*, II, 1952, pág. 311.

(21) Cfr. CASTRO Y BRAVO, F., obras cit., págs. 264-265; 299-302.

zarle para adoptar, pues la expresión *fixar la extensión y límites de la tutela, según el grado de incapacidad* no autorizan semejante interpretación. En mayor o menor grado, el sordomudo que se encuentre en las circunstancias expresadas anteriormente tendrá limitada su capacidad de obrar y, por tanto, no gozará del pleno uso de sus derechos civiles.

3.º Los que por sentencia firme hubiesen sido declarados pródigos. Aquí son aplicables análogas consideraciones que las hechas respecto a los sordomudos. Aunque la restricción en la capacidad de obrar del pródigo se limita a la esfera patrimonial y, por lo mismo, el pródigo continúa ejerciendo la patria potestad, si bien desprovista de su contenido económico (no administra los bienes de los hijos: artículos 224 y 225 del Código civil), lo cierto es que el pródigo carece del pleno ejercicio de los derechos civiles. Por lo mismo, no podría incluirse la adopción entre los actos que el pródigo puede realizar (artículo 221, párrafo 2.º).

4.º Los que estén sufriendo la pena de interdicción civil, con mayor razón que los pródigos, pues se les priva de la patria potestad (art. 229 C. c.).

La imposibilidad de adoptar en que se encuentran los dementes, sordomudos, pródigos, interdictos y menores de edad es absoluta, no relativa. Con ello quiere decirse que no pueden adoptar por medio del tutor, actuando éste como su representante legal. Esta interpretación del artículo 173 es la que mejor se acomoda con la naturaleza y finalidad de la adopción, negocio jurídico familiar —en los que sólo excepcionalmente se admite la representación— con repercusión en el estado civil, que impone una serie de derechos y deberes recíprocos cuya trascendencia exige quede la facultad decisoria en manos del mismo adoptante y que éste sea capaz de cumplir. Es muy sintomático el silencio de nuestro Código en este punto, a diferencia de lo dispuesto en el párrafo 1.751 del B. G. B., que establece que “si el adoptante está limitado en su capacidad negocial, necesita, para celebrar el contrato de adopción, además del asentimiento de su representante legal, la aprobación del Tribunal de tutelas” y que “lo mismo vale para el hijo a adoptar, si está limitado en su capacidad negocial” (22).

En ocasiones, la interpretación que hemos expuesto producirá la consecuencia de impedir llevar a cabo la adopción plena (cuando uno de los cónyuges esté incapacitado) mientras subsista la situación de incapacidad de uno de los cónyuges. Consecuencia que puede parecer injusta, pero que se desprende de nuestro sistema.

Hemos contestado afirmativamente a la primera parte de la pregunta que nos habíamos formulado —todas las causas expresadas en el artículo 32 impiden adoptar—, y queda por responder la segunda parte de la misma, esto es, si hay alguna otra causa, además de las

(22) El Código austriaco permite adoptar a los pródigos con autorización del Tribunal y el japonés concede a los interdictos el derecho a adoptar y ser adoptados sin necesidad del consentimiento de su tutor.

que expresa el artículo 32, que entrañe una limitación del pleno uso de los derechos civiles determinante de la imposibilidad de adoptar. Para ello, examinaremos la situación del concursado o quebrado no rehabilitados, del ausente, del declarado fallecido y del extranjero.

El quebrado no rehabilitado no puede: ejercer el comercio (artículo 13, núm. 2.º, C. de c.), entrar en Bolsa (art. 15 Reglamento de la Bolsa de Madrid), ser tutor, protutor o vocal del consejo de familia (art. 237 del C. c.), ser albacea (art. 893 C. c.), mandante o mandatario (art. 1.732 C. c.), aceptar ni repudiar herencias (art. 992 C. c.), pedir la partición (art. 1.052 C. c.), división de la comunidad de bienes (art. 406 C. c.), determinando la extinción del contrato de mandato (art. 1.732) y del contrato de sociedad civil (art. 1.700 C. c.), disolviéndose las compañías colectivas y en comandita por la quiebra de cualquiera de los socios colectivos (art. 222 C. de c.), así como tampoco podrá ser árbitro (art. 20 Ley 22 de diciembre de 1953).

El concursado no rehabilitado viene afectado por la declaración de concurso de modo análogo que el quebrado por la declaración de quiebra, aparte de la regla general del artículo 1.914 del Código civil, que, en cierto modo, se corresponde con el artículo 878 del Código de comercio. Pues bien, la respuesta a la cuestión planteada depende del distinto alcance con que se conciben las limitaciones que afectan al quebrado y al concursado. Si se las entiende como prohibiciones especiales y, de otro modo, se entiende que con el pleno uso de los derechos civiles quiere aludirse a la capacidad general de obrar que no está limitada en esas personas (23), habrá que concluir por la solución permisiva. En cambio, si se interpreta el artículo 173 de modo amplio, conforme a la latitud de la expresión que emplea, y se tiene en cuenta que el quebrado y el concursado no pueden usar en toda su extensión de los derechos civiles, pues lo que precisamente se les prohíbe es el ejercicio o uso de determinados derechos, tendremos que llegar a una conclusión enteramente contraria y afirmar que, dados los términos en que está redactado el artículo 173 y las consecuencias civiles de las declaraciones de concurso o quiebra, ni el concursado ni el quebrado pueden adoptar.

Resulta evidente que el ausente, allí donde se encuentre, podrá adoptar. Si pretende hacerlo en el lugar de donde desapareció, quiere decirse que habrá terminado la situación de ausencia, durante la cual, por otra parte, se presume la existencia. En cualquier caso, resulta claro que el ausente se halla en el pleno uso de sus derechos civiles o, dicho con más propiedad, la declaración de ausencia no implica disminución de ese pleno uso de los derechos civiles y, por tanto, podrá adoptar, aun sin necesidad de pedir la revocación de la declaración de ausencia legal.

El declarado fallecido, caso de vivir, también podrá adoptar, aun-

(23) En este sentido, vid. CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, Parte General, II, 1, Madrid 1952, pág. 77.

que, como existe una presunción de muerte, parece que previamente deberá instar se deje sin efecto la resolución judicial por la que se le declaró fallecido.

En cuanto a los extranjeros, a falta de un texto expreso que, cual el artículo 345 del Código civil francés, lo autorice, hay que acudir a la regla general del artículo 27 y responder afirmativamente: los extranjeros podrán adoptar en nuestra Patria. No obstante, hay opiniones contrarias (24). En el Derecho comparado, frente a la tendencia general permisiva, en el Derecho inglés se requiere que el extranjero esté domiciliado en el Reino Unido para que pueda adoptar, si bien los extranjeros residentes en el extranjero pueden ser autorizados, bajo ciertas garantías, a llevar al adoptando inglés al país respectivo, para verificar allí la adopción. La legislación sueca establece que los extranjeros no pueden adoptar ni ser adoptados en Suecia a menos que la adopción sea válida en su país de origen; a su vez, los suecos precisan, para adoptar o ser adoptados en un país extranjero, la previa autorización real, que se concede particularmente en cada caso, y la misma norma rige en Noruega, donde, de hecho, concede la autorización el Ministro de Justicia (25). Según el Código filipino de 18 de julio de 1949, no pueden adoptar los extranjeros no residentes en Filipinas y los residentes con cuyo Gobierno la República de Filipinas ha roto sus relaciones diplomáticas (art. 334).

No creo que la remoción del tutor de su cargo, la del representante del ausente del suyo, o cualesquiera otras situaciones análogas, puedan servir de fundamento para estimar que tales personas no están en el pleno uso de sus derechos civiles y que, por tanto, no pueden adoptar. Pues una cosa es haber sido removido de un cargo determinado y otra muy distinta la cuestión de gozar plenamente los derechos civiles, aunque la remoción tenga la consecuencia de inhabilitar para el desempeño de cargos sucesivos semejantes (art. 237, núm. 4.º). Es preferible mantener que, en cada caso, el juez valorará la causa que haya dado lugar a la remoción para, a través de ella, considerar si la adopción conviene al adoptado.

Como resumen, creo conveniente indicar que al emplear la Ley la expresión "pleno uso" en vez de "plena posesión" (que es la utilizada por el Código filipino) u otra semejante, parece dar a entender que

(24) Mantiene que los extranjeros no pueden adoptar en España, Mucius Scaevola (*Código Civil concordado y comentado extensamente*, t. III, 3.ª edic., Madrid 1893, pág. 403). Este mismo autor (op. cit., pág. 391), Valverde (*Tratado*, 4.ª edic., t. IV, pág. 475) y Manresa (*Comentarios al Código Civil*, 6.ª edic., 1945, t. II) mantienen que por personas que no se hallen en el pleno uso de sus derechos civiles hay que entender exclusivamente las del art. 32 del C. c., ya que la restricción de la capacidad jurídica (sic) ha de proceder de un estado de la persona que afecte de un modo general a su determinación como individualidad de derecho en las relaciones de la vida civil.

(25) Vid. la obra del especialista en temas de adopción, Doctor CLÉMENT LAUNAY, *L'adoption: ses données médicales et psycho-sociales*, Les éditions sociales françaises, París 1954, págs. 55-58, con ejemplos prácticos de los inconvenientes expresados.

nuestro legislador concibe este requisito con gran rigor, ya que exige en el presunto adoptante no sólo que esté en la posibilidad de ostentar unos determinados derechos civiles, sino que efectivamente los ostente y, además, que pueda ejercitarlos en toda su extensión, sin limitación alguna. Punto de vista que acaso se justifica pensando en el superior interés del adoptando, que merece la máxima protección, y en que, como enseñan las estadísticas, es mucho mayor el número de personas que pretenden adoptar que el de personas, especialmente niños, dispuestos para ser adoptados.

f) *Haber cumplido la edad de treinta y cinco años*

La fijación de la edad para poder adoptar guarda relación con la política legislativa de facilitar o de restringir la adopción y con el fundamento que a esta institución se le señale. Si se quiere dar facilidades y se estima que el fundamento de la institución es la protección del adoptado, la Ley hará bien en fijar un límite mínimo de edad lo más próximo posible a la mayoría o a la pubertad. Si, por el contrario, no se quiere facilitar excesivamente la adopción y se la concibe predominando el interés del adoptante junto con la protección al superior interés de los hijos legítimos que el adoptante pueda tener, se establecerá un límite mínimo de edad más elevado. El primero de estos criterios es el que parece haber inspirado la reforma española de 1958; en cuya virtud ha disminuido el límite mínimo de edad de cuarenta y cinco a treinta y cinco años, pues, como dice la exposición de motivos de la Ley de 24 de abril de dicho año, la experiencia ha enseñado que el límite de cuarenta y cinco años establecido por el Código civil resulta en exceso dilatado. En efecto, es difícil que a esa edad quiera una persona adoptar a un menor, con la carga que ello supone, al que es posible no llegue a ver por completo situado. La adopción llevada a cabo por personas de edad, incluso matrimonios, suele dar malos resultados. Las estadísticas fijan los cincuenta años como límite máximo de edad en el adoptante si se quiere asegurar, en lo posible, el éxito de la adopción. No obstante, hay legislaciones que señalan precisamente esa edad como la mínima para poder adoptar (Alemania, Bolivia, Grecia, Italia, Luxemburgo, Mónaco y Perú). Y decimos que suelen dar malos resultados porque tales adopciones "tardías" obedecen, por lo general, a móviles egoístas en el adoptante, generalmente el temor a la soledad, por lo que prefieren adoptar a quienes han pasado ya de la pubertad y, por lo mismo, tienen el carácter formado, con el peligro que representa la inmediata convivencia de esas personas a veces pertenecientes a esferas sociales diferentes (25).

En cambio, no parece haber inspirado la reforma de nuestra legislación la interconexión del requisito de la edad mínima para adoptar con la prohibición impuesta a quienes tengan hijos o descendientes legítimos, legitimados o hijos naturales reconocidos, puesto que cabe dentro de lo posible, aun en matrimonios que contrajeron a edad tem-

prana, tener descendencia años después, y la edad de treinta y cinco años es la normal tanto en el hombre como en la mujer para poder tener hijos. Se advierte, pues, en este requisito, que nuestro legislador se ha orientado claramente en la reforma hacia la protección o el interés del adoptado.

Ahora bien, si el fundamento de haber rebajado el límite de edad mínimo para poder adoptar de los cuarenta y cinco a los treinta y cinco años radica en proteger el interés de los posibles adoptados facilitando la práctica de la adopción, que ofrece así un mayor atractivo para los adoptantes, quienes no tienen que esperar tanto como antes (lo que era causa de que muchos desistieran de adoptar), ¿cuál es el fundamento de la exigencia de esta edad especial? ¿Por qué no se permite adoptar, sin más, a los que han llegado a la edad de la pubertad —o, al menos a los que tienen dieciocho años, si se sigue el criterio justinianeo—, o, en fin, a los mayores de edad? No es fácil contestar a esta pregunta. Rota la correlación entre la fijación de la edad mínima para adoptar y la exigencia de carecer de descendientes legítimos, el fundamento de la primera podría encontrarse en que, dada la trascendencia y repercusiones de la adopción, el legislador trata de evitar adopciones prematuras, fruto del entusiasmo juvenil, pero cuyo alcance no se percibe claramente en edades tempranas, y desea por este medio que los adoptantes estén en condiciones de darse perfecta cuenta de los deberes que implica la práctica de esta institución, que se den perfecta cuenta, en suma, de que van a tener un hijo, exigiendo para ello una edad que presume la madurez.

El cómputo de la edad se hará conforme al criterio admitido para el cómputo de la mayor edad, incluyéndose completo el día del nacimiento sea cual fuere la hora de éste. No vemos inconveniente en hacer aplicación analógica del criterio establecido en el artículo 2.º de la Ley de 13 de diciembre de 1943, aunque se diga “para el cómputo de los años de la mayoría de edad”, expresión lógica, ya que de esa materia y no de otra distinta trata la Ley. Siendo la mayoría la edad más importante, en cuanto determina de modo general la plena capacidad de obrar, el criterio establecido para determinarla parece que podrá admitirse a efectos más restringidos y especiales.

Es digno de destacar que con la exigencia de este requisito de edad mínima se cierra el paso a la posibilidad de que puedan adoptar quienes no sean personas físicas. Como caso curioso de la adopción realizada por personas jurídicas citan Coll y Estevill (26) la llevada a cabo por la “Aumône Générale” —creada a consecuencia del hambre que azotó a Lyon en 1531—, que adoptaba a los huérfanos legítimos que recibía en sus asilos, durante los años que van de 1536 a 1793, en un primer período sobre la base de la costumbre, luego de sus reglamentos, y, por último, autorizada por cartas-patentes. Esta adopción

(26) Vid. COLL, J. E., y ESTIVIL, L. A., *La adopción e instituciones análogas (Estudio sociológico-jurídico)*, Buenos Aires 1947, pág. 96.

producía efectos análogos a la arrogación romana, con las limitaciones que naturalmente derivaban de la naturaleza jurídica del adoptante, quien ejercía la guarda, adquiría la patria potestad con el usufructo de los bienes del adoptado y en ciertos casos lo heredaba, aunque, como se comprende, el adoptado no pudiera heredar al adoptante. Como casos semejantes, podemos citar el tipo de adopciones “políticas” del género de la que practicó la Convención francesa al decidir que la hija de Lepelletier de Saint-Fargeau —asesinado por haber votado la muerte de Luis XVI— sería “adoptada por la Nación” (27), o Napoleón, al declarar por Decreto de 7 de diciembre de 1805 que adoptaba a los hijos de los generales, oficiales y soldados muertos en la batalla de Austerlitz, y, en fin, los “pupilos de la Nación”, nombre con el que se conoce a los huérfanos de los combatientes en las dos últimas guerras mundiales “adoptados” por las respectivas naciones. Así, el artículo 1.º de la Ley francesa de 27 de julio de 1917 establece que “Francia adopta a los huérfanos cuyo padre, madre o sostén familiar han perecido durante la guerra de 1914, víctima militar o civil del enemigo (28).

A diferencia de algunos países, como Chile, que señala el máximo de setenta años para el adoptante, no establece nuestra legislación límite máximo de edad para poder adoptar, ni tampoco prevé la posibilidad de que la exigencia de la edad mínima pueda ser dispensada, como, por ejemplo, lo permite el párrafo 1.745 del B. G. B. si el adoptante tiene la mayoría de edad.

g) *Carecer de descendientes legítimos, legitimados o hijos naturales reconocidos*

Nuestro Código da a este requisito el carácter de prohibición, al establecer en el artículo 173: “Se prohíbe la adopción: ... 2.º A los que tengan descendientes legítimos, legitimados o hijos naturales reconocidos”. No obstante, estimo más conveniente estudiarlo dentro de los requisitos, no sólo por ser el método usualmente seguido en la doctrina, sino también por el alcance general de la prohibición, aparte de que así se hace patente su verdadera importancia. Además, de incluirlo entre las prohibiciones, tendríamos que dividir éstas en dos

(27) Por Decreto de 25 de enero de 1793. Apenas existe aquí más que un mero título honorífico, no obstante lo cual, cuando la interesada quiso contraer matrimonio, la Convención deliberó sobre el extremo de si era necesario su consentimiento.

(28) La institución de los “pupilos de la Nación” había sido ya prevista por las leyes de 13 de diciembre de 1830, 13 de junio de 1850 y 26 de marzo de 1871, por las cuales Francia adoptó a los hijos de los ciudadanos muertos luchando a favor de la libertad. Cobró mayor actualidad a raíz de las guerras mundiales, con las leyes de 27 de julio de 1919 y 15 de abril de 1943, junto con el Decreto de 24 de abril de 1951. Vid. PEYRAT, “L’adoption des pupilles de l’État”, en *Sauvegarde de l’Enfance*, mayo 1949. Instituciones semejantes se conocen, a partir de la guerra del 14, en Bélgica, Bulgaria e Italia, donde fue regulada por ley de 6 de diciembre de 1925.

grupos: las especiales —eclesiásticos, tutor— y las generales, a cuyo grupo pertenece la exigencia del consentimiento del cónyuge y la que estamos estudiando.

La justificación de este requisito es fácil en la concepción tradicional de la adopción, que ve en ella un medio de consuelo para quienes carecen de hijos o un procedimiento legal destinado a asegurar la conservación del nombre familiar o la transmisión del patrimonio en ausencia de herederos de sangre directos. Sólo el interés individual o familiar del adoptante se toma aquí en consideración. Pero el fundamento no aparece tan claro si la adopción se configura desde el punto de vista moderno, en beneficio e interés del adoptado, ni siquiera argumentando que frente al interés de éste debe prevalecer el superior interés de la familia legítima e incluso de la natural reconocida, primero, porque dicho interés no se ve afectado por la concurrencia de hijos adoptivos y, en segundo lugar, porque con esa prohibición no se evita en todo caso la concurrencia, ya que es posible tener descendencia después de haber adoptado (v.gr.: adopción realizada por soltero o viudo que después se casa, adopción llevada a cabo por un matrimonio joven al que le nacen luego hijos). Nuestro legislador parece haber ido demasiado lejos cuando en el núm. 2.º del artículo 173 prohíbe la adopción a quienes tengan descendientes legítimos, legitimados o hijos naturales reconocidos, si se piensa que ni siquiera los adoptados plenamente se encuentran equiparados a los hijos legítimos ni aun a los naturales reconocidos (Cfr.: art: 174, párrafos 2.º, 4.º y 6.º), como expone el legislador en el preámbulo de la Ley (29). A mayor abundamiento, si en el anterior artículo 174, núm. 2.º, sólo se vedaba la adopción a quienes tuviesen hijos o descendientes legítimos o legitimados, sin tomar en consideración los hijos naturales reconocidos a pesar de que la adopción parecía concebida en beneficio del adoptante, con mayor razón la reforma, que mantiene criterio opuesto y pretende favorecer a los menores adoptandos, debería haber reducido al mínimo las prohibiciones. Con ello, el legislador español no hubiera hecho otra cosa que seguir la tendencia de las modernas legislaciones, las cuales aportan excepciones cada vez más numerosas a la prohibición tradicional, autorizando la adopción incluso en presencia de hijos legítimos. Si las leyes de Argentina, Bulgaria, Chile, Filipinas y Guatemala mantienen todavía dicha prohibición, ésta ha sido suprimida en Costa Rica (Decreto de 19 de mayo de 1953), Ecuador (Ley de 5 de noviembre de 1948), Suecia (Ley de 10 de junio de 1939), Noruega, Dinamarca y Holanda (Leyes de 21 de diciembre, 25 de mayo y 26 de enero de 1956, respectivamente), aparte de otros muchos países en los que el criterio tradicional es, precisamente, admitir la adopción aunque

(29) "La situación jurídica del adoptado plenamente se asemeja a la del hijo respecto de su padre, aunque no adquiera propiamente el carácter de tal..." Y con referencia al derecho sucesorio se nos dice que "la posición del adoptado plenamente queda equiparada a la del hijo natural reconocido, tanto en la sucesión legítima como en la forzosa."

el adoptante tenga hijos legítimos, como sucede en Hungría, Servia, Ley inglesa de 1926, Código soviético de la familia de 1927 y la inmensa mayoría de las estadounidenses. En Islandia se permite la adopción en este caso si existen motivos importantes, y el Código letón de 1937 si prestan su consentimiento los hijos del adoptante o si el Tribunal aprecia la existencia de motivos admisibles. Un criterio parecido inspiró la Ley francesa de 8 de agosto de 1941 para permitir, durante los dos años siguientes a su promulgación, las adopciones a quienes tuviesen hijos legítimos siempre que éstos fuesen mayores y consintiesen en la adopción o en la legitimación adoptiva, y la Ley de 17 de abril de 1951 (arts. 1.º y 2.º) modificó los artículos 344 y 368 del Código Napoleón, estableciendo que “el nacimiento de uno o varios hijos o descendientes legítimos no impide la adopción o la legitimación adoptiva, por los dos esposos, del niño que hubiesen recogido antes de dicho nacimiento”, posibilidad que debiera haber sido recogida por el legislador patrio, sobre todo para el supuesto de abandonados o expósitos cuya adopción no es posible antes de los tres años en la forma plena (art. 178, párrafo 2.º), precisamente para evitar que puedan resultar perjudicados por una medida que debiera favorecerles.

Otras veces, las legislaciones permiten obtener una dispensa, posibilidad que también se le ha escapado al legislador español, como la Ley federal alemana de 8 de agosto de 1950 y el artículo 247 del Código civil venezolano, según el cual el Tribunal competente puede, previa información de los organismos oficiales de protección a la infancia, autorizar la adopción a los matrimonios con hijos, posibilidad que la jurisprudencia ha extendido a la viuda con hijos mayores. Si la principal dificultad nace del temor a que el adoptado menoscabe los intereses materiales de la familia legítima, puede adoptarse el sistema del Decreto de 3 de noviembre de 1955 en la República de El Salvador, consistente en permitir la adopción si el adoptante prueba que posee recursos más que suficientes. Lo que no es posible es desconocer la tendencia actual de las legislaciones hacia la desaparición de semejante prohibición, puesta de manifiesto en la vecina República mediante la presentación de dos proposiciones, de Pierre Joly y la Landry, autorizando la adopción en presencia de hijos legítimos mayores y menores, respectivamente (30). Con mayor razón resulta a la hora actual completamente desfasada la prohibición de adoptar impuesta a quien tenga hijos naturales reconocidos. Buena prueba de ello es que sólo el Código venezolano de 1922 (dejando a salvo la dispensa de que hemos hablado), la Ley argentina de 23 de septiembre de 1948 y el Código civil filipino de 18 de junio de 1949 la mantienen.

Expuesto el panorama de manera general, conviene ofrecer una síntesis de las objeciones formuladas para permitir adoptar a quienes tengan descendencia, para contemplar a continuación los distintos casos.

(30) Vid. *Doc. Parl.*, 1947, pág. 1.208, núm. 1.089, y 1948, núm. 4.845.

Siguiendo a un conocido autor (31), podemos reducir a las siguientes las objeciones principales:

1.^a Sería un atentado a la familia legítima. Este argumento es más filosófico que práctico, y responde, en todo caso, a la antigua concepción de la adopción como medio para proporcionar un sucesor al jefe de familia que carecía de hijos. Supuesto que el criterio actual es otro, no hay base para mantener esta objeción.

2.^a La introducción del adoptado en la familia del adoptante podría perjudicar los derechos e intereses de los hijos legítimos, quienes deberán repartir con aquél el cariño de sus padres y la herencia futura. Este es el argumento tradicional que, reducido a su parte material, tiene escaso valor, toda vez que la Ley se cuida de reservar a los hijos por la sangre derechos preferentes a los del adoptado. En cuanto al aspecto sentimental, resulta obvio que el cariño no es mayor ni menor porque se tengan más o menos hijos, no hay un límite del cariño paterno.

3.^a La presencia de uno o de varios hijos legítimos puede comprometer el éxito de la adopción; tarde o temprano aparecerán los celos, las discusiones, las envidias y, en fin, la desavenencia. Pero, ¿es que acaso no existen esas mismas envidias y rencillas entre hermanos legítimos? Por otra parte, los numerosos ejemplos de los países anglosajones demuestran que estas objeciones no son de temer, antes al contrario, reina más armonía en el seno de las familias donde se reúnen hijos legítimos y adoptivos. Precisamente ésta fue la causa de que en las discusiones habidas con motivo de la redacción de la Adoption Act 1956 no se tocase este supuesto problema, toda vez que la experiencia había demostrado no ser tal. Debe tenerse también en cuenta que la situación del hijo único, adoptivo o no, es la menos favorable para el desarrollo de la personalidad en óptimas condiciones, mientras que la convivencia de los hermanos sólo puede reportar mutuas ventajas. Lo interesante es desarrollar en los muchachos las nociones de fraternidad, desinterés y reparto, al mismo tiempo que la emulación, lo que se consigue, cabalmente, una vez superado el período inicial de celos que se presenta en casi todos los hogares cuando un niño ve llegar a otro nuevo. Este peligro es el mismo que existe al adoptar a varios niños, lo que es perfectamente posible en nuestro Derecho.

4.^a Semejante posibilidad facilitaría la introducción en la familia de los hijos adulterinos. Se echa por tierra este argumento con sólo pensar que si, según la actual regulación civil, la adúltera es la esposa, es muy probable que el hijo adulterino sea introducido en la familia automáticamente (Cfr.: arts. 108 y 109 del Código civil). De hecho, la modificación no supondría gran cosa. ¿Es que acaso deben pagar los hijos las culpas de los padres?

(31) Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, J., "La sucesión abintestato del hijo adoptivo", en *RGLJ*, 1916, t. 128, págs. 39-60.

Veamos ahora, en particular, en qué casos se prohíbe la adopción habiendo descendientes:

1) Se refiere el Código, en primer lugar, a los descendientes legítimos. Por tales hay que entender aquellos parientes en la línea recta descendente que vivan o al menos no se presume que han muerto en el momento de realizarse la adopción que será, en nuestro Derecho, cuando se otorgue la escritura correspondiente. Jugará aquí la presunción de legitimidad de los artículos 108 y 110 del Código. Algunos autores hacen actuar también la presunción del artículo 108 en relación con el artículo 29 para contestar a la pregunta de si es preciso que el hijo legítimo haya nacido o basta que se encuentre concebido el día en que la adopción se verifica. A este respecto son posibles las siguientes soluciones, al menos en teoría:

1.^a Prohibir en absoluto la adopción cuando el hijo legítimo está sólo concebido. Puede encontrar apoyo en el artículo 29 en cuanto dice que el concebido *se tiene* por nacido para todos los efectos que le sean favorables. Resulta evidente que si el hijo no llega a nacer con las condiciones legales, cesará esa prohibición. Por ello, prácticamente lo que hay es un aplazamiento de la adopción hasta que cese la situación de pendencia o la incertidumbre, momento en que se permitirá o se prohibirá.

2.^a Permitir la adopción, puesto que el *se tiene* del artículo 29 está condicionado por el *siempre que* del mismo artículo, a reserva de la posible impugnación de la adopción al nacer el descendiente con los requisitos legales. La posibilidad de tal impugnación choca actualmente con la desaparición del anterior artículo 180, al que ha venido a sustituir el artículo 175 con la tajante declaración de irrevocabilidad. Por ello, más que impugnación habría nulidad, por tratarse de un acto contrario a la Ley o realizado en su fraude (v.gr.: para anticiparse al nacimiento).

3.^a Permitir la adopción que será firme aunque el descendiente llegue a nacer con los requisitos legales. Solución que puede justificarse por la interpretación gramatical del artículo 173 —“tengan”— y porque, por tratarse de una disposición prohibitiva, ha de interpretarse restrictivamente, aparte de la firmeza que debe mantenerse para la relación adoptiva.

Como solución práctica proponemos la de que si el juez o funcionario conoce la concepción, suspenda el expediente hasta que se sepa ciertamente el nacimiento o que éste no puede ya tener lugar. Si la concepción se ignora por el funcionario o incluso por el propio adoptante, parece lo más indicado mantener la eficacia y subsistencia de la adopción ya realizada.

Si el descendiente está ausente, como la ausencia sólo implica incertidumbre acerca de la existencia de una persona ya nacida, su ascendiente no podrá adoptar. En cambio, si se ha declarado el fallecimiento del descendiente, como tal declaración entraña la presunción de muerte, su ascendiente podrá adoptar y semejante adopción no

podrá ser dejada sin efecto aunque se pruebe que el declarado fallecido vivía en el momento de celebrarse la adopción. Con esto queda contestado que la supervivencia o superveniencia de descendientes no puede afectar a la subsistencia del vínculo adoptivo, aunque sí se podrán revocar las donaciones hechas al adoptado (art. 644 C. c.).

Por descendientes legítimos hay que entender también los procedentes de matrimonio putativo e incluso del contraído de mala fe por parte de ambos cónyuges (art. 69), salvo que dichos hijos no pudieran tener la cualidad de legitimados ni naturales, pues de dar otra interpretación al artículo 69 resultaría que los hijos adulterinos estarían en mejor condición que los hijos de padres solteros por el mero hecho de haber mediado la "comedia" o farsa de un matrimonio.

2) En segundo término se prohíbe la adopción a quienes tengan descendientes legitimados. Esta prohibición comprende las dos clases de legitimación, por subsiguiente matrimonio y por concesión del Jefe del Estado o real. Si bien la equiparación entre los descendientes legitimados por matrimonio y los legítimos resulta correcta, habida cuenta de que ambos disfrutan de los mismos derechos (art. 122), no sucede lo mismo respecto a la que se establece entre legitimados por concesión y descendientes legítimos. Parece que para ser correcto, el legislador debió equiparar los legitimados por concesión a los hijos naturales reconocidos, cuyos derechos son sustancialmente idénticos, y, por consiguiente, sólo debería prohibir la adopción a quienes tuviesen descendientes legitimados por subsiguiente matrimonio o *hijos* (no descendientes) legitimados por concesión real. Resulta evidente que la legitimación tiene que ser anterior a la adopción. Si ambas estuviesen en trámite y no se declara legitimado al hijo o descendiente o sus padres no contraen matrimonio antes de realizar la adopción, ésta, efectuada con anterioridad, será válida, sin perjuicio de la posible aplicación de la doctrina relativa a los actos realizados en fraude a la Ley, incumbiendo la prueba del mismo a quien lo alega.

3) Por último, se prohíbe la adopción a los que tengan hijos naturales reconocidos. Se trata de una prohibición que no se encontraba en la primitiva redacción del Código y acerca de la cual no contiene explicación alguna la exposición de motivos de la Ley de 1958 (32). También aquí es preciso que el reconocimiento sea anterior a la adopción, en cualquiera de sus formas, voluntaria o forzosa. Si por tratarse de los hijos naturales que la doctrina llama presuntos, reconocidos por uno sólo de los padres, se demostrase luego que su verdadera condición impedía el reconocimiento, la adopción realizada sería válida, ya que se trataría de una prohibición realmente inexistente. En efecto, según el Código, la mera existencia de hijos ilegítimos de cualquier clase, en tanto que no sean reconocidos, no impide la adopción.

(32) Se limita a decir la exposición de motivos: "Las prohibiciones referentes a los adoptantes no experimentan más alteración que la de incluir en ellas no solamente a quienes tengan hijos legítimos o legitimados, sino también naturales reconocidos".

Con mayor razón no la impedirá que el adoptante tenga ya hijos adoptivos. Aunque nuestro Código no contenga una disposición semejante al parágrafo 1.743 del B. G. B., tal solución se deduce no sólo de que no se menciona a los hijos adoptivos en el artículo 173, sino que en varios artículos emplea el plural "hijos adoptivos" (arts. 166, 174).

¿Qué carácter tiene la prohibición del artículo 173, núm. 2.º? Estimo que obligará a los españoles que pretendan adoptar en el extranjero aunque la Ley del país respectivo no conozca tal prohibición, conforme a los artículos 9.º y 11 del Código civil. Ya hemos dicho que la adopción realizada infringiendo la prohibición será nula, conforme al artículo 4.º del Código.

Señalaremos, finalmente, que la prohibición del artículo 173, número 2.º, no rige en Cataluña, en virtud de lo dispuesto en el artículo 6.º de su Compilación: "Además de las personas a que se refiere el Código civil, podrán adoptar quienes tengan hijos legítimos, legitimados o naturales reconocidos".

h) *Consentimiento del adoptante y, en su caso, de su cónyuge*

Como todo acto jurídico, la adopción supone la existencia del consentimiento enteramente voluntario y libremente emitido de los sujetos que lo celebran, siendo, en principio, perfectamente aplicable la doctrina general sobre los vicios del consentimiento. Según Manresa (33), la prestación del consentimiento de las partes es la base esencial de la adopción. La Ley inglesa concede gran importancia a este momento: todas las personas llamadas a otorgar su consentimiento deben comprender el alcance de la institución y sus consecuencias, pues una vez emitido es irrevocable.

El consentimiento del adoptante no suele plantear problemas, por cuanto ha de ser necesariamente una persona mayor de edad y capaz. En nuestro Derecho, este consentimiento se manifiesta en el escrito inicial solicitando del juez la autorización para la adopción, en la ratificación del peticionario a presencia judicial y en el momento del otorgamiento de la escritura pública correspondiente, que es el culminante y decisivo. Por ello, no vemos dificultad alguna para admitir que el adoptante puede desistir de la adopción en cualquier momento hasta tanto no haya otorgado la correspondiente escritura (34). La irrevocabilidad establecida en el artículo 175 arranca precisamente de ese otorgamiento. Creo que no cabe aquí verdadera y propia representación —que la voluntad del representante valga, en la determinación del querer interno, como si fuera la del representado—, sino sólo representación impropia, análoga a la del nuncio. No es posible que el representante decida él si ha de adoptar o no, sino que partiendo de

(33) *Comentarios*, cit., pág. 118.

(34) El art. 298 del Código Civil italiano establece que adoptante y adoptado pueden retirar su consentimiento mientras tanto no ha recaído decreto judicial.

la voluntad de adoptar de su representado se limite a manifestarla en el momento correspondiente (35). El poder deberá constar en escritura pública (art. 1.280, núm. 5.º) y ser especial, esto es, para adoptar o ser adoptado por persona determinada.

Si la adopción fuese un contrato, bastaría con el consentimiento de las partes que lo celebran; mas como no es un contrato, o, al menos no es un contrato en exclusivo interés de quienes lo celebran, pues afecta a otras personas unidas a las partes por matrimonio o vínculo parental, de aquí que muchas legislaciones exijan el consentimiento de esas otras personas a las que puede afectar la adopción; cónyuge o hijos del adoptante, otros familiares de éste, cónyuge y parientes más próximos del adoptado.

Aunque nuestro Código se refiere al consentimiento del cónyuge del adoptante al hablar de las prohibiciones, entendemos que su naturaleza es la de un verdadero requisito y, por lo mismo, nos ocupamos aquí de él. Según el artículo 173, "se prohíbe la adopción: ... 4.º Al cónyuge sin consentimiento de su consorte". Lo que equivale a decir que se precisa el consentimiento del cónyuge del adoptante para poder adoptar.

No establece la Ley la forma ni el tiempo en que el cónyuge del adoptante debe prestar su consentimiento, y como el artículo 176 no lo incluye entre aquellas personas que han de manifestarse a presencia judicial ni tampoco la Ley de Enjuiciamiento Civil lo exige así, parece que nada obsta a que ese consentimiento sea posterior a la solicitud de adopción, si bien en la práctica suele hacerse constar en ésa mediante una cláusula, poco más o menos como la siguiente: "D..., contando con el consentimiento de mi consorte, que en prueba de conformidad firma la presente solicitud..." Y el juez hará que se ratifique el cónyuge, si lo cree conveniente, para evitar pueda retirar el consentimiento en el acto de formalizar la escritura. A diferencia de lo que vimos sucedía con el consentimiento del adoptante, entiendo que una vez ratificado el cónyuge, ya no es libre para retirar el consentimiento, si bien en la práctica la disparidad de criterios que revela la voluntad de retirarlo aconsejaría al otro cónyuge desistir de la adopción.

¿Qué sucederá en el supuesto de que el cónyuge del adoptante esté incapacitado, ausente o declarado fallecido? A la vista del texto legal es posible mantener dos soluciones:

1.ª Entender que la prohibición y consiguiente exigencia del consentimiento del cónyuge del adoptante es absoluta y, por tanto, que

(35) Los párrafos 1.748, párr. 2.º, y 1.750 del B. G. B. no admiten la representación. Por el contrario, ésta se admite en Turquía, mediante poder especial o general otorgado ante Notario. En nuestra Patria, los recurrentes en la sentencia citada de 30 de mayo de 1951 pretendían que nadie puede valerse de un tercero para reconocer un hijo ni utilizar los servicios de un apoderado para legitimar un hijo y, por consiguiente, que en la adopción tampoco cabe la representación, sino que deben comparecer los mismos interesados, sobre todo el adoptante, a la presencia judicial. Pero el Tribunal Supremo, a falta de precepto especial prohibitivo, no hace suya la tesis.

no podrá adoptar. Esta solución parece más aconsejable para el caso de ausencia que para los restantes, por la presunción de vida que lleva consigo y la provisionalidad de la situación.

2.^a Entender que la exigencia legal requiere presupuesto de aplicación y así que no será preciso dicho consentimiento cuando el cónyuge no se encuentre en situación de darlo, por imposibilidad de hecho o de derecho. Solución que parece más razonable para los casos de declaración de fallecimiento —porque se presume la muerte— y ciertos supuestos de incapacidad que implican falta de discernimiento.

Optese por una u otra solución, lo que sí creo es que ese consentimiento no podrá ser suplido por el organismo tutelar, ya que se trata de una cuestión muy personal: o se le exige al mismo interesado o se prescinde del consentimiento.

¿Quid en los casos de existir separación entre los cónyuges? Si la separación es de hecho, como carece de trascendencia jurídica, tal situación es irrelevante y se precisará el consentimiento del cónyuge. Si la separación ha sido decretada judicialmente, se puede llegar a la misma conclusión considerando que el artículo 173 no hace distinción alguna y que, como en nuestra legislación no existe el divorcio vincular, siempre pueden reconciliarse los cónyuges poniendo fin a la separación, en cuyo caso se le impondría a uno de ellos la situación creada por la adopción que el otro ha realizado sin su consentimiento. Hubiera sido, por todo ello, muy conveniente que la Ley se hubiera cuidado de especificar algo más, a semejanza de legislaciones extranjeras (36). Una posible salida a estas situaciones en beneficio del cónyuge

(36) El art. 346, párr. 2.º, del C. c. francés establece que “ningún esposo puede adoptar o ser adoptado mas que con el consentimiento del otro, salvo si éste se encuentra imposibilitado para manifestar su voluntad o si existe separación de cuerpos entre ellos”.

El párrafo 1.746 del B. G. B. preceptúa: “Quien está casado sólo puede adoptar o ser adoptado con consentimiento de su cónyuge. El consentimiento no es necesario si el cónyuge no está en situación para la emisión de una declaración duraderamente o si su paradero es duraderamente desconocido”.

El art. 297 del C. c. italiano se manifiesta en parecidos términos que el nuestro, con la diferencia de exigir el “assenso” en vez del “consenso”.

El art. 345 del C. c. belga requiere el consentimiento del cónyuge del adoptante a menos que haya sido declarado ausente o exista separación de cuerpos.

Según el art. 1.573 del C. c. griego una persona casada no puede adoptar ni ser adoptada sin el consentimiento de su cónyuge, salvo que se encuentre imposibilitada de manifestar su voluntad, sea por demencia o por cualquiera otra causa.

El art. 3.º de la ley de Islandia, núm. 19, de 11 de febrero de 1953, dice que uno de los esposos puede ser autorizado a adoptar sin consentimiento del otro, si éste carece de residencia conocida, está loco o aquejado de debilidad mental. El art. 3.º de la ley noruega de 21 de diciembre de 1956 se expresa en parecidos términos, y el cap. IV, art. 3.º, de la ley sueca de 10 de junio de 1949 sienta el principio de que los esposos sólo pueden adoptar en común; sin embargo, añade, uno de ellos podrá, con el consentimiento del otro, adoptar a sus propios hijos naturales, así como a los adoptivos o legítimos de su consorte. Si uno de los cónyuges está enajenado o padece debilidad mental o se ignora su residencia, puede el otro adoptar solo. Finalmente, el art. 65, párr. 2.º, de la ley checoslovaca de 1.º de enero de 1950, dispensa al cónyuge de obtener el consentimiento de su

que pretende adoptar pudiera encontrarse interpretando la expresión "consentimiento" como *asentimiento* a la adopción que el otro cónyuge realiza y aplicando la doctrina del abuso del Derecho cuando, además, el cónyuge no adoptante hubiera sido el culpable de la separación; o bien estimando que el juez puede suplir ese consentimiento. Todo el problema se hubiera evitado si en vez de exigir el consentimiento se hubiera dicho que el cónyuge del adoptante deberá ser oído por el juez, dejando a éste en libertad para que, si su oposición fuere fundada, denegase la autorización para la adopción. Por último, se nos ocurre que también puede indagarse cuál es la razón de exigir ese consentimiento. Parece que principalmente conservar la buena armonía en la familia y evitar un posible perjuicio económico al cónyuge en la herencia de su consorte adoptante. Pues bien, siempre que la buena armonía ya no exista o haya desaparecido el carácter de heredero forzoso del cónyuge (v.gr.: por haber incurrido en justa causa de desheredación o indignidad) parece que faltará la razón para exigir ese consentimiento y, por tanto, podrá prescindirse de él.

Nuestra legislación prescinde del consentimiento de otros parientes del adoptante que puedan ser afectados por la adopción. Este criterio es acertado y está de acuerdo con las tendencias modernas de las que son exponentes los Códigos japonés de 1948 —que prescinde del consentimiento del jefe de la familia anteriormente exigido por el Código de 1898— y el italiano de 1942, cuyo artículo 297 se limita a establecer la necesidad de que los padres del adoptante sean oídos por el Tribunal, a pesar de que el Proyecto exigía el consentimiento expreso; pero, según manifestaba el Ministro de Justicia, Solmi, semejante exigencia se eliminó porque resultaba excesiva (37). Solamente el Código civil búlgaro de 1949, siguiendo a la Ley de 1889, exige el consentimiento de los padres del adoptante. Los artículos 191 y 192 del Código de los Países Bálticos de 1864, aplicado en Estonia, se limitan a establecer la necesidad de la presencia de los padres del adoptante en el acto de la adopción para que se les puedan oponer los efectos derivados de ésta (38). Por último, la Ley francesa de 8 de agosto de 1941, reformó el artículo 370 del Código Napoleón disponiendo que si uno o varios de los ascendientes de los autores de la legitimación adoptiva no han dado su adhesión a la misma de modo auténtico, el legitimado y dichos ascendientes no se deberán alimentos ni tendrán la cualidad de reservatorios en sus sucesiones recíprocas. Pero en nuestro Derecho, como los efectos de la adopción alcanzan únicamente al adoptante, de una parte, y al adoptado y sus descendientes legítimos, de otra (arts. 174, párrafo final, y 179, párrafo 1.º), es lógico no exigir el consentimiento de quienes no serán afectados de modo inmediato por la adopción. No obstante, el juez podrá oírles si lo estima conveniente,

consorte cuando existe un obstáculo difícilmente superable o sufre interdicción.

(37) Vid. *Relazione*, núm. 142.

(38) Vid. ANCEL, M., *L'adoption dans les législations modernes*, París, Sirey, 1958.

pues tal audiencia cabe dentro de la expresión “información” a que alude la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en el caso de que el adoptado estuviere sometido a la tutela de una Casa de Expósitos u otro establecimiento de beneficencia, la Administración del mismo oirá en el expediente a los más próximos parientes del adoptado; la audiencia de los parientes del adoptante, cabrá si se estima oportuno por la Administración al hacer ésta las “comprobaciones necesarias” a que alude el propio artículo 176, párrafo 2.º, del Código civil. En la generalidad de los casos se prescinde de la intervención de parientes del adoptante, a menos que éste los hubiese ofrecido en la información testifical. La diferencia establecida con respecto a los parientes del adoptado está justificada, porque si son los padres y el adoptado es menor, perderán la patria potestad. En otro caso, también se justifica, sobre todo si la adopción es plena, caso en que los parientes pierden los derechos que tuvieran respecto al adoptado (art. 179, párrafo final).

C) *Requisitos especiales del adoptante en la adopción plena*

Los requisitos expuestos hasta ahora son comunes a ambas clases de adopción, la plena y la menos plena. Mas la primera de ellas, de acuerdo con los efectos más fuertes que produce, exige también, en justa correspondencia, unos requisitos más rigurosos, los que vamos a exponer a continuación. Bien claramente establece la diferencia el artículo 172: “La adopción, por *sus requisitos* y efectos, puede ser plena o menos plena”.

Estos requisitos especiales del adoptante pleno se especifican en el párrafo 1.º del artículo 178: “Sólo podrán adoptar plenamente los cónyuges que vivan juntos, procedan de consuno y lleven más de cinco años de matrimonio. También podrán hacerlo las personas en estado de viudedad”.

De estos requisitos hay uno que se refiere al estado civil del adoptante: ser casado o viudo. Otros, que guardan estrecha relación con el estado matrimonial, bien de carácter previo —llevar cinco años de matrimonio—, bien de carácter simultáneo —proceder ambos cónyuges de consuno y vivir juntos.

i) *Estado civil del adoptante pleno*

La Ley exige que quien pretenda adoptar plenamente tenga el estado civil de casado o sea viudo. Es lógica la postura en que se coloca el legislador de exigir el matrimonio del adoptante pleno y, en este caso, que la adopción se efectúe por ambos cónyuges conjuntamente, pues la adopción plena pretende crear una situación familiar de alguna manera análoga a la que dimana de la paternidad legítima. A este respecto conviene señalar que muchos adoptantes se forman una opinión errónea de la adopción, no por ignorancia de lo que ésta sea, sino porque, engañándose a sí mismos, se hacen sinceramente ilusiones

sobre su vocación de padres que no corresponden a la realidad, fenómeno que se presenta con frecuencia en los matrimonios sin hijos, cuando los móviles reales para adoptar han sido el deseo de no diferenciarse de los demás matrimonios con hijos y, sobre todo para la mujer, poder mostrar las mismas alegrías e idénticas inquietudes que sus amigas madres de familia. En otras ocasiones se trata, en vez de esta envidia un tanto pueril, de la adopción deseada sólo por uno de los cónyuges, y a la que el otro accede por conformismo. Bien es la mujer la que siente que el matrimonio naufraga, y busca otra persona en quien depositar su cariño o un posible medio de retener al marido, caso de que éste llegue a interesarse por el niño; en este caso, el padre adoptivo no desea la adopción, el niño viene a ser una especie de regalo a su mujer, compensación tal vez inconsciente de sus faltas conyugales. Más raramente la adopción es deseada por el marido y meramente aceptada por la mujer, que, para evitar un posible conflicto, cree lo más cómodo acceder. El desacuerdo estalla cuando uno de los cónyuges se revela a los ojos del otro como incapaz de querer o educar al hijo, con mayor fuerza cuando esta incapacidad o desinterés se da en la mujer. Todo lo cual prueba que la adhesión total e igual de ambos esposos a la decisión de adoptar es requisito indispensable para una buena adopción. Aquí tendrá amplio margen la iniciativa judicial y sus aptitudes para una eficiente investigación psicológica. Otras veces se trata de esterilidad no aceptada por la mujer, que lleva a cabo la adopción impulsada por una especie de rencor contra su destino, planteándose entonces el problema en los siguientes términos: la futura madre adoptiva, ¿ha dominado su complejo encontrando la tranquilidad o bien se siente todavía presa de la angustia de ser un ser inferior? Una vez haya logrado vencer esa flaqueza, la adopción tendrá resultados favorables, habiéndose llegado a comprobar numerosos casos de mujeres que habiendo adoptado después de ocho, diez o incluso quince años de esterilidad, han concebido después de la adopción; lo que explica el ginecólogo americano W. S. Kroger por la desaparición del proceso inhibitorio debido al optimismo provocado por la adopción (39).

En cuanto al viudo, nuestra Ley le permite la adopción plena en virtud de "razones muy atendibles", según la exposición de motivos. Cuales sean éstas es fácilmente comprensible. La misma sensación de soledad, provocada por la pérdida del esposo, el deseo de llenar el vacío causado por la muerte del hijo único, la posibilidad de crear el lazo familiar con el niño a quien antes se había recogido, etc. En este caso, si el viudo que adoptó plenamente vuelve a contraer matrimonio, ¿podrá su cónyuge adoptar plenamente al que ya lo había sido por el bínubo? La adopción menos plena parece que sí será posible, pues

(39) Vid. CREAK, MILRED, "Psychiatric aspects of adoption", en *Journal of the medical women federation*, 5 de enero de 1952, págs. 35-38, y MICHEL-WOLFROM, "Psychisme et sterilité", en *Revue française de gynécologie et d'obstétr.*, 8 de mayo de 1953.

permitiendo el artículo 180 adoptar incluso al hijo legítimo, con mayor razón se permitirá adoptar al adoptivo del cónyuge. A mayor abundamiento, el párrafo final del artículo 173 dice que los cónyuges "pueden" adoptar conjuntamente, no que necesariamente deban adoptar en esa forma conjunta y simultáneamente. Como este artículo 173 es de aplicación general, parece un argumento favorable para permitir la adopción plena sucesiva de los cónyuges en este caso, una vez cumplidos los restantes requisitos del artículo 178. La exigencia de que ambos cónyuges procedan de consuno puede interpretarse en el sentido de que procedan de común acuerdo para adoptar y adopten ambos. Pero claro es que esta exigencia implica el presupuesto necesario y que cuando éste falte pueda autorizarse la práctica de la adopción plena. Queda por salvar la dificultad consistente en la posible consideración del adoptado como no abandonado ni expósito, sobre la que volveremos en su momento. Pero si bien en ese momento no tiene tal condición, la tuvo en un principio con respecto a su adoptante, lo que parece sería suficiente. La extensión de la facultad de adoptar plenamente a los viudos evita en nuestro Derecho el problema planteado en el francés (que sólo permite la legitimación adoptiva de ambos cónyuges), cuando fallece uno de los esposos después de presentada la solicitud de adopción. Y en este caso, no es posible la adopción "póstuma" prevista en el artículo 366, pues este artículo no se aplica a la legitimación adoptiva (40). En nuestro Derecho, la adopción póstuma no es posible, pero sí lo es que el viudo adopte plenamente a la persona que en esta forma se proponían adoptar él y su difunto consorte.

Una interpretación literal del inciso final del párrafo segundo del artículo 178, conduciría a la solución de que la adopción plena de los mayores de catorce años queda limitada a los cónyuges, esto es, no puede realizarla el viudo, puesto que exige que hayan sido *prohijados* antes de esta edad *por los adoptantes* (no *por el adoptante*). Esta interpretación puede apoyarse también en el cambio de redacción del párrafo que comentamos con respecto al artículo 178 del Proyecto, el cual especificaba: "Sólo podrán adoptar plenamente los cónyuges no separados legítimamente, que lo hagan de consuno y lleven más de cinco años casados; así como el viudo o viuda. Únicamente podrán ser adoptados los abandonados o expósitos que tengan menos de catorce años y lleven más de tres en cualquiera de dichas situaciones. Podrán serlo también los abandonados o expósitos menores de edad, mayores de catorce años, si con anterioridad a esta edad estuvieron *prohijados por cualquiera de los adoptantes*". Frente a esto puede

(40) Según el art. 366 del Código francés, la adopción póstuma tiene lugar cuando el adoptante fallece antes de terminar las formalidades del procedimiento, pero después de haber presentado la solicitud de homologación, en cuyo caso la adopción prosigue hasta la aprobación por el Tribunal, si ha lugar. En cambio, si la muerte es anterior a la presentación de la solicitud de homologación, la adopción resulta ya imposible. (Req. de 17 de julio de 1934; S., 1934, 1.384; D. H., 1934, 506).

mantenerse que lo que exige el precepto es que ambos cónyuges hubieran prohijado, los dos, al adoptando y que, cumplido ese requisito, el supérstite puede adoptarlo plenamente. De aquí a la conclusión de que igualmente debe permitirse la adopción plena del que antes de esa edad hubiere sido prohijado por el adoptante sólo hay un paso. En cambio, no sería posible adoptar plenamente al mayor de catorce años, prohijado antes por uno sólo de los cónyuges, viviendo ambos esposos.

j) *Otros requisitos*

En el caso de que el estado civil del presunto adoptante pleno sea el de casado, ya sabemos que no puede adoptar plenamente él solo, sino que necesita llevarse a cabo la adopción por ambos esposos, quienes tienen que reunir, además, los siguientes requisitos:

1.º *Vivir juntos*.—Se entiende que la convivencia se refiere al momento de la adopción. No la impediría la separación previa, si ha habido subsiguiente reconciliación y existe posterior convivencia, actual al adoptar. La lógica exigencia de que adopten plenamente ambos cónyuges, puesto que con esta clase de adopción se “pretende crear una situación familiar de alguna manera análoga a la que dimana de la paternidad legítima”, en frase de la exposición de motivos de la Ley de 1958, se complementa con la exigencia de que vivan juntos, requisito que corresponde a la aspiración de crear una verdadera familia, dentro de las posibilidades legales, y asegurar el éxito de la adopción. No se opone al mismo la circunstancia de que transitoriamente los cónyuges residan en distintos lugares. En cambio, no existirá este requisito cuando exista mera separación de hecho, sea o no punible. Así se desprende del cambio de expresión con referencia al Proyecto —que se refería a la separación legítima—, lo que es justo. Desde otro punto de vista, no implica este requisito la exigencia de unión física entre los esposos.

2.º *Proceder de consuno*.—Con este requisito quiere decirse que han de adoptar ambos cónyuges, no uno sólo de ellos. Desde el primer momento ha de quedar patente que la adopción la realizan ambos. Entendido con este alcance no se ve razón para llevar más adelante el rigor y exigir que la adopción sea simultánea por ambos cónyuges. Claro que necesariamente habrá de serlo (no podrá adoptar primero uno y luego otro), pero nada impedirá que la adopción se realice en escrituras separadas, como, por ejemplo, se permite el testamento mancomunado aragonés. El proceder de común acuerdo y realizar el mismo acto no se destruye por escriturarlos en documentos separados, siempre que quede claro que el acto es único (41).

(41) Vid. Sentencia de 18 de mayo de 1959. Sucede aquí lo contrario que en la adopción menos plena, en la que los cónyuges pueden adoptar conjunta o sucesivamente. Por eso Manresa decía con referencia a la legislación anterior: “Se permite que coincida la manifestación de voluntad de ambos cónyuges, pero no es preciso que lo sea en un solo acto. No deja de haber adopción conjunta

3.º *Llevar más de cinco años de matrimonio.*—Se trata de una exigencia tendente a prevenir, en la medida de lo posible, la futura superveniencia de hijos de los adoptantes, aunque no la descarta por completo, pues, según hemos dicho antes, hay casos en que precisamente la mujer ha concebido después de un plazo de hasta quince años de esterilidad, en virtud de la desaparición del proceso de inhibición debida al optimismo provocado por la adopción (42). Como dice la exposición de motivos de la Ley de 1958, “así se evitan posibles adopciones precipitadas en los primeros tiempos del matrimonio y aun cuando no se elimina la posibilidad de algún caso de supervivencia de hijos con posterioridad a la adopción, al menos se consigue con los caracteres de generalidad que deben ser contemplados por el legislador”. El cumplimiento de este requisito se acreditará normalmente con las certificaciones de matrimonio de los adoptantes. Se trata de un requisito previo, que deberá reunirse al presentar la solicitud de adopción.

aunque ambos cónyuges otorguen la respectiva escritura en momentos distintos (op. cit., pág. 109).

(42) Vid. lo expuesto en nota 39.