

La capacidad adoptcional

Rubén DE MARINO
Doctor en Derecho
Magistrado

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. 1. *Dinamismo institucional*.—2. *Precisiones conceptuales sobre la capacidad de las personas*.—II. CAPACIDAD DEL ADOPTANTE: 3. A. *Normas aplicables a toda adopción*. a. Capacidad jurídica: 1) General.—4. 2) Especial: a) Factores positivos: 1.º Capacidad de obrar plena.—5. 2.º Edad cumplida.—6. 3.º Diferencia de edad.—7. b) Factores negativos: 1.º Prohibición de matrimonio por estatuto religioso.—8. 2.º Falta de aprobación definitiva de cuentas de tutela.—9. 3.º Falta de consentimiento del cónyuge.—10. 4.º Extranidad.—11. b. Capacidad de obrar.—12. B. *Normas propias de la adopción plena*: a. Supuestos.—13. b. Crítica.—III. CAPACIDAD DEL ADOPTANDO: 14. A. *Para toda adopción*: a. Capacidad jurídica: 1) General.—15. 2) Especial.—16. b. Capacidad de obrar: 1) plena; 2) limitada: a) El menor de edad mayor de catorce años.—17. b) Otros supuestos.—18. B. *Para la adopción plena*.—IV. ENJUICIAMIENTO DE LA REFORMA DE 1970 EN ESTA MATERIA: 19. A. *Apreciación general*: a. Apertura; b. El arbitrio judicial.—20. C. *Censura*.—21. D. Porvenir de las nuevas estructuras: a. Inmediato; b. Lejano.

I. INTRODUCCION

1. La vigente legalidad del capítulo del Código Civil, que regula la adopción, se halla en el momento de ser objeto de estudios, que desvelen sus posibilidades y revelen sus defectos (1). Esta labor hoy importa menos para una futura revisión legislativa —lejana por lo

(1) Desde su promulgación se han publicado los siguientes estudios: VALLET, J., *Los derechos sucesorios dimanantes de la adopción después de la reforma de 4 de julio de 1970* (Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1970), página 601; GÓMEZ FERRER, R., *Reflexiones sobre el nuevo art. 179 del Código Civil* (Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Madrid, 1970), pág. 1189; CASTÁN, J. M.^a, *La descendencia del adoptante, como obstáculo para la adopción* (Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970), pág. 849, de contenido coincidente con sus anteriores publicaciones *La prohibición de que sean adoptantes las personas que tienen descendientes legítimos* (Revista de la Obra de Protección de Menores, núm. 99, Madrid, 1967), pág. 6, y *La descendencia del adoptante, como obstáculo para la adopción* (Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1967); también de CASTÁN *La edad del adoptado* (Estudios sobre la adopción, Madrid, 1970), pág. 5; CHICO, J. M.^a, *La adopción y el Registro de la Propiedad* (Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Madrid, 1970), pág. 1401; ARCE, J., *En torno al consentimiento*

reciente de la de 1970 (2)—, que para alumbrar soluciones y criterios de aplicación en los diversos supuestos, que deparará la realidad fáctica, cuya disciplina le compete.

El contemplar aquí una reducida parcela de la regulación adopticional (3) permite profundizar en los planos funcional y estructural de la institución, de modo que, si no difícil, sí resulta menos frecuente cuando se realiza un estudio conjunto de todas las normas que le afectan. Por eso, delimitando conceptualmente el tema, se precisa su objeto, reduciéndolo a la materia de la capacidad, en la que se concreta fundamentalmente la tónica legal, dominante en la reforma, de facilitar el vínculo adoptivo (4). Y, de acuerdo con el carácter bilateral que toda filiación entraña, desarrollaré el tema en la doble dimensión del adoptante y del adoptando, para terminar con unas apreciaciones críticas de la reforma enjuiciada y algunas consideraciones sobre el porvenir de las nuevas estructuras. A estas últimas induce la relativa proximidad de la modificación respecto a la anterior (5);

para la adopción a tenor de la Ley de 4 de julio de 1970 (Estudios cit.), página 41; GARCÍA CANTERO, G., *Aspectos sucesorios de la nueva Ley de Adopción* (Estudios cit.), pág. 87; VEGA, F., *La Ley de 4 de julio de 1970 y la reciente reforma de la adopción en Francia, Italia y Portugal* (Estudios cit.), página 119; y CASTRO LUCINI, F., *La nueva regulación legislativa de la adopción* (Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Madrid, 1971), pág. 41. En general y salvo alguna excepción prescindiré en las citas bibliográficas de las publicaciones anteriores a 1960, para evitar una prolijidad innecesaria, teniendo en cuenta que la mayoría de las omitidas se refieren a regulaciones ya derogadas.

(2) Recibió la actual redacción por Ley de 4 de julio de 1970, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 7 del mismo mes y año, y en la Colección Legislativa de España, T. 325 (1 al 15 de julio de 1970), págs. 867-870.

(3) He adoptado el neologismo "adopticional", no registrado por la Academia de la Lengua, porque, ante la insuficiencia terminológica, que para la expresión supone la falta de un adjetivo derivado del sustantivo adopción, con significado de pertenencia o relación a ella, el sufijo "al", por el camino de la derivación, cumple exactamente esa misión, en la dinámica estructural del idioma.

(4) El párrafo tercero del preámbulo de la Ley reformadora de 1970 hace referencia a aquella tónica; y el séptimo al propósito facilitador, mediante la apertura legal en materia de capacidad.

(5) Los doce años transcurridos desde la redacción dada al capítulo del Código Civil referido a la adopción, por la Ley de 24 de abril de 1958, muestran lo cambiante de una institución, que en tan poco tiempo exigió reforma sustancial. El síntoma no es particular de España. Bélgica, en la que la adopción sufrió modificaciones legislativas en 1940, 1953 y 1958, la ha regulado recientemente por una Ley de 1969. En Francia se rige por Ley de 1966, completada por Decretos del mismo año y 1967. En Holanda, donde fue introducida por una Ley de 1956, se modificó en 1962. Italia y Luxemburgo la han modificado por Leyes de 1967 y 1959, respectivamente. Y en Alemania se modificó en 1961. Las últimas regulaciones en los países nórdicos también son de la segunda mitad del siglo: Dinamarca y Noruega en 1956 y Suecia en 1958. En Rumania se modificó en 1958; y en Checoslovaquia en 1963. Albania, Alemania Oriental, Bulgaria y Polonia también la regulan por disposiciones posteriores a 1960. Las Adoption Act' del Reino Unido e Irlanda son de 1958 y 1962, respectivamente. En Austria se rige por Ley de 1960, y en Portugal, por su Código Civil de 25 de noviembre de 1966. Pueden verse sobre la materia el trabajo de VEGA, F., *Las recientes reformas de la adopción*

y en ellas se examinará su deficiencia o suficiencia para regular una realidad tan afectada por la evolución de la sociedad, y de muchas ciencias relacionadas en alguna manera con la adopción (6).

En efecto, el *dinamismo institucional* de la adopción deriva en gran parte de los estudios sociológicos, médicos, psicológicos y demográficos, sobre ella realizados por numerosos especialistas de diversos países. En sociología la obra de MARMIER (7), citada en la Comisión de Justicia de las Cortes Españolas, durante los debates de esta Ley (8), analiza, con metodología elogiabile, la realidad de la adopción en Francia, llegando a conclusiones, que tampoco deben subvalorarse en nuestro país. Desde el punto de vista médico el pediatra Sánchez Badía, ponía de relieve los beneficiosos efectos de la adopción temprana sobre la salud del niño, en las II Jornadas Nacionales sobre la Adopción, celebradas en Oviedo en mayo de 1968 (9). En psicología, los estudios de psicología colectiva y los de psicología infantil, destacando las repercusiones que una falta de seguridad afectiva puede tener sobre la personalidad, deben ser tenidos en cuenta, tanto a la hora de legislar como a la de aplicar los preceptos vigentes (10). Y los demógrafos, detectando las tendencias políticas o simplemente humanas sobre la religión o planificación familiar muchas veces pueden aportar instrumentos valiosos para orientar la vida del Derecho en esta institución (11).

A toda esta materia extrajurídica da forma jurídica la norma, convirtiendo en mandatos o prohibiciones la materia sobre la que opera. Las necesidades de los adoptando y de la sociedad, junto a los deseos de los adoptantes (12) pasan a formar parte de la materia

en los países latinos de Europa (Libro-Homenaje a la memoria de Lorenzo Herrera, I, Caracas, 1970), pág. 599.

(6) La experimentación ha puesto de manifiesto la necesidad de afecto y cuidados maternos en la infancia. Ya a comienzos del siglo XIII, Federico II, del Sacro Imperio Romano, para saber si los niños aislados de contacto humano hablaban hebreo o alemán, realizó experimentos, en los que murieron todos los niños colocados en esta situación. Posteriormente se han comprobado los perjuicios que la falta de los mencionados cuidados produce en el aprendizaje y en las reacciones de adaptación a la sobrecarga, mediante ajustes endocrinos, regulados desde el diencéfalo y la hipófisis. Estos conocimientos han provocado la moderna apertura de las estructuras adoptionales, con la finalidad protectora del adoptando, que aconseja el desarrollo de la personalidad de los que carecen de padre.

(7) *Sociologie de L'adoption*, París, 1969.

(8) Véase el núm. 61 del Diario de las sesiones de comisiones (Apéndice al Boletín Oficial de las Cortes Españolas, Madrid, 1970), pág. 11.

(9) Su trabajo *La edad del adoptado desde el punto de vista médico* puede verse publicado en el núm. 120 de la Revista de la Obra de Protección de Menores, Madrid, 1968, pág. 19. Interesante al respecto es también la obra WALLACE, H., *Health services for Mothers and children*, W. S. Saunders, 1962.

(10) Puede verse al respecto el estudio de MARTÍNEZ, E., *La edad del adoptado desde el punto de vista psicológico*, publicado en el mismo número de la revista citada en la nota anterior.

(11) V. MARMIER, Ob. cit., pág. 376.

(12) Aunque la Ley expresamente sólo considera la protección del adoptando, la contemplación del interés de la sociedad y los deseos de los adoptantes, subyacen en ella, tratando de satisfacerlos. Y es natural que así sea,

jurídica, siendo valorables y válidas, precisamente porque adquieren significación jurídica. El formalismo jurídico, conforme al cual esta materia no deja de ser extrajurídica, no parece aceptable, por descuidar esa significación que adquiere, y el rendimiento de muchos conceptos sociológicos para la construcción jurídica.

Se establece así una especie de interacción dialéctica entre norma y sociedad, pues a la vez que ésta motiva la formación de la norma, la norma incide en la vida, influyendo en la sociedad. El Profesor Viktor KNATP, de la Academia Checoslovaca de Ciencias, en su trabajo *La Técnica de la reforma del Derecho en los países socialistas*, publicado en el primer número de 1970 de la *Revue Internationale de Droit Comparé*, refleja gráficamente esta interacción. Distingue en la recepción de un texto legal la entrada en vigor *jurídica* —momento a partir del cual se aplica— de la entrada en vigor *social*, o influencia del mismo en la sociedad que rige, posterior al primero, y que, en nuestro caso, se producirá cuando las nuevas normas hayan multiplicado el número de adopciones, dejando sentir sobre la sociedad el influjo benefactor, que su apertura pretende. El párrafo segundo del preámbulo de la Ley de 1970 hace referencia a esta interacción dialéctica en la proceso de formación del Derecho, al valorar la estimación que merezca la Ley y los problemas suscitados por su aplicación, la incidencia de la norma en la vida y en la opinión pública, la experiencia y la crítica, que pueden venir tanto del campo jurídico como de cualquiera de los otros afectados.

2. En el afrontamiento del estudio de la *capacidad* en cualquier institución, sorprende la falta de firmeza doctrinal en esta parte del Derecho de la persona, con divergencias conceptuales y terminológicas en materia que, por su amplia repercusión, parece que debiera haber adquirido cierto consenso. El no ser así me obliga a hacer aquí algunas precisiones sobre la capacidad de las personas, que no tratan de exponer un estudio sobre el tema —que estaría fuera de lugar—, aunque lo supongan, ni siquiera de constatar los resultados del mismo; sino exclusivamente de manifestar la posición adoptada en torno a puntos polémicos, para mejor comprender la sistematización y contenido del ulterior desarrollo del estudio.

Partiendo del concepto general de capacidad, como *aptitud* de la persona para ser sujeto de relaciones jurídicas, distinguiéndose la *persona*, que connota el concepto de *existencia*, de la *capacidad*, referida a una *calidad* de aquella (13), aparece clásica la diferenciación

porque sin ellos no hay adopción posible, al menos en la medida en que se necesita. El anhelo de perduración, ínsito en el ser humano, frustrado por la carencia de hijos, encuentra en la adopción remedio eficaz. RAMÍREZ, J., en su obra de divulgación jurídica *El Derecho llama a tu puerta* (Madrid, 1970), página 47, llama al hijo adoptivo medio de eviternidad. La otra finalidad, frecuentemente estimulante de las adopciones, es la de dar carácter legal a paternidades ilegítimas e ilegítimables, como la sacrílega, incestuosa o adulterina. Sobre los fundamentos y motivaciones de la adopción pueden verse GLÄSSING, H., *Voraussetzungen der Adoption* (Berlín, 1957), págs. 21-44, y VEIL, Simone, *L'adoption*, París, 1968, pág. 20.

(13) V. DE CASTRO, F., *Derecho Civil de España* (Madrid, 1952), pág. 45.

entre la capacidad *jurídica* y la de *obrar*; o capacidad pasiva y activa respectivamente, como se la denomina también por la doctrina inglesa (14), sobre la que no hay discrepancias doctrinales. Las divergencias surgen al determinar el *contenido* de una y otra de esas clases. Aun partiendo de conceptos semejantes, denominando capacidad jurídica a la cualidad de ser titular de relaciones jurídicas, y capacidad de obrar a la que determina la eficacia jurídica de sus actos (15), a la hora de calificar a los distintos supuestos, que determinan la capacidad, lo que unos incluyen en la jurídica, otros lo califican de capacidad de obrar; a lo que algunos llaman prohibiciones los demás denominan incapacidades y otros legitimación (16). Y, lo que es peor, autores de gran solvencia científica hay, que a lo que en un lugar ponen como ejemplo de una determinada clase de capacidad dentro de la de obrar, en otro lo incluyen en clase distinta, y lo mencionan a propósito de los caracteres de la capacidad jurídica (17).

Aquí se establece como esencia de la capacidad jurídica la *atribución* de relaciones jurídicas, con los caracteres de ser estática, insuplible y afectar a las relaciones propias, por actos propios o ajenos (18), produciendo su falta la nulidad del acto afectado. Puede ser *general*, referida a todas las relaciones jurídicas, presupuesto inseparable de la persona, contemplado *en* y *desde* ella, sin consideración a una relación o clase de relaciones jurídicas determinadas, y *especial*, referida a una relación o clase de relaciones, requisito *de* la relación, *contemplado desde* la persona (19). Incluyo la capacidad especial en la capacidad jurídica —frente a quienes engloban sus supuestos en la de obrar—, porque supone atribución y no actuación de relaciones jurídicas, y tiene los caracteres y efectos asignados a esta clase de ca-

(14) JENKS, E., en *A Digest of english Civil law*. 1921, pág. 1, señala la distinción entre las nociones de capacidad legal pasiva o posibilidad de adquirir derechos, y de capacidad legal activa o posibilidad de realizar negocios jurídicos.

(15) V. DE CASTRO, F., Ob. cit., pág. 50.

(16) El término fue propuesto por CARNELUTTI, F., en su *Teoría General del Derecho* (Madrid, 1955), pág. 234. PUGLIATTI, en *Libro delle persone e della famiglia* (Firenze, 1940), incluye en el vocablo también otros supuestos de naturaleza diversa, que lo hacen de contenido complejo. En España es utilizado por ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, I. (Barcelona, 1970), pág. 163.

(17) Compárese en DE CASTRO, F., Ob. cit., lo dicho en la nota 1 de la página 47, sobre la incapacidad matrimonial del casado, acerca de los caracteres de la capacidad jurídica, con su inclusión dentro de la capacidad concreta, modalidad de la capacidad de obrar, en la pág. 56 de la misma obra.

(18) Si carece de capacidad jurídica una persona, aunque la tenga su representante, como ocurrirá en caso de personas jurídicas, cuya constitución se declare nula, los actos del representante se hallarán afectados de esa falta de capacidad jurídica de la persona representada.

(19) V. DE CASTRO, F., obra citada, pág. 55. La separación que este autor hace de algunos supuestos, con los que forma una categoría especial, que denomina *concreta*, no parece tener justificación suficiente. La indiferenciación de todos ellos, incluyéndolos en la capacidad especial, como hacen DUALDE, en *Capacidad jurídica* (Enciclopedia Jurídica Española, IV, Barcelona, 1910, página 695, y *Nueva Enciclopedia Jurídica Española*, III, Barcelona, 1951, página 631), y DE BUEN, en sus notas a la obra de COLIN, A., *Curso elemental de Derecho civil*, I (Madrid, 1922), pág. 217, es más aceptable.

pacidad (20). Puede estar integrada por factores positivos o negativos, constituyendo éstos o la ausencia de aquéllos las *incapacidades especiales*.

