

Algunas consideraciones críticas sobre los requisitos de la adopción: II. El adoptado

FRANCISCO CASTRO LUCINI
Notario. Doctor en Derecho

SUMARIO: A) Requisitos de la adopción relativos al adoptado. a) Consentimiento del adoptado. b) Consentimiento del cónyuge del adoptado. c) Consentimiento de otras personas relacionadas con el adoptado. d) Otros posibles requisitos.—B) Requisitos especiales del adoptado en la adopción plena. e) Edades mínima y máxima para poder ser adoptado plenamente. f) Examen de los conceptos de “abandonado” y de “expósito”. g) Examen del concepto de prohijamiento. h) ¿Pueden asimilarse los ya adoptados a los prohijados, a los efectos del artículo 178, párrafo 2.º, inciso final del Código civil? i) Otras cuestiones relativas al adoptado. j) La adopción entre parientes. k) Las prohibiciones.

A) REQUISITOS DE LA ADOPCION RELATIVOS AL ADOPTADO

En otro lugar (1) me he referido a los requisitos generales de la adopción y los que se exigen al adoptante. Ahora corresponde hacerlo respecto a los que se exigen al adoptado, tanto los comunes para ambas clases de adopción —plena y menos plena— como los especialmente exigidos en la adopción plena.

Por lo que se refiere a los requisitos exigidos al adoptado comunes para ambas clases de adopción, nuestro Código sólo exige expresamente el consentimiento del adoptado mayor de edad y el de ciertas personas relacionadas con el mismo (cónyuge, personas que deben consentir el matrimonio del adoptado menor de edad).

a) *Consentimiento del adoptado.*

Resulta evidente la necesidad de oír al adoptado y aun de exigir su consentimiento cuando posee capacidad civil para darlo, ya que no

(1) Vid. ANUARIO DE DERECHO CIVIL, tomo XIX, fascículo II, abril-junio 1966, págs. 337-368.

se concibe una adopción “impuesta” (2). En este sentido, las legislaciones suelen anticipar a la mayoría de edad civil la edad a partir de la cual se exige el consentimiento del adoptado (3).

El Código civil español exige expresamente que el adoptado mayor de edad manifieste a la presencia judicial su consentimiento (art. 176, párrafo 1.º), y, evidentemente, el mismo consentimiento ha de ser prestado al otorgar la escritura de adopción (arts. 25 de la Ley Orgánica del Notariado de 28 de mayo de 1862 y 193 del Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944), al menos, en los supuestos ordinarios.

Parece desprenderse del artículo 176 del Código civil que el consentimiento del adoptado sólo es preciso cuando tenga veintiún años cumplidos, no cuando sea menor de edad. Tal conclusión, sin embargo, no puede aceptarse sin un análisis detenido de las situaciones en casos particulares, por lo que resulta conveniente distinguir:

1.º *Adoptado mayor de edad y capaz.*—Debe prestar su consentimiento a presencia judicial y al otorgarse la escritura.

2.º *Adoptado mayor de edad incapacitado legalmente.*—Es lógico que no se pueda exigir su consentimiento cuando no está en condiciones de darlo. Todo dependerá, pues, de la clase de incapacidad. En su lugar consentirá, según el propio artículo 176, la persona que debiera dar su consentimiento para el matrimonio del incapaz (!), disposición que comentaré más adelante. Ahora basta decir que semejante persona no existe, pues una de dos: o quien contrae matrimonio está cuerdo—en un intervalo lúcido al menos—, caso en que él dará su consentimiento, o no lo está, caso en que su consentimiento no puede ser suplido por persona alguna. Por otra parte, tampoco puede interpretarse esa referencia al “consentimiento de las personas que debieran darlo para su matrimonio” como sinónima de la licencia previa, pues ésta no se precisa para el matrimonio de los mayores de edad (cfr. artículo 45 del Código civil). Con un máximo esfuerzo interpretativo pudiera entenderse que con ello quiere aludirse al consentimiento de

(2) Desde antiguo viene concediéndose gran valor al consentimiento del adoptado. Acerca de su posible significado en el caso singular de la “adoption testamentaria” puede verse PRÉVOST, M. H.: *Adoption d'Octave*, en Rev. Int. Droit antiq., III año, t. V, 1950.

(3) Así, es de 18 años en Grecia, 16 en Bélgica, 15 en Ecuador, 14 en Alemania, Holanda, Hungría y El Salvador, 13 en Polonia, 12 en los Países Escandinavos, varios Estados de Norteamérica, Queensland (Australia), Islandia y Venezuela, descendiendo hasta los 10 años en la U. R. S. S. y en Quebec. El Código civil italiano establece que el adoptado debe ser oído si es mayor de 12 años, que hasta los 18 el consentimiento lo da su representante legal, de los 18 a los 21 debe dar su consentimiento el adoptado y el asentimiento su representante legal, y que a partir de los 21 sólo es necesario el consentimiento del adoptado (a. 296). El Código civil suizo (art. 265) y la Ley inglesa exigen el consentimiento del adoptando cuando es capaz de discernimiento, dejando la Adoption of Children Act al juez la tarea de apreciar cuándo, teniendo en cuenta su edad y grado de inteligencia, debe participar el menor en el acto de adopción.

aquellas personas que debieran prestarlo en la hipótesis de que el mayor de edad fuese menor no emancipado por anteriores nupcias y pretendiese contraer matrimonio; conforme a esto corresponderá prestar el consentimiento para la adopción del mayor de edad incapacitado legalmente a las personas enumeradas en los artículos 46 y 47 del Código civil, sin que creamos sean de aplicación las disposiciones del artículo 49, es decir, que en ningún caso podrá llevarse a cabo la adopción del incapaz mayor de edad con licencia del Ordinario o del Presidente de la Audiencia Territorial, pues la misma sólo debe actuar como supletoria dentro de su propio ámbito circunscrito al supuesto de negativa de la licencia para el matrimonio (no para la adopción) de los primeramente llamados a darla.

Aun en el caso de no aceptar la interpretación propuesta, se puede llegar a la misma conclusión. En efecto, si se quiere hacer posible la adopción de un mayor de edad incapacitado carente de discernimiento, deberá prestar el consentimiento necesario su representante legal, esto es, el tutor. Pero éste no podrá decidir tal cuestión por sí solo, sino que precisará la autorización del Consejo de familia, como órgano tutelar a quien compete resolver los asuntos de mayor importancia, pues aunque el artículo 296 del C. c. no incluya este acto expresamente, la enumeración de supuestos no es taxativa.

En cambio, cuando el adoptado mayor de edad incapaz tenga discernimiento, únicamente a él compete decidir sobre su propia persona y, por tanto, será el propio incapacitado quien deberá consentir su adopción (v. gr.: adopción del declarado pródigo) (4).

3.º *Adoptado mayor de edad incapaz de hecho, mas no legalmente.*—En este caso, a los efectos que nos interesan, el adoptado viene considerado como teniendo plena capacidad civil y, por tanto, deberá prestar personalmente el consentimiento. La adopción podrá ser impugnada, como es lógico, probando la falta de capacidad al tiempo de realizarse. Semejante prueba será, en la generalidad de los casos y una vez otorgada la escritura, muy difícil.

4.º *Adoptado menor de edad.*—Dentro de los menores de edad hay que distinguir los emancipados de los no emancipados, y dentro de aquéllos, los diferentes tipos de emancipación según las causas que la originan, por lo que este apartado se subdivide en los siguientes:

1') *Adoptado menor de edad no emancipado.*

El consentimiento para la adopción habrá de darlo la persona que deba prestarlo para el matrimonio del menor. Aquí tiene plena vigencia la norma del artículo 176 en relación con los artículos 46 y 47 del Código civil.

2') *Adoptado menor de edad emancipado por anteriores nupcias.*

Como tal menor no requiere licencia para poder contraer matri-

(4) Cfr. artículo 224 del C. c.

monio, nos encontramos ante parecido problema que hemos visto existía respecto a los incapacitados legalmente mayores de edad, con la diferencia de que en este caso el menor tiene discernimiento. Las posibles soluciones son: o mantener en toda su vigencia el artículo 176 entendiendo la frase como aquellas personas que, de no estar emancipado el menor por matrimonio, hubieran debido dar su consentimiento para éste, o llamar al tutor para que dé el consentimiento al no existir Consejo de familia, o bien entender que no se precisa más consentimiento que el del propio menor emancipado por matrimonio, puesto que la emancipación le habilita para regir su persona como si fuera mayor y no se incluye la adopción entre las limitaciones impuestas a su capacidad de obrar, que debe ser la regla general.

La solución depende de que entendamos acotado el ámbito de la exigencia del consentimiento de las personas que deban darlo para el matrimonio por el de la propia remisión que el artículo 176 efectúa a los artículos 45 y siguientes o no, estimando en este último caso tal expresión como una mera referencia para determinar las personas, pero no el presupuesto, que actúa independientemente.

3') *Adoptado menor de edad emancipado por cualquiera otra causa diferente del matrimonio.*

Estos menores requieren la licencia para contraer matrimonio, a diferencia de la interpretación que ante el silencio legal predominaba antes de la reforma de 1958 (art. 45, núm. 1.º, del C. c.) y, por tanto, precisarán el consentimiento de la persona que debiera darlo para su matrimonio, sin perjuicio de consentir, además, personalmente el adoptado. Sería excesivo interpretar que en todos los casos el consentimiento del representante sustituye al del propio interesado, cuando éste tiene capacidad para darlo.

Vemos, pues, los problemas planteados por la redacción de la ley civil sustantiva, que se agudizan al ponerse en contacto con la ley procesal, ya que mientras según la primera cuando el adoptado es menor, no sólo no aparece como necesario su consentimiento, sino que no se establece expresamente que el juez le oiga o examine (sólo con respecto a la adopción de expósitos u otros asilados establece el párrafo 2.º del artículo 176 del Código que la Administración del establecimiento —no el juez— oirá al adoptado, si tuviere suficiente juicio), según el artículo 1.827 de la Ley de Enjuiciamiento civil “cuando el adoptado sea mayor de siete años, el juez le hará comparecer para explorar su voluntad, consignándose también en los autos si está conforme con la adopción o no la contradice”. La contradicción puede resolverse, en base a los artículos 175, núm. 1.º, párr. 2.º, y 176, estimando, con el profesor DE CASTRO, que se ha suprimido la regla de la Ley de Enjuiciamiento civil por excesivamente rígida, y que ha sido sustituida por la de que el juez deberá siempre ponerse en contacto directo con el menor: primero, para averiguar la suficiencia de su juicio o estado

de razón, y luego, en su caso, para explorar su voluntad respecto a la adopción (5).

En cambio, resulta claro en nuestro Derecho que no basta con que el adoptado mayor de edad preste su consentimiento en la escritura de adopción, sino que necesariamente habrá de manifestarlo a presencia judicial, bajo pena de nulidad de la adopción. A este respecto difieren las decisiones de los tribunales brasileños: la sentencia de la Sala 1.^a de lo civil del Tribunal de Apelación de Río Grande del Sur, de fecha 10 de octubre de 1944 (recurso núm. 2.429), declaró nula la adopción en que el adoptado no estuvo presente en el acto judicial y no expresó, por tanto, su consentimiento, mientras que la de 22 de noviembre de 1942 de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo federal (recurso núm. 10.379) admitió la validez de una adopción con el ulterior consentimiento del adoptado.

El consentimiento será revocable hasta tanto se haya otorgado la escritura pública.

La defectuosa construcción de los artículos 46 y 47 del Código civil se pone de manifiesto en que no distinguiendo entre menores emancipados y no emancipados, llama subsidiariamente para prestar la licencia en todos los casos al Consejo de familia, siendo así que éste no existe para los menores emancipados. ¿Tendrá que constituirse "ex profeso" el Consejo de familia para conceder la licencia a un menor emancipado huérfano? La medida parece demasiado grave, pues es bien sabido la lenta tramitación y las dificultades que, de hecho, surgen en tales casos. Aquí se revela, una vez más, la falta de coordinación sistemática de la reforma de 1958. Este inconveniente se traslada al caso que estamos considerando, de otorgar el consentimiento para la adopción de un menor emancipado huérfano, pues aplicando en su texto los artículos 46 y 47 tendrá que constituirse un extraño Consejo de familia a estos efectos, cuando hubiera sido mucho más sencillo mantener la situación anterior a la reforma de 1958, ya recibida unánimemente por la doctrina, y, en consecuencia, no requerir la licencia para los menores emancipados, los cuales tampoco precisarían consentimiento de un órgano protector para darse en adopción. Es discutible la exigencia de una protección que ocasiona más molestias que ventajas positivas; su justificación es, al menos, muy dudosa. Una posible salida a este incongruente requisito consistiría en estimar suficiente el consentimiento del tutor del emancipado, por analogía de lo dispuesto en el artículo 317, aunque para ello hubiera que forzar ciertamente el tenor literal de los artículos 46 y 47.

Quede bien claro que cuando nos planteamos, ahora como más adelante, el problema del consentimiento lo hacemos desde el punto de vista sustantivo, no procesal (comparecencia en juicio). Una cosa es el poder comparecer en juicio personalmente —de lo que nos ocu-

(5) Vid. F. DE CASTRO, *Compendio de Derecho civil*, 2.^a edic., Madrid, 1964, pág. 200.

paremos al hablar de los requisitos de forma o procedimiento de la adopción— instando la puesta en marcha del mecanismo procesal, y otra distinta la de expresar, incluso a presencia judicial, un consentimiento. Con mayor motivo se acusará la diferencia en orden al consentimiento que ha de reflejarse en la escritura pública.

b) *Consentimiento del cónyuge del adoptado.*

Establece el artículo 176 del C. c.: “La adopción se autorizará previo expediente en el que necesariamente se manifestará a la presencia judicial el consentimiento del adoptado mayor de edad; si fuere menor o incapaz, el de las personas que debieran darlo para su matrimonio, y si fuere casado, el de su cónyuge.”

Introduce el Código, al exigir el consentimiento del cónyuge del adoptado, una novedad, ya que el anterior artículo 178 nada decía sobre este particular —de donde se desprendía no era necesario—, lo que llevó a declarar al Tribunal Supremo, en sentencia de 30 de mayo de 1951, “que no es requisito que afecte a la validez de la adopción el consentimiento del cónyuge del adoptado, pues el artículo 1.831 de la Ley de Enjuiciamiento civil se refiere al consentimiento del cónyuge del adoptante” (6). Este consentimiento plantea las siguientes cuestiones:

1.^a Ante quién deberá prestarse. Expresamente dice el Código que a presencia judicial. En mi opinión, no es preciso recogerlo nuevamente en la escritura, sino que basta con lo que acerca del mismo contenga el auto autorizando la adopción. Si en este auto no se hace referencia al consentimiento, el notario podrá dirigirse al juez solicitando la correspondiente aclaración, pues de resultar que no se ha prestado, la adopción sería nula (a. 176), con la posible responsabilidad para el funcionario autorizante. El cónyuge del adoptado no será, pues, otorgante de la escritura necesariamente, aunque, como dice el refrán, “lo que abunda no daña”, y puede ratificar así el consentimiento prestado anteriormente. Además, el artículo 1.831 de la L. E. C. preceptúa que en la escritura intervendrán el adoptante, el padre o la madre del adoptando y éste si fuere mayor de catorce años, omitiendo, como se ve, al cónyuge.

2.^a Carácter de este requisito. Se trata de un requisito esencial, cuya omisión determina la nulidad de la adopción (art. 176, párr. final). El cónyuge no precisa manifestar los motivos de su oposición o no prestación del consentimiento, que no podrá suplirse en casos normales ni prescindirse del mismo, debiendo el juez dar por terminado el expe-

(6) Creemos es una errata y querrá decir “el art. 1.831 de la L. E. C. no se refiere al consentimiento del cónyuge del adoptado”. Bien es verdad que tampoco se refiere al consentimiento del cónyuge del adoptante, cuya necesidad deriva del antiguo artículo 174 del Código civil, por lo que la referencia más indicada parece ser a éste.

diente sin aprobar la adopción en cuanto se patentice la falta de consentimiento del cónyuge del adoptado.

3.^a En situaciones anormales (ausencia, incapacidad, separación, etcétera), estimo será aplicable lo dicho anteriormente con respecto al consentimiento del cónyuge del adoptante, que se da aquí por reproducido, con la salvedad que no será preciso conste en la escritura el particular concreto de que se trate.

c) *Consentimiento de otras personas relacionadas con el adoptado.*

Exige el artículo 176 del Código civil que si el adoptado fuere menor o incapaz se manifieste a presencia judicial el consentimiento de las personas que debieran darlo para su matrimonio.

Nada impide que la ley fije una mayoría de edad especial para ser adoptado, distinta la mayoría de edad civil, alcanzada la cual no precise el adoptado el consentimiento de sus padres o representantes legales. Esta edad puede estar por encima de la establecida con carácter general, como sucedía en el art. 346 del Código civil francés de 1804, en el que era de veinticinco años, o en los Códigos austriaco de 1811, italiano de 1865, rumano de 1864 o japonés anterior al de 1948; pero lo más frecuente es que sea inferior, predominando entonces en las legislaciones el criterio de exigir, como suplemento o complemento de capacidad, el consentimiento de ambos padres y no referirlo tan sólo como hace nuestro Código a uno de ellos (v. gr.: parágrafo 1.747 del B. G. B., art. 297, párr. 2.^o del Código civil italiano y art. 347 del Código civil francés). En efecto, parece evidente que por regla general, las razones que pueda tener la madre para oponerse —y, por tanto, no consentir— la adopción de su hijo son, por lo menos, tan respetables como los motivos que pueda esgrimir el padre, si no superiores; ya estamos lejos de la concepción individual de la patria potestad como poder exclusivo del padre, superada por la de concebirla como función conjunta del padre y de la madre. Nuestra legislación no ha aprovechado la reforma de 1958 para recoger este sentido moderno de la adopción y, en virtud de la remisión del art. 176 a los arts. 46 y 47 del Código, corresponderá dar el consentimiento primero al padre y sólo subsidiariamente a la madre.

Además de este motivo de crítica, incurre el art. 176 en el defecto de equiparar el menor al incapaz, con las consecuencias que de ello se derivan, según vimos en el apartado a). Recapitulado lo dicho entonces, habremos de contemplar separadamente los distintos supuestos.

1) Adoptado mayor de edad incapaz. Opino que la ley se refiere al que haya sido declarado judicialmente incapacitado, no al que sólo lo sea de hecho, pues éste conserva a su favor la presunción de capacidad. En este caso:

1 a) Si la incapacidad implica la falta de discernimiento que se precisa para consentir (caso del loco, del imbécil —aunque la cuestión sea dudosa— y del sordomudo que no sepa leer ni escribir cuando

la resolución judicial así lo aprecie), el consentimiento deberá prestarlo su tutor con autorización del Consejo de familia.

1 *b*) Si la incapacidad no lleva consigo la falta de discernimiento (como sucede con el pródigo y el interdicto) el consentimiento deberá prestarlo el mismo mayor incapacitado.

2) Adoptado menor de edad emancipado. Hay que partir de la regla general de que la emancipación habilita al menor para regir su persona como si fuera mayor y conciliarla con la exigencia del art. 176 en relación con el art. 45, para lo que es conveniente distinguir estos supuestos:

2 *a*) Emancipado por matrimonio. Entiendo que no precisa consentimiento de persona alguna —salvo el del cónyuge— porque el artículo 45 le dispensa de obtener el consentimiento para el matrimonio y como el art. 176 se remite a los arts. 46 a 48, que son aplicación del art. 45, debe entenderse en la extensión que el propio art. 45 —al que se remite— establece. Además, juega la regla general del artículo 317, no figurando la limitación de darse en adopción entre las restricciones de su capacidad de obrar.

2 *b*) Emancipado por cualquiera otra causa que no sea el matrimonio (y la mayor edad, si ésta se considera como causa de emancipación, solución muy dudosa). Se precisará el consentimiento del mismo menor emancipado y, además, como complemento de su capacidad, el de las personas que deban darlo para su matrimonio, que veremos a continuación.

3) Adoptado menor de edad no emancipado. En principio, conforme al Código civil, parece que bastará el consentimiento de la persona que deba darlo para su matrimonio, que será:

3 *a*) Si es hijo legítimo, su padre; faltando éste o hallándose impedido, en orden sucesivo, la madre, el abuelo paterno, el materno, las abuelas paterna y materna y, en defecto, el Consejo de familia (art. 46).

3 *b*) Si es hijo natural reconocido o legitimado por concesión real —los legitimados por matrimonio se equiparan a los legítimos— el consentimiento deberá ser otorgado por quien le reconoció o legitimó, sus ascendientes y el Consejo de familia, por el orden expuesto anteriormente (art. 47, párr. 1.º).

3 *c*) Si se tratare de hijo adoptivo, el consentimiento habrá de prestarlo el adoptante. En su defecto, si la adopción es plena, lo prestará el Consejo de familia y si es menos plena, antes que a éste se pedirá a las personas de la familia natural a quienes corresponda (artículo 47, párr. 2.º). Este artículo, en conexión con el 176, constituye un argumento favorable a la posibilidad de adoptar a quien ya está adoptado, si alguna duda hubiere.

3 *d*) Los demás hijos ilegítimos obtendrán el consentimiento de su madre cuando fuere legalmente conocida; de los abuelos maternos en el mismo caso, y a falta de una y otros, del Consejo de familia.

3 e) A los jefes de las casas de expósitos corresponde prestar el consentimiento para la adopción de los educados en ellas. Lo que guarda conformidad con lo dispuesto en los reglamentos de tales instituciones (Vid. art. 86 del Regl. del Instituto Provincial de Puericultura e Inclusa de Madrid, aprobado el 28 de enero de 1944).

De aquí resulta que la aplicación de lo establecido en el art. 176 queda limitada a los emancipados por cualquier causa distinta del matrimonio y a los no emancipados. No se nos oculta, sin embargo, la posibilidad de aplicar literalmente el art. 176 y llamar en todo caso a las personas que "*debieran*" dar su consentimiento para el matrimonio. En realidad, la cuestión no tiene demasiado alcance práctico, pues normalmente vendrán a coincidir con las que hemos expuesto, ya que el orden de llamamiento es sensiblemente igual que al ejercicio de la tutela legítima. Mucha menos importancia tiene la cuestión en su aspecto judicial que en el notarial, pues siempre podrá el juez, si lo cree conveniente, hacer constar en el expediente que tales personas han sido oídas y han prestado su consentimiento. Mayor importancia ofrece el problema de si el consentimiento de esas personas sufre al del adoptado menor. Entiendo que no, entre otras razones, porque debe estimarse sigue vigente en su espíritu el art. 1.831, párr. 2.º de la L. E. C., con arreglo al cual en la escritura de adopción intervendrán el adoptante, el padre o la madre del adoptado (se sobreentiende menor de edad) y *éste* si fuera mayor de catorce años. La propia ley procesal señala que "el padre o la madre que tengan bajo su potestad al adoptando podrán suscribir la solicitud (de adopción), en cuyo caso se ratificarán en ella ante el juez. Si no la hubiesen suscrito, deberán dar su consentimiento a presencia del juez consignándose en los autos" (art. 1.826) y que "no oponiéndose al adoptando y prestando su consentimiento el padre o la madre, en su caso, el juez admitirá la información ofrecida, con citación del Ministerio fiscal" (art. 1.828, párrafo 1.º). De dónde, si el adoptando se opone, no prosigue la tramitación del expediente.

La regla general y tradicional según la cual el consentimiento de los padres y personas llamadas a prestarlo no puede ser suplido —cuando pueden y no quieren darlo— por el de otras personas, ni siquiera por el de los funcionarios públicos que intervengan en el expediente, es objeto de excepciones cada vez más numerosas y justificadas, en atención a la conducta observada por los progenitores o el fundamento de su negativa. La Ley inglesa de 1926 permitió ya al Tribunal prescindir del consentimiento paterno cuando la oposición de los padres es injustificada y perjudicial para los intereses del menor; parecidas reglas se encuentran en el Código letón de 1937 y en las leyes de Quebec de 1924 y checoslovaca de 1928 (7).

(7) Esto no es obstáculo para que los Tribunales ingleses se muestren muy exigentes en lo que concierne a la obtención del consentimiento, de manera especial respecto al consentimiento materno. En cambio, los tribunales escoceses tienden a aprobar la adopción faltando este consentimiento si la madre ha aban-

Ya nos hemos referido antes a las dificultades que plantea la exigencia legal de que el consentimiento se preste por el Consejo de familia aplicada a los menores emancipados huérfanos, pues es lo cierto que para ellos el Consejo no existe y una de tres: o habrá que constituirlo especialmente con este objeto, o se entiende que basta el consentimiento del tutor ocasional (por analogía con lo dispuesto en el art. 317) o se prescinde de ambos, interpretando que la palabra "menor" del art. 176 ha de interpretarse restrictivamente, como *menor no emancipado*, de lo que hay ejemplo en otros artículos del Código (v. gr.: art. 1.903). Sin perjuicio de lo que dijimos anteriormente, ésta podría ser la solución preferible. Así se evitaría que un menor de dieciocho años casado no precisase el consentimiento y, en cambio, éste fuera necesario para el soltero mayor de dieciocho (v. gr.: casado con catorce años y soltero de veinte).

d) *Otros posibles requisitos.*

Como tales pueden estimarse la audiencia de ciertas personas relacionadas con el adoptado, que puede resolver el juez y solicitar el Ministerio fiscal, así como la del propio adoptado y sus más próximos parientes, que establece el párrafo 2.º del art. 176 ante la Administración del establecimiento que ha recogido al adoptado, susceptible de ampliarse con carácter general. Sin embargo, tales requisitos más bien lo son de trámite o procedimiento que de fondo, por lo que su estudio se aplaza para más adelante.

Ahora interesa señalar la posibilidad de que nuestra legislación hubiera tomado en consideración la edad del adoptado con carácter general, estableciendo un límite máximo o mínimo (o ambos) para poder ser adoptado. A decir verdad, son escasas las legislaciones que imponen directamente la exigencia de una edad mínima en el adoptado, pudiendo citarse las de los países norteafricanos de Derecho musulmán, en los que el adoptado ha de tener uso de razón, la de Irlanda, donde el plazo mínimo es de seis meses y la de Bolivia, que aumenta la edad mínima hasta los catorce años. En cambio, la edad mínima resulta más frecuentemente impuesta indirectamente por la exigencia de un determinado plazo durante el cual el adoptado ha debido permanecer bajo los cuidados del adoptante, plazo que ha de ser inmediatamente anterior a la adopción. Esta exigencia se contenía ya en el art. 345 del Código civil francés de 1804, motivada por la desconfianza del legislador hacia la adopción, cuyo éxito veía dudoso (8). Actualmente vuelve a establecerse, pero con distinta finalidad, en interés exclusivo

donado a su hijo y hay dificultades en encontrarla (KORNITZER, M., *Child adoption in the modern world*, 1952, pág. 218).

(8) Artículo 345 C. c. francés de 1804: "La facultad de adoptar no podrá ejercitarse sino con respecto a quien se haya, durante su minoridad y durante seis años por lo menos, suministrado socorros y proporcionado cuidados no interrumpidos".

del adoptado, por cuanto viene a asegurar la existencia de un verdadero deseo por parte del adoptante en llevar a cabo la adopción. Además, éste dispone así de tiempo suficiente para darse cuenta de las dificultades y los medios más adecuados de superarlas. En este sentido se relaciona con el "probation period" al que ya hemos aludido, establecido en las legislaciones anglosajonas y que en los Estados Unidos constituye la segunda etapa del procedimiento de la adopción. En Gran Bretaña este período suele durar tres meses y es un verdadero ensayo de adopción. Otras legislaciones establecen un plazo mayor, como la ecuatoriana y la peruana (seis meses), la holandesa (tres años) o la argentina (dos años, salvo que sea hijo del cónyuge del adoptante). En nuestra Patria, aunque este período no se halle establecido legalmente con carácter general, en la práctica se observa, pues la tramitación hasta la aprobación judicial suele durar aproximadamente ese tiempo (de tres a seis meses), aparte de aquellos otros casos en los que antes de constituir el vínculo adoptivo se acude al acogimiento o al prohijamiento, acerca de los cuales contienen plazos mínimos los distintos reglamentos de los establecimientos benéficos.

Es difícil señalar la conveniencia de una edad mínima para ser adoptado y determinar cual sea esta, pues mientras está admitido casi con unanimidad que no es muy aconsejable adoptar al recién nacido, por los inconvenientes derivados de la imposibilidad de prever su futuro desarrollo y, en menor grado, suprimir la alimentación materna, hay quienes hacen nacer los riesgos derivados de la separación tardía a los seis meses, aconsejando como edad óptima para ser adoptado la de dos meses, mientras que otros, basándose en estadísticas, señalan que los riesgos y peligros de una mala adopción alcanzan el 5,77 por 100 para los adoptados en edades superiores a los diez años, el 1,68 por 100 para los menores de un año y descienden hasta el 1,25 por 100 para los comprendidos entre uno y dos años, de donde deducen que ésta es la edad óptima para ser adoptado si se quiere reducir los riesgos al mínimo, no faltando quienes se limitan a decir que, en todo caso y puestos a elegir, es preferible adoptar pronto para asegurar lo mejor posible el éxito de la separación afectiva del niño y su cariño al nuevo hogar, aunque no pueda obtenerse un cuadro completo de sus características mentales, que adoptar más tarde, quizá con mayor conocimiento de éstas pero con el handicap imprevisible de un pasado, quizá no satisfactorio, fuera de la familia adoptante.

Más frecuentemente las legislaciones ofrecen ejemplos de la exigencia inversa, es decir, establecen un límite máximo de edad para poder ser adoptado, el cual oscila entre los veintiún años (leyes inglesas de 1926 y 1950, australianas de 1925 y 1947) y los siete años (Irlanda), fijándose a veces en conexión con la mayor edad civil (9).

(9) Tal sucede en las leyes canadienses de 15 de marzo de 1925. Child

La preocupación dominante en estas legislaciones, que sólo conocen una clase de adopción, es la de que esta institución sea un medio eficaz de protección a la infancia, especialmente a la infancia abandonada (10). Nuestro Derecho no establece una edad máxima para poder ser adoptado con carácter general.

Menos extendida está la exigencia de otros requisitos, como la identidad de raza, sexo y creencias religiosas, que, además, suelen enunciarse como prohibiciones, por lo que nos ocuparemos de ellas en el correspondiente apartado.

B) REQUISITOS ESPECIALES DEL ADOPTADO EN LA ADOPCION PLENA

Resultan del párrafo 2.º del artículo 178, conforme al cual “únicamente podrán ser adoptados (plenamente) los abandonados o expósitos que, siendo menores de catorce años, lleven más de tres en tal situación, o siendo mayores de catorce años fueron prohijados antes de esa edad por los adoptantes”.

Este precepto exige dos requisitos diferentes y, dentro de uno de ellos, se admite forma alternativa:

1.º Ser abandonado o expósito.

2.º (De cumplimiento alternativo.) Ser menor de catorce años y llevar tres años en alguna de las situaciones anteriores o ser mayor de catorce años habiendo sido prohijado anteriormente por los adoptantes.

e) *Edades mínima y máxima para poder ser adoptado plenamente.*

De donde, mírese por donde se mire, la edad mínima para que un niño pueda ser adoptado plenamente es la de tres años. Antes de esta edad no es posible adoptarlo plenamente. Y la edad máxima es la de catorce años, con la única excepción de que antes de haber cumplido los catorce años haya sido prohijado por quienes se proponen adoptarlo, caso en que no existe límite máximo de edad.

La exigencia de ese límite mínimo de edad para ser adoptado plenamente, resuelve en sentido negativo la pregunta de si podrá ser adoptado plenamente el concebido y no nacido. En cuanto a la adopción menos

Welfare 1944, Adoption 1946 y 1950, las de la mayor parte de los Estados Unidos, el Código mejicano de 1928, el soviético del mismo año y las leyes ecuatoriana de 1948, húngara de 1952 y holandesa de 1956.

(10) La legislación vigente en la provincia canadiense de Quebec, llevando el sistema a sus últimas consecuencias, exige no sólo que el adoptado sea menor, sino también que sea hijo ilegítimo, o si es legítimo, que sus padres no puedan atender a su subsistencia y educación. El adoptado, además de ser menor, no debe estar casado. La ley de 1923 autorizaba la adopción de los casados, pero esta norma desapareció al año siguiente. (Vid. TRUDEL, G., *Traité de droit civil de Québec*, t. II, pág. 155.)

plena, me inclino también por la negativa, pues aunque el artículo 29 manifiesta que el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, ello es siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo 30, de donde se desprende que el concebido no tiene personalidad anticipada y, al no ser persona, no podrá ser adoptado. Lo que sí será posible es comenzar a instruir el expediente de adopción durante el embarazo de la madre, pero una efectiva adopción no es posible antes del nacimiento. Y no creo sea necesario aducir argumentos tales como el consistente en que las relaciones de estado y la irrevocabilidad de la adopción no encajan bien dentro de las situaciones jurídicas de pendencia en que se encuentran las relaciones jurídicas que afectan al sólo concebido, sino que la misma posibilidad de admitir la decisión definitiva acerca de la suerte de quien todavía no ha nacido, repugna al sentimiento humano. ¿Y si la madre, al ver a su hijo en el mundo, quiere quedarse con él? ¿Es que no podrá retirar el consentimiento dado anticipadamente? Ello y consideraciones análogas aconsejan no permitir la adopción de quien todavía no ha nacido. Desde el punto de vista técnico, está, además, la dificultad que entraña la comparecencia del representante del concebido, pues verdadero representante no cabe, y en este caso no existe un precepto especial que, cual el artículo 627, equipare a la persona que "representaría" al concebido. Tampoco se va a obligar al adoptante a llevar consigo al nacido con alguna tara o defecto físico, incluso repelente. Y esto no se puede saber hasta el nacimiento. Tal adopción del concebido quedaría expuesta a múltiples contingencias, lo que induce a rechazarla para nuestro Derecho a falta de una disposición expresa que, cual la ley brasileña de 8 de mayo de 1957, la autorice expresamente, pues no cabe ampararla bajo el principio del artículo 29. Es dudoso que la adopción sea un efecto favorable para el concebido. Eso no puede saberse de modo inmediato, sino tiempo después. Dicho artículo parece partir de una situación ya objetivamente conformada y cuyos efectos, en principio al menos, se ofrecen como plenamente convenientes (favorables) para el concebido. Se dirá que el juez no autorizará la adopción si no la cree conveniente al concebido. Pero es que ahí reside precisamente la dificultad. También es digna de tenerse en cuenta la "ratio" histórica del artículo 29 que aconseja no ampliar desmesuradamente su campo de aplicación, sino mantenerlo dentro de supuestos análogos al que motivó su nacimiento, fundamentalmente de orden patrimonial, en que puede determinarse "a priori", con margen muy pequeño de error, la existencia y la cuantía del "efecto favorable" al concebido.

f) *Examen de los conceptos de "abandonado" y "expósito".*

La adopción plena se circunscribe exclusivamente a los abandonados y expósitos. ¿Quiénes merecen tal consideración? La ley nada dice, y la ausencia de concepto legal es tanto más lamentable cuanto

la fijación de tales conceptos es materia controvertida en el Derecho comparado. En nuestra legislación, la falta de definición es total, ya que ni en el Código civil ni en las leyes especiales se contiene el concepto. Tampoco los reglamentos de las casas de expósitos nos ilustran sobre el particular, pues la idea mantenida por los mismos acerca de quiénes deben considerarse expósitos y quiénes no, peca de excesivamente restringida, aparte de que carecen de un concepto sobre quiénes sean abandonados. Por todo ello conviene detenerse un poco ante este punto.

El primer problema que se plantea es el de determinar si las expresiones “abandonado” y “expósito” son sinónimas o diferentes y, en su caso, precisar en qué radica la diferencia.

A mi juicio no cabe duda que se trata de conceptos distintos, aunque el legislador les conceda el mismo tratamiento y en cierto modo los asimile a los efectos de autorizar la adopción plena de quienes se encuentren en cualquiera de dichas situaciones. Una cosa es la exposición y otra muy distinta el abandono, aun cuando en nuestro Derecho no siempre se hayan diferenciado claramente.

De entre los precedentes históricos merecen citarse los siguientes textos: la ley 1.^a del título IV, libro IV del Fuero Juzgo establece que “si algum omne tomar el ninno o la ninna echada, é lo criar, é los padres le conocieren despues: si los padres son omnes libres, den un siervo por el fio ó el precio. E si lo non quisieren fazer, el iuez de la tierra los deve fazer redemir el fio que echaron; e los padres deven seer echados por siempre de la tierra. E si non ovieren de que lo puedan redemir, aquel que lo echó sea siervo por él. Y este pecado o quier que sea fecho en toda la tierra, el iuez lo deve acusar é penar.” El título correspondiente lleva la rúbrica en romance “IV. Titol de los ninnos echados”, correspondiente a la latina “IV. Titulus de expositis infantibus”, de donde resulta que emplea las palabras “echar” “echados” como sinónimas de los actuales términos “exponer” y “expósitos” (11). El Fuero Real (libro IV, Título XIII, ley 1.^a) determina que “si algún niño ó otro de mayor edad fuese desechado por su padre ó por otro, sabiéndolo él, e consintiéndolo su padre, no haya más poder en él, ni en sus bienes, ni en vida ni en muerte: y esto mesmo sea de madre ó de otro cualquier que lo habie en poder.” La Partida IV, título XX (De los criados que ome cria en su casa, maguer non sean sus fijos), ley 4.^a (De los niños que son *echados* a las puertas de las iglesias, e de los otros lugares, e de como los padres, e los senores que los *echaron*, non los pueden demandar despues que fueren criados) contiene las expresiones “echar” y “desamparar” o sus derivados, aunque parece emplearlas en sentido idéntico: “Verguença ó crueldad, ó maldad mueue a las vegadas al padre ó a la madre en *desamparar* los hijos pequeños, *echándolos* a las puertas de

(11) La cita se hace de la edición en latín y castellano publicada por la Real Academia de la Historia en 1815.

las iglesias, e de los ospitales, e de los otros lugares... E porende dezimos, que si el padre ó la madre demandare a tal fijo o fija despues que lo á echado, e lo quiere tornar en su poder, que lo non puede fazer..." Glosando Gregorio López el término "echándolos", "isti expositi dicuntur...", considerando este hecho como causa de extinción de la patria potestad ("... quod si pater consensit expositioni perdat patriam potestatem") (12). En la Novísima Recopilación encontramos ya el término "expósito", que se utiliza constantemente en las cinco leyes que integran el título XXXVII del libro VII: De los expósitos; y de las casas para su crianza, educación y destino. Tales leyes hablan de "niños expósitos y desamparados", "niños expósitos y huérfanos", "los de la doctrina, desamparados y hospicios", "criaturas abandonadas", etc. Por su parte, la Ley de 23 de enero-6 de febrero de 1822, conocida también por Decreto de las Cortes de 21 de diciembre de 1821, relativa al Establecimiento general de Beneficencia, parece distinguir entre los niños *expósitos*, cuyo concepto da por supuesto, y los niños *absolutamente desamparados*, que define como "aquellos que habiendo sido *abandonados* por sus padres, o quedado *huérfanos* de padre y madre, no hubiesen sido recogidos por ningún pariente o persona extraña, con propósito de cuidar de su crianza" (art. 57). La Ley de 20 de junio de 1849, que reorganiza la Beneficencia, distingue entre casas de maternidad y expósitos, por una parte, y casas de huérfanos y desamparados, por otra (art. 3.º). Y el Real Decreto de 14 de mayo de 1852 que aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley anterior, diferencia claramente las *casas de expósitos*, en las que se reciben los niños que nacieron en la Maternidad, si sus padres determinasen dejarlos a cargo del Establecimiento, y todos los que fuesen "expuestos" o entregados a mano, de las *casas de huérfanos y desamparados*, que tienen por objeto la crianza de los niños procedentes de las casas de expósitos desde los dos años hasta los doce, así como los abandonados que ingresen después de la edad de dos años.

De todo lo anterior parece deducirse que el término más amplio es el de "desamparado" y que la exposición viene a ser una especie del abandono. Por ello, teniendo en cuenta las diversas formas en que éste se puede realizar, sería factible establecer la siguiente distinción:

1. *Abandono cualificado o punible*, castigado por el Código penal (Título XII, capítulo III), que supone por parte del sujeto deseo de abandonar con dolo eventual de muerte, pues se pone en peligro la vida del menor abandonado.

(12) La edición consultada es de 1610. La sentencia del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 1865 se manifiesta en el mismo sentido al decir: "Según dispone la ley 4.ª, tít. XX, Partida IV, para que el padre o la madre pierdan el poderío que han sobre sus hijos, es necesario que por vergüenza o crueldad o maldad los *desamparen* siendo pequeños, *echándolos* a las puertas de las iglesias o de los hospitales o de otros lugares; y que una vez así abandonados, no pueden después volverlos a su poder. Esta ley, como de carácter personal y odioso, debe aplicarse según sus literales palabras, sin dar a éstas una extensión mayor de la que en sí tienen".

2. *Abandono no punible:*

A) *Abandono simple o exposición:* que entraña el deseo e intención de abandonar, pero sin poner en peligro la vida del menor.

B) *Abandono involuntario:* cuando no existe la intención de abandonar, sino que el abandono surge por fuerza mayor (catástrofe, guerra, etc.).

C) *Abandono indirecto:* Tiene lugar cuando no existe intención inicial de abandono, sino que ésta surge posteriormente, por omisión del deber de información o la falta de interés sobre el menor.

Además, por su forma, puede distinguirse entre:

a) *Abandono legal,* cuando el padre o la madre declaran su intención de abandonar al hijo, por lo que puede llamarse también *ex-preso*.

b) *Abandono de hecho o presunto,* que resulta de la conducta del padre o de la madre, o, en general, de la persona a cuyo cargo está el menor. Especie suya es el abandono moral.

Argumentos favorables a esta distinción, o a otra análoga, se encuentran en los artículos 487 a 489 y 584, núms. 14 y 15, del Código penal, 175 del Código civil —que tras referirse a los abandonados y expositos, lo hace a “su falta total de culpabilidad en el abandono”, con lo que parece aludir a supuestos de abandono involuntario— y las disposiciones generales y especiales sobre Beneficencia.

En Francia, la legislación y la doctrina distinguen las siguientes especies de abandonados:

1.º *Huérfano pobre,* aquel que careciendo de padre y madre así como de ascendientes a los que poder recurrir, no posee medio alguno de subsistencia (Ley de 15 de abril de 1943, art. 6.º, párr. 3.º).

2.º “*Enfant trouvé*”, el que, nacido de padre y madre desconocidos, ha sido encontrado en un lugar cualquiera o llevado a un establecimiento de recepción (Ley cit., art. 6.º, párr. 1.º). La doctrina llama a estos últimos “*enfants déposés*”. Tanto unos como otros son nuestros expositos.

3.º *Abandonado* (*enfant abandonné*), el nacido de padre o madre conocidos, desamparado sin que pueda recurrir a ellos ni a sus ascendientes (Ley cit., art. 6.º, párr. 2.º). El supuesto más frecuente es que la madre declare su intención de abandonar al hijo al director del establecimiento firmando la oportuna declaración. Si el hijo es menor de un año, puede hacer un abandono secreto, esto es, sin indicar el nombre, lugar ni fecha de nacimiento. Previamente se informa a la madre que quiere recurrir a este medio para deshacerse de su hijo de los socorros oficiales y de la existencia de las Casas de Maternidad, así como de la eventualidad de que el hijo sea adoptado. Si aun así persiste en su propósito de abandonarlo, se le concede un plazo, transcurrido el cual se convierte el abandono en definitivo. También puede

abandonar al niño en un establecimiento privado, conforme al artículo 17 de la Ley de 24 de julio de 1889. Estos niños abandonados no suelen darse en adopción antes de un año.

4.º El *abandono moral* es la situación en que se encuentran aquellos niños cuyos padres han sido privados del ejercicio de la patria potestad en virtud de lo dispuesto en las leyes, y cuya tutela ejerce el servicio de asistencia a la infancia (Leyes de 24 de julio de 1889, título I, y de 15 de abril de 1943, art. 6.º, párr. 4.º).

5.º El *abandono indirecto* es el que surge como consecuencia de una progresiva falta de interés de los padres sobre la situación de su hijo, dejando de solicitar noticias de modo prolongado. De aquí que se emplee el término "désintéressement" para designar esta situación. Para poder dar de alta en un establecimiento a un niño así abandonado es preciso que transcurran dos años (Ley cit. 1943, art. 6.º, párr. 5.º). Entre nosotros, el Reglamento de la Inclusa de Madrid alude a esta situación, que procura evitar (13).

Todos los incluidos en las cinco categorías mencionadas constituyen los pupilos del Estado (pupilles de l'Etat), que no hay que confundir con los de la Nación, los cuales pueden ser adoptados, salvo los comprendidos en el apartado cuarto, porque en cuanto a éstos es posible que, en la mayoría de los casos, sus padres recuperen la patria potestad.

6.º Aquellos niños cuya madre (no se ha dado ningún caso en que haya abandonado el padre) los ha abandonado emitiendo una declaración unilateral de voluntad en este sentido, sin que intervenga en el acto ningún establecimiento. Este caso es el que plantea los mayores problemas. Uno de los más célebres fue el resuelto por la sentencia del Tribunal civil de Dôle de 9 de marzo de 1949 (14). Una madre había declarado notarialmente abandonar irrevocablemente a su hija natural reconocida ("abandonner purement et simplement et totalement, sa fille naturelle..."), entendiendo que "cet abandonne total... ait

(13) Según el artículo 4.º, párrafo final del Reglamento de la Inclusa de Madrid, "se advertirá a las madres, cuando así sea preciso, de los derechos y obligaciones que incumben a la función maternal, indicándoles la conveniencia de mantener, en su propio interés y en el de su hijo, estrecho contacto con éste, atendiendo a su crianza, cuando menos en sus primeros meses dentro de la Institución. Se procurará con esto por el personal de la oficina receptora restringir, en lo posible, los casos de *abandono*, convenciendo a las madres de que su sitio predilecto debe ser aquel del que podrá disponer en la propia Institución para educar a su hijo".

La noción de "enfant abandonné", en el sentido del artículo 368 del Código Civil francés, reformado por la Ley de 8 de agosto de 1941, ha sido frecuentemente definida por la jurisprudencia, sea a título preventivo, sea "a posteriori", al resolver sobre la nulidad de la adopción. (Vid. Trib. Civ. de Briançon, Sent. 25 de mayo de 1946, en Rev. trim. de Droit civ., 1947, pág. 317, y Sentencia del Tribunal de Grenoble de 12 de mayo de 1948, en Rev. cit., 1948, pág. 464.)

(14) J. C. P., 49, II. 4910.

un caractère définitif et irrévocable...”) a favor de un matrimonio que deseaba legitimarla adoptivamente, no interviniendo dicha madre con posterioridad en el correspondiente procedimiento de legitimación. El Tribunal declaró que no existía abandono en el sentido del artículo 368 del Código civil francés, reformado por la Ley de 8 de agosto de 1941, ya que si se admitiese una solución contraria “resultaría una especie de contradicción irreductible, pues, de una parte, la legitimación adoptiva es por naturaleza irrevocable, y de otro, ningún principio jurídico podría, a falta de precepto expreso, impedir a la madre revocar su abandono posteriormente, dado que había sido constatado por acto unilateral”. Por otra parte, entendió el Tribunal que la nueva fórmula “enfant abandonné” empleada por el legislador de 1941 en vez de la antigua expresión “pupille de l'Assistance Publique”, no implica intención de modificar el concepto anteriormente vigente y de la misma “no se desprende que el legislador de 1941 haya creado una nueva categoría de beneficiarios, la de los hijos que fuesen abandonados por sus padres sin ser pupilos de la Asistencia pública”. El Tribunal se hace eco también de la tendencia según la cual la limitación de las categorías de beneficiarios de la adopción y las precauciones establecidas para impedir o al menos para dificultar las investigaciones ulteriores de los padres por la sangre, implican la voluntad, por parte del legislador, de que la ruptura de los vínculos familiares entre el adoptado y su familia por la sangre sea completa y total, no exclusivamente jurídica, lo cual no sucedió en el caso debatido. Entre las dos familias —la adoptiva y la familia por la sangre— del adoptado, la Asistencia de la Infancia (nueva denominación de la Asistencia pública desde la Ley de 15 de abril de 1943) interpone un muro infranqueable. Los contratos de abandono en que ella interviene son válidos y el lugar donde se ha colocado al niño no se revela jamás, existiendo para las personas empleadas en dichos servicios la obligación del secreto profesional (art. 39 de la Ley cit. de 1943).

No obstante, todas estas razones, LAGARDE critica la sentencia, cuyas motivaciones revelan, en su opinión, una desconfianza excesiva (15). Este autor estima que satisface cumplidamente la letra y el espíritu de la Ley de 1941, la definición que de la expresión correspondiente a “enfants abandonnés” daba la Ley de 27 de julio de 1904, reproducida textualmente por la de 15 de abril de 1943, que nosotros hemos transcrito anteriormente: “L'enfant qui, né de père ou de mère connus, en est délaissé sans qu'on puisse recourir à eux ou à leurs ascendants”. Poco importa, añade, si, de hecho, el niño no ha sido recogido por los servicios de la Asistencia. En última instancia, compete a la Autoridad judicial definir la imposibilidad de ser socorrido

(15) Vid. LAGARDE, Gaston: *Jurisprudence française en matière de Droit civil. A.—Personnes et droits de famille*, en *Revue trimestrelle de Droit civil*, 1949, págs. 402 y ss.

("l'impossibilité de recours"), sin que ello vincule la práctica administrativa.

Otras cuestiones, relativas a esta materia, suscita la práctica, las cuales han dividido a la doctrina, como las siguientes: ¿Es preciso que los padres sean desconocidos de hecho, o basta con que el vínculo de filiación no se encuentre legalmente establecido? El problema puede plantearse con respecto al hijo natural, pudiendo preguntarse si es suficiente que un hijo natural no sea reconocido para que sus padres deban reputarse desconocidos. En opinión de LAGARDE (16), que estudia la cuestión desde el punto de vista del art. 368 del Código civil francés (17), se impone la contestación negativa, ya que si los padres son conocidos de hecho y si ambos no han abandonado al hijo, resulta imposible llevar a cabo la legitimación adoptiva de éste; el arrepentimiento o la mala fe de cualquiera de los padres podría conducirle a perturbar la tranquilidad de la familia adoptiva, lo que el legislador ha querido precisamente evitar. Si el padre conocido de hecho es culpable de adulterio o incesto, subsiste el mismo peligro de chantaje moral; pero es difícil calificar jurídicamente de "padre conocido" al que carece de derecho a hacerse conocer y que nadie tiene el derecho de desenmascarar, de suerte que ni posee el interés necesario para impugnar la regularidad de la adopción.

En nuestro Derecho, como el art. 178 del Código civil, no exige que los padres del abandonado sean desconocidos —pues si lo fueran sería un expósito y ambos términos vendrían a expresar lo mismo, en contra de lo que hemos mantenido— no se plantea en todo su rigor el problema que divide a la doctrina francesa. Bastará con que exista la situación objetiva de abandono, caracterizada por la falta de asistencia e imposibilidad de obtenerla, para que el menor pueda ser adoptado. De aquí se sigue que sólo pueden ser abandonados aquellos que, por su edad o circunstancias, están imposibilitados de atender a su subsistencia por sus propios medios. Quien puede valerse por sí mismo, no podrá ser abandonado. Claro es que esta posibilidad guarda relación, en general, con la edad, no presumiéndose en el mayor de edad y siendo la presunción más débil en edades próximas a la mayoría.

Otra cuestión es la de precisar si es necesario que el abandono sea definitivo y, en caso afirmativo, cuando adquiere este carácter. A lo primero, mientras unos, como LAGARDE, contestan afirmativamente, sosteniendo que el niño confiado provisionalmente por su madre a una Obra no puede considerarse abandonado, la sentencia del Tribunal de Grenoble de 19 de enero de 1949 manifestó una opinión contraria, quizá para evitar la dificultad de precisar en qué momento el abandono puede considerarse definitivo.

(16) Revue trim. Droit civil, 1949, pág. 404.

(17) Según el párrafo 1.º del artículo 368 del Código Napoleon, modificado por Ley de 8 de agosto de 1941, "la legitimación adoptiva no se permite, sino en favor de los menores de cinco años abandonados por sus padres o cuyos padres son desconocidos o han muerto".

Para nuestro Derecho, habida cuenta de que el citado art. 178 se limitaba a hablar de “abandonados” sin exigir que lo hayan sido definitivamente, parece que bastará con la situación inicial de abandono objetivo, pero sin que la misma prejuzgue la cuestión acerca de si el abandono ha existido realmente o ha sido sólo provisional, impuesto por el azar o la necesidad. Siempre quedará a los padres la posibilidad de probar su falta total de culpabilidad en el abandono y su buena conducta a partir de este y pedir que se declare extinguida la adopción, si bien será discrecional del juez, en atención a las circunstancias que determina el art. 175 acceder o no a tal solicitud, siendo factor decisivo lo más conveniente para el adoptado. De modo que nuestra Ley establece una presunción de culpa por parte de los padres, cuya desvirtuación por sí sola no opera la extinción de la adopción. Por otra parte, tal facultad de los padres está sujeta a preclusión, pues sólo puede hacerse valer durante la minoría o incapacidad del adoptado, que es precisamente cuando éste, de no haber sido adoptado, hubiera estado en la situación de abandono.

Pudiera, en fin, preguntarse si basta la declaración unilateral de abandono hecha por la madre —o por el padre, en su caso— para que pueda autorizarse la adopción. De acuerdo con la sentencia del Tribunal de Dôle antes citada, hay que responder que si tal declaración es hecha ante la Asistencia de la Infancia es suficiente, por sí sola, para permitir la ulterior legitimación adoptiva, mas no si se ha efectuado ante una persona privada y la madre no interviene en la posterior legitimación. A mi modo de ver, la cuestión estriba en que no cabe un abandono de un ser humano cuyo cuidado nos incumbe por la naturaleza y por la ley como quien abandona cualquier objeto o cosa. Lo único posible es ceder los derechos que se ostentan y las correlativas obligaciones a personas que expresamente prevé la Ley, por lo regular Instituciones —personas jurídicas— de Beneficencia. Esto así, no produciría efectos el abandono unilateral hecho por el padre o la madre, por ser contrario a las leyes e inmoral, ya que estas no admiten una declaración de voluntad en este sentido, sino con las formalidades precisas y garantías adecuadas de que otra persona se encargará de la asistencia y cuidado del abandonado. A falta de una disposición semejante a la del art. 2.º de la Ley uruguaya de 20 de noviembre de 1945 —según el cual la cualidad de menor abandonado se prueba por una sentencia firme que tenga la autoridad de cosa juzgada y declare la pérdida de la patria potestad— serán admisibles en nuestro Derecho todos los medios generales de prueba para estimar que existe tal situación, siendo uno de los principales medios probatorios la presunción en razón a las circunstancias y transcurso del tiempo.

Una vez ha sido examinado el concepto de *abandonado* y los principales problemas que suscita, procede analizar el de “expósitos”, sin perjuicio de establecer, como resumen final, las conclusiones obtenidas en vista de todo lo expuesto.

Con la denominación española de "expósito", equivalente a la francesa "enfant exposé", la italiana "esposto", la portuguesa "exposto", la inglesa "foundling" y la alemana "findelkind", equivalentes todas ellas a "niño encontrado", se designa a aquellos recién nacidos entregados por quienes tienen la obligación de cuidarlos a la correspondiente institución de Beneficencia, que se hace cargo de ellos, o simplemente depositados, de modo transitorio, en un lugar adecuado para que otras personas los recojan y los entreguen a la Autoridad competente. Más brevemente puede ser definida la exposición como el acto de poner de manifiesto al niño recién nacido para que otro lo recoja. Esta especie de abandono lleva implícita la idea de entrega a la Autoridad pública, representada por la Institución benéfica, pues quien encuentra al niño no puede quedárselo por su sola voluntad (argumento: art. 584, núm. 15 del Código penal). Como vemos, la exposición se diferencia del abandono cualificado o punible en que aquella presupone una cierta seguridad de que el niño será recogido, mientras que el abandono consiste en depositarlo en un sitio en que es posible o fácil que tarde tanto tiempo en ser recogido que haya perecido o sufrido grave daño (18).

El primer establecimiento dedicado a la lactancia y educación de expósitos parece haber existido en Tréveris en el siglo IV, caracterizándolo el torno ("tour", "ruota") que hoy ha desaparecido casi por completo. La primera disposición que en nuestra Patria se refiere de modo claro a los expósitos, con este nombre, es la Real Cédula de 11 de diciembre de 1796, dada por Carlos IV e inserta como ley 5.^a del título XXXVII del libro VII en la Novísima Recopilación. Antes se habían dictado otras disposiciones, pero en ninguna de ellas se relacionaban claramente a los expósitos con el prohijamiento o la adopción, mientras que la citada ley prevé el prohijamiento de los expósitos. La ley de 1822 antes citada determina que "los niños expósitos y abandonados que no fuesen reclamados por sus padres, y los huérfanos de padre y madre, podrán ser prohijados por personas honradas..." (art. 65) y en análogo sentido se manifiesta el Reglamento de 1852 (art. 22). Más recientemente, la Ley de 17 de octubre de 1941 se refería a la adopción de los acogidos en casas de expósitos, pero derogada esta Ley por la de 24 de abril de 1958, se procura suprimir la denominación de "expósito", que se supone vejatoria. Eco de esta tendencia la constituye el Reglamento de régimen interno del Instituto provincial de Puericultura e Inclusa de Madrid, el cual no habla de "expósitos" sino de "acogidos" (arts. 4, 5, 6, 16, 50, 53, 83, 85, etc.), distinguiendo entre ellos las siguientes categorías:

1.^a Lactantes, hasta los quince meses o dos años como máximo (arts. 67, 2.^o núm. 1.^o y cap. VII).

2.^a Destetados, desde los quince meses o dos años hasta los cinco años (arts. 2.^o, párr. final y 67).

(18) Vid. Sentencia de 30 de marzo de 1904.

3.^a Asilados o simplemente acogidos, los que no hayan sido pro-hijados al cumplir los cinco años, desde esta edad en adelante (art. 87).

En el indicado concepto de “expósitos” caben todas estas categorías, al igual que los acogidos a que se refiere la Orden de 1.º de abril de 1937.

De todo lo dicho, creo que podemos concluir que el abandono constituye el género y la exposición la especie o, dicho de otro modo, que todo expósito es un abandonado, pero no todo abandonado es un expósito. Este es el hijo de padres desconocidos, abandonado al nacer de modo que no se ponga en peligro su vida. De suerte que faltando algunas de las expresadas circunstancias, no existirá exposición sino abandono. Tales ideas, abandono y exposición, no son sinónimas. Determinar cuándo existe alguna de estas situaciones estimo que es cuestión de hecho a resolver en cada caso por el juez que apruebe la adopción mediante el empleo de su racional criterio. La doctrina del Tribunal Supremo relativa al abandono de niños como especial figura delictiva puede ser tenida en cuenta a manera de orientación, con las salvedades precisas, pues para la existencia del delito basta que se interrumpan los cuidados y asistencia necesarios aunque la madre reclame al niño al día siguiente del abandono al enterarse de que había sido recogido con vida (sentencias de 6 de febrero de 1887 y 8 de noviembre de 1916), mientras que en un caso semejante al expuesto no existiría el abandono a que se refiere el art. 178 del Código civil para permitir la adopción plena. Para que exista “abandono civil” se precisa que quienes abandonaron al niño no hayan vuelto a ocuparse de él o que, habiendo intentado recuperarlo, el tribunal competente haya estimado oportuno privarles del ejercicio de la patria potestad y de la guarda del menor que, en ausencia de parientes que lo tomen a su cargo, será entregado a un establecimiento benéfico. No estimo preciso que los padres sean desconocidos de hecho —posible expósito—, sino que basta con que resulten legalmente desconocidos. De modo que, en principio, cualquier hijo legítimo no natural tendrá la consideración de abandonado y podrá ser adoptado plenamente (18 bis).

¿Podrán asimilarse los huérfanos a los abandonados? Que la simple orfandad no basta por sí sola para poder ser adoptado plenamente lo dice bien claro la Exposición de Motivos de la Ley de 1958: “No se ha estimado conveniente extender la adopción plena a los huérfanos, que siempre podrán ser susceptibles de adopción menos plena; aquélla se configura tan sólo para los abandonados o expósitos”. Pero si la orfandad va acompañada de otras circunstancias que equiparan la situación del huérfano a la del abandonado (v. gr.: hijo póstumo cuya madre fallece al dar a luz, huérfano sin familia ni parientes...)

(18 bis) Sobre esta cuestión, puede verse ARCE Y FLÓREZ VALDÉS, J.: **En torno a los conceptos de “abandonado” y “expósito” como sujetos de la adopción**, en R. G. L. J., t. LV, núm. 3 septiembre 1967, págs. 323-343.

por carecer de familia que lo recoja, debería permitirse la adopción plena, pues existe idéntica razón; tan necesitado de protección estará un abandonado como un huérfano sin parientes y aún la adopción plena de este último será, si me apuran, más aceptable, pues no estará expuesta a la contingencia de una posible impugnación. Además, si otro posible fundamento del legislador al limitar la adopción plena a los abandonados o expósitos parece haber sido la de evitar posibles conflictos entre la familia adoptante y la familia por la sangre del adoptado, es posible interpretar con amplitud el término "abandonado" para dar cabida en él a los huérfanos desamparados y permitir su adopción plena. Incluso los precedentes históricos abonan una tal asimilación, pues ya veríamos como la Novísima Recopilación se refería indistintamente a los huérfanos, expósitos, etc., para permitir su prohijamiento (19).

g) *Examen del concepto de prohijamiento.*

El art. 178, párrafo segundo, del Código civil permite excepcionalmente que puedan ser adoptados plenamente los abandonados o expósitos que siendo mayores de catorce años fueron prohijados antes de esta edad por los adoptantes (por quienes se proponen adoptarlos). Con lo que no se establece límite máximo de edad para el adoptado en este supuesto. Mientras vivan prohijante y prohijado (abandonado o expósito) podrá aquél adoptar a éste plenamente. Por esto y porque ha existido respecto al prohijamiento y la adopción una triple confusión legal, jurisprudencial y doctrinal, parece conveniente dedicar algunas líneas al prohijamiento.

Rastro de la confusión legal a que nos referimos se encuentra en Las Partidas, que definían a la adopción como prohijamiento: "Adoptio en latín tanto quier dezir en romance como porfijamiento" (Partida IV, título XVI, ley 1.^a). Anteriormente nos dicen: "Porfijados son una manera de hijos, a que dizen en latín adoptivi..." (Tít. XVI cit., "De los hijos porfijados", pr.) e incluso incurre en semejante identificación algún Código moderno, como el de Guatemala de 1877 (art. 267). La misma jurisprudencia no se ha visto libre de la confusión, pudiendo citarse, entre otras, las sentencias de 25 de octubre de 1889, 12 de junio de 1901 y 19 de abril de 1915 (20). También

(19) Estos casos, poco frecuentes en tiempos de paz, salvo catástrofes, han sido numerosos en los países afectados por las últimas guerras, motivando una legislación especial, que admite para tales huérfanos la adopción plena o instituciones equivalentes. Así, la Ley francesa de 8 de agosto de 1941 modificó el párrafo 1.^o del artículo 368 del Código civil permitiendo la legitimación adoptiva de los menores de cinco años cuyos padres han muerto.

(20) La sentencia de 25 de octubre de 1889 declara que las instituciones protectoras de que tratan la Ley de 1822 y el Reglamento de 1852 tienen verdadero carácter de adopciones, bastando para que se realicen la autorización de la Comisión provincial de Beneficencia.

La sentencia de 12 de junio de 1901 se expresa del siguiente modo: "*Resultan-*

la doctrina sufrió el contagio. VISO define la adopción como especie de prohijamiento y, en sentido idéntico, RAMOS manifiesta que “para que el prohijamiento surta efectos habrán de cumplirse los requisitos que exige el Código al hablar de la adopción (21). Incluso en una obra reciente, el Diccionario de Derecho Privado de Casso y Cervera (22) puede leerse: “*Prohijamiento*. Acto jurídico por el que una persona recibe como hijo adoptivo a un expósito o niño abandonado por sus padres y recogido en establecimiento de Beneficencia pública.”

La confusión puede tener su origen en que filológicamente adopción y prohijamiento se han venido utilizando como sinónimos. Pero no por ello cabe desconocer su diverso significado desde el punto de vista jurídico. A este respecto es digna de destacarse la sentencia de 5 de marzo de 1934, debida a la ponencia del profesor Castán Tobeñas, según la cual existe entre ambos términos una diferencia no menos neta que la que existe entre ellos y el de acogimiento. De tal modo que cabe hoy destacar estas tres categorías o matices de la relación familiar o cuasi-familiar que se constituye por el hecho de recibir como hijos o cuando menos como conviventes y protegidos, a quienes no lo son por naturaleza: 1) la *adopción*, caracterizada por la forma

do: Que... en 1861 la misma D. R. sacó de la Casa central de Maternidad de Sevilla otra niña..., la cual, mediante el oportuno expediente, el Gobernador, Presidente de la Junta Provincial de Beneficencia, concedió en adopción...”. A continuación, en los Resultandos 4.º y 5.º se habla de que la niña fue “prohijada por la testadora” y que “era evidente que la clase de prohijamiento fue la de arrogación propiamente dicha, toda vez que por su calidad de expósita no tenía padres”.

Con mayor claridad se advierte la confusión en la sentencia de 19 de abril de 1915, según la cual “*Considerando*: Que para excluir de la herencia intestada a un hijo adoptivo no existiendo ninguna de las líneas preferentes, descendientes, ascendientes legítimos o naturales reconocidos, sería inevitable no sólo olvidar el concepto jurídico de la adopción, sino desviarse en absoluto de las reglas del Derecho general de sucesión, efecto éste contrario al orden moral y público de nuestro país que la jurisprudencia contemporánea, si no ha de prestarse a consagrar un quebrantamiento de lesa razón no debe consentir, siendo, como es, intérprete dedicado a suplir omisiones involuntarias de algún concepto dado en que los redactores de preceptos legales hubiesen podido incurrir. *Considerando*: Que la solución negativa a la sana doctrina expuesta se separa del canon de una recta interpretación, pues si se viera el pasaje segundo de los tres que complementan el artículo 177 del Código civil única y exclusivamente en su rigurosa desnudez al decir que en ningún caso perciba el adoptado fuera del testamento la herencia del adoptante a menos que en la escritura de adopción se obligue a instituirle heredero, con esta inesperada transformación de espíritu mucho más restrictivo que el de la vieja legislación y mayor número de las extranjerías, desaparecería el concepto fundamental, base de este linaje de familia, que es preciso salvar, y como consecuencia, a la vez que la paternidad solemnemente declarada, las prerrogativas personales que, al igual casi de los legítimos, adquieren por ella los HIJOS ADOPTIVOS, de donde se infiere que las PERSONAS PROHIJADAS, ya que el silencio del legislador no prueba nada, deben ocupar dentro de los órdenes de sucesión un lugar adecuado a su especial condición”.

(21) Vid. RAMOS, Rafael, *Capacidad de los menores para contratar y obligarse*, 2.ª edic., Madrid 1891, págs. 210 y ss.

(22) CASSO y CERVERA, *Diccionario de Derecho privado*, edit. Labor, 2.ª impresión, 1954, t. I.

civil y solemne del acto, así como por su permanencia y efectos garantizados por las leyes civiles; 2) el *prohijamiento*, caracterizado por su forma administrativa y no solemne, pero sí constatada oficialmente, y por la garantía indirecta que a la relación jurídica presta la intervención de un organismo público, como la Comisión provincial, que ha de velar en todo momento por que no se cause perjuicio alguno al prohijado, y, en fin, 3) el *acogimiento*, que se distingue por la forma meramente privada bajo la que se realiza el acto y por la ausencia de toda garantía que impida a quien acoge romper la relación con el acogido en el momento que lo tenga por conveniente (23).

Según MUCIUS SCAEVOLA (24) la primera disposición que encontramos en la que se habla del prohijamiento de los expósitos es la Real Cédula de 11 de diciembre de 1796, inserta en la Novísima Recopilación como ley 5.^a del título XXXVII del libro VII. Pero donde verdaderamente se fijó aquel derecho fue en los arts. 65 al 70 de la Ley de Beneficencia de 23 de enero de 1822 (25), cuya doctrina se recogió en el Reglamento de 14 de mayo de 1852 para la jecución de la Ley de 20 de junio de 1849, singularmente en su art. 22: "Los niños expósitos o abandonados que no fuesen reclamados por sus padres, y los huérfanos de padre y madre, podrán ser prohijados por personas honradas que tengan posibilidad de mantenerlos, todo a discrección de la Junta Provincial de Beneficencia; pero este prohijamiento no producirá más efectos que el que determinen las leyes" (26). Un espíritu amplio y tolerante presidía las formalidades a seguir para el prohijamiento de expósitos, como se comprueba en la sentencia de 27 de diciembre de 1889. Según el régimen actualmente vigente, se abre el oportuno expediente ante las Comisiones provinciales de Beneficencia. Corresponde prestar el consentimiento al director de la Casa de Expósitos, previo informe de la Junta de protección de menores (Decreto de 2 de junio de 1944, art. 7.^o). Por otra parte, los Reglamentos de régimen interno de los establecimientos suelen con-

(23) No debe confundirse con el prohijamiento el período que previamente a la adopción se establece, para que durante el mismo el adoptante tenga a su cargo al adoptado, a fin de asegurar mejor el éxito de la adopción o mientras dura su tramitación.

(24) MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código civil concordado y comentado extensamente*, t. III, 3.^a edic., Madrid 1893, págs. 403-407.

(25) Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA, M., *Diccionario de la Administración española*, 4.^a edic., t. I, Madrid 1886, voz "Beneficencia pública", págs. 958-1056.

(26) Este último inciso del Reglamento de 1852, que se ha venido repitiendo en disposiciones posteriores, origina diversos problemas acerca de cuáles sean esos efectos del prohijamiento, concretamente quién ostentará la patria potestad sobre el prohijado. Mientras unos como RAMOS (en la ob. cit. nota 61), entienden que la patria potestad del prohijado no la tiene el prohijante, sino el Director o jefe del Establecimiento, otros estiman, como VIVES y VILLAMAZARES (*El abandono y reconocimiento tardío de los hijos naturales*, en Rev. valenciana de Derecho, número 3, 1944, págs. 17 a 24, y número 4, págs. 3 y ss.), que existe una prescripción "sui generis" (decadencia o caducidad) de la patria potestad de los padres naturales y que, en caso de conflicto, debe prevalecer la patria potestad del prohijante.

tener disposiciones sobre el particular. Así, el de la Inclusa de Madrid establece que “las solicitudes de prohijamiento serán formuladas mediante instancia ante la Dirección del establecimiento. Dichas solicitudes podrán ser cursadas únicamente por personas casadas o viudas, de intachable conducta, siempre que se hallen en condiciones para poder sostener y educar al niño que soliciten, y en las legales que fueren precisas si hubieren de adoptarle. En manera alguna podrán ser entregados en concepto de prohijamiento niños que no hayan ultimado el período de destete, salvo casos excepcionales en que, por las condiciones de los solicitantes y los datos que aporten, entendiera la Corporación que pudieran ser entregados, sin perjuicio de requerir periódicamente, si lo estimase preciso, el oportuno informe de su Cuerpo de Letrados. A toda concesión de prohijamiento precederán las necesarias informaciones y compulsas de datos y antecedentes que por la Dirección serán interesados, inexcusablemente, mediante los oportunos y favorables informes de las autoridades sobre las particulares circunstancias propias de cada caso y en relación con la edad, conducta, situación económica y demás extremos en relación con los prohijadores que estime conveniente solicitar. La entrega de prohijados se efectuará mediante acta duplicada, que firmarán los solicitantes con el director y dos testigos que paguen Contribución industrial o territorial, o sean empleados del Estado, provincia o municipio, o del organismo o entidad constituida con carácter permanente. La Dirección, en el ejercicio de funciones delegadas por la Excelentísima Diputación Provincial, tendrá siempre derecho sobre los acogidos, varones o hembras, estén o no prohijados, para hacerles volver al establecimiento, siempre que en beneficio de los mismos considere conveniente adoptar dicha medida” (art. 84).

Para evitar que los prohijados tengan o puedan tener peor condición que los no prohijados, dispone el artículo 86, párr. 3.º, del citado Reglamento, que “los prohijantes de acogidos de la Institución vendrán obligados a adoptar al niño o niña que tuvieren en su poder en el momento en que reúna las condiciones que para la adopción se consignan en la legislación vigente”.

El acogimiento o colocación familiar ha sido regulado por la Orden de 1.º de abril de 1937, cuyo artículo 1.º dispone que los menores huérfanos y abandonados podrán ser recibidos: *a*) con carácter permanente; *b*) con carácter temporal hasta la edad o momento que se estipule en cada caso. Las personas a quienes se entreguen los niños están obligadas a darles instrucción escolar hasta los doce años (artículo 8.º). La tutela correspondiente a los acogidos se ejercerá por las Juntas locales de colocación familiar, bajo la inspección de la Junta provincial de Beneficencia y del Gobierno General del Estado, quienes investigarán, entre otros extremos, cómo cumplen aquéllos su obligación tutelar. La representación en juicio estará a cargo del Ministerio Fiscal (art. 9.º). Si en cualquier momento apareciese el padre o tutor legal de alguno de los niños colocados, podrá reclamarlo, de

acuerdo con lo dispuesto en las leyes y reglamentos vigentes (art. 12).

Pues bien, con respecto a los prohijados antes de los catorce años en quienes concurra la circunstancia de haber sido abandonados o expósitos (o huérfanos asimilados) se permite que sean adoptados plenamente por quienes reúnan los requisitos legales, sin limitación de edad ni plazo alguno. Resulta claro, aunque la razón no parezca demasiado convincente, que no gozan de esta posibilidad aquellos que no fueron prohijados, sino sólo acogidos. Pero, ¿podrán asimilarse a los prohijados aquellos que antes de los catorce años hubieran sido adoptados en adopción menos plena por quien luego se propone adoptarlo plenamente? A primera vista parece que si se establece un trato de favor para quienes ya tenían un vínculo de naturaleza administrativa y eficacia débil (la Administración puede en cualquier momento reclamar al prohijado), con mayor razón deberá permitirse la adopción plena de quienes, reuniendo los requisitos legales, han establecido previamente un vínculo, más fuerte, revelando así su más clara voluntad en orden a la creación de lazos afectivos. Pero la cuestión no es tan simple, habiendo quien ha sostenido la opinión negativa (27). Creo que puede distinguirse según los diferentes supuestos de hecho y llegar a distintas soluciones.

- h) *¿Pueden asimilarse los ya adoptados a los prohijados, a los efectos del artículo 178, párrafo 2.º, inciso final, del Código civil?*

Esta pregunta, formulada de otro modo, consiste en determinar si la adopción practicada en la única forma conocida antes de la reforma de 1958 o después en forma menos plena puede convertirse en adopción plena, entre las mismas personas que intervinieron como adoptado y adoptante o entre esas mismas personas y el cónyuge del adoptante único anterior, cuyas nupcias fueron posteriores a la adopción e incluso anteriores en algún caso especial.

Creo que, para mayor claridad, pueden distinguirse una serie de supuestos cuyos tipos principales son los siguientes:

1.º *Adoptado conforme al Código civil antes de la reforma de 1958.*

1') Si tanto el adoptado como el adoptante o los adoptantes reunían en aquel entonces los requisitos exigidos para la adopción plena por la nueva legislación y los reúnen actualmente, estimo que la respuesta ha de ser claramente afirmativa, debiendo permitirse la adopción plena.

2') Si el adoptado reunía y sigue teniendo los requisitos exigidos para la adopción conforme a la nueva legislación, pero no así el o los adoptantes, quienes no los reunían antes (v. gr.: soltero), pero sí bajo

(27) Cfr. GAMBÓN ALIX, Germán, *La adopción*, Barcelona, edit. Bosch 1960, páginas 129 y ss.

la vigencia de la legislación reformada, estimo que igualmente debe llegarse a una admisión de la adopción plena.

3') En cambio, creo que habrá que responder negativamente y no podrá llevarse a cabo la adopción plena cuando le faltaban al adoptado los requisitos en aquel entonces (pues menos los tendrá después —v. gr.: si no era abandonado o expósito—) o si el adoptante reunían entonces los requisitos pero no ahora (v. gr.: diferencia de edad, que antes era de quince años y ahora de dieciocho).

2.º *Adoptado conforme al Código civil después de la reforma de 1958.*

1') Si al celebrarse la adopción menos plena el adoptado reunía todos los requisitos precisos para la adopción plena, pero no el adoptante (v. gr.: por ser soltero), estimo que deben hacerse todos los esfuerzos posibles para llegar a una solución permisiva y autorizar la adopción plena (v. gr.: si el soltero adoptante menos pleno ha contraído matrimonio y desean adoptar plenamente ambos cónyuges).

2') Si adoptado y adoptante reunían todos los requisitos precisos para efectuar la adopción plena y, no obstante, efectuaron la menos plena, ello quiere decir que puestos a elegir entre dos posibilidades optaron por una de ellas desechando la otra, por lo que no será posible una posterior adopción plena.

Los principales argumentos en favor de las soluciones permisivas, conforme a los casos expuestos, pudieran ser:

1. La "ratio" de la institución que es la mayor protección y proporcionar el máximo beneficio al adoptado, cuyo interés debe siempre prevalecer al interpretar y aplicar cualquier precepto legal. De otro modo, resultaría perjudicado un adoptado frente a quien no lo es, precisamente por serlo (¡extraña paradoja que la ley perjudique a quien quiere beneficiar!). De este modo se facilitan las adopciones plenas, pues a menudo sucede que muchas personas, a pesar de su gran deseo de tener un hijo, vacilan en introducir plena e irrevocablemente a un niño cuyos antecedentes hereditarios desconocen, o bien temen la oposición de sus familiares que esperan vencer con el tiempo. Argumento que alcanza su máximo valor cuando la adopción plena no ha sido posible por falta de algún requisito legal. ¿Por qué interpretar en tal caso la laguna legal en perjuicio del adoptado? Mucho más lógico y razonable es hacerlo en su favor, dándole toda clase de facilidades para que consolide su situación en su familia adoptiva.

2. La irrevocabilidad de la adopción no es argumento en contrario, pues no es que se deje sin efecto la adopción anterior, antes bien, se refuerza notablemente. Es una "transformación" de la adopción en otra de efectos más fuertes, no una pura extinción.

3. Existen también argumentos de Derecho comparado. El artículo 103 del Decreto-Ley francés de 29 de julio de 1939 estableció que "durante el plazo de un año, a partir de la fecha de publicación del

presente Decreto, las disposiciones relativas a la legitimación adoptiva pueden ser extendidas a los niños adoptados anteriormente a esta fecha, si los requisitos exigidos por el nuevo artículo 368 del Código civil se encuentran cumplidos a la vez en el momento de la adopción y en el de interposición de solicitud de la legitimación. No obstante, por dispensa del requisito de edad impuesto al adoptado, puede serle concedida la legitimación si no ha cumplido dieciséis años el día de la publicación del presente Decreto. La legitimación acordada no tiene efecto retroactivo." Por su parte, la jurisprudencia francesa ha establecido que quienes reúnan *a la vez* los requisitos exigidos para la adopción y para la legitimación adoptiva, deben escoger entre estas instituciones y no pueden recurrir a ellas sucesivamente (sentencia de 3 de enero de 1947), deduciéndose, "a sensu contrario", que los esposos pueden beneficiar con la legitimación adoptiva al adoptado anteriormente por uno de ellos, si no reunían en el momento de la adopción todos los requisitos exigidos por los artículos 368 y siguientes del Código civil. En este último sentido se manifestó el Tribunal civil del Sena de manera constante. También se ha presentado un proyecto legislativo tendente a facilitar la conversión de la adopción en legitimación adoptiva.

4. Algunos autores argumentan que desde el momento en que el niño ha sido adoptado ya no tiene la condición de abandonado o expósito. Esta razón no nos parece correcta, pues desenfoca el problema. No se trata de que el adoptado haya de tener la condición de abandonado o expósito materialmente o "de hecho", sino de que merezca tal concepción "jurídica". De otra suerte, nos encontraríamos con que el mismo prohijado ya no es abandonado, pues alguien se ha encargado formalmente de su persona. La calificación jurídica se otorga en un cierto momento inicial de situación de desamparo y luego no varía aunque materialmente haya sido recogido por otra persona, mientras no se sepa quienes son sus padres o se destruya ese abandono inicial por acto de las mismas personas que lo determinaron.

5. En realidad, el problema se plantea en términos equivocados, pues la prueba incumbiría a quien negase esta posibilidad, ya que todo lo que no se encuentra expresamente prohibido por la ley ha de entenderse permitido ("permissus quid ne prohibeatur").

6. A falta de disposiciones transitorias de la Ley de 1958 hay que aplicar las del Código civil, y el sentido de éstas es favorable a permitir la adopción plena para quienes adoptaron conforme a la única forma posible antes de la reforma de 1958.

i) Otras cuestiones relativas al adoptado.

Al decir el artículo 178 del Código civil que "únicamente podrán ser adoptados los abandonados o expósitos que... siendo mayores de catorce años fueron *prohijados* antes de esta edad por *los adoptantes*", puede cuestionarse si es preciso que el prohijamiento haya sido

efectuado en todo caso por los dos cónyuges, de modo que no se aplicaría esta regla cuando el prohijamiento fue llevado a cabo por uno sólo o por soltero o viudo.

Como argumento favorable a la primera interpretación puede aducirse el cambio de redacción del precepto con respecto a la que figuraba en el Anteproyecto, según el cual podían ser adoptados “los abandonados o expósitos menores de edad, mayores de catorce años, si con anterioridad a esta edad estuvieren prohijados *por cualquiera* de los adoptantes”. Y el argumento es tanto más fuerte cuando el propio texto del Código se cuida de puntualizar, en otros casos, “adoptante o adoptantes” (art. 178, párr. 3.º) y, por lo general, se refiere sólo al adoptante (arts. 173, 174, 179 y 180). Pero teniendo en cuenta que una tal interpretación sería contraria al interés del adoptado, pues restringiría los supuestos en que actuase la dispensa del límite de edad, es menester decidirse por la contraria. El empleo del plural “adoptantes” se explicaría porque así lo parece exigir la misma construcción gramatical del párrafo segundo del artículo 178, el cual comienza por emplear un término también en plural (únicamente *podrán ser adoptados los abandonados o expósitos...* que siendo *mayores* de catorce años *fueron prohijados...*). Parece más acorde con el sentido general del precepto emplear el plural “adoptantes” en vez del singular “adoptante”, sin que deba darse un alcance mayor a esa expresión.

Queda por analizar el supuesto de varios adoptantes y un adoptado, así como el de uno o varios adoptantes y varios adoptados, que, en verdad, plantean pocas dificultades en orden a su resolución. El primero de ellos, porque nuestro Código es tajante a este respecto: “Los cónyuges pueden adoptar conjuntamente y fuera de este caso nadie puede ser adoptado por más de una persona” (art. 713, núm. 4.º).

En cuanto al supuesto de uno o varios adoptantes (caso del matrimonio) y varios adoptados, en nuestra legislación rige el principio de la no limitación del número de adoptados por la misma persona, cualquiera que sea la clase de adopción. Este criterio, que es el generalmente seguido por las legislaciones, sólo puede merecer alabanzas, las mismas que exigen las familias numerosas, máxime en este tiempo de una decreciente y alarmante curva del índice de natalidad en los países occidentales. Mas no siempre ha sido y es seguido. Así, entre los revolucionarios franceses tuvo partidarios la idea de limitar el número de adoptados por la misma persona e incluso la tesis prohibitiva, salvo a favor de los hermanos del primer adoptado. Pero el vigente Código civil francés no contiene limitación alguna, y más bien de su articulado se desprenden argumentos favorables a la ilimitación del número de adoptados. El párrafo 1.743 del B. G. B. manifiesta que la existencia de un hijo adoptivo no se opone a una posterior adopción. En cambio, la ley argentina de 1948 limita a dos el número de los posibles adoptados por un mismo matrimonio, y el Código de la familia búlgaro precisa que el adoptante no tenga otro hijo adoptivo. En fin, algunas legislaciones sólo permiten la adopción de varias

personas cuando se realiza simultáneamente o en un mismo acto (Códigos parmense —aa. 140 y 141—, sardo —a. 189—, estense —a. 176—, italiano de 1865, 1939 y 1942 —aa. 203, 292, 294—, griego —a. 1.570—, venezolano y ley checoslovaca de 28 de marzo de 1928 —a. 1.º, párrafo 5.º—).

j) *La adopción entre parientes.*

De antiguo se ha tratado la cuestión relativa a si puede adoptar una persona a otra unida a ella por vínculos de parentesco. Precisamente este punto dio pie a JUSTINIANO para distinguir dos tipos de adopción, la *plena*, cuando el adoptante era un ascendiente consanguíneo del adoptado, y la *menos plena*, en otro caso. Mientras la primera producía los efectos de la antigua adopción consistentes fundamentalmente en la *capitis deminutio* mínima y sumisión a la *patria potestas* del adoptante, la adopción menos plena no origina esos efectos, sino únicamente concede al adoptado derecho a suceder abintestato al adoptante (28).

Las Partidas siguen el sistema romano y admiten la adopción de los nietos por los abuelos (29).

En el Derecho francés, BAUDRY-LACANTINERIE (30) y COLIN Y CAPITANT (31) se muestran partidarios de la posibilidad de que los padres adopten a sus hijos naturales no reconocidos, a través del estudio que hace el primero de los precedentes de la etapa codificadora (32), y citando los segundos la ley de 13 de febrero de 1909, que reformó el antiguo artículo 347 del Código Napoleon (33). JOSSE-

(28) Instituciones, I, 11, 5 y 6; I, 11, 2.

(29) Partida 4.ª, tít. XVI, ley 10.ª

(30) BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des Personnes*, vol. IV, París 1905, págs. 35 y 36 (la parte dedicada a la adopción está redactada por G. Chénaux).

(31) Vid. COLIN y CAPITANT, A. y H., *Curso elemental de Derecho civil*, trad. esp. de la Rev. Gral. de Leg. y Jur., con notas de De Buen, edit. Reus, Madrid 1922, t. I, pág. 615.

(32) Fueron grandes las discusiones que originó esta cuestión: MALEVILLE y TRONCHET se mostraron enemigos de permitirlo, aduciendo que en otro caso sería fácil burlar las disposiciones que limitan la facultad de disponer de los bienes a favor de los hijos naturales, que se impediría de hecho el reconocimiento, etc., mientras que la solución permisiva fue defendida por BERENGER, REAL y el mismo NAPOLEÓN, aduciendo el bien de los mismos padres y del hijo, la imposibilidad de impedirlo efectivamente en la mayoría de los casos y que cuando la ley priva al hijo natural del derecho a suceder, no ha querido castigarlo por las faltas de su padre, sino hacer respetar las costumbres y la dignidad del matrimonio; y la ley, al hacerlo suceder como adoptado y no como bastardo, concilia la justicia y el interés de las costumbres; y el inconveniente de facilitar la adopción de los bastardos es menor que el de abandonarlos. Fruto de todas estas discusiones y encontradas opiniones fue que el Código civil guardó silencio sobre el particular, que la cuestión fue vivamente controvertida en la doctrina y en la jurisprudencia y que las actas de la discusión en el Consejo de Estado fueron invocadas por los partidarios de ambas soluciones.

(33) Sólo indirectamente puede deducirse de aquí un criterio favorable a la

RAND, comentando la doctrina jurisprudencial, manifiesta que ha estado bien inspirada al consagrar el criterio liberal, pues las estadísticas demuestran claramente el elevado porcentaje de adopciones entre parientes (34). La jurisprudencia francesa, después de algunas fluctuaciones, ha terminado por admitir la validez de la adopción de hijo natural, sea o no reconocido, y del ilegítimo no natural (v. gr.: adulterino) por sus padres (35), y lo mismo ha resuelto respecto a la legitimación adoptiva (36). En tales casos, como el padre o madre adoptante no puede consentir en dos conceptos a la vez, de una parte para autorizar la adopción y de otra parte como adoptante, la jurisprudencia aplica por analogía el párrafo 2.º del artículo 349 del Código civil (37) y llama a prestar el consentimiento para la adopción al Consejo de familia (38).

La cuestión fue también muy discutida en los diversos Proyectos de Códigos civiles italianos, terminando por triunfar la solución prohibitiva, que había contado entre sus partidarios a PISANELLI, VIGLIANI y SOLMI. El actual artículo 293 del Código civil italiano establece: "Prohibición de la adopción de los hijos nacidos fuera del matrimonio.—Los hijos nacidos fuera del matrimonio no pueden ser

posibilidad de que el padre adopte a su hijo natural, pues la Ley de 13 de febrero de 1909, al reformar el artículo 347 del Código Napoleón, se limitó a disponer que "L'adoption conféra le nom de l'adoptant à l'adopté, en l'ajoutant au nom de ce dernier.—Toutefois, si l'adopté est un enfant naturel non reconnu, le nom de l'adoptant pourra par l'acte même de l'adoption, et du consentement des parties, lui être conféré purement et simplement, sans être ajouté à son propre nom".

(34) JOSSEERAND, Louis, *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. 422-423.

En el año 1924, de 1.675 adopciones, 745 lo fueron entre parientes, legítimos o naturales; en 1928, de 1.555 adopciones, 22 lo fueron de hijos naturales reconocidos, 40 de hijos naturales no reconocidos, 127 de hijos políticos, 336 de sobrinos, 29 de otros parientes o afines y 981 de extraños; en 1933, de 2.234 adopciones, las cifras son, respectivamente, 74, 71, 125, 306, 177 y 402.

(35) Sentencia del T. S. de 1.º de abril de 1846, D. P. 1846.1.81; Sentencia 1846.1.273.

(36) Sentencia del Tribunal civil de Briançon de 24 de mayo de 1946, confirmada por la de Grenoble de 26 de febrero de 1947.

La cuestión pareció lo suficientemente delicada para que el Tribunal Supremo cambiase dos veces de parecer. Después de haberse pronunciado por la afirmativa (Civ. 28 de abril de 1841, D. P. 1841.1.136), y más tarde por la negativa (Civ. 16 de marzo de 1843, D. P. 1843.1.97) volvió a su primera opinión (Civ. 1.º de abril de 1846, citada en nota 75), y en ella ha permanecido resueltamente, que sepamos (Req. 13 de junio de 1882, D. P. 1882.1.308).

(37) Artículo 349: "Si el menor no tiene ni padre ni madre, o si los mismos se encuentran impedidos para manifestar su voluntad, el consentimiento será otorgado por el Consejo de familia. Lo mismo sucederá si el menor es un hijo natural no reconocido o si después de haberlo sido ha perdido a sus padres o éstos no pueden manifestar su voluntad".

(38) Vid. sobre el particular, PLANIOL ET ROUAST, *Traité pratique de dr. civ. français*, t. II, *La Famille*, núm. 1.007. LAGARDE, Comentario a la sentencia del Tribunal civil de Briançon de 24 de mayo de 1946, en la *Revue trimestrielle de dr. civ.*, 1947, págs. 317 y ss.

adoptados por sus padres. No puede, sin embargo, ser declarada la nulidad de la adopción si, cuando ésta tuvo lugar, la cualidad de hijo natural del adoptado no resultaba del reconocimiento o de declaración judicial. Si el adoptado es un hijo natural que no puede ser reconocido cuya filiación resulta por alguno de los medios indicados en el artículo 279, puede siempre declararse la nulidad de la adopción.”

En la doctrina alemana, ante el silencio legal, la cuestión se ha resuelto en sentido permisivo. La doctrina brasileña predominante, sostenida, entre otros, por el autor del Código civil de 1916, Clovis Bevilacqua, se inclina a reconocer la posibilidad de que el padre o la madre adopten a sus hijos adulterinos. El artículo 358 del Código civil brasileño, modificado por el Decreto-Ley de 27 de septiembre de 1942 (núm. 4.737) y por la Ley de 21 de octubre de 1949 (núm. 883), que prohíbe el reconocimiento del hijo adulterino o incestuoso, no se aplica a la adopción, pues, como derogatorio del derecho común, se entiende que no es susceptible de interpretación extensiva. En general, se advierte en la doctrina y legislación comparadas una clara tendencia favorable al criterio permisivo (39).

Entre nosotros, la Resolución de 23 de octubre de 1947 estableció la imposibilidad de que la madre adoptase a su hijo natural reconocido. Con referencia a la legislación anterior a la reforma de 1958, Mucrus

(39) Es de notar que aunque la prohibición de que los padres adopten a sus hijos naturales reconocidos mantiene su vigencia en legislaciones como las de Holanda (a. 344), Italia (a. 293), Noruega (a. 1.º), Uruguay (a. 160), Venezuela (a. 249), y Estados de América del Norte como Illinois, Minnesota, Nuevo México, Virginia, Idaho, Montana, Dakota Norte y Sur, Oklahoma, Utah, y existía en la India bajo el régimen de la adopción “dattaka”, no todos estos países prohíben la legislación de los demás hijos ilegítimos. Así, en la mayoría de los Estados norteamericanos, el padre puede adoptar a su hijo adulterino reconociéndolo públicamente (by public acknowledgement) y recibéndolo en su familia como su hijo, con consentimiento de su cónyuge. Por otra parte, la tendencia favorable a la solución permisiva se muestra en el Svod Zakonov ruso de 1832, los Códigos báltico y letón de 1864 y 1937, respectivamente; en la desaparición de la prohibición en Austria desde 1914, en la facilitación de esta adopción por la ley checoslovaca núm. 56, de 28 de marzo de 1928, y en la autorización expresa contenida en las leyes de California de 1872, danesa de 26 de marzo de 1923 (art. 4.º), finlandesa de 5 de junio de 1925 (art. 2.º), sueca de 10 de junio de 1949 (según la cual la madre natural puede adoptar a su hijo conjuntamente con su esposo, siempre que sea mayor de edad, aunque no tenga los 25 años que normalmente se exige al adoptante), belga de 22 de marzo de 1940 (que modifica el art. 344 del Código civil), irlandesa de 13 de diciembre de 1952, la Adoption of Children (Regulation) Act inglesa de 1939, y el Código peruano de 1936 (art. 327). Según los Estatutos de Quebec (cap. 324, art. 6.º) se permite la adopción siempre que no suponga un conflicto entre la familia de origen y la adoptiva; así, en principio, sólo se permite a favor de los hijos ilegítimos de cuyo mantenimiento y educación no se han encargado sus padres; de hijos legítimos huérfanos de padres o si éstos están privados definitivamente de razón y sus ascendientes no los toman a su cargo; y a favor de los hijos legítimos huérfanos de padre o madre cuando son adoptados por el padre o la madre del difunto, caso claro en que se admite expresamente la adopción del nieto legítimo por sus abuelos (Vid. BAUDOUIN, Louis, *Le Droit civil de la Province de Québec*, 1953, lib. III, 2.ª parte, cap. IV, pág. 252).

SCAEVOLA llega a las siguientes conclusiones: 1.^a El padre o madre no puede adoptar a su hijo natural reconocido, pues perdería en consideración y derechos. 2.^a El no reconocido podría ser adoptado por su padre o madre naturales como un extraño, es decir, no descubriendo su cualidad, porque si ésta se manifestase surgiría prepotente el reconocimiento, que anularía la adopción pretendida. 3.^a Respecto de los demás hijos ilegítimos, se impone la opinión afirmativa, salva la excepción del hijo sacrílego por parte del padre o de la madre en quien concurra la citada causa de sacrilegio (40).

Un planteamiento completo de la cuestión podría hacerse a base de distinguir, dentro de la adopción entre parientes:

1.º Adopción entre parientes en línea recta.

Descartada la posibilidad de que el descendiente adopte a su ascendiente, queda limitado el estudio al caso inverso, pudiendo subdistinguir la adopción entre parientes de segundo o ulteriores grados y la del hijo por su padre. En el primer caso (v. gr.: abuelo y nieto) nada impide semejante adopción con tal que se reúnan los requisitos legales, especialmente la carencia de descendientes legítimos o legitimados; siempre el abuelo podrá adoptar al hijo natural reconocido por su hijo premuerto. Ahora bien, quizá pudiera decirse que la solución permisiva no aparece tan clara, pues depende, en definitiva, del diverso punto de vista con que se interprete la prohibición contenida en el artículo 173, núm. 2.º, del Código civil: si se entiende de un modo absoluto, resultaría que no podría ser adoptado el descendiente único (legítimo o legitimado) por su abuelo, ya que su misma existencia haría entrar en juego la prohibición. Pero si se interpreta, como creo debe serlo, de modo relativo, conforme a la finalidad del precepto, consistente en evitar que el descendiente pueda ser perjudicado por la intromisión en la familia de un extraño o, en general, de cualquier persona ajena a él mismo, faltará la razón de ser de semejante prohibición y, por tanto, la adopción podrá llevarse a efecto. Aunque no sean muy frecuentes, pueden darse estos casos (v. gr.: para conservar el apellido de la línea materna). En cuanto a la adopción del hijo por su propio padre o madre, la solución racional creo que es mantener la imposibilidad de la adopción cuando la relación paternofamiliar sea legalmente conocida y la posibilidad en caso contrario. El padre o madre no podrán así adoptar a sus hijos legítimos, legitimados o naturales reconocidos; basta para ello pensar que falta interés en esa adopción, pues nunca gozará el hijo de superiores ni siquiera iguales derechos al ser adoptado. Si el hijo es natural pero aún no ha sido reconocido, podrá ser adoptado, si bien, en caso de un posterior reconocimiento por el mismo padre adoptante, la relación de paternidad natural prevalecerá sobre la adoptiva, sin que pueda adu-

(40) Vid. MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código civil concordado y comentado extensamente*, t. III, 3.^a edic., Madrid 1893, pág. 401.

cirse en contrario el párrafo final del artículo 175, pues claramente se desprende que éste se refiere al caso en que el reconocimiento sea hecho por un tercero, es decir, una persona distinta del propio adoptante. De este modo se obtiene un medio para que el padre natural pueda cumplir legalmente y en conciencia los deberes que tiene respecto a su hijo sin necesidad de poner de manifiesto su paternidad, para lo cual pueden existir obstáculos serios. Por último, el padre o madre podrán adoptar a sus hijos legítimos no naturales siempre que se reúnan los requisitos generales y especiales según la clase de adopción. Aunque posteriormente se descubra o ponga de manifiesto, incluso por acto voluntario del padre o madre adoptivo, esa relación de paternidad, no afectará a la adopción, pues desde el punto de vista legal no existe, en realidad, una situación familiar, sino sólo efectos muy concretos y restringidos de esa generación ilegítima (arts. 140, 143, 845).

2.º Adopción entre colaterales.

No veo ningún obstáculo legal para llevarla a cabo, ni siquiera entre hermanos, con tal que reúnan los requisitos legales, de entre los cuales quizá represente, en principio, el mayor abtáculo la diferencia de edad, si bien ésta suele darse entre el mayor y menor de los hermanos con relativa frecuencia.

3.º Adopción entre cónyuges.

Aunque en nuestro Código no se contiene una prohibición expresa, inducen a rechazar esta posibilidad (que un cónyuge adopte al otro) los principios generales, en pugna con la equívoca situación creada. También puede aducirse que si el adoptante no puede contraer matrimonio con el adoptado (art. 84, núm. 5.º), impedimento que tiene carácter no dispensable, y cuyos efectos alcanzan al matrimonio canónico, el cónyuge no podrá adoptar a su consorte, pues, en definitiva, por camino inverso vendría a crearse la misma situación.

4.º Adopción entre afines.

Parece que nada se opone a que el suegro o suegra adopten al yerno o nuera, siempre que concurren los requisitos exigidos por la ley. Asimismo, podrá admitirse en los restantes casos de afinidad. El Código civil permite expresamente la adopción del hijastro o hijastra por su padrastro o madrastra en el artículo 180.

k) *Las prohibiciones.*

Además de los requisitos establecidos de manera positiva, por lo general, las legislaciones establecen diversas prohibiciones para adoptar o ser adoptado, cuya naturaleza es distinta. Algunas de las calificadas como prohibiciones son, en el fondo, verdaderos requisitos, aunque su concepto se exponga en forma prohibitiva; tienen, por otra parte, tal carácter de generalidad que constituyen, juntamente con los

requisitos de edad y de consentimiento, verdaderas reglas de Derecho común legislativo, y en atención a ello han sido estudiadas al hablar de los requisitos, como ocurre en nuestra legislación con el consentimiento del cónyuge del adoptante y la carencia de descendientes. Otras son verdaderas prohibiciones, como las contenidas en los números 1.º y 3.º del artículo 173 del Código civil. A estas últimas vamos a referirnos ahora.

Prohibición impuesta a los eclesiásticos.

Manifiesta el artículo 173: "... Se prohíbe la adopción: 1.º A los eclesiásticos." Se trata de una prohibición peculiar y casi diríamos exclusiva de nuestra legislación, que no se encuentra en las extranjeras. Arranca, al parecer, de la glosa de GREGORIO LÓPEZ a la ley 2.ª del título XVI de la Partida IV (41), y desde entonces se ha venido repitiendo hasta el presente. El Fuero Real, sin embargo, ya la contenía, pues manifestaba que ningún ome de Orden podía adoptar (Libro IV, título XXII, ley 3.ª), si bien admitió que con otorgamiento del Rey pudiese adoptar el llamado "ome de Orden". Así venía sucediendo hasta que la ley de 1838, al enumerar las gracias al sacar, pasó por alto la de los eclesiásticos de obtener la real licencia para poder adoptar.

El *fundamento* de esta prohibición puede encontrarse en el principio, tantas veces citado, de que la adopción imita a la naturaleza (42), y así como es legalmente imposible que el sacerdote adquiriera la paternidad después de su ordenación, por idéntica razón la ley le prohíbe adquirir la adoptiva. Los autores señalan otros motivos, tales como los de que el sacerdote se debe a la humanidad en general, que el llamamiento divino supone la renuncia a los efectos mundanos, consideraciones de orden moral, como el temor de que la adopción fuese ocasión de desmoralización para estas personas por la posibilidad de adoptar al hijo sacrílego (43), etc. Sea cual fuere, en realidad, su fundamento, lo cierto es que son muy escasas las legislaciones modernas que la mantienen, como la cubana anterior a la revolución castrista, donde regía en idénticos términos que en nuestro Código, y el art. 179 del Código civil austríaco, según el cual no pueden adoptar los que hayan hecho voto solemne de permanecer en el celibato, si bien no se consideran excluidos y pueden, por ende, adoptar los pro-

(41) "Porfijar puede todo ome libre que es salido de poder de su padre. Pero ha menester el que quisiere esto fazer que aya todas estas cosas: que sea mayor que aquel a quien quiere porfijar de diez e ocho años: e que aya poder naturalmente de engendrar, aviendo sus miembros para ello...". Es precisamente al comentar el requisito de que "aya poder para engendrar", cuando GREGORIO LÓPEZ manifiesta: "... unde sacerdos neque alius constitutus in sacris non potest adoptare cum non possit matrimonium contrahere...", citando en apoyo de esta solución la opinión de Alberico.

(42) Instituciones, I, 11, 4: "adoptio enim naturam imitatur".

(43) Vid. MANRESA, *Comentarios*, 6.ª edic., tomo II, pág. 108.

fesos en Ordenes que no requieren voto solemne de castidad y los sacerdotes del clero secular, aunque éstos se encuentren obligados al celibato, porque esta obligación deriva del sacramento y no de un voto especial. La cuestión había sido controvertida en Francia, pero desde la sentencia de 28 de noviembre de 1844 (S., 44.1.801), han desaparecido todas las dudas y se ha impuesto la solución afirmativa de que los sacerdotes, los religiosos profesos y las religiosas profesas pueden adoptar.

El *ámbito de la prohibición* se delimita en un doble sentido. Primero, porque sólo comprende a los eclesiásticos. Segundo, porque sólo alcanza a las adopciones posteriores al estado eclesiástico, no las realizadas antes. ¿Qué debe entenderse por "eclesiásticos"? Para VALVERDE son los ordenados "in sacris" (44), MANRESA entiende por tales, al igual que PUIG PEÑA, los del art. 83, es decir, que para ellos la prohibición comprende a los religiosos profesos (45). MUCIUS SCAEVOLA estima que deben considerarse incluidos en la prohibición quienes hayan recibido Ordenes mayores y pertenezcan al clero secular, pues el regular se atiende a sus reglas y como es imposible que, conforme a ellas, los religiosos profesos puedan adoptar, el Código no se ha referido a ellos, porque lo que es imposible no se prohíbe (46). El profesor CASTÁN TOBEÑAS, expresa que la doctrina entiende que la prohibición alcanzará por igual a los sacerdotes seculares y a los regulares, si bien es más precisa la norma del art. 83 del Código civil (47).

Según el Diccionario de la Lengua castellana, por eclesiásticos hay que entender "los que están ordenados y admitidos en el número y orden de la Iglesia". Pero este concepto no me satisface plenamente, por lo que convendrá ver si cabe precisarlo un poco más. Un argumento favorable a que la palabra "eclesiásticos" utilizada en el artículo 173 lo está en su acepción amplia, comprendiendo a los religiosos profesos, lo constituye el que el art. 237 núm. 12 declara que "no pueden ser tutores ni protutores: ...12. Los religiosos profesos"; luego si éstos no pueden ser tutores ni protutores, con mayor razón tampoco podrán adoptar, pues la adopción impone mayores deberes que la tutela. De modo que desde este punto de vista observamos cómo es razonable que el término eclesiástico incluya a los religiosos profesos. Pero la cuestión no acaba aquí, pues acto seguido el art. 244 nos dice que "pueden excusarse de la tutela y protutela: ...3.º. Los eclesiásticos". Luego si los religiosos profesos no pueden ser tutores ni protutores y los eclesiásticos pueden excusarse de la tutela y pro-

(44) Vid. VALVERDE, *Tratado*, t. IV, 4.ª edic., pág. 474, nota 2.

(45) Cfr. MANRESA, loc. cit. nota 83; PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español*, t. II, Derecho de Familia, 1946.

(46) Vid. MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil concordado...*, t. III, 3.ª edic., Madrid, 1893, pág. 411.

(47) Vid. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, t. V, vol. 2.º, 7.ª edic., Madrid, 1958, pág. 209.

tutela, ello nos indica que para el Código ambos términos no son sinónimos, sino diferentes, ya que quien está incapacitado para desempeñar un cargo o se le prohíbe su ejercicio no tiene por qué excusarse. De la comparación entre ambos preceptos resulta que para el Código son eclesiásticos quienes pertenecen al clero secular, es decir, quienes no son religiosos profesos. ¿Puede aplicarse esta idea al art. 173? Entendemos que sí. ¿Guarda correlación esta acepción con la mantenida en el Derecho canónico? Opino negativamente. En primer lugar, el Código de Derecho canónico no habla de eclesiásticos, sino de *clérigos*. El Código civil debió emplear este término en vez del de eclesiásticos, pues es más correcto, tanto desde el punto de vista gramatical (ya que “clérigo” es siempre sustantivo, mientras que “eclesiástico” es un adjetivo sustantivado, v. gr.: estado clerical, estado eclesiástico) como desde el punto de vista técnico, toda vez que es el utilizado por el Codex, el cual, dicho sea de paso, no prohíbe adoptar a los clérigos.

Pues bien, según el canon 108, el estado clerical comprende a quienes han recibido Ordenes mayores y menores. Según el canon 132, mientras los primeros no pueden contraer matrimonio válido, los clérigos menores pueden ciertamente contraer matrimonio, pero por el propio derecho dejan de pertenecer al estado clerical. En cuanto a los religiosos profesos, es de tener en cuenta el canon 579, según el cual la profesión simple, sea temporal o perpetua, hace ilícitos los actos contrarios a los votos, pero no inválidos, a no ser que expresamente se previniese otra cosa; pero la profesión solemne, si son anulables, los hace también inválidos.”

De aquí resulta, a nuestro juicio, que el término “eclesiásticos” del art. 173 no comprende la generalidad de las personas ligadas con voto perpetuo de castidad, sino que se limita a los que han recibido Ordenes sagradas y, a mi entender, Ordenes mayores, puesto que las menores pueden ser quebrantadas por determinación voluntaria y no ligan “per aeternum” al ordenado. Este artículo, por tanto, no se refiere a los religiosos profesos, sino en tanto en cuanto los mismos hayan sido ordenados de mayores; ahora bien, como según sus reglas particulares no suelen poder adoptar, la consecuencia será la misma que si los comprendiese. Por otro lado, el voto de pobreza les imposibilita, dado el caso de que pudieran adoptar, para la prestación de alimentos y lo cierto es que desde que se consagran exclusivamente a la vida de oración y recogimiento, renuncian a todos los afectos mundanos, por lo que, en la práctica, no se plantearán conflictos. En conclusión, cabe afirmar que si los religiosos profesos han recibido Ordenes mayores les alcanza la prohibición del art. 173 núm. 1.º, mientras que si no han sido ordenados de mayores podrán adoptar desde el punto de vista de la Ley civil, con independencia de que la adopción se oponga a la profesión solemne o sus peculiares reglas, en cuyo caso la prohibición no viene impuesta por el Derecho civil, sino por el ecle-

siástico. Por tanto, creo que el término *eclésiásticos* ha de interpretarse como sinónimo de personas que han recibido las Ordenes mayores, sean o no religiosos profesos, pertenezcan al clero secular o regular. Que nuestra legislación prohíba sólo a éstos la adopción, sin prohibirla directamente a los religiosos profesos no ordenados "in sacris" ni a las religiosas profesas, aun cuando para ambos la prohibición resulte indirectamente del sistema del Código (argumento: art. 237 núm. 12) y de la regulación canónica a tenor de las reglas de su institución. Se hace aquí patente, una vez más, la anarquía conceptual, no ya exclusivamente técnica, de nuestros legisladores que, en vez de aprovechar las reformas para pulir y precisar los conceptos proporcionan nuevos motivos de confusión. Sólo así se explica la contradicción entre las expresiones de los arts. 83, núm. 4.º, 173, núm. 1.º, 237 núm. 12 y 244 núm. 3.º, o el hecho de que en cada uno de ellos se utilicen los mismos terminos en sentidos distintos.

Estimo que el clérigo apóstata no podrá adoptar, pues su carácter de tal no desaparece con la apostasía y además, como es posible su ulterior reintegro a la Religión, sería un medio para burlar una ley prohibitiva. En cambio, parece que podrán adoptar el reducido al estado ordinario.

En cuanto al carácter de esta prohibición, serán aplicables los artículos 9.º y 11, párrafo final del Código civil.

Prohibición impuestas a los tutores.

Al contrario de lo que sucede con la prohibición que acabamos de examinar, la relativa al tutor se encuentra establecida con carácter más general en el Derecho comparado (48). Los precedentes se encuentran en el Digesto, cuando se nos dice que no se permite arrogar a quien es tutor o curador de alguno menor de veinticinco años, por si acaso lo hace por no dar cuentas o por causa torpe, añadiendo que

(48) La establecen los Códigos civiles de Colombia (a. 276), Costa Rica (ley de 1934, art. 2.º), Cuba (art. 174), mejicano (art. 393), panameño (art. 176), uruguayo de 1868 (a. 244), venzolano (a. 248), uruguayo del niño de 1934 (a. 157), ley chilena de 1934 (a. 3.º), brasileño (a. 371), peruanos de 1852 y 1936 (arts. 272 y 330), de Bolivia (a. 187), Ley argentina de adopción (a. 7.º), Ley de El Salvador de 1955 (art. 4.º), Código filipino de 1949 (a. 334), italianos de 1865 (a. 207), 1939 (a. 293) y 1942 (a. 295), aparte de los antiguos Códigos parmense (a. 143), sardo (a. 173), estense (a. 179), de Ticino (a. 96), así como la ley yugoslava de 1947 (a. 7.º) y B. G. B. (parágs. 1.748, 1.752), entre otros. En cambio, tal prohibición no existe en el Derecho francés, por lo que la jurisprudencia del vecino país, a falta de prohibición legal expresa, ha estimado válida la adopción de un pupilo hecha por su tutor, cualquiera que fuese el momento en que se haya verificado (sentencia del Trib. civ. de Versalles de 16 de octubre de 1923, D. P., 24.2.161 y nota de Rouast), basándose además en que, según la ley francesa, sólo adolecen de nulidad las convenciones entre tutor y pupilo referentes directamente a la *gestión* de la tutela.

sólo ha de permitirse la arrogación de estos pupilos a los que la realicen llevados del parentesco o de un purísimo afecto (49).

Según el art. 173 de nuestro Código civil "se prohíbe la adopción: ...3.º. Al tutor respecto de su pupilo hasta que le hayan sido aprobadas definitivamente sus cuentas".

El fundamento de esta prohibición es el ya expuesto por JUSTINIANO y repetido por el Rey Sabio cuando nos dice que "podrían sospechar contra él, que lo fazia con mala intención: porque no le diese cuenta de sus bienes, que avia tenido en guarda, o si se la diese, que non lo faria tan lealmente nin tan bien como devia" (50). Razón, en suma de moralidad y no dar ocasión al fraude, consistente en el temor de que el tutor abuse de su posición y se enriquezca con perjuicio de los bienes del menor, unida al deseo de evitar el retraso o inexacta y defectuosa rendición de cuentas en perjuicio del pupilo.

Existe una cierta analogía entre el supuesto de hecho que contempla este artículo y el que origina la prohibición del art. 45 núm. 3.º, con la diferencia de que aquél no establece la posible dispensa por el padre.

El *ámbito de la prohibición* viene dado por los propios términos que emplea el art. 173. Comprende al tutor, cualquiera que sea su clase, que venga obligado a rendir cuentas, pero no a los herederos del tutor cuando sean éstos quienes las rindan. Ahora bien, ¿cuáles son los tutores que vienen obligados a rendir cuentas? ¿A qué cuentas se refiere el art. 173? En principio, parece no haber duda de que se trata de las cuentas generales o finales, no de las meramente anuales, si bien si un tutor está obligado a rendir éstas, con mayor motivo deberá rendir aquéllas. Pero puede preguntarse: ¿el tutor dispensado de rendir cuentas anuales, lo está también de la rendición de las cuentas generales? La jurisprudencia patria ha experimentado una interesante evolución. En un primer momento, estableció, sobre todo con especial referencia al tutor que obtiene el cargo con la asignación de frutos por alimentos, que no estaba obligado a rendir cuentas generales ni finales (sentencias de 7 de abril de 1859, 19 de noviembre de 1874 y 1.º de octubre de 1897), en base, principalmente a los artículos 1.261, 1.262 y 1.272 de la Ley de Enjuiciamiento civil de 1855, la ley 20, título 16 de la Partida VI y, ya con referencia al Código civil, que por ser uno mismo el espíritu que informa los arts. 279 y 280 del Código civil, los cuales están íntimamente relacionados, no cabe estimar de un modo absoluto la obligación que el segundo impone al tutor de rendir cuentas de la tutela al que le reemplaza en el cargo, sino limitada al caso de que, siendo el tutor pariente colateral del menor o incapacitado o extraño al mismo, no hubiese obtenido la tutela con la asignación de frutos por alimentos, que es el único en que,

(49) *Digesto*, 1, 7, 17, pr.; 1, 7, 17, 1.

(50) Partida IV, título XVI, ley 6.ª: "Que ningun ome non ha de poder de porfijar al moço que toviere en guarda".

según el primero de los artículos mencionados, está obligado el tutor a rendir cuentas de su gestión al Consejo de familia, llamado también por el art. 280 a examinar y censurar la cuenta a que este último artículo se refiere. Un cambio de rumbo parece marcar la sentencia de 28 de octubre de 1904, que negando también tenga obligación el tutor a quien se le hubiere asignado "frutos por alimentos", de rendir cuentas anual ni general, deja a salvo el que, *por acción distinta a la de rendición de cuentas*, pueda el pupilo, cuando desaparece la incapacidad o llega a la mayor edad, exigir del tutor o de sus herederos la reparación de toda clase de perjuicios que haya podido irrogarle la gestión tutelar, sea por defraudaciones, sea por malversaciones, por retraso en la entrega de los bienes o incompleta entrega de los mismos, o por negligencia, o sea, por cualquier otra causa análoga. El citado proceso evolutivo parece llegar a su final en las sentencias de 28 de noviembre de 1905 y 27 de marzo de 1936, con el paréntesis de la solución intermedia representada por la de 13 de enero de 1930, estableciéndose que la obligación de rendir cuentas acabada la tutela, comprende, sin excepción alguna, a todos los tutores, incluso a quienes hayan obtenido el cargo de frutos por alimentos; y por consiguiente, puede el pupilo exigir del que fue su tutor la rendición de cuenta general y justificada de administración y la entrega de saldo, hecha deducción de las cantidades que hubiera invertido legítimamente. Esta dirección parece seguirse, más o menos claramente, en las sentencias de 16 de octubre de 1940, 18 de mayo de 1945, 8 de junio de 1953 y 28 de enero de 1956 (51).

Ante estas diversas soluciones y el fluctuante criterio jurisprudencial parece conveniente hacerse con un criterio seguro en orden a la interpretación de la prohibición del art. 173 núm. 3.º, acorde con la "ratio" de la institución. Este criterio pienso que puede ser el de que dicho artículo se refiere a la aprobación de cualquiera clase de cuentas que tenga pendientes el tutor con su pupilo, bien se trate de propias cuentas de la administración, percepción de frutos, intereses, bien de las cuentas derivadas de presuntas responsabilidades por cualquier causa. Es preciso que las cuentas hayan sido aprobadas definitivamente, no simplemente informadas por el Consejo de familia. La aprobación definitiva, según la denomina este artículo, o aprobación a secas, según los artículos 280 y 281, corresponde a las personas que éstos mencionan: tutor que sustituya al anterior, tutelado capaz o mayor, o sus representantes o derechohabientes.

No exige, en cambio, nuestro Código que el tutor haya hecho efectivas las responsabilidades liquidadas o el descubierto de las cuentas para que pueda adoptar al pupilo, a diferencia de lo que establecen

(51) Un comentario a las sentencias de 1930 y siguientes puede verse en la Revista de Derecho privado, núms. 225 (tomo XIX), IV, 1, pág. 180; tomo XXIII, pág. 184; tomo XXV, pág. 37; tomo XXIX, pág. 566; tomo XXXVII, pág. 1008, y tomo XL, pág. 490. También puede consultarse la obra de ESCOBAR DE LA RIVA, *La tutela*, Madrid, 1943, especialmente págs. 222 a 225.

otros Códigos, como el brasileño, el peruano y el italiano (52). Y esto ofrece el peligro de que la adopción sea un medio para librarse de hacer efectivo el saldo de las cuentas a favor del pupilo, pues dejar pendiente esa deuda hace sumamente difícil su cobro, en virtud de las relaciones existentes entre adoptante y adoptado, ya que si éste exigiese con posterioridad el cobro judicialmente diría muy poco a favor del vínculo establecido entre ellos, aparte de que ya habría dispuesto el adoptante de tiempo, medios y argumentos sobrados para poner de manifiesto créditos contra el adoptado que enjugasen aquellas deudas.

Puede preguntarse si será posible la adopción cuando el tutor esté exento de rendir cuentas por haber prescrito el plazo en que debía rendirlas, el cual es de cinco años conforme al art. 287. Aunque una interpretación literal del art. 173 conduciría a una respuesta afirmativa, la interpretación teleológica nos lleva a la solución contraria, pues no puede ser considerado como buen adoptante quien ha sido mal tutor o se ha lucrado indebidamente con el desempeño de la tutela. Esta solución prohibitiva, la creemos especialmente aplicable cuando el pupilo siga siendo menor o incapaz. En cambio, cuando es ya mayor y capaz y consiente su adopción por el tutor, no obstante, mediar la antedicha circunstancia, parece no haber lugar para aplicar la misma regla, supuesto que aquí no hay persona menor que todavía necesite especial protección y, por lo mismo que puede donar esa cantidad al tutor, puede dejarla prescribir, lo que viene a ser una donación tácita.

Si las cuentas se han aprobado y fijado su saldo, la acción para exigir el pago no prescribe hasta los quince años, por aplicación de los aa. 1.964, 1.971 y 1.972.

Si se ha originado controversia acerca de las cuentas, la prohibición del art. 173 subsistirá hasta que la sentencia sea firme.

Parece que esta prohibición no jugará en el caso de los tutores "ad litem" o cuyo nombramiento obedece a completar la capacidad de otras personas, pues en esos casos no hay propia administración de bienes y, por consiguiente, no existe obligación de rendir cuentas, ya que no se constituye todo el organismo tutelar.

Otras prohibiciones.

De modo breve y a título de curiosidad, me referiré a otras prohibiciones que, desconocidas por nuestra legislación, llegan a revestir gran importancia en las extranjeras, hasta el punto de anular la adopción afectada por ellas. Tal sucede con la que impide adoptar a personas de diferente religión, contenida en la Ley irlandesa de 13 de diciembre de 1952, en los Estatutos revisados de Quebec y en las leyes de algunos Estados norteamericanos (52). Otras veces se trata de

(52) Sobre esta cuestión, vid. BAUDOUIN, Louis, *Le Droit civil de la province de Québec*, 1953, libro III, 2.^a parte, cap. IV, y TRUDEL, Gerard, *Traité de Droit civil de Québec*, t. II, págs. 141 y ss.

prohibiciones de índole racial, como las que contenían el Código civil italiano y la Ley alemana de 23 de noviembre de 1933, que modificó el art. 1.754 del B. G. B. (53), y las que mantienen su vigencia en ciertos Estados norteamericanos, como Montana, Louisiana, Tejas, etcétera (54). Por último, es relativamente frecuente la prohibición de la adopción entre personas de sexos diferentes, sobre todo cuando el adoptante es soltero (no cuando es viudo), como sucede en Gran Bretaña, Colombia, Ecuador, Panamá, Quebec y Terranova (55).

En el Estado de Delaware, los padres por la sangre del adoptado pueden dispensar de la identidad de religión normalmente exigida, y los Estados de Nueva York e Illinois sólo la exigen en la medida de lo posible. Según el art. 11 de la ley noruega de 21 de diciembre de 1956, el adoptado debe ser instruido en la religión profesada por el adoptante, salvo estipulación contraria en la escritura.

(53) El anterior art. 290 del Código civil italiano prohibía la adopción entre personas pertenecientes a la raza aria y de otra raza, salvo especial dispensa.

La ley alemana de 1933 establecía que la adopción debía denegarse "siempre que, desde el punto de vista de la familia del adoptante o del interés general, existiesen fundados motivos para oponerse al establecimiento de un vínculo familiar entre las partes". Los teóricos del nacional-socialismo llegaron a admitir que este principio permitía al juez denegar la aprobación por motivos de orden racial a la adopción convenida entre dos particulares. Vid. H. NEIDER, *Zur Anfechtung von Kindesannahmeverträgen*, Deutsches Recht, 1938, pág. 32.

(54) Louisiana Revised Statutes of 1950, IX, 422. En Texas la prohibición alude expresamente a las personas de raza negra.

(55) En Gran Bretaña el varón soltero no puede adoptar a una persona del sexo contrario, salvo que concurren circunstancias especiales apreciadas por el Tribunal.

Según el art. 3.º de los Estatutos revisados de Quebec (1941), se permite excepcionalmente la adopción entre personas de diferente sexo, al viudo o viuda para regularizar una adopción existente de hecho antes de la muerte de su cónyuge.