La relación de la capacidad de obrar radica en la *actuación* (21) de las relaciones jurídicas, y se caracteriza por ser dinámica, suplible y afectar a los actos propios, por relaciones propias o del representado (22), siendo normalmente la anulabilidad el efecto de su carencia. Puede ser *plena*, según el artículo 320 del Código Civil o *limitada*, cuando se dan las excepciones a que se refiere ese artículo; principal, pero no exhaustivamente, mencionadas en el artículo 32. Respecto a un determinado acto, será *total* cuando el sujeto puede realizarlo sin intervención completiva de otra persona, y *parcial* si, pudiendo celebrarlo por sí, se exige la intervención de otro, que complete su capacidad insuficiente. La limitación o insuficiencia se salva con las instituciones supletorias: *sustitución*, como en el caso de la representación para supuestos de incapacidad total; y *complementación*, mediante la licencia o asistencia, que se utiliza en las incapacidades parciales.

II. CAPACIDAD DEL ADOPTANTE

3. De acuerdo con la estructura del capítulo que regula la adopción en nuestro Código Civil se estudian primero las normas aplicables a toda adopción, sea simple (23) o plena, examinando después las propias de esta última, que no son requeridas para la primera, más débil en cuanto a sus efectos. Y en todas ellas se tendrán en

(20) Como capacidad jurídica la considera CASTÁN, J., *Derecho civil español*, I, 2.º (Madrid, 1963), pág. 137. Y en el mismo sentido puede verse lo manifestado por ZITELMANN, en *Begriff der juristischen Personen*, pág. 43.

(21) DE CASTRO, en *Compendio de Derecho civil* (Madrid, 1970), pág. 166, distingue los dos aspectos de la capacidad, jurídica y de obrar, relacionándolos con los conceptos de atribución y actuación atribuible, respectivamente.

(22) La incapacidad de obrar del representado no perjudicará a la validez o eficacia de los actos del representante cuando tal incapacidad no se dé en éste.

(23) El texto actual innova la terminología, denominando *simple* a la que antes se llamaba menos plena, siguiendo en ello la legislación francesa. V. MORIN, M., *La réforme de L'Adoption* (París, 1967), y VEGA, F., *La reciente reforma de la adopción en Francia* (Anuario de Derecho civil, Madrid, 1967), página 565. Con ello deja la legislación francesa la denominación de legitimación adoptiva, que tanta fortuna hizo en otros países. V. LÓPEZ DEL CARRIL, J., *Legitimación adoptiva* (Buenos Aires, 1964); TORRES, F., *La adopción en la legislación y jurisprudencia argentinas* (Revista de Derecho Español y Americano, Madrid, 1965), pág. 101, y CASTÁN, J. M.ª, *La ley chilena de legitimación adoptiva* (Revista de Derecho Español y Americano, número 15, Madrid, 1967), pág. 75. El párrafo quinto del preámbulo de nuestra ley reformadora de 1970 justifica el cambio por el recelo que podría suscitar la anterior designación, denotadora de una adopción de entidad escasa. El artículo 166 hace referencia todavía a la adopción menos plena; referencia que hoy deberá entenderse hecha a la simple, siendo la permanencia de aquella terminología un olvido del legislador. En el Código Civil portugués se designa a este tipo de adopción con el nombre de restringida.

cuenta las funciones sociojurídicas, que la adopción cumple, para la comprensión de los principios y normas sobre la capacidad adoptional y su interpretación, así como para su enjuiciamiento o valoración. Esto permitirá encontrar la solución de los problemas no expresados, pero sí implícitamente resueltos en la regulación legal, alumbrar los más polémicos, e indicar sus puntos débiles.

A. Se establecen las normas de *capacidad del adoptante* aplicables a toda adopción en el artículo 172 del Código Civil. Es de destacar la superfluidad del artículo 180, al afirmar que la adopción simple no exige otros requisitos que los prevenidos con carácter general, en la sección primera del presente capítulo. Si aquellas normas son aplicables a toda adopción y, por consiguiente, en concreto a la simple, por así derivarse de la rúbrica de la sección —“Disposiciones generales”— y no se establecen normas especiales para la simple, a diferencia de lo que ocurre con la plena, huelga reiterar lo que ya resulta del sistema legal. Y en materia legislativa toda reiteración innecesaria es un defecto, que debe evitarse.

a. En el estudio del artículo 172 trataré en primer lugar las cuestiones relativas a la *capacidad jurídica*, en sus dos modalidades, general y especial, dejando para el final las que plantea la capacidad de obrar.

1) *La capacidad jurídica general*, que, si no explícita sí implícitamente, se halla exigida, se encuentra solamente en las personas físicas. Nuestro Código Civil, a diferencia de la Ley de adopción chilena, que requiere que el adoptante sea personal *natural*, nada dice al respecto; lo que ha llevado a plantear la cuestión de la posibilidad de adoptar las personas jurídicas (24). Históricamente es conocida la adopción de la hija del regicida Lepelletier por la Convención francesa de 1793, y el debate parlamentario, que, a consecuencia de ello, se sostuvo sobre la autorización a la misma para el matrimonio; así como en el mismo país una Ley de 1917 establecía que Francia adopta a los huérfanos de guerra.

Sin embargo, aun sin mencionarlo, nuestro Derecho no permite a las personas jurídicas la adopción de que tratamos. Lo impiden las menciones legales a los requisitos de edad, difícilmente predicables de ellas; no sólo porque no pueden tener edad, sino también porque la finalidad perseguida con esa exigencia de determinada edad, carece de sentido en esa clase de personas. Y, sobre todo, porque la adopción es una institución del Derecho de familia, que no admite a las personas jurídicas como sujetos de sus relaciones. Ciertamente va perdiendo terreno el principio de que la adopción es una imitación de la naturaleza, cobrando importancia el de protección al adoptando, protección que también pueden otorgar, y de hecho otorgan, las personas jurídicas (25). Pero se trata de una protección insuficiente, meramen-

(24) V. la obra de GAMBON, G., *La adopción* (Barcelona, 1960), pág. 78.

(25) Los orfanatos y casas de maternidad, de los que salen la mayoría de los adoptandos, son instituciones, muchas veces con personalidad jurídica, en las que indudablemente se otorga protección a los niños.

te económica o física, cuyas carencias han puesto de manifiesto médicos y sicólogos (26), constituyendo el principal móvil para la promoción legislativa de la corriente adoptcional.

En las personas físicas su capacidad jurídica se desenvuelve entre dos momentos: el del *nacimiento* (art. 29 del Código Civil), con las características requeridas por el artículo 30, y el de la *muerte*, en la que el artículo 32 coloca su extinción. No es éste lugar de mayor detenimiento sobre el tema, por ser la capacidad jurídica general, como presupuesto contemplado en la persona, materia propia del Derecho de personas. La capacidad, cuyo estudio corresponde a la adopción, es la especial, como requisito de ella, contemplado desde la persona.

4. 2) No basta para adoptar, la capacidad jurídica general. El Código Civil establece otras exigencias, cuya falta impide a las personas ser adoptantes, y que son, por consiguiente, requisitos de *capacidad jurídica especial*. Todos ellos se hallan establecidos en el artículo 172 y, por razones casi meramente expositivas, distinguiré en factores positivos y factores negativos (27). Evidente es la relatividad de estos conceptos, puesto que el efecto de incapacidad especial que provocan es común a la falta de un factor positivo y a la presencia del negativo. Lo mismo es, a los efectos de la adopción, no tener treinta años de edad que tener prohibido el matrimonio por estatuto religioso. Por lo que la inclusión en uno u otro grupo depende solamente de la forma positiva de exigencia o negativa de prohibición, adoptada por la redacción legal, que sin duda pudo utilizar igualmente la contraria, sin afectar para nada a su esencia.

a) En forma positiva se recogen por el artículo 172 tres requisitos: hallarse el adoptante en el ejercicio de todos sus derechos civiles, la edad cumplida de treinta años y la diferencia de dieciseis años respecto al adoptando, que deberá tener esos años menos, como mínimo.

1.º La adopción requiere que el adoptante se halle en el *ejercicio de todos sus derechos civiles*. Al referirse el elemento de la capacidad en examen a exigencia, que ha de concurrir en el adoptante, como titular de la relación jurídica adoptcional, resulta que, aunque se hable de ejercicio de derechos —lo que pudiera hacer pensar en la capacidad de obrar—, se refiere a la capacidad jurídica, ya que sin él no hay posibilidad de atribución o titularidad jurídica de la adopción. Esto tiene la importante significación de elevar la capacidad de obrar

(26) Pueden verse sobre el tema del asilismo u hospitalismo los estudios de MIERHOFER, M., *Frustration im frühen Kindesalter* (Ber, 1966), BOWLBY, J., *Maternal care and mental health* (Ginebra, 1952), AUBRY, J., *La carence de soins maternels* (París, 1955) y ROF, J., *Urdimbre afectiva y enfermedad* (Madrid, 1961), así como su ponencia en las II Jornadas Nacionales sobre la Adopción, celebradas en Oviedo en mayo de 1968, titulada *La adopción como derecho del menor en situación de abandono* (Revista de la Obra de Protección de Menores, número 120, Madrid, 1968), en la que aparece una amplia bibliografía sobre el tema.

(27) OGÁYAR, T., en *La nueva regulación de la adopción* (Revista de Derecho Judicial, Madrid, 1960), pág. 21, separa las absolutas de las relativas, según afecten a todas o a una concreta adopción.

plena a la categoría de requisito de capacidad jurídica especial, con las consecuencias inherentes de ser insuplible y producir la nulidad de la adopción constituida con su falta.

La fórmula empleada por el Código es desafortunada, como ya puso de relieve el Profesor BATLLE, Procurador de la Comisión de Justicia de las Cortes, en el debate sobre la Ley reformadora (28), puesto que en el ejercicio de todos sus derechos, literalmente nadie se halla, actual y simultáneamente, como indica su redacción. Y si se entiende, como necesariamente ha de entenderse, que ese ejercicio no ha de ser simultáneo ni actual, sino posible y potencial, la redacción debió ser otra más precisa, exigiendo simplemente la *capacidad de obrar plena* (29).

Tampoco es cierto que se exija el ejercicio de *todos* sus derechos civiles, pues la mujer casada no se halla en ese ejercicio de todos los derechos civiles, según lo dispuesto en el artículo 60 del Código Civil; y sin embargo puede adoptar, ya que el artículo 172, tercero, habla de los cónyuges, en plural, lo que indudablemente comprende también a la mujer (30). No se opone al carácter de excepción proclamado el hecho de que el mencionado precepto requiera el consentimiento del marido. El significado de esta exigencia es el mismo que el de la paralela necesidad del consentimiento de la esposa en las adopciones por el marido. Como tampoco deja de serlo, porque su limitada capacidad de obrar exija, para el ejercicio del derecho, la correspondiente suplencia, de que se tratará en su momento.

Se requiere, por tanto, en principio, la capacidad de obrar plena, salvo que se trate de alguna excepción expresa, como la expuesta de la mujer casada. Y esta capacidad corresponde, según el artículo 320, al mayor de edad, requisito *positivo*, que se complementa con el *negativo* de ausencia de restricciones, aludido por el mismo artículo, al salvar las excepciones establecidas en casos especiales por el Código, de las que las fundamentales son las llamadas restricciones de la personalidad por el artículo 32 del Código Civil (31).

La *minoría* de edad, por consiguiente, es un supuesto de capacidad de obrar limitada, que, como tal, no permite la adopción. Res-

(28) Diario de las Sesiones de Comisiones cit., núm. 61 (Madrid, 1970), página 9.

(29) También CHICO, J. M.^a, ob. cit., pág. 1412, resalta la diferencia de las formulaciones del requisito en la legislación anterior (pleno uso de sus derechos), más correcta, y en la actual (ejercicio de todos sus derechos).

(30) No se opone al carácter de excepción proclamado el hecho de que el mencionado precepto requiera el consentimiento del marido. El significado de esta exigencia es el mismo de la paralela necesidad del consentimiento de la esposa en las adopciones por el marido. Como tampoco deja de serlo porque su limitada capacidad de obrar exija para el ejercicio del derecho las correspondientes suplencias o complementaciones, de que se tratará en su momento.

(31) Aunque estas restricciones están en el Código referidas a la personalidad, identificada con la capacidad jurídica, por su naturaleza afectan a la de obrar, como lo demuestra el párrafo siguiente, al decir que los que se hallaren en alguno de estos casos son susceptibles de derechos y aún de obligaciones.

pecto a los *emancipados* y *habilitados* de edad, ciertamente los artículos 50, 59 y 317 no incluyen la adopción entre los actos que no pueden realizar como si fueran mayores. Pero el artículo 172 es definitivo sobre esto, al ser precepto más específico y de posterior promulgación. que la prohíbe, no sólo por requerir la capacidad de obrar plena, sino también por exigir un requisito de capacidad jurídica especial—treinta años de edad—, que no concurre en los emancipados, ni en los habilitados.

Tampoco pueden adoptar los *incapacitados*, por ser evidente que carecen de capacidad de obrar plena, según el artículo 32, siendo requerida esta plenitud de capacidad, como regla general, de la que la incapacitación no aparece exceptuada. Aparte de que las causas de incapacitación en la mayoría de los casos excluirían la conveniencia de la adopción, lo que puede constituir *fundamento* de la exigencia legal. Si la causa de la incapacitación ha desaparecido, será necesaria para la adopción la previa revocación judicial de la incapacitación. Y cuando exista la incapacidad sin declaración judicial, la adopción realizada es válida, mientras no se anule, probando la carencia de capacidad del adoptante en el tiempo en que era necesario.

Fuera del artículo 32 ofrecen interés los supuestos de *quebrados* y *concurados* no rehabilitados, y el del ausente. Al carecer los primeros del ejercicio de todos sus derechos civiles, no podrán adoptar. La declaración de *ausencia*, por el contrario, no comporta limitación del ejercicio de sus derechos, por lo que tampoco afectará a su capacidad para la adopción. Lo que ocurrirá es que su necesaria presencia en el expediente de adopción le hará también perder la situación de ausente.

Plantea CASTRO LUCINI (32) el problema de si la *recusación* del tutor, del representante del ausente o supuestos análogos, que inhabilitan para el posterior desempeño de cargos semejantes (art. 237-4.º), puede impedir que adopten las personas afectadas por ella. La contestación ha de ser negativa, puesto que no puede considerarse que afecten de modo general a la capacidad de obrar. En la práctica lo que supondrán estas situaciones será un dato, que frecuentemente conducirá a la desaprobación judicial, no por el control de la legalidad, sino por el de la conveniencia del adoptando.

5. 2.º Requiere también el artículo 172 que el adoptante tenga *treinta años cumplidos* (33). Hizo ver BATTLE, en la Comisión de Justicia de las Cortes, la mejor redacción del Código Civil con anterioridad a esta reforma, por considerar que, aunque no plantee graves problemas, no hay duda de que no es lo mismo tener treinta años cumplidos que haber cumplido treinta años. Esta última redacción, que era la anterior, no impide gramaticalmente tener más de esta

(32) *Algunas consideraciones críticas sobre los requisitos de la adopción: I. El adoptante* (Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1966), pág. 351.

(33) En algunos países, como Israel y Guatemala en el Código de 1964, se han suprimido los requisitos de edad, sometiéndolo a criterios de oportunidad examinados por el Juez.

edad, mientras que la otra sí, ya que quien ha cumplido, por ejemplo, cuarenta, tiene cuarenta y no treinta. Como no puede pensarse que la adopción se restrinja a las personas que tengan solamente treinta años se ha de acudir a una conceptualización jurídica del requisito, en pugna con su redacción, lo que se hubiera evitado manteniendo la formulación anterior.

Se reduce en la reforma la edad de treinta y cinco años de la regulación anterior a los treinta de la actual, con la finalidad de facilitar el acceso a la institución, a la que se refiere el párrafo séptimo del preámbulo (34).

Como *fundamento* del requisito se ha alegado la *confirmación de la esterilidad* del adoptante, lo que era lógico antes de 1970, en que se mantenía el principio de incompatibilidad de la adopción con otro tipo de descendencia. Pero hoy, en que ha desaparecido tal incapacidad, el mencionado fundamento carece de solidez. Más aún, si, como se puso de relieve en las Cortes (35), tal esterilidad se comprueba mejor por medio de un adecuado examen médico, que por el simple transcurso del tiempo, que la edad especial supone. Por otra parte, debiera haberse permitido la *dispensa* en determinados casos, como el de la impotencia, en que resulta evidente la imposibilidad del nacimiento de descendientes. Ante la firmeza de esta argumentación contraria, la Ponencia apoyó el requisito en la conveniencia de una mayor *consolidación* familiar y personal del adoptante, que se suponía con la edad. Lo cierto es que en el párrafo séptimo del preámbulo aparece la imposibilidad de descendencia, derivada de la edad, como fundamento del requisito. Y al no serlo, más acertado hubiera sido aceptar la enmienda de ARRUE (36) propugnando su reducción a la mayoría de edad, lo que ya se hallaría comprendido en la exigencia de capacidad de obrar plena (37). La proliferación de edades espe-

(34) En las regulaciones de la adopción posteriores a 1960 conservan la exigencia de los treinta y cinco años en los adoptantes los Códigos Civiles francés y portugués de 1966, e italiano según su última redacción de 1967. La reducción en España era propugnada casi unánimemente por la doctrina. V. VERGER, J., *Reconsideración y reforma de la regulación de la adopción* (Revista jurídica de Cataluña, Barcelona, 1968), pág. 901, y PERÉ, J., *En torno a la reforma de la adopción* (Revista General de Derecho, Valencia, 1969), página 628.

(35) Diario de sesiones cit., núm. 65, pág. 12. en el que, sobre la exigencia de cinco años de matrimonio del art. 178, se esgrimen argumentos de general validez para todas las restricciones de contenido temporal.

(36) V. el cit. Diario núm. 61, pág. 8. Y en el mismo sentido se pronuncia MENDIZÁBAL, L.: *La regulación jurídica de la adopción y su interpretación a la luz de los principios generales del Derecho* (Revista de la Obra de Protección de Menores, cit.), pág. 114.

(37) Incluso podría defenderse su reducción a la edad establecida para la capacidad matrimonial. No es del todo justificado que se requiera mayor consolidación para tener hijos adoptivos que para tenerlos propios, para lo que no se exige tanta edad. El canon 1067 del Codex, que rige el matrimonio canónico, general en España, establece como edad para la capacidad jurídica especial del matrimonio dieciséis años en el hombre y catorce en la mujer. Y el código Civil, en el art. 83, reduce para el matrimonio civil estas edades a catorce y doce años, respectivamente. Si una persona puede tener hijos

ciales, insuficientemente justificadas, debe evitarse en toda reforma legislativa.

Se establecen dos *excepciones* a la exigencia de este requisito: la adopción de los propios hijos naturales, y el caso de que la edad de treinta años concorra en uno sólo de los cónyuges. En ambos se permite la adopción aunque el adoptante tenga menos de treinta años. La justificación de la excepción primera está en que no se trata de crear una filiación inexistente con anterioridad, sino de transformar jurídicamente la que ya existía. Y bien puede verse también como una muestra de la falta de solidez del requisito que, según se expuso, debió desaparecer. La segunda la apoya el preámbulo —párrafo 7.º—, en la *comunidad de intereses* e identidad de fin del matrimonio, demostrando también que la razón dada al requisito no puede considerarse válida, cuando se excepciona por motivos que no afectan a su alegado fundamento. Esto, sin embargo, no permitirá la adopción por un menor de edad, porque la excepción afecta sólo al requisito que ahora se examina, no al de la capacidad de obrar plena, o ejercicio de todos sus derechos civiles, que impide la adopción por los menores (38).

Para el *cómputo* de esta edad, de los dos sistemas, *natural* (matemático, de momento a momento) o *civil*, que considera al día como unidad indivisible, contándolo o excluyéndolo por entero, después de 1943 el criterio a seguir ha de ser el civil, por analogía con lo establecido por Ley de este año para la determinación de la mayoría de edad (39). El día *inicial* se cuenta —porque así lo establece la Ley—, debiendo transcurrir entero el *final*, pues, aunque esto no lo regula, de las dos soluciones existentes en el Código Civil a la cuestión, debe adoptarse la del artículo 1.960-3.º, que es la que se sigue para el inicial, desechando la del artículo 1.130.

6. 3.º La *diferencia de edad* entre adoptante y adoptando se funda, en primer lugar, en el principio tradicional de que la adopción debe ser una *imitación* de la naturaleza; y en ésta, las relaciones paternofiliales, se producen con una cierta diferencia de edad. A ello se ha de añadir la finalidad *protectora* de la institución, que no es fácil que pueda cumplirse en su integridad cuando ambos sujetos tienen la misma edad. Finalmente, se evitarán con ello algunas adopciones por móviles bastardos, ajenos a la finalidad institucional (40). Los lazos de *jerarquía* y subordinación, propios de las relaciones pa-

legítimos, no está claro que haya de impedírsele tenerlos adoptivos. Los necesarios temperamentos pueden obtenerse por el control judicial sobre la conveniencia de la adopción para el adoptando, del art. 173.

(38) V. el núm. anterior.

(39) La aplicación del sistema de la Ley de 1943 a las demás edades se señala por DE CASTRO en su *Derecho civil* cit., pág. 153. En el mismo sentido CASTÁN, J. M.ª, *La edad* cit., pág. 38.

(40) Puede verse sobre el tema lo expuesto por CASTÁN, J. M.ª, en su ponencia *La edad del adoptado desde el punto de vista jurídico* (Revista de la Obra de Protección de Menores, núm. 120, Madrid, 1968), pág. 12. Interesantes son también las observaciones de LOJACONO, V., *Apunti critici e prospettive di riforme in tema di adozioni* (Milano, 1966), págs. 35-36.

ternofiliales son mencionados por FUEYO (41), como otra de las razones que aconsejan el establecimiento de la diferencia de edad entre adoptante y adoptando.

De las dos diferencias de edad, exigibles como requisito —una mínima y otra máxima—, nuestro Código Civil solamente recoge la *mínima*, estableciendo la de *dieciséis años*, con reducción de la de dieciocho, seguida en la reforma de 1958. La elección de una u otra es difícil de justificar, por depender más de criterios de oportunidad que de fundamentos rígidos. La de dieciséis años parece fijarse en la posibilidad de matrimonio, fundada en razones biológicas, y no en la probabilidad del mismo, ya que la sociología muestra cómo estadísticamente son poco frecuentes los matrimonios a esa edad (42). También hubiera podido remitirse el Código a lo establecido por el artículo 83 como edad para el matrimonio, lo que habría sido congruente con el fundamento del requisito, estableciendo la diferencia de años correspondiente a la edad requerida para el matrimonio; con la consiguiente diferenciación según el sexo del adoptante, como ocurre en el Código Civil venezolano (43).

Mayor flexibilidad se concede a este requisito en algunas legislaciones, como el Código de la Familia y la Tutela de Polonia de 25 de febrero de 1964 (44) y la Ley checoslovaca sobre adopción, también posterior a 1960, que se conforman con establecer entre los requisitos de la adopción el de una diferencia de edad conveniente o apropiada entre adoptante y adoptando. La inseguridad de este sistema no lo hace aconsejable más que en países donde convivan razas de distintas características biológicas. En la misma línea de discrecionalidad se halla la posibilidad de *dispensar* el requisito en las legislaciones alemana y francesa, de 1961 y 1966 respectivamente. En la nuestra, el silencio en este sentido, impide acudir a ella cuando, en algún caso, pudiera resultar conveniente.

Excepciones a esta exigencia establece el artículo 172. Son las mismas que a la de los treinta años de edad: la de los propios hijos naturales, en cuyo caso falta el fundamento de la posibilidad de paternidad biológica, ya que la realidad de ella la muestra con mayor contundencia que cualquier requisito legal; y la de existir la diferencia en el otro cónyuge, con lo que la adopción se permite, aunque falte en uno de ellos. Censuró BATLLE esta última excepción (45), aludiendo a la inconveniencia que podría resultar cuando un matrimonio de marido provento con esposa joven adopta a un hombre de la

(41) *Derecho civil*, IV (Santiago de Chile, 1959), pág. 502.

(42) El artículo 3.º de la Convención Europea en Materia de Adopción de Niños, elaborada por el Consejo de Europa y firmada en Estrasburgo el 24 de abril de 1967, dice que la diferencia de edad será la que separa ordinariamente a los padres de los hijos. V. *European Convention on the Adoption of Children* (C. E., 1967).

(43) Artículo 246, párrafo 2.º

(44) V. GARCÍA CANTERO, G., *El nuevo Código polaco de la familia y la tutela* (Madrid, 1967), pág. 21.

(45) Diario de sesiones cit., núm. 61, pág. 9.

misma edad de la esposa. Sin embargo, se mantuvo la excepción, amparada por la tendencia aperturista de la reforma, la comunidad de intereses del matrimonio y la posibilidad de que, cuando se presentase una anomalía de éstas, la falta de conveniencia podría oponerse a la aprobación judicial. No obstante, en casos así, la mayor inconveniencia no sería para el adoptando, que es la que considera el último párrafo del artículo 173, como obstáculo para la adopción. El establecimiento de una *máxima* diferencia de edad entre adoptante y adoptando se propugnó en el seno de la Comisión de Justicia por la Procurador PLAZA, alegando la dificultad que hallaría una adopción con excesiva diferencia de edad entre sus miembros, para lograr la plenitud de relaciones paternofiliales, a que la institución tiende. Los médicos y sicólogos aconsejan la adopción por matrimonios jóvenes. Las personas de mucha edad presumiblemente carecen de idoneidad, más que moral física, para la educación y crianza (46). Pero prosperó la tendencia legal a no incrementar innecesariamente las limitaciones legales a la libertad personal, pudiendo la ponderación judicial superar cualquier inconveniente en este sentido (47).

La reducción de la diferencia de edad no puede aplicarse a *adopciones anteriores* por la irretroactividad de las Leyes del artículo 3.º, y de la disposición transitoria 9 del Código Civil. En algunos casos podrán constituirse adopciones que antes estaban impedidas. Pero habrá supuestos en que, faltando antes solamente la diferencia de edad, ahora, que ya concurre por bastar dieciséis años, carezcan de otros. Así ocurrirá, por ejemplo, si ha pasado el adoptando de los catorce años exigidos como tope de edad para la adopción plena, sin hallarse excepcionado de este requisito. La adopción entonces se hace imposible.

7. b) Los *factores negativos* de la capacidad jurídica especial para adoptar (48), se regulan también en el artículo 172. GAMBON (49) considera insuficientes las incapacidades legales, al no excluir a los *penados* por ciertos delitos, o a los que carezcan de *modo de vivir conocido*, ninguno de los cuales parece idóneo para las funciones, que en la adopción ha de desempeñar. SÁNCHEZ ROMÁN (50) propuso excluir de la adopción a los *incapaces para la tutela*, según el artículo 237 del Código Civil. Pero estos casos son de inconveniencia para el adoptando que motivarán la desaprobación por el Juez, en uso de las facultades que le otorga el artículo 173.

También se ha llegado a propugnar alguna limitación a los *extranjeros*, paralela a la que el artículo 237 establece para la tutela, fundán-

(46) Por ello el párrafo 2.º del artículo 314 del Código Civil italiano establece la diferencia de edad máxima para la adopción especial en cuarenta y cinco años.

(47) GÓMEZ DE ARANDA, Diario cit., núm. 61, pág. 10.

(48) Estos factores negativos pertenecen a la capacidad jurídica, tanto por su esencia atributiva de titularidad jurídica como por el efecto de nulidad de la adopción constituida sin tenerlos en cuenta.

(49) Ob. cit., pág. 80.

(50) *Estudios de Derecho civil*, V, 2.º (Madrid, 1912), pág. 1096.

dose, de una parte, en la facilidad con que el adoptado perderá la nacionalidad española, y de otra en la dificultad para disponer de datos sobre el adoptante, que contribuyan a determinar la conveniencia de la adopción. Aparte de ello, la gran movilidad de la mayoría de los extranjeros, aunque se hallen en España cuando realicen la adopción, expondría al adoptado a contingencias y azares, que convendría prevenir (51). En la misma línea de protección del adoptando, en adopciones por extranjeros, se hallaba la propuesta del Procurador ANGULO, en el debate de la Comisión de Justicia de las Cortes sobre la Ley de 1970 (52), al pedir la aplicación de la legislación española, en todas las adopciones que se realicen ante su autoridad judicial, con prevalencia de la Ley del lugar sobre el estatuto personal. Apoyan esta propuesta el convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961, sobre protección de menores y una resolución del Tribunal Internacional de La Haya de 1958, en materia de adopción, en la que el conflicto entre Holanda y Suecia se resolvió a favor de ésta, por razón del domicilio del adoptando. En cambio, la Fiscalía del Tribunal Supremo, en su Circular de 20 de abril de 1971, ordena a los Fiscales que, cuando el adoptante sea extranjero, se exija la prueba de que, con arreglo a su legislación, tienen capacidad para adoptar.

1.º Según el número del artículo 172 no pueden adoptar las personas a quienes su *estatuto religioso prohíba el matrimonio*. Se trata de una incapacidad introducida por la Ponencia de las Cortes en su informe, con redacción semejante a la del número 4 del artículo 83, pues el Proyecto enviado por el Gobierno no la incluía (53). Tras larga y hasta violenta discusión se le dio por el Procurador ANGULO la redacción actual, aprobada por quince votos a favor frente a doce en contra (54).

Su contenido viene determinado por la legislación que rija el estatuto religioso del adoptante, *remisión* que será la que resuelva los problemas que puedan presentarse. Teniendo en cuenta la fórmula legal que habla de prohibición, sin distinguir si el impedimento matrimonial ha de ser indispensable o no, podría pensarse en no distinguir donde la Ley no distingue, y permitir la adopción cuando la prohibición no sea absoluta, por tratarse de impedimento dispensable. Esta solución eliminaría la incapacidad en examen, porque tanto el

(51) Puede verse sobre la materia la Comunicación de DURÁN, M.^a F., a las II Jornadas Nacionales sobre la Adopción (Revista de la Obra de Protección de Menores, núm. 120, Madrid, 1969), pág. 86.

(52) V. el Diario de sesiones cit., número 63, pág. 16, y PÉREZ, A., *La adopción en el Derecho internacional privado* (Anales de la Universidad de La Laguna, Facultad de Derecho, II, 1965), pág. 55. En el mismo sentido puede verse, respecto al Derecho alemán, el trabajo de MÜLLER, W., *Zur Adoption deutscher Kinder durch Angehörige der Vereinigten Staaten von Amerika* (Ehe und Familie, 1956), pág. 174.

(53) V. el Boletín Oficial de las Cortes Españolas, número 1.088, correspondiente al 6 de febrero de 1970, en el que se publica el "Proyecto de Ley de modificación del capítulo V del título VII del libro I del Código Civil, sobre adopción", remitido por acuerdo del Consejo de Ministros a la Presidencia de las Cortes Españolas.

(54) V. Diario de sesiones cit. núm. 61, págs. 19 y 32.

impedimento impediendo de voto simple, como los dirimientes de orden y voto solemne son de derecho eclesiástico, y, como tales, dispensables (55). Sin embargo, aunque es interpretación completamente correcta y muy deseable, parece difícil de aceptar, porque no puede pensarse en la existencia de una incapacidad expresa vacía de contenido; y los debates de la Comisión que la introdujeron muestran claramente su finalidad.

El caso del apóstata ha sido considerado como afectado por la incapacidad, fundándose, cuando se trate de clérigos, en el carácter sacramental de las órdenes recibidas, que impide la extinción de los deberes canónicos por la apostasía. Y en general porque la posibilidad de reintegración al seno eclesial supondría la ilegalidad de la adopción anteriormente constituida (56).

Los argumentos de la doctrina y la literatura jurídica en general y los razonamientos empleados en el debate de las Cortes, en defensa de esta incapacidad pueden agruparse en *filosófico-jurídicos* y *sociológicos*. A los primeros corresponde el principio de *simetría* de las materias jurídicas, tan utilizado por CARNELUTTI, que, en unión con el de la adopción como *imitación* de la naturaleza, lleva a recoger para la adopción incapacidades semejantes a las que para los clérigos y religiosos establecen los artículos 83 y 237 en cuanto al matrimonio y la tutela, respectivamente. Si la adopción busca el acogimiento filial del adoptando en familia, y el matrimonio está en la base de la familia, la incapacidad que para clérigos y religiosos establece el número 4.º del artículo 83, debe tener su reflejo en la adopción. En cuanto a los religiosos se alegó además que la vida en comunidad no resulta adecuada para las atenciones que el adoptando requiere. Y si el artículo 237 prohíbe la tutela a los religiosos profesos, con mayor razón debe prohibírsele la adopción, que es más que la tutela.

Los razonamientos *sociológicos* parten de que, aunque en otros países no exista la incapacidad, al legislar se hace para una sociedad determinada; y en la española la adopción por clérigos o religiosos puede originar escándalos, motivando juicios temerarios sobre encubrimiento de prole sacrílega y, en general, servir de amparo a relaciones familiares no permitidas. Por otra parte, la tendencia equiparadora de la adopción a la filiación legítima, tanto en lo material—derechos que otorga— como en lo registral— el artículo 175 prohíbe toda publicidad que revele el origen y cualidad de adoptado, restringiendo las certificaciones literales de nacimiento a los casos taxativamente establecidos en la legislación registral— favorece la apariencia de legitimidad, lo que, en definitiva, perjudica al adoptando, contra el principio de su protección, que informa la legalidad vigente (57).

(55) V. D'AVACK, *L'impedimento dell'ordine sacro nel Diritto matrimoniale canonico* (Archivio Dir., eccl., 1941), págs. 13 y 157.

(56) GAMBON, G., ob. cit., pág. 99.

(57) Como decía el Procurador PIÑAR en las Cortes, en España "tener un padre sacerdote hiere nuestra sensibilidad". V. Diario de sesiones cit., número 61, pág. 24.

Sin embargo, tal fundamentación resulta *inconsistente* (58). Los principios de simetría de las materias jurídicas, y la adopción como imitación de la naturaleza, no son seguidos por la legislación que se examina, puesto que el número tercero del artículo 83, que se cita en apoyo de esta incapacidad, establece para el matrimonio también la de impotencia física, sin que para la adopción constituya obstáculo; como no lo es el ser soltero, en cuyo caso tampoco puede producirse el acogimiento filial en familia, semejante al natural. Y es que la finalidad legal de la adopción ha variado a través de la historia. Comenzó satisfaciendo el deseo de tener un heredero, y después el más general de tener un hijo. Posteriormente pasa a primer plano el adoptando, a quien se busca una familia primero, un estado civil después y, finalmente, una protección genérica, en la que se supera el mimetismo del matrimonio. Esa protección por clérigos se observa en el gran número de niños criados, y sobre todo educados por familiares sacerdotes.

La vida comunitaria de los religiosos, aparte de que ya las tendencias jurídico-canónicas van reduciéndola bastante, no parece que impida la protección que la adopción persigue, ni perjudique la seguridad afectiva, que médicos y psicólogos consideran como mayor beneficio de la institución. En la literatura y la cinematografía aparecen con cierta frecuencia muestras de beneficiosa protección a abandonados por parte de religiosos en comunidad (59). Y religiosas son en su mayoría las que atienden a los niños huérfanos o abandonados, con el único inconveniente de la masificación organizativa, que impide el afecto individualizado; inconveniente que no existe en la adopción por un religioso.

En cuanto al artículo 237, no afecta a los clérigos. Pero, además, no muestra que aquí deba incluirse la incapacidad, pues la misma simetría se logra suprimiéndose en él, que sin duda es lo que corresponde a la época actual; por lo que una moción reformadora sería el camino más adecuado para mantener la simetría jurídica esgrimida como argumento de esta incapacidad.

Tampoco son muy sólidos los razonamientos de tipo sociológico. Si es cierto que la legislación ordena una sociedad determinada, a la que debe atender, no lo es menos que esa ordenación debe ser racional, no pareciendo suficiente la motivación del posible escándalo para prohibir la adopción a clérigos y religiosos. No lo ha sido para prohibir el reconocimiento de un hijo natural anterior al sacerdocio, que el

(58) Ya antes de la actual regulación censuraba la prohibición y defendía su aplicación restrictiva BATLLE, M., en *Consideraciones de la nueva Ley de Libertad Religiosa* (Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1967), pág. 670. Destaca VISMARD, M., *L'Adoption* (París, 1968), pág. 32, cómo España conserva aún esta antigua regla, originaria del derecho canónico. En el mismo sentido ANCEL, M., *L'Adoption dans les législations modernes* (París, 1958), pág. 24. No he podido manejar la última edición de esta obra; pero en nada afecta al problema, puesto que la incapacidad persiste.

(59) Recuérdese la obra de literatura infantil *Marcelino Pan y Vino*, de SÁNCHEZ SILVA, llevada al cine con gran éxito.

artículo 130 del Código Civil permite, incluso cuando sea adulterino, si sólo lo reconoce el sacerdote. Como tampoco se prohíbe por el artículo 119 el reconocimiento de hijos sacrílegos, ya que el sacerdote en el momento de la concepción pudo contraer matrimonio con dispensa. Y no debe olvidarse que se legisla para el futuro, anunciado con menos prejuicios y más utilización de la inteligencia en la vida y conducta social. La desaparición de esta incapacidad hubiera contribuido a ello, influyendo en la sociedad, en virtud de la interacción dialéctica de norma y sociedad, a que me refería al principio. Si por razones religiosas no conviene en general la adopción por clérigos o religiosos, que lo prohíba el Derecho Canónico. Y cuando, en algún caso particular, pueda una determinada adopción resultar inconveniente, teniendo en cuenta las circunstancias culturales y sociológicas o de otro tipo que le afecten, facultades tiene el Juez, por el artículo 173, para no aprobarla.

En cambio, la supresión de esta incapacidad se halla avalada, tanto por lo regresivo que es su establecimiento, frente al Derecho de otros países y a su ausencia del Proyecto enviado por el Gobierno, como por suponer una limitación civil de la libertad, sin fundamentos sólidos en que apoyarse. El Derecho Civil debe ser muy parco en la admisión o establecimiento de limitaciones de la libertad. Se legisla para todos los ciudadanos; y los clérigos y religiosos lo son. Esta incapacidad supone una discriminación por razones religiosas, que debe considerarse anticonstitucional; tanto más anacrónica cuanto que en los momentos actuales se tiende a separar lo civil de los eclesiástico y religioso en general. La Ley de Libertad Religiosa y la revisión del Concordato, que posiblemente no hará Ley del Estado al Derecho Canónico, son una clara muestra de ello. La Nota oficial del Gobierno sobre la revisión del Concordato, hecha pública por la Oficina de Información Diplomática el 6 de febrero último se pronuncia contra las "discriminaciones entre los ciudadanos por razones de índole religiosa" (60). Todo ello puede aconsejar que, siguiendo la teoría objetiva de la interpretación, que busca la voluntad de la Ley, separada de la voluntad del legislador, abandonando el resbaladizo camino de las pesquisas psicológicas y la esclavitud de los precedentes, se llegue a la solución apuntada al comienzo de este número, admitiéndose la adopción por sacerdotes y religiosos.

8. 2.º Tampoco puede adoptar el *tutor a su pupilo antes de aprobadas* definitivamente las cuentas de la tutela. No parece gramaticalmente correcta la dicción empleada por el Código Civil, porque es la preposición "a" y no la frase prepositiva "respecto de" que él utiliza, la que expresa con mayor propiedad y concreción la idea allí contenida. Su *fundamento* está en evitar posibles perjuicios al adoptando, cuando el adoptante pretenda con ello sustraerse a las respon-

(60) El punto 6) de la mencionada Nota oficial considera al Concordato como el *instrumento jurídico negociable* que asegure la *sumisión de todas las personas pertenecientes a la Iglesia Católica*, en cuanto ciudadanos, al ordenamiento jurídico del Estado, sin distinciones de origen religioso.

sabilidades dimanantes de una mala administración, siendo una incapacidad paralela a la que para el matrimonio establece el número tercero del artículo 45.

La aplicación de esta norma puede plantear algunos problemas que examinaré someramente. En primer lugar, para que la incapacidad funcione es necesario que la tutela esté completamente *constituida*, con consejo de familia, protutor, posesión del cargo y registración en el Registro Civil. En segundo término se precisa que haya surgido la *obligación* de rendir cuentas de la tutela. Aunque el precepto no lo diga expresamente, se deriva de su fundamento; y es necesario tener en cuenta los artículos 279, 280 y 281, que establecen la mencionada obligación. Por consiguiente, no afecta a los tutores de tipos especiales, ajenos a los bienes (61). Cuando el tutor hubiera obtenido el cargo con designación de frutos por alimentos (art. 279), la incapacidad existirá, porque, a pesar de las vacilaciones jurisprudenciales, la mejor doctrina no lo considera excluido de la obligación de rendir cuentas finales, por tener el artículo 281, que la establece, entidad propia e independiente del artículo 279, que lo libera de las anuales (62).

La aprobación ha de ser *definitiva*, por lo que cuando esté pendiente de recurso, subsiste la incapacidad. Como el artículo 287 del Código Civil establece la prescripción de cinco años para la extinción de las acciones derivadas de la tutela, parece que una vez *prescrita* la acción, desaparece la obligación y, por consiguiente, la incapacidad. Podrá objetarse que las cuentas no están definitivamente aprobadas, siendo éste el factor incapacitante y que su naturaleza es de orden público. Pero, teniendo en cuenta el fundamento de la incapacidad y la necesidad de que esa obligación exista, creo que, prescrita, la incapacidad desaparece. Así lo exige la aplicación restrictiva que debe hacerse de toda incapacidad. Y no se diga que puede adoptarse para eludir acciones penales derivadas de su gestión tutelar, que pueden no haber prescrito, porque la incapacidad se reduce a la falta de aprobación de las cuentas de la tutela, que nada tienen que ver con otro tipo de responsabilidades posibles, sin que sea lícita una aplicación expansiva o analógica del precepto (63).

La misma aplicación restrictiva, impide extenderla a los *herederos* del tutor, que, según los artículos 280 y 281 se hallan obligados también a la rendición de cuentas, pues la incapacidad se concreta al tutor y no a otros posibles obligados. La *autorización* de la adopción por el padre del pupilo no hace desaparecer la incapacidad, porque no existe aquí la expresa determinación legal de esa excepción, que aparece, por el contrario, en el semejante precepto del artículo 45.

El juicio que merece esta incapacidad es negativo: por arcaica y sin justificación suficiente, ya que el temido peligro está salvado por

(61) Tal será el caso de la tutela constituida con la única finalidad de prestar asistencia en juicio al casado, emancipado o habilitado de edad.

(62) De manera distinta parece opinar GAMBON, G., ob. cit., pág. 102.

(63) También en este punto GAMBON se pronuncia por la solución contraria en el lugar citado en la nota anterior.

la dinámica de las instituciones tutelares, en la que el protutor y el consejo de familia, que han de aprobar o no las cuentas, pueden evitar cualquier peligro en este sentido. La intervención judicial, que puede no aprobar la adopción, cuando resulte alguna inconveniencia para el adoptando, motivada por esa falta de aprobación de cuentas, debería contribuir igualmente a la supresión de una incapacidad insuficientemente fundada.

9. 3.º La *falta de consentimiento del cónyuge* también impide adoptar; salvo al declarado inocente en caso de separación legal (64). El *fundamento* de esta incapacidad se halla, de una parte, en la repercusión que la adopción puede tener en sus derechos (65); y de otra en la unidad familiar, plasmada en el artículo 56 del Código Civil, con la comunidad de intereses e identidad de fin, a las que se refiere el párrafo 7.º del preámbulo de la Ley de 1970; unidad que impide la inclusión en la familia de nuevos miembros, contra la voluntad de uno de los cónyuges.

Por ello podría pensarse que, en los casos de adopción plena, o adopción simple del hijo del consorte, no sería necesario este consentimiento, al faltar los fundamentos de su exigencia (66). En efecto, tanto los derechos del cónyuge, padre del adoptando, como la unidad de una familia, a la que ya pertenecía, al ser hijo de uno de los esposos, en nada iban a resultar perturbados. Sin embargo, el precepto

(64) La falta de la excepción para el cónyuge declarado inocente en caso de separación legal, en la anterior regulación, indujo a PIÑAR, B., *ob. cit.*, página 167, a estimarlo necesario, tanto para el culpable como para el inocente, por falta de distinción legal.

(65) Junto a los derechos sucesorios, se hallan los alimentarios, entre los derechos de alcance patrimonial más importantes, que origina la adopción, y cuya satisfacción repercutirá en los derechos patrimoniales anteriores que correspondan al cónyuge. Sobre los sucesorios pueden verse: VALLET, J., *ob. cit.*; CASASÚS, E., *La representación respecto a los derechos hereditarios del hijo adoptivo en la herencia del adoptante* (Revista del Derecho Notarial número 29, Madrid, 1960), pág. 213; SOTO, F., *Derechos sucesorios del hijo adoptivo en la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña* (Revista General de Derecho, Valencia, 1961), pág. 681; CASTRO LUCINI, F., *Los derechos sucesorios del hijo adoptivo* (Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1962), página 617, y *Limitaciones a las disposiciones patrimoniales "mortis causa" establecidas en la escritura de adopción* (Estudios de Derecho civil en honor del Profesor CASTÁN, III, Pamplona, 1969), pág. 95; GUILLÓN, A., *Problemas de la sucesión del hijo adoptivo* (Estudios-Homenaje al Profesor D. Ignacio Serrano y Serrano, I, Valladolid, 1965), pág. 405, del mismo contenido que su anterior publicación, *Notas sobre los derechos sucesorios del hijo adoptivo después de la reforma del Código Civil* (Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960), pág. 102; DE LOS MOZOS, J., *Adopción y pacto sucesorio* (Revista de Derecho Español y Americano, núm. 22, Madrid, 1968), pág. 11, y su revisión al *Derecho civil español* de CASTÁN, J., VI 3, Madrid, 1971, págs. 135 y 273; SOTO, A., *En torno al concepto de legado en la adopción* (Revista crítica de Derecho Inmobiliario, Madrid, 1965), pág. 39; y GARCÍA CANTERO, G., *ob. cit.*, pág. 105. Sobre los derechos de alimentos, v. SERRANO GARCÍA, I., *La deuda alimenticia en el caso de adopción en España* (Revista de la Obra de Protección de Menores, núm. 120, Madrid, 1968), pág. 158.

(66) Así lo había dicho ESPÍN, D., *Manual de Derecho Civil*, IV (Madrid, 1963), pág. 339, para la adopción plena, por ser insuficiente, al necesitarse adopción conjunta.

es claro y general a ambas formas de adopción, por lo que no podrá prescindirse de él. En la adopción conjunta no es lo mismo adoptar que consentir la adopción por el esposo. Actualmente, además de la adopción plena conjunta hay la separada del hijo propio natural reconocido y la del hijo del cónyuge (67), en las que tratándose de adopción plena, no admite duda la necesidad del consentimiento examinado, sin que haya motivo para creer en un distinto tratamiento jurídico del requisito, según los distintos supuestos.

Puede plantearse el problema de la posibilidad y el tiempo del desistimiento o *revocación* de ese consentimiento. Al establecer el artículo 173 su prestación sólo en el expediente judicial, es evidente que una vez prestado no puede revocarlo. Lo que ocurrirá es que su posterior manifestación contraria podrá en algún caso ser valorada por el Juez, inclinándole a negar la aprobación.

La *excepción* del cónyuge declarado inocente por ejecutoria de separación es perfectamente lógica, al faltar los fundamentos de la incapacidad, puesto que con la adopción, ni se afectan los derechos de su cónyuge, perfectamente delimitados, ni padece una unidad familiar, que ya no existe (68). La dificultad que pueda suponer para una posible reconciliación, muy poco probable, que se alegó en la Comisión de Justicia en contra de esta excepción (69), no pareció suficiente para suprimirla.

En cambio no aparecen recogidas otras excepciones, que bien pudieran haber tenido cabida en la redacción legal. Esto ocurrió con la del cónyuge separado legalmente, a quien no se hubiera declarado inocente o se *declarase culpable*, a pesar de que los fundamentos de la incapacidad faltan como para el inocente, y se cercena un derecho civil sin fundamento bastante. Se justifica la incapacidad de éste porque su culpabilidad hace presumir que no es apto para la protección, si se tienen en cuenta las causas de separación establecidas en el artículo 105 del Código Civil; y que el artículo 73 otorga la potestad paterna de los hijos al declarado inocente, sin duda por esa importante razón. Pero lo cierto es que si su cónyuge consiente, se le permite la adopción; y no por eso es mejor ni más apto para las funciones adoptionales. La indicada falta de fundamento junto al control judicial para impedir alguna adopción inconveniente fueron argumentadas sin éxito en la Comisión de Justicia (70).

Tampoco se salva de la incapacidad el *separado de hecho*, en el que la unidad familiar tampoco padece. Sin embargo, los derechos del otro cónyuge, que no se hallan modificados por situaciones de hecho, sí pueden resultar afectados con la adopción; aunque tam-

(67) Por la necesidad se pronuncia también CHICO, ob. cit., pág. 1417.

(68) Observa CALATAYUD, E., en *Crónica legislativa. Adopción* (Revista crítica de Derecho Inmobiliario, Madrid, 1970), pág. 1523, cómo constituye esto un efecto de la separación matrimonial no previsto en el art. 78 (cita errónea, que corresponderá al 73) del Código Civil.

(69) V. el cit. Diario núm. 63, pág. 9.

(70) V. lo manifestado por el Procurador GÓMEZ DE ARANDA en el lugar citado en la nota anterior.

bién es cierto que situaciones de este tipo no merecen esmeros protectores de derechos.

Una enmienda en la Comisión de Justicia (71) propuso excluir de la incapacidad el caso en que el cónyuge que haya de prestar el consentimiento esté *incapacitado* o *imposibilitado* de hecho para darlo, como en el caso de paradero desconocido. Y se rechazó por la Ponencia, estimando que la dificultad podría salvarse mediante el funcionamiento de los remedios jurídicos supletorios, previstos legalmente para actuar por el incapacitado o por el ausente. Olvidó aquí la Ponencia que nos hallamos ante una incapacidad jurídica especial, tanto por su fundamentación como por su colocación sistemática, y el efecto de nulidad consecuente de la adopción constituida sin tenerla en cuenta; y que de acuerdo con su naturaleza las suplencias no caben. La posición de la Ponencia parece abandonar las consecuencias constructivas antedichas; y, marginando la coherente valoración positiva del fenómeno, puede permitir —si se la considera en alguna medida como interpretación auténtica— la utilización desnaturalizadora de esos remedios supletorios. Normalmente será el mismo adoptante el que suplirá el consentimiento de su cónyuge, según los artículos 184-1.º y 200-1.º del Código Civil, si bien con la intervención del protutor, por la oposición de intereses que sirve de fundamento a la incapacidad, al resultar afectados los derechos del cónyuge. El consejo de familia también deberá autorizar este consentimiento, por aplicación analógica de lo establecido en el artículo 173-D).

A la hora de enjuiciar este precepto los motivos de censura se acumulan. Creo que debiera haberse *eliminado* como los demás factores negativos de la capacidad especial que se están examinando, por falta de suficiente fundamento, ya que el respeto a la unidad familiar, que lo es, e importante, se halla suficientemente salvaguardado con el consentimiento exigido por el artículo 173, de acuerdo con su verdadera naturaleza. Y la repercusión que la adopción pueda tener en sus derechos, particularmente los patrimoniales, no merece trato distinto del que se da a los demás familiares, con derechos sucesorios y alimentarios del adoptante, a los que ninguna intervención se da en la adopción.

Indudablemente, el legislador, aquí, en su afán reiterante y defectuoso en técnica legislativa, ha llegado a la antinomia. En efecto, el problema del consentimiento del cónyuge lo trata en tres ocasiones distintas: en el artículo 172, que examinamos, como incapacidad especial; en el artículo 173-A), como requisito de la adopción, que es su verdadera naturaleza, y con lo que debió bastar; y en el artículo 178, también como requisito de capacidad. Y los motivos de censura, aparte del *insuficiente fundamento* de la incapacidad, ya expuesto, son la *reiteración* de un mismo requisito, su *distinta naturaleza*, según el artículo en que lo trata, y lo *contradictorio* de sus efectos. Según el artículo 173, si el cónyuge no puede ser citado, o citado no

(71) V. la enmienda del Procurador VALLBONA en el Diario cit. núm. 63, página 11.

concorre, el Juez resolverá lo más conveniente para el adoptando; y si concurre consintiendo la adopción es viable. Conforme al 172 no habrá posibilidad de adopción si no concurre; pero sí, si concurre consintiendo. Y en el 178, ni puede decidir el Juez, si no concurre el cónyuge, ni cesa la incapacidad por concurrir consintiendo, pues se exige la adopción conjunta.

La reiteración y falta de lógica se manifiesta también en el artículo 180, cuyo segundo inciso del párrafo primero, respecto al cónyuge declarado inocente en virtud de ejecutoria de separación legal, remite inexplicablemente al artículo 178, que se refiere a la plena, cuando a la misma conclusión hubiera llegado remitiendo al 172, que por ser disposición general le es propio; o mejor sin mencionarlo para nada, por estar ya previsto el supuesto en el mencionado artículo 172, que le es aplicable en virtud de su carácter general (72).

10. 4.º Es, finalmente, tradicional en materia de adopción, mencionar, como requisito negativo de capacidad especial, el denominado *estraneidad*, o falta de parentesco o relación familiar con el adoptando (73). Ciertamente resulta anómalo que, existiendo ya un parentesco, se cree el adoptional, carente del soporte natural que tiene el anterior. Nuestro Código Civil no lo menciona, y, por el contrario, admite expresamente la adopción por el padre natural en los artículos 172 y 178, justificándola, en el párrafo 9.º del preámbulo, la Ley reformadora. Esto hace que solamente pueda constituir incapacidad para la adopción el parentesco más beneficioso que el adoptivo, por el principio general de la finalidad protectora del adoptando, y el requisito de conveniencia del último párrafo del artículo 173, en concordancia con el de utilidad del artículo 1.831 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Dentro del *primer grado* pueden adoptar los padres *naturales* que han reconocido a sus hijos, por disposición expresa de los artículos 172 y 178. También los que, siendo conocidos, según el artículo 135, no los hayan reconocido, por ser beneficiosa la adopción para el hijo. Igualmente, y por la misma razón, pueden adoptar los demás padres *ilegítimos*, conocidos según el artículo 140. Y todos los padres ilegítimos, no conocidos legalmente, cuyo desconocimiento equivale a la ausencia de parentesco. La duda planteada por el profesor SERRANO (74) sobre si podrán adoptar los padres ilegítimos a sus hijos abandonados, ha de resolverse por el principio de la conveniencia, negando el Juez la aprobación cuando no haya suficientes garantías de protección adecuada, sin peligro de nuevo abandono. En cambio, la falta de estraneidad impide la adopción a los padres *legítimos* y *legitimados*, por no ser beneficiosa a los hijos la nueva situación, que,

(72) La mención del supuesto en el artículo 178 se explica como medio de excluirlo de los requisitos especiales de los casados en la adopción plena.

(73) V. GAMBON, G., ob. cit., pág. 139, y ARCE, J., *La adopción de abandonados y expósitos* (Madrid, 1968), pág. 52.

(74) V. *Consentimiento para la adopción* (Revista de la Obra de Protección de Menores cit.), pág. 155.

ni en lo económico, ni en la línea de protección general, añade nada a la filiación legítima.

En el *segundo grado* el *hermano* del adoptando también puede adoptar, cuando concurren los demás requisitos, porque la adopción puede beneficiarle, tanto económicamente, como en el terreno de la general protección. Y lo mismo ha de decirse de los restantes grados del parentesco consanguíneo y de todos los del de afinidad, de los que expresamente menciona el artículo 178 la adopción de los hijos del cónyuge.

El *cónyuge* del adoptando carece de capacidad para la adopción, por la incompatibilidad de los estados de matrimonio y filiación, que habrían de coexistir, ya que la adopción no es causa extintiva del matrimonio. Y porque, si existiendo la adopción no pueden casarse (artículo 84-5.º), tampoco podrán adoptarse estando casados.

Con ello ha triunfado en nuestro Derecho la restricción de la incapacidad, permitiéndose la adopción a los padres ilegítimos, fundada en el principio de protección, único que la sostiene en los pocos casos mencionados en que opera, al no aparecer expresa en la regulación legal. Tal restricción está apoyada en razones sociológicas y de justicia. A las primeras pertenece el elevado número de adopciones de hijos ilegítimos reconocidos unilateralmente; y la segunda se ampara en la consideración de que los hijos ilegítimos ninguna culpa tienen de la conducta de sus padres.

En contra de la restricción militan respecto a los hijos ilegítimos varias razones. De escasa entidad es la alegación de que con ello se perjudica a la familia legítima, pues también se perjudica con las deudas del juego, que el artículo 1.411 coloca a cargo de la sociedad de gananciales; y con la adopción de otras personas, también posible actualmente. La perturbación familiar que podría introducir la adopción de un hijo ilegítimo, también utilizada para propugnar una extensión de la incapacidad, no puede producirse por la exigencia del consentimiento previo del cónyuge; y, en última instancia, la ponderación judicial, establecida en el artículo 173, podría evitar la inconveniencia en algún caso concreto. Finalmente tampoco parece importante el razonamiento de Crcu (75), diciendo que con ello se concederían al hijo ilegítimo más derechos de los que la Ley consiente, pues también puede dárselos por testamento, en uso de la libre disposición.

Más fuerte es la consideración de que se trata de una superposición irracional de filiaciones (76); y que siempre se ha de estimar superior la real a la ficticia. No parecen suficientes los argumentos del preámbulo de la Ley de reforma, pues la adopción de los hijos del cónyuge, aludida en él como justificación, poco tiene que ver con la adopción de los propios hijos ilegítimos. La inserción en la corriente

(75) *La filiazione* (Milano, 1927), pág. 362.

(76) En este sentido se manifestaron en el debate de la Comisión de Justicia los Procuradores ANGULO, LANDÁBURU y VEGLISON, Diario cit. núm. 61, páginas 14 y 15.

humanitaria de dignificación de la filiación ilegítima, con otorgamiento de mayores derechos, tampoco es razón para eliminar esta incapacidad. Tal dignificación debe hacerse; pero por el camino directo y general de otorgar más derechos a los hijos ilegítimos, mediante la correspondiente reforma, en la que deben cristalizar los actuales movimientos ideológicos en este sentido. La orientación de nuestro ordenamiento jurídico, en esta materia de hijos ilegítimos, basada en viejos puntos de vista éticos y canónicos, debe actualizarse, teniendo en cuenta el derecho a igual protección social, que ostentan todos los niños nacidos de matrimonio o fuera de él, conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y la Carta de Derechos del Niño de 1959. Es de advertir cómo esta orientación jurídica y política igualitaria se conforma plenamente con la moral cristiana y la ética social de nuestro tiempo. Ningún argumento apoya ya el predominio de los intereses de los padres ilegítimos sobre los de sus hijos, que solamente un liberalismo napoleónico a ultranza pudo consagrar en el ordenamiento español (77). Pero ello no justifica el favorecerlos por el camino indirecto, aleatorio y contrario a la naturaleza, de convertirlos en hijos adoptivos.

11. b. El haber elevado el artículo 172 la capacidad de obrar plena a la categoría de requisito de capacidad jurídica especial motivó su examen anterior. Como propia *capacidad de obrar* no corresponde hacer más referencia que a la supletoriedad, en el único caso exceptuado de tal consideración, que es el de la mujer casada, según se expuso. Tal suplencia puede operarse, según el artículo 60, tanto por sustitución, mediante la representación del marido, como por complementación, otorgando la licencia para comparecer en juicio. De ambos medios es indudable el valor de la licencia. Pero el de la representación tropieza con el carácter personalísimo del acto de adopción, que impide la actuación por representante. No podrá, por consiguiente, realizar la adopción y prestar el consentimiento la mujer casada, por medio de una representación propia, sea la legal del marido o la voluntaria.

En los demás casos los problemas de la falta de capacidad de obrar quedan confundidos con los de falta de capacidad jurídica. Si falta la atribución de derechos, que ésta opone, imposible es el ejercicio de los mismos, que implica aquella, tanto directa y personalmente como indirectamente o por suplencia. No se puede ejercer un derecho que no se tiene.

12. B. Además de los requisitos de capacidad jurídica comunes a toda adopción, requiere *la plena otros*, establecidos por el artículo 178, cuya naturaleza es la de requisitos de capacidad jurídica especial.

a. La redacción de este artículo es confusa, a pesar de lo cual son perfectamente destacables dos supuestos. Uno de ellos —*el de*

(77) V. los trabajos sobre el estatuto jurídico de las uniones extramatrimoniales, publicados en el Anuario de la Escuela Judicial, Madrid, 1970.

los solteros y viudos— no requiere requisito alguno propio de la adopción plena, bastando los expuestos anteriormente; por lo que su mención en este artículo parece, por lo menos, innecesaria.

El otro supuesto es el de los *casados*, a los que se establecen limitaciones, derivadas de la exigencia del requisito triple de convivencia, adopción conjunta y duración del matrimonio más de cinco años antes de la adopción, en cuyo estudio me ocuparé seguidamente.

La *convivencia*, expresada en el artículo 178, al requerir que los cónyuges “vivan juntos”, supone una situación permanente. No se halla afectada por ausencias transitorias derivadas de circunstancias accidentales —necesidades de trabajo u otras—, ajenas a la voluntad de los esposos de romper de hecho o de derecho con el conjunto de funciones, derechos y obligaciones que constituyen el contenido matrimonial. El *fundamento* del requisito parece encontrarse en el principio de imitación de la naturaleza, que aconseja el acogimiento filial del adoptando en una familia, inexistente cuando falta la convivencia. No parece muy firme este fundamento, cuando se permite la adopción a solteros y viudos, en los que falta el arquetipo familiar al que tiende el requisito.

Se exige también la adopción *conjunta* por ambos cónyuges, al requerir este artículo que “procedan de consuno”. Se censuró la expresión por imprecisa en el debate de la Comisión de Justicia (78). Y efectivamente, el sentido de ella es el de proceder de común acuerdo, que no implica necesariamente la adopción conjunta de ambos cónyuges, según se quiso expresar, y como tradicionalmente se ha entendido. La distorsión semántica que su empleo supone, detectada en momento hábil para su corrección como aquél, debió evitarse. La única razón dada para su mantenimiento fue el ser la tradicional, que no parece suficiente cuando no es correcta. El significado de adopción conjunta, no obstante, puede deducirse del término “proceder”, que supone realizar ambos la misma acción. Esta acción comporta una doble conducta: de una parte cada cónyuge adopta, y de otra consiente o asiente la adopción del otro.

Su *fundamento* es la *unidad familiar*, que se halla favorecida por la comunidad de relaciones paternofiliales, mermada si no adopta más que uno de los cónyuges. Lo cierto es que la unidad familiar solamente padece si el nuevo miembro se inserta en la familia contra la voluntad de uno de los esposos; lo que no puede ocurrir, por impedirlo ya el artículo 173-A), requiriendo para la necesaria aprobación judicial el consentimiento del cónyuge no adoptante. Con este requisito de consentimiento conyugal debió bastar para impedir la perturbación de la unidad familiar, según se expuso ya en el número 9.

Se establecen dos *excepciones* a la exigencia de la conjunción. La primera es la de la adopción del *propio hijo natural*, en la que quiebra el fundamento, puesto que su paternidad unilateral ya existía an-

(78) El Procurador VIOLA impugnó la redacción, según puede verse en el Diario cit., núm. 65, pág. 14.

teriormente, sin ser creada por la adopción. Y la otra es la adopción, por uno de los cónyuges, del *hijo del otro*. También en este caso se respeta la unidad familiar, que se mantiene con la filiación bilateral, al ser el adoptado hijo de ambos esposos, si bien la naturaleza de esta filiación pueda ser diversa: adoptiva en el adoptante, y legítima o natural en el otro cónyuge.

Respecto al requisito de que los cónyuges lleven más de *cinco años de matrimonio*, debe estimarse aplicable, en cuanto a fundamento, cómputo y crítica, lo expuesto anteriormente a propósito de el de haber cumplido treinta años, aplicable a toda adopción (79).

De este triple requisito se exceptúa el *cónyuge declarado inocente*, en virtud de ejecutoria de separación legal, el cual puede adoptar, como el soltero o viudo, sin especiales exigencias para la adopción plena. Como ocurre con la incapacidad general tercera del artículo 172, con la que el paralelismo es evidente, según antes se expuso, no se exceptúa, en los casos de separación legal, al no declarado inocente o declarado culpable. Las poco sólidas motivaciones allí expuestas (80) han sido, sin duda, las que han guiado también esta diferenciación entre cónyuge culpable e inocente, dando a éste, en la adopción plena, un tratamiento de soltero o viudo, que, indebidamente, se niega a aquél.

No se trata directamente el caso de los *separados de hecho* de modo duradero. Sin embargo, es evidente su incapacidad para la adopción plena, porque, siendo casados, carecen del requisito de la convivencia, sin hallarse exceptuados de él.

13. b. Aparte de la *crítica*, hecha acerca de la exigencia de los requisitos establecidos para la adopción plena por los casados, en general el párrafo primero del artículo 178 es recusable. En su *redacción* es asistemático, mezclando anárquicamente supuestos con requisitos y excepciones. Del supuesto de los cónyuges y sus requisitos para adoptar, pasa a la excepción del cónyuge inocente, y al supuesto de los viudos y solteros, para volver a exponer nuevas excepciones a aquellos requisitos, sin redacción que denote su naturaleza, ni siquiera puntuación que los diferencie suficientemente.

Peor es aún su *contenido*, cuya expuesta falta de fundamento sólido aconsejaría la supresión de este párrafo. Con ello desaparecerían las normas de capacidad del adoptante, propias de la adopción plena, bastando con las generales del artículo 172, sin que ningún perjuicio sufriera su regulación institucional. En efecto, respecto a los solteros, viudos y cónyuges declarados inocentes en virtud de ejecutoria de separación legal, nada añade el artículo 178 a lo establecido en el 172. Y en cuanto a los casados, la única razón estimable de la existencia en ellos del triple requisito de convivencia, conjunción y duración matrimonial, es la de evitar perturbaciones a la unidad familiar, importante, aunque no sea la finalidad principal de la adopción, que consiste en la protección del adoptado. Pero la unidad fa-

(79) V. anteriormente el número 5.

(80) V. el número 9.

miliar se halla perfectamente salvaguardada con el consentimiento del cónyuge del adoptante, requerido por el artículo 173-A), como ya se dijo en los números 9 y 12.

La imitación de la familia, en la que se funda el requisito de la convivencia, así como la confirmación de esterilidad o consolidación familiar, en que se apoyan los otros, carecen de consistencia, tanto por razones médicas y psicológicas, como jurídicas. Las primeras muestran cómo lo importante no es la imitación familiar, sino la seguridad afectiva y protección, que pueden lograrse tanto con convivencia matrimonial como sin ella; sin que la certeza de la esterilidad sea necesaria para la adopción, al permitirse adoptar a personas con hijos, ni se logre mejor por duración matrimonial previa que por los adecuados exámenes médicos, como se vio en el número 5. Y jurídicamente no hay duda de que, si para la filiación legítima, a cuya regulación se tiende en la adoptiva, y adopción por solteros, viudos y separados legalmente inocentes, no se exige una especial duración matrimonial, tampoco debe exigirse para los demás.

III. CAPACIDAD DEL ADOPTANDO

14. Como se hizo al exponer la capacidad del adoptante, también aquí parece conveniente distinguir las normas aplicables a toda adopción de las que son propias de la adopción plena.

A. Poca atención presta el Código Civil a regular la capacidad del adoptando con carácter general, ni en su aspecto de *capacidad jurídica*, ni en el de capacidad de obrar.

a. En cuanto a la primera, se ha de atender fundamentalmente en esta materia a las normas generales del Derecho de personas, pues solamente se regula en la adopción algún requisito de capacidad jurídica especial, como es lógico que sea, de acuerdo con el contenido propio de la institución.

1) Respecto a *la general*, el primer requisito, al ser la adopción una institución del derecho de familia, es el de que se trate de una persona *física* (81), cuya vida y capacidad jurídica se desarrolla entre dos momentos fundamentales: el nacimiento y la muerte. A éste corresponde la extinción de la capacidad jurídica, según el artículo 32. Y en el primero se sitúa el comienzo, de acuerdo con el artículo 29 del Código Civil, conforme al cual el nacimiento (82) determina la personalidad, que es el vocablo con el que más frecuentemente se designa en el Código Civil a la capacidad jurídica.

Teniendo en cuenta el carácter favorable, que para el adoptando tiene la adopción, en realidad, el comienzo de su capacidad jurídica

(81) El empleo del vocablo para la protección de ciertas localidades, con efectos económicos y fiscales, denominándola adopción por el Caudillo, constituye una expresión metafórica, ajena a la institución estudiada.

(82) El artículo 30 del Código Civil establece los requisitos para que el nacimiento tenga efectos jurídicos. Coincide esta materia con lo expuesto en el número 3 para el adoptante.

se halla en la *concepción*, según el mismo artículo 29, que tiene al concebido por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones del artículo 30 (83). La objeción que pudiera hacerse a este momento iniciador de su capacidad jurídica, fundada en la indeterminación apriorística de su efectividad, condicionada al nacimiento con los requisitos legales, que va contra el principio de seguridad, propio del derecho de familia, se salva fácilmente, pensando que no es una condición voluntariamente añadida; y que el artículo 29 no admite excepciones, bastando lo favorable en cualquier institución para que la concepción sea considerada como el momento inicial de la capacidad jurídica. Los necesarios temperamentos pueden obtenerse mediante una restrictiva aprobación judicial, que exija la certeza del embarazo y la conveniencia de la premura. Una probable muerte del adoptante puede servir de ejemplo de esa conveniencia. En otro caso bien puede denegarse, por no aparecer clara la conveniencia de la adopción anterior al nacimiento, favoreciéndose con esa denegación la seguridad jurídica, característica del Derecho de familia (84).

Esta amplitud con que se contempla la capacidad del adoptando tiene además una gran significación interpretativa, pues el criterio aperturista que incorpora, servirá para orientar la decisión de cualquier problema, facilitando la adopción, mediante la eliminación de todo obstáculo dudoso.

Sin embargo, presenta algún inconveniente, por la constitución sin la voluntad del adoptando de un estado civil de tanta trascendencia para él, teniendo en cuenta la irrevocabilidad proclamada en el artículo 177, que contrasta con la esencial revocabilidad, establecida por el artículo 737 para el testamento, con el que es común el límite de edad de los catorce años, según el artículo 663.

A remediarlo, en lo posible, tiende la concesión al adoptando de capacidad de obrar desde los catorce años. Y se exige, por el artículo 173, el consentimiento o asentimiento de los padres con potestad sobre el menor de edad o del tutor, con autorización del consejo de familia. También se requiere la audiencia de la persona que estuviere ejerciendo su guarda; y de los padres, cuyo ejercicio de potestad paternal haya sido suspendido o del que se le haya privado. La desconfianza que pueda surgir, en algún caso, sobre la conducta de estas personas o instituciones, tiene también su contrapeso o remedio en la exigencia por el mismo artículo de la audiencia del menor de catorce años y la aprobación judicial. Por otra parte, siempre queda al adoptando el recurso de pedir que se declare extinguida la adopción, por alguna de las causas que dan lugar a la desheredación de

(83) El artículo 799 del Código Civil de Etiopía de 5 de mayo de 1960, obra de René DAVID, y la ley brasileña de 8 de mayo de 1957, se refieren expresamente a la posibilidad de ser adoptado el *nasciturus*.

(84) WALLEMACQ: *Adoption et legitimation par adoption*, en *Journal des Tribunaux* (Bruxelles, 1969), pág. 398, se pronuncia por la inadmisión de adopciones de concebidos no nacidos, para evitar presiones sobre madres solteras, que las induzcan a renunciar al niño antes del nacimiento.

los ascendientes, lo que podrá hacer, según el artículo 177, dentro de los dos años siguientes a su mayoría de edad o cese de incapacidad en su caso. Aunque de menor amplitud que la revocación testamentaria, por la limitación de las causas, puede remediar algunos casos indeseables, que puedan presentarse.

15. 2) En materia de *capacidad jurídica especial* del adoptando, ningún factor *positivo* se recoge en el Código Civil. La conveniencia de limitarla a un período, con límites mínimo y máximo (85), ha sido objeto de estudio por la doctrina jurídica, con apoyo en razonamientos médico-sicológicos y sociológicos (86).

Se ha afirmado que el establecerse legalmente un límite *mínimo* de edad tendría la ventaja de evitar adopciones de niños recién nacidos, con el peligro de que tengan enfermedades o taras todavía desconocidas, lo que resultaría indeseable para el adoptante (87). Tampoco sería muy favorable para el adoptando, que se encontraría con frecuencia en una situación de rechazo, por la frustración que al padre adoptivo producirían estas enfermedades o taras, quizá importantes. Sin embargo, las razones para no limitarla han sido más fuertes, pues, si el temor a este riesgo existe, la solución está en que el interesado espere a realizar la adopción cuando médicamente no es probable que no hayan podido detectarse cualquiera de las enfermedades —malformaciones, debilidad mental, trastornos sensoriales, afecciones neorológicas o trastornos del comportamiento y carácter— que más temidas puedan ser por él (88). Por otra parte, buscándose el bien del adoptando, éste es tanto mayor cuanto más pequeño comience a disfrutar sus beneficios. La finalidad protectora de la institución aconseja ampliarla lo más posible; y poderosas razones médicas y psicológicas inducen a las adopciones tempranas. Las investigaciones médicas sobre el desarrollo sicomotor y el afectivo han demostrado que la falta de un hogar tiene perniciosos efectos sobre los niños de corta edad (89). Tanto médicos como psicólogos afirman que normalmente la adopción será más beneficiosa para el niño cuanto más pronto se haga; beneficios que también alcanzan al adop-

(85) Sobre el problema en el Derecho de otros países puede verse VEGA, F.: *La edad del adoptado en el Derecho comparado* (Revista de la Obra de Protección de Menores cit.), pág. 171.

(86) Sobre la significación de las edades son interesantes: PALACIO, J., *Edad, Derecho penal y Derecho tutelar* (Madrid, 1969); MENICHEL, V.: *Abbandono e adozione* (Torino, 1966); del mismo es otro trabajo publicado en "Esperienza di Reduazione", núms. 10-11, 1967, pág. 66, con el título de *Il bambino abbandonato e i problemi tecnico-assistenziali degli affidamenti per adozioni*; y BAVIERA, J.: *L'adozione speciale* (Milano, 1968).

(87) V. OLLIVIER, C.: *Adopter un enfant* (París, 1965), pág. 45. El artículo 348 del Código Civil de Luxemburgo, redactado por Ley de 13 de julio de 1959, recoge este límite de edad mínima, estableciéndolo en los seis meses. V. CASTÁN, J. M.^a: *La nueva ley luxemburguesa de adopción* (Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1969), pág. 952.

(88) V. los trabajos citados de SÁNCHEZ BADÍA, MARTÍNEZ y ROF; así como la obra de OLLIVIER cit.

(89) CASTÁN, J. M.^a: *La edad del adoptado desde el punto de vista jurídico* cit., pág. 10.

tante (90). Es difícil que pasados los dos años de edad los niños abandonados —que constituyen la mayoría de los adoptandos— no hayan sufrido retrasos en la evolución de estructuras y funciones fundamentales para el desarrollo posterior. Y a partir de los cuatro o cinco la falta de hogar produce malformaciones síquicas originadoras de frustraciones, fijaciones y angustias, difícilmente reversibles.

Estadísticamente se comprueba cómo el mayor número de peticiones de adopción se inclina por niños de muy pocos meses, con el deseo de que nazcan en él más tempranamente los lazos afectivos (91).

También se ha pedido el establecimiento de una edad *máxima* para ser adoptado, por estimarse que los mayores de edad, ni necesitan protección, ni desarrollan afecto (92). Más bien las finalidades de estas adopciones son desviación de la protegida con la adopción, bien sea de carácter económico (obtener alguna pensión o vivienda) o, sobre todo, de naturaleza fiscal (93). En este sentido se pronunció en la Comisión de Justicia de las Cortes el Procurador ARRÚE (94); postura que no se estimó aceptable, por considerarse que se oponía a la orientación francamente aperturista de la Ley, y que en muchos casos la adopción era la consagración de vínculos afectivos anteriores. Además, el control judicial de la conveniencia, según el artículo 173, podría yugular algún caso que, sobre desviado, pudiera perjudicar al adoptando (95). Otros, que, aunque no consideren directamente los fines propios de la adopción, puedan no perjudicarlo, sino más bien beneficiarlo, no hay por qué evitarlos u obstaculizarlos en esta Ley (96). La valoración de estos argumentos se hace solamente en la regulación de la capacidad del adoptando para la adopción plena, en la que sí se establece un tope máximo de edad.

(90) V. las conclusiones de MARTÍNEZ, *ob. cit.*, pág. 34.

(91) Indirectamente supone también el establecimiento mínimo de edad, la exigencia de cierto tiempo de abandono o de convivencia con el adoptando, propugnada por algunos, para asegurarse antes de la firmeza de las decisiones de abandono o adopción, respectivamente, por los padres de naturaleza, o los adoptantes, según los casos.

(92) A los menores restringe la adopción el Código polaco de la familia y la tutela de 25 de febrero de 1964.

(93) Puede verse sobre el tema lo expuesto por BAS, B., *La adopción en los impuestos sobre sucesiones y transmisiones patrimoniales* (Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Madrid, 1965), pág. 289, y por PALÁU, J., *Algunas consideraciones de orden fiscal sobre la adopción* (Revista de la Obra de Protección de Menores cit.), págs. 123 y 125.

(94) Diario cit., núm. 61, pág. 8. En el mismo sentido puede verse la comunicación de GARCÍA CANTERO, G., *La adopción de mayores de edad*, a las II Jornadas Nacionales sobre la Adopción, publicada en la Revista de la Obra de Protección de Menores cit., pág. 88. También alude a ello MADRUGA, J., *La adopción* (Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1963), pág. 781, y la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo citada en el núm. 7 ordena a los Fiscales que se opongan a la adopción, cuando se utilice, en fraude de la Ley, como instrumento para otros fines.

(95) Para el Derecho alemán pueden verse las consideraciones de BOSCH en su informe *Zur Volljährigen-Adoption* (Familienrecht, 1964), pág. 401.

(96) En este sentido se pronuncia también CASTÁN, J. M.^a, *ob. cit.*, en Estudios cit., pág. 11.

Como factores *negativos* de la capacidad jurídica especial del adoptando se establece en el párrafo último del artículo 172 la incapacidad especial de ser hijo adoptivo de otra persona, salvo que ésta sea el cónyuge del adoptante. En algunos países (97) esta incapacidad cesa con la muerte del adoptante. Y en España, aunque no se diga expresamente, así ha de entenderse también, porque entonces falta la simultaneidad de la adopción, que es lo prohibido por el precepto citado.

En caso de *anulación* del matrimonio ha de entenderse que hasta la declaración de nulidad la adopción ha sido válida, aunque exista la incapacidad en examen, por así resultar del artículo 69 del Código Civil, según el cual, respecto de los hijos, el matrimonio nulo surtirá efectos civiles, aunque haya intervenido mala fe por parte de ambos cónyuges. Y después de declarada, la duda puede plantearse entre la nulidad que parece imponer la incapacidad del último párrafo del artículo 172 y la producción de efectos civiles del citado artículo 69. A favor de aquél se halla el ser un precepto más específico, que, de acuerdo con el artículo 4 del Código Civil, convierte en nula la adopción, por ser contra lo dispuesto en la Ley, sin que en la misma se ordene su validez. Y la aplicación del artículo 69 se halla apoyada por ser más favorable al adoptado. Quizá la mejor solución sea distinguir su situación *personal* de su situación *patrimonial*. La primera deberá regirse por lo establecido en el artículo 70, con lo que se mantiene fundamentalmente la unidad de potestad paterna, que, como se expondrá posteriormente, motiva la incapacidad. En la segunda, de acuerdo con el artículo 69, el adoptado conservará todos sus derechos respecto a los dos adoptantes. En todo caso siempre cabrá la anulabilidad de la adopción por error, a petición del adoptado o de los intervinientes por él en la adopción.

El *fundamento* de la incapacidad se halla en el principio de la *unidad paterna*, que hace a la paternidad incompatible (98). Si es contraria a la naturaleza la pluralidad de la potestad paterna en las relaciones paternofiliales legítimas, tampoco puede aceptarse esa pluralidad en las adoptionales, que tienden a equipararse a aquéllas. De todos modos se trata de una incapacidad que pudiera y quizá debiera no haberse consignado en la reforma de 1970, puesto que la unidad de potestad paterna podría haberse mantenido mediante la solución expresamente establecida por la Adoption Act de 1958 en Inglaterra, que da validez a la última adopción, dando a los adoptantes anteriores el mismo tratamiento jurídico que a los padres legítimos cuando son adoptados sus hijos.

La formulación de esta incapacidad tampoco parece ser del todo afortunada, pues al decir que “nadie puede *ser* adoptado *simultáneamente*”, la expresión no excluye las adopciones sucesivas, sino sola-

(97) Tal es el caso de Grecia, según los artículos 1.568 y siguientes; y de la Adoption Act irlandesa de 24 de abril de 1962.

(98) No se opone a lo expuesto la existencia de padre y madre no esposos, pues la potestad paterna, en este caso, corresponde sólo a uno de ellos.

mente las simultáneas. Pero como no resuelve el conflicto de potestades paternas que de ello podría resultar, cuando la posterior adopción se efectuara antes de haberse extinguido la anterior, parece que es requisito para aquélla la orfandad adoptiva, lo que supone la exclusión de toda otra adopción, sea simultánea o sucesiva. Por ello habrá de considerarse que la palabra adoptado no se emplea como participio, refiriéndose al hecho de adoptar, sino como sustantivo, designando al hijo adoptivo; explicación un tanto forzada, porque para ello más claro habría sido decir que nadie puede ser simultáneamente hijo adoptivo de más de una persona, salvo la excepción allí consignada. Esta confusa redacción podría ser una fisura para dar entrada a la solución inglesa, si conviniere en algún caso. El tratar a la anterior paternidad adoptiva como la legítima, lo que supondría la extinción de sus efectos jurídicos, podría alcanzarse por vía interpretativa, acudiendo a la equiparación que el artículo 176 establece entre el hijo adoptivo y el legítimo en todo lo no regulado expresamente.

También debe hacerse mención, en cuanto a los requisitos negativos de la capacidad jurídica especial, al de ser *cónyuge* de un adoptando o adoptado, tradicionalmente considerado como causa de incapacidad, en virtud del principio adopcional de imitación de la naturaleza. Sin embargo, lo cierto es que nuestro Código Civil actualmente no la recoge, y el artículo 84 no impide el matrimonio entre hijos adoptivos, ni son ampliables sus impedimentos a éstos, por la naturaleza restrictiva del precepto. En consecuencia, no veo inconveniente para que se pueda adoptar al cónyuge de un adoptando o adoptado. Si no se prohíbe el matrimonio de adoptados, ninguna razón hay para prohibir la adopción de casados. Al menos mientras el Código Civil no lo diga expresamente.

Por último, respecto a la *extraneidad*, factor negativo de capacidad jurídica especial del adoptando, como los anteriores, debe darse por reproducido lo expuesto anteriormente en el número 10 a propósito del adoptante, por tratarse de elemento común a las dos partes de la relación adopcional.

16. b. La *capacidad* de obrar frecuentemente falta en el adoptando (99), de una parte, porque no se exige una edad mínima para ser adoptado, y de otra, porque la mayoría de las adopciones se realizan en la infancia del adoptando, cuando es menor, no sólo de veintidós años, sino incluso de catorce. Y tratándose de la adopción plena, sólo excepcionalmente puede rebasar esta última edad (100).

1) Como se vio anteriormente (101), la capacidad de obrar *plena* está integrada por el factor *positivo* de la mayoría de edad (art. 320)

(99) Aquí solamente importa para la constitución de la relación adopcional. Después de constituida, la falta de la capacidad de obrar del adoptado es suplida por el padre adoptivo, como su representante legal.

(100) Así lo dispone el artículo 178, según se expondrá bajo el número siguiente.

(101) Se trató de esta materia bajo los números 2 y 4.

y el *negativo* de la ausencia de restricciones, mencionadas como tales en el artículo 32 y como excepciones en el 320.

2) La *limitación* de la capacidad de obrar del adoptando ha sufrido una notable reducción y complicación en la reforma de 1970, al exigir el artículo 173-B) el consentimiento del adoptando mayor de catorce años, a diferencia de la regulación anterior, cuyo artículo 176 solamente lo requería —opino que con mayor acierto— cuando el adoptando era mayor de edad y capaz. Esto exige tratar por separado la capacidad de obrar del menor de edad, mayor de catorce años, y la del menor de esta edad.

a) El primero tiene capacidad de obrar para la constitución de la relación adopcional, por lo que la limitación de capacidad de obrar de los menores no afecta a los *mayores de catorce años*. Y constituye una excepción a la norma general del artículo 155 del Código Civil, según la cual el padre y, en su defecto, la madre tienen, respecto de sus hijos no emancipados, el deber de representarlos en el ejercicio de todas las acciones que puedan redundar en su provecho. Estas funciones en defecto de padres corresponden al tutor, conforme al artículo 262, que prevé la posibilidad de excepciones cuando, como en este caso, una expresa disposición legal disponga que el tutelado puede ejecutar por sí mismo un determinado acto jurídico.

Tal capacidad de obrar se infiere del artículo 173-B), exigiendo para la adopción el *consentimiento* del adoptando mayor de catorce años —lo que constituye no un mero acto de colaboración, sino de *decisión*—, a diferencia del artículo 1.827 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que sólo requería la *exploración* de su voluntad (102). Este precepto de la Ley de Enjuiciamiento Civil actualmente debe considerarse inaplicable a los mayores de catorce años, por ser el 173-B) del Código Civil Ley posterior contraria (103).

Para demostrar que la exigencia del consentimiento del menor de edad mayor de catorce años supone la declaración de su capacidad de obrar adopcional, basta aducir el *penúltimo párrafo del mismo artículo*, cuando coloca el consentimiento del adoptando en paridad de importancia con el del adoptante, entre los exigidos por él, como únicos sobre cuya falta el Juez no puede resolver lo que considere más conveniente. El consentimiento del padre y madre o tutor, concurrentes con el del menor de edad mayor de catorce años (104), no

(102) El artículo 1.831 de la misma ley establece la *intervención* del adoptando mayor de edad en el otorgamiento de la escritura pública, sin especificar la naturaleza de esta intervención.

(103) Es de lamentar que una reforma como la de 1970 no haya afectado también a la ley de Enjuiciamiento Civil, para actualizar sus preceptos sobre el expediente de adopción, despojándolos de residuos pretéritos, fosilizados, como la arrogación, y armonizándolos con los nuevos del Código Civil.

(104) Parece errónea la afirmación de ARCE, *En torno al consentimiento...*, cit., pág. 53, de que la ley de 1970 concreta la emisión del consentimiento del padre y la madre al menor de catorce años. Y resulta anacrónico y ajeno a la actual regulación el planteamiento de PUIG, F., *Tratado de Derecho Civil Español*, t. II, v. II (Madrid, 1971), pág. 177, sobre la que estima dudosa necesidad del consentimiento de los padres para la adopción de sus hijos

es decisorio ni supletorio del menor, sino que técnicamente, como indica el párrafo 10 del preámbulo, encaja mejor en la figura del *asentimiento*, ajeno a la suplencia de una incapacidad de obrar. Consentimiento y asentimiento son actos estructuralmente distintos: uno dirigido a constituir y otro a aprobar (105).

Ciertamente que el disentimiento del padre impedirá la adopción, salvo en los casos de niños abandonados. Pero esto no deriva de actuar por el menor, sino del ejercicio de su potestad y atribuciones familiares o tutelares, cuyo respeto exige su colaboración a la adopción, impidiendo hacerla contra su voluntad. Como interesados, sus manifestaciones pueden ser sumamente útiles para la estimación que ha de hacer el Juez sobre la conveniencia de la adopción, en la misma línea en que se halla la audiencia del menor y demás personas llamadas a ser oídas. En suma, que en el consentimiento auténtico, para cuya prestación hace falta capacidad de obrar, hay *decisión*, en el asentimiento hay *colaboración*, y en la audiencia, *información* (106). Hallándose unidas las dos últimas en el asentimiento, y las tres en el consentimiento del padre, madre o tutor menor de catorce años.

Corroboración la función no representativa del consentimiento de padres o tutor, cuando concurren en la adopción con el del mayor de catorce años, el que no basta el consentimiento del padre, sino que se requiere que, conjunta o separadamente, lo preste la madre, carente de la representación del menor cuando ésta la ostenta el padre.

Tampoco creo que se trate de un caso de capacidad *parcial*, que necesite la intervención de su representante completando su deficiencia (107), porque el párrafo penúltimo del artículo 173 permite la adopción sin intervención complementadora del padre, madre o tutor, cuando no pudieren ser citados, o citados no concurrieren, como se admite en el artículo 174 para la adopción de menores abandonados; sin que pueda pensarse que en estos casos tiene el adoptando capacidad total, y sólo parcial cuando concurrieren las personas citadas. La explicación se halla en que la intervención de tales personas es ajena a la capacidad de obrar del adoptando, exigiéndose por otros fundamentos. Esta posición disipa todas las perplejidades y censuras expuestas por ARCE en su trabajo citado sobre el consentimiento.

En cambio, según el artículo 177 carece de capacidad de obrar el adoptado para pedir la extinción durante toda la minoría de edad. Este diferente tratamiento jurídico deriva de la seguridad con que se quiere dotar a la adopción, de acuerdo con la manifestación inicial

emancipados por concesión, pues desde el momento en que no estén sujetos a patria potestad tal consentimiento no es necesario, según el artículo 173-D. (105) JANNUZI: *Manuale della volontaria giurisdizione* (Milano, 1968), página 143.

(106) Las definiciones que de consentimiento, asentimiento y audiencia da el *Diccionario de la Lengua española* (Academia de la Lengua, Madrid, 1970), virtualmente coinciden con lo expuesto, al hacer referencia a los conceptos de admitir, otorgar y aducir, respectivamente.

(107) En este sentido se pronuncia ARCE: *En torno al consentimiento...*, citado, pág. 50.

del artículo, declarándola irrevocable. Para ello se facilita menos su extinción que su constitución (108).

En esta capacidad de obrar del mayor de catorce años puede verse una *contradicción*, entrañando una verdadera aporía, con lo establecido en el artículo 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según el cual sólo podrán comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, en el que no se halla el menor de edad, mayor de catorce años. Igualmente ocurre frente a lo dispuesto en el artículo 1.852 de la misma Ley, que, en armonía con el artículo 155 del Código Civil, establece la representación en juicio de los menores por las personas que ejerzan sobre ellos la potestad paterna o tutelar. Y el artículo 1 parifica la comparecencia en juicio de los actos de jurisdicción contenciosa y voluntaria. No cabe otra explicación que la de que su prestación de consentimiento, aunque se haga en juicio, no supone comparecencia en él. Y que la comparecencia en juicio es un concepto procesal, sólo aplicable a las partes o personas que pretenden o frente a quien se pretende la satisfacción de pretensiones (109).

Puede apoyar esta solución el considerar a la adopción como un negocio jurídico *unilateral*, para cuya *validez* basta la declaración de voluntad del adoptante, como ocurre con la emancipación por concesión y en el reconocimiento de hijo natural. Según ello, la única parte en el expediente de adopción sería el adoptante, no hallándose el adoptando afectado por los artículos 1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El consentimiento del adoptando, como el del emancipado o reconocido, es solamente requisito de *eficacia*, por afectar a su estado civil (110).

17. b) En la *minoría de catorce años* el adoptando carece de capacidad de obrar, remediándose su incapacidad con la representación (111), que, según el artículo 155, corresponde al padre y, en su defecto, a la madre. Esto aunque los padres sean menores de edad, por el carácter personalísimo e intransferible del contenido

(108) Sobre las limitaciones y condicionamientos para pedir la extinción de la adopción puede verse lo manifestado por ESPÍN, D.: *Una nueva familia civil: la adoptiva* (Salamanca, 1963), págs. 6 y 14.

(109) Esto choca con lo dispuesto en el artículo 1 de la ley de Enjuiciamiento Civil, citado, que da tratamiento común a la jurisdicción contenciosa y la voluntaria, no viéndose en esta última esa pretensión frente a alguien. Por otra parte, el adoptando en este caso comparece para otorgar su consentimiento no de forma accesoria, sino como principal protagonista. Es, por consiguiente, ésta una explicación bastante forzada, a falta de otra mejor, para intentar armonizar preceptos creados sin contemplar sus repercusiones técnico-jurídicas.

(110) Sobre la naturaleza jurídica de estos actos y la función y consecuencias jurídicas del consentimiento del adoptando, emancipado o reconocido, puede verse lo expuesto por DE CASTRO en la página 214 de su obra citada. Diversas teorías sobre la naturaleza jurídica de la adopción son expuestas por CASTRO LUCINI, F.: *La nueva regulación legislativa de la adopción* (Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Madrid, 1971), pág. 41.

(111) Así lo establece el artículo 797 del Código Civil del Japón de 1961.

ético-jurídico de la potestad paterna, en que se funda esa representación, como observa la citada Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo. A falta de ambos le representará el tutor, conforme al artículo 262 (112). Cuando no esté constituida la tutela, será el Juez Municipal el que desempeñe esta función, según el artículo 203. No parece necesario constituir una tutela con esta sola finalidad, bastando la intervención mencionada, en ejercicio de la tutela provisional, que legalmente le incumbe (113). La representación de los menores de catorce años, hijos ilegítimos no naturales reconocidos, no corresponde al padre o madre, porque carecen de estado de filiación y, por consiguiente, de la potestad paterna, de la que emana esa representación. Será el tutor, nombrado de acuerdo con los artículos 302 y 231 del Código Civil, quien le represente. Tanto la mención del padre o madre del artículo 155 como la del 173-C (114) han de entenderse referidas a los supuestos de filiación legal, que no alcanza a la ilegitimidad no reconocida o no reconocible. En todos estos casos el consentimiento del padre, madre o tutor funde su función específica con la supletoria de la capacidad de obrar del adoptando, cuya incapacidad remedia.

Como frecuentemente el adoptando será un niño *abandonado* en alguna institución de beneficencia, el Jefe de la misma será quien le represente, según el artículo 212 (115), en el otorgamiento de la escritura pública, correspondiendo la representación en juicio al Ministerio Fiscal, conforme al mismo artículo. En este caso el Fiscal intervendrá en la aprobación, de una parte, con carácter genérico, en virtud de lo dispuesto en el artículo 173 (116), y de otra, como representante del menor.

Cuando la representación corresponda al adoptante, como ocurri-

(112) Al constituirse la adopción se extingue la tutela, según el número 1 del artículo 278, sin perjuicio de que la posterior desaparición del vínculo adoptional motive una nueva necesidad de tutela. V. MORENO, B.: *La tutela de los hijos adoptivos* (Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1965), pág. 444.

(113) LETE, J.: *Tutela provisional* (Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1967), pág. 154.

(114) El párrafo primero del artículo 176 de la anterior regulación remita en estos casos al artículo 47, párrafo tercero, que menciona a la madre legalmente conocida, en la que, como expone ARCE, J.: *La regulación legal española sobre filiación ilegítima a la luz de los derechos del niño* (Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1970), pág. 643, se halla comprendida la madre ilegítima no natural.

(115) Nada importa que la tutela no esté constituida, pues su representación deriva de los preceptos de la tutela y es ajena a la intervención en el expediente, exigida por el artículo 173, como se expuso en el número anterior. El artículo 138 del Código de la Familia vietnamita, según la redacción recibida por Decreto-ley de 23 de julio de 1964, exige expresamente el consentimiento de la institución acogedora, con lo que su función representativa se une al consentimiento institucional.

(116) Este precepto no es más que una aplicación de lo dispuesto en el artículo 5.º-2 del Reglamento Orgánico del Ministerio Fiscal de 27 de febrero de 1969, en armonía con el 2-4.º de su Estatuto, de 21 de junio de 1926, en forma semejante a como actúa en virtud de lo dispuesto por los artículos 215 y 692 del Código Civil.

rá en los casos de transformación de adopción simple en plena (117), o la adopción de los propios hijos naturales reconocidos, expresamente recogida en los artículos 172 y 178, así como en los casos de acomodación a la nueva regulación de las adopciones anteriores, a las que se refiere la disposición transitoria de la Ley de 1970, se puede plantear el problema de la validez del autocontrato o la necesidad de la intervención del defensor judicial (118). La clave de la solución se halla en la *oposición* de intereses entre las partes, que impide admitir en nuestro Derecho el autocontrato cuando se dé aquélla; y a la vez es el presupuesto del artículo 165 para el nombramiento de defensor judicial. Tal oposición no parece existir en estos casos. Y el control judicial de la conveniencia para el adoptando parece excluir la misión del defensor.

La limitación de la capacidad de obrar procesal, derivada de los artículos 59, 315, 317 y 324 del Código Civil, de los subtipos de minoría, integrados por la *emancipación* y la *habilitación de edad*, no se aplica al adoptando porque, al establecer el artículo 173 la prestación del consentimiento por el adoptando mayor de catorce años, en cuyo caso se hallarán siempre los emancipados o habilitados, este precepto ha de prevalecer sobre aquél, por el principio de especialidad e incluso el de posteridad. En efecto, el artículo 173 es más especial que aquéllos, por referirse a la adopción concretamente, frente a la generalidad de los anteriores; y en su actual redacción es posterior a ellos, impidiendo su aplicación, incompatible con él. Aunque con otros razonamientos también llega a esta conclusión la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo recientemente citada.

La *incapacitación*, que los artículos 32 y 200-2.º consideran como supuestos de capacidad de obrar limitada, debería privar al adoptando incapacitado de la capacidad de obrar adopcional, salvo cuando se trate de una incapacidad como la derivada de la *prodigalidad*, que no incide sobre la persona, sino sobre los bienes, de acuerdo con el artículo 224. El artículo 221 restringe la capacidad del pródigo a los actos prohibidos en la sentencia, que por la naturaleza de la prodigalidad no trascienden de lo patrimonial (119). Lo mismo ocurre con el *interdicto*, al que el artículo 229 priva solamente de la administración de los bienes y actuación en juicio. Y ha de entenderse, conforme a lo expuesto, que su prestación de consentimiento en el expediente adopcional no exige capacidad procesal, por no ser parte. En cuanto al *incapaz de hecho*,

(117) V. ARCE, J.: *La adopción menos plena de expósitos y abandonados y su transformación en plena* (Oviedo, 1968).

(118) V. ARCE, J., Ob. cit. en Estudios cit., pág. 76. A esta cuestión parece apuntar la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo antes mencionada en el tercer párrafo del apartado primero. Pero la desenfoca confundiendo los conceptos de consentimiento, audiencia y representación, y sustituyendo aquél por la audiencia de los padres por naturaleza, si existen, o por la representación del Fiscal.

(119) Se trata de un acto comprendido en la excepción prevista en el artículo 262.

es obvia su capacidad de obrar legal, al no haber sido incapacitado. Pero sería una adopción impugnabile si se probara este estado cuando se realizó la adopción. Lo que ocurrirá normalmente es que tal prueba tropezará con grandes dificultades. No obstante, la valoración judicial podrá evitar cualquier inconveniencia que de la adopción pudiera derivarse para el adoptando incapaz de hecho.

Sin embargo, cuando todos estos sean mayores de catorce años, el artículo 173 también requiere el consentimiento, sin distinción alguna, al cambiarse la redacción del artículo 176, que regulaba la materia anteriormente, excluyéndolos del consentimiento. En estos casos de incapacitación se plantea, con mayor crudeza aún que en los de menores de edad, mayores de catorce años, la anomalía de aparecer exigido su consentimiento sin excepciones, cuando sean mayores de catorce años; aun en el caso del loco. Ello repugna al más elemental sentido de la realidad e inclina a preferir, como ya apunté anteriormente, la redacción de 1958. Precisamente en casos de subnormales la finalidad protectora de la adopción resalta más que en cualquier otro, debiendo favorecerse, liberándola de un consentimiento, que tantas veces podrá ser infundado e irracional, tanto en su prestación como en su negación, por el estado mental del llamado a prestarlo (120).

El remedio a esta incapacidad, si contra lo expresamente establecido se impone el buen sentido, negando la capacidad de obrar al adoptando incapacitado, al menos en los casos extremos de demencia, será la representación, que ejercerá el tutor, con autorización del consejo de familia, cuando la tutela estuviere constituida conforme establece el artículo 173-D). Aunque no se halla la adopción entre los actos para los que el artículo 269 exige al tutor la autorización del consejo de familia, su enumeración no es taxativa, por lo que lo dispuesto en el artículo 173 no es antinómico con aquél. En estos casos la actuación del tutor tendría una significación multifactorial: informativa y colaboradora del asentimiento, propia de la exigencia del artículo 173-D), y decisoria, por representación del tutelado.

Otra limitación de capacidad de obrar es la de la *mujer casada*, según el artículo 60 del Código Civil. Sin embargo, para la adopción, como la falta de intervención del esposo no impide que el Juez la apruebe, puede entenderse que tiene capacidad de obrar, no necesitando representación —por otra parte inaplicable por el carácter personalísimo del acto—, ni licencia marital. El consentimiento del marido, cuando concurre de acuerdo con el artículo 173-D), que lo exige, salvo el caso de separación legal, tiene carácter de asentimiento material, ajeno a la capacidad de obrar procesal.

Respecto a la contradicción del artículo 173 con el 59 y 317, so-

(120) Así lo hace el Código Civil portugués en el último párrafo del artículo 1.974, exceptuando de la necesidad del consentimiento del mayor de catorce años, a los que no tengan uso de sus facultades mentales.

bre los emancipados y habilitados de edad, y el 60 en cuanto a la mujer casada —que les prohíben comparecer en juicio sin asistencia o licencia de determinadas personas—, y con el artículo 2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil —respecto a los anteriores y a los incapacitados mayores de catorce años—, debe reiterarse lo expuesto acerca del menor de edad mayor de catorce años en el número anterior sobre la distinción entre prestación de consentimiento y comparecencia en juicio.

18. B. La *adopción plena* requiere, además, como requisito de capacidad jurídica especial el límite máximo de edad de *catorce años* (121), con las excepciones que examinaré posteriormente. Constituye esta limitación una excesiva restricción, contradictoria con lo acordado en el Convenio de La Haya de 1964 y la Convención Europea en Materia de Adopción de Niños citada (122), que la establecieron en dieciocho años (123), con lo que desde el primer momento estuvieron de acuerdo los representantes españoles (124).

Ha supuesto, sin embargo, una apertura (125) frente a la ordenación modificada, al no exigirse el requisito del abandono (126).

(121) En Italia para la adopción especial se requiere menor edad de ocho años. V. VEGA, F.: *La reciente reforma de la adopción en Italia* (Anuario de Derecho civil, Madrid, 1968), pág. 646.

(122) V. la nota (42).

(123) En esta edad se fija por la Ley de 8 de octubre de 1965, que introdujo en Chile la legitimación adoptiva. V. CASTÁN, J. M.ª: *La Ley Chilena* citada.

(124) V. *Actes et Document de la Deuxième Session*, de la conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, II, Adoption (La Haya, 1965), páginas 161 y 195, y FERRER, R., *Un comentario desde el punto de vista español al convenio de La Haya de 1964 sobre adopción* (Revista crítica de Derecho Inmobiliario, Madrid, 1969), pág. 1.255. Varios representantes, como los de Austria, Bélgica e Inglaterra, pidieron que se señalara hasta la mayoría de edad.

(125) A ella se refieren los párrafos 15 y 16 del preámbulo, como factor progresivo de la nueva regulación. Menciona el párrafo 16 al Proyecto, como lo hacen los 1, 3, 4, 5, 7, 8, 12, 13, 14 y 17, cuando debiera emplear la palabra Ley, al haberse convertido en ésta el originario Proyecto. La falta de adaptación del preámbulo del Proyecto al constituido en preámbulo de la Ley, ha originado en muchos casos dicciones incorrectas.

(126) Cuando el niño no esté abandonado se requiere, sin embargo, el consentimiento o asentimiento del padre y la madre, o tutor, según el artículo 173-C), del que el artículo 174 exige en caso de abandono. Respecto al abandono, pueden verse los trabajos de ARCE, J., *En torno a los conceptos de abandonado y expósito como sujeto de la adopción* (Revista general de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1967), pág. 323, y *La adopción menos plena de expósitos y abandonados*, cit. El citado art. 174 da un concepto de abandono más amplio que el anterior a la reforma, en el que, como observa el párrafo 11 del preámbulo de la Ley, resulta innecesaria la referencia a la figura anacrónica y peyorativa del expósito. Las dificultades del anterior concepto fueron tema principal de las I Jornadas Nacionales de la Adopción, celebradas en Madrid, en Mayo de 1966. V. FERNÁNDEZ, F.: *Las Jornadas Nacionales sobre la adopción* (Revista general de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1966), pág. 322. Y se trataron también en las II, celebradas en Oviedo en 1968. V. CASTÁN, J. M.ª: *Las II Jornadas Nacionales sobre la adopción* (Anuario de Derecho civil, Madrid, 1968), pág. 919. También, de acuerdo con

Pero el colocar tal límite en la mayoría de edad (127) habría significado, además de una mayor apertura, unificar los límites de edad, cuyo establecimiento responde a fundamentos semejantes. La mayoría de edad tiende a proteger a la persona, que antes de esa edad no se considera suficientemente capacitada para regirse. Y esta finalidad protectora es la que se asigna a la adopción, como fundamento. ¿Quién duda que el adoptando necesita protección hasta la mayoría de edad, en que, como norma general, puede regirse y desenvolverse con autonomía? Pues la adopción plena, como la potestad paterna, pueden subvenir a esta necesidad en forma paralela (128).

Como razón del límite de edad establecido se considera el principio de imitación de la naturaleza, en la que la relación paterno-filial surge en la infancia. Si se admitiese la adopción de personas adultas, tal imitación quedaría desbordada. Sicológicamente tiene su apoyo en la más fácil generación de vínculos afectivos entre adoptante y adoptado, vínculos tan importantes para que la institución cumpla con la mayor plenitud posible sus fines: tanto los protectores respecto al adoptado, como los de remedio a la soledad y deseos de proyección futura, que, al margen de esta protección, está demostrado estadísticamente que persiguen los adoptantes.

El hecho de que la edad de catorce años se cumpla después de iniciado el expediente, pero antes de haberse cubierto todas las etapas, declaradas constitutivas para la adopción, deberá resolverse por la aplicación analógica del principio procesal de la perpetuación, que rige la litispendencia, como concepto comprensivo de todos los efectos jurídicos procesales de la iniciación del proceso. Según él la situación enjuiciada es la que con el comienzo del proceso queda fijada jurídicamente; sin que se halle afectada por las modificaciones posteriores. Y, concretamente, en cuanto a las partes, supone, como norma general, la conservación de los requisitos que integran tanto la capacidad como la legitimación (129). En la práctica, por

su ámbito, que afecta a toda clase de adopción, aparece ahora la mención del abandonado entre las disposiciones generales.

(127) En los veintinueve años se establece en el art. 368, párrafo 2.º, del Código Civil belga redactado por Ley de 21 de marzo de 1969. El art. 345 del Código Civil francés, reformado por Ley de 11 de julio de 1966, establece el límite de la mayoría de edad, para los que han sido objeto de adopción simple o acogidos, por quienes no tenían los requisitos legales para adoptar, antes de los quince años; edad en la que se establece el límite para el resto de los casos. Y lo mismo el art. 1.974 del Código Civil portugués de 25 de noviembre de 1966. Pero el afectar sólo a los supuestos excepcionales mencionados hace a estas regulaciones más restringidas que la española, en que para ello no establece límite alguno.

(128) Ningún límite de esta clase establece el art. 270 del Código Civil de Colombia, en su nueva redacción, recibida por Ley de 1960.

(129) Expresamente se establece en el párrafo 3.º del artículo 314 del Código Civil italiano vigente, que el cumplimiento de la edad durante el curso del procedimiento, no obsta a la declaración del estado de adoptabilidad. Aunque el procedimiento aludido no es el expediente de adopción, refleja la solución aquí expuesta. Pueden verse sobre el tema la obra de PALLADINO, A., *L'Adozione speciale* (Milano, 1967), pág. 10, y CASTÁN, J. M.ª, *La edad...*, citada, pág. 97

otra parte, difícilmente se plantearán problemas, puesto que en la mayoría de los casos, cuando se inicie el expediente de adopción, existe ya una situación de convivencia, de mayor o menor duración, que constituye una de las excepciones al requisito.

En efecto, el artículo 178 establece como *excepciones* a la exigencia de la menor edad de catorce años las de la convivencia o la vinculación, anteriores a esa edad. Según este precepto pueden ser adoptados los mayores de catorce años, cuando estuvieren viviendo antes de cumplirlos en el hogar y compañía de los adoptantes o de cualquiera de ellos. Basta, pues, la *convivencia anterior*, sin necesidad del prohijamiento, requerido por la legislación reformada. Tampoco se exige duración alguna para esta convivencia, por lo que, de acuerdo con el criterio aperturista, basta la anterioridad, prescindiendo de toda duración.

La otra excepción es la *vinculación*, familiar o afectiva. Se manifestó, en el debate de la Comisión de Justicia de las Cortes, que debiera concretarse la excepción a la vinculación familiar, por aparecer la afectiva demasiado vaga y de prueba difícil (130). No obstante prosperó la redacción dada, amparada en su mayor apertura, obviándose las dificultades probatorias con la actuación valorativa del Juez, expresamente dispuesta en este artículo. Esta vinculación también ha de ser *anterior* a los catorce años: en cuanto a las relaciones familiares, por su propia naturaleza; y respecto a las afectivas, porque aunque, a diferencia de la otra excepción, nada dice el Código, lo contrario anularía prácticamente el requisito. Bastaría crear el lazo afectivo con anterioridad al expediente, mediante la situación adecuada, y, cuando se estimase suficientemente sólido, proceder a la adopción plena, aunque el adoptando fuera ya no sólo mayor de catorce años sino, incluso, adulto o anciano.

La redacción del segundo párrafo del artículo 178, en que se regula el requisito en examen, ya fue censurada en el seno de la Comisión de Justicia (131), por su falta de concreción, con extensión muy superior a la que reclama su contenido. Además, la excepción de convivencia referida a "los adoptantes o de cualquiera de ellos" contradice lo expuesto en el primer párrafo del mismo artículo, que permite la adopción plena a solteros y viudos. En efecto, esa redacción literalmente supone que la excepción de la convivencia sólo sería aplicable a la adopción por cónyuges. Sin embargo, la falta de fundamento de esta discriminación de trato jurídico, según el estado de los adoptantes, hace más razonable pensar que se trata de un defecto de redacción.

(130) Diario de sesiones cit., núm. 65, pág. 15.

(131) V. lo manifestado por el Procurador RODRÍGUEZ: Diario de sesiones cit., núm. 65, págs. 14 y 15.

IV. ENJUICIAMIENTO DE LA REFORMA DE 1970 EN ESTA MATERIA

19. A. Como *apreciación general* es elogiable en la reforma, aprobada conforme al Dictamen de la Comisión de Justicia (132), lo que tiene de *progresiva* y *simplificadora*, con el gran predicamento otorgado a la función judicial, única capaz de apreciar la pluralidad de matices que en la adopción pueden presentarse.

a. Significa en materia de capacidad adopcional un notable avance en la trayectoria *aperturista* de la institución. Entre los requisitos exigidos para *toda adopción*, son muestras de esta orientación la *reducción de la edad* del adoptante, de los treinta y cinco años del ordenamiento modificado, a los treinta establecidos por ella; así como la diferencia de edad entre adoptante y adoptando, que se ha reducido en dos años, fijándola en dieciséis, y eliminándola, como los demás requisitos de edad, cuando se trate de adoptar a los propios hijos naturales reconocidos. Menos acertada parece la exigencia de los requisitos de edad en uno solo de los cónyuges, por las razones expuestas al tratar de ellos. Igualmente elogiable es la supresión de la *prohibición de descendientes*, que, junto al avance aperturista, supone la armonización con lo establecido en la Compilación especial de Derecho Civil de Cataluña (133).

La misma finalidad persiguen en la *adopción plena* la ampliación de la posibilidad de adoptar a los *solteros*, la generalización a los menores de catorce años de su capacidad para ser adoptados plenamente, aunque *no se hallen abandonados*, y la ampliación de las *excepciones* a esa minoría de catorce años, en los términos recientemente expuestos.

b. El carácter de la adopción como institución no dogmática, contraria a los esquemas rígidos y necesitada en muchos casos de criterios de oportunidad, valorables individualmente, aconsejó una simplificación en su ordenamiento, sólo posible concediendo un amplio margen de actuación al *arbitrio judicial*, como se hace en la vigente regulación. Su valor es evidente, pues permite el progreso de la institución, exigido por su carácter dinámico, liberándola de rigideces anquilosantes.

El artículo 173 contiene la más *general* de las manifestaciones

(132) Puede verse publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Españolas*, núm. 1.104, de 22 de junio de 1970.

(133) V. el art. 6 de la Compilación Especial de Derecho civil de Cataluña, y CASTRO LUCINI, F.: *La adopción en la compilación del Derecho civil Especial de Cataluña* (Anuario de Derecho civil, Madrid, 1962), pág. 71. La finalidad aproximadora del Derecho catalán se destaca en el párrafo del preámbulo, si bien con incorrecta redacción, que al decir "esta última aproximación", expresa que la mencionada prohibición aproxima a ambos derechos, cuando la aproximación deriva de la supresión. A este antecedente de la actual regulación se refiere también VALLET, en el estudio citado, pág. 601. Estima fundada la prohibición LÓPEZ, A.: *La adopción* (Revista de Derecho Judicial, Madrid, 1967), núm. 31, pág. 29.

del arbitrio judicial, al determinar que, aun cuando concurren todos los requisitos necesarios para la adopción, el Juez valorará siempre su conveniencia para el adoptando, conforme a las circunstancias de cada caso. Se contiene en él la entrega al control judicial, tanto de la *legalidad* de la adopción —concurrencia de requisitos—, como de su *conveniencia* (134) para el adoptando, en armonía con la utilidad requerida por el artículo 1.831 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. De aquí lo extraño que resulta el posterior otorgamiento de escritura pública, exigido por el artículo 175. Si el expediente judicial tiene valor constitutivo, como dice el párrafo 10 del preámbulo, y es lógico que lo tenga, es comprensible la posterior etapa registral, porque cumple funciones de publicidad, trascendentales en todo lo que afecta al estado civil. Y podría realizarse en virtud del auto judicial, como se inscriben los autos de cambio de nombre o apellidos, y otras muchas resoluciones que afectan al estado civil. Así se hace con el auto de aprobación de la adopción en otros países como Italia, Francia y Portugal. Pero difícil es alcanzar el significado de la escritura pública, que deviene un trámite inútil y vacío de contenido, al hallarse en la parte dispositiva de la resolución judicial cualquier pacto, sobre la escasa materia convencional que queda a la adopción. El sistema judicial del Derecho anglosajón y de otros muchos países, como Italia, Bulgaria, Polonia, Israel, Grecia, Argentina, Bolivia, Guatemala Uruguay y Venecia, Israel, Grecia, Argentina, Bolivia, Guatemala, Uruguay y Venezuela, debió quedar implantado en toda su pureza por esta reforma (135). En esta línea simplificadora se halla la eliminación del trá-

(134) A este control remite BATLLE, Ob. cit., pág. 671, la consideración de la diversa religión de adoptante y adoptado, porque, al resultar atribuida a aquél la patria potestad, podría producirse alguna de las situaciones que la Ley de Libertad Religiosa considera como lesivas para los derechos reconocidos en la misma, en el párrafo segundo de su artículo segundo. En la Ley irlandesa de 1962, así como en los Estatutos revisados de Quebec y Leyes de algunos Estados norteamericanos se prohíbe adoptar a personas de diferente religión. Y al arbitrio del Juez se refiere también la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo, antes mencionada, en el último párrafo de su apartado segundo. Las motivaciones del adoptante y ventajas del adoptando, han de ser factores importantes a considerar en la ponderación judicial. V. CASTRO LUCINI, F., Ob. cit. (Anuario de Derecho civil, Madrid, 1966), página 339.

(135) Los argumentos expuestos por CASTRO LUCINI, F., en su trabajo *Algunas consideraciones críticas sobre los requisitos de la adopción: III. Forma o procedimiento* (Anuario de Derecho civil, Madrid, 1970), pág. 288, han perdido gran parte de su fuerza en la nueva regulación. Como ocurre al respecto con el trabajo *Naturaleza jurídica y acto constitutivo de la adopción*, de LA VALLINA, A. (Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969), pág. 437, y *Notas sobre perfección y forma en la adopción*, de SANCHO, F. (Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Madrid, 1965), pág. 1109. Cobran valor las argumentaciones de CAMY, B., *La adopción y figuras similares ante la nueva regulación* (Revista crítica de Derecho Inmobiliario, Madrid, 1959), pág. 42, y CIMA, C., *En orden al procedimiento de adopción para determinados supuestos de menores abandonados* (Revista de Derecho Procesal, Madrid, 1968), página 155. Ya antes del Código Civil era difícil darle significación alguna.

mite establecido por el artículo 176 de la anterior regulación, cuando el adoptando estuviere sometido a la tutela de un establecimiento de beneficencia, que se hacía ante la Administración del mismo (136).

En *materia de capacidad* el artículo 178 remite expresamente a la valoración judicial la existencia e importancia de los *vínculos* familiares y afectivos entre adoptante y adoptando, que permitan la adopción plena del mayor de catorce años. Pero, al margen de preceptos específicos, en el general de la conveniencia se encuentra la solución a diversas *cuestiones* que surgen en materia de capacidad, como las de riesgos de alguna adopción, en la que uno de los cónyuges adoptantes tenga igual edad que el adoptando (137), o que puedan preverse en ciertas adopciones de hijos ilegítimos (138). También ha hecho *innecesaria* la inclusión de otras incapacidades propuestas, como la de los mayores de edad para ser adoptandos (139) y la de ciertos condenados (140), así como la de los extranjeros (141).

La, en su momento (142) razonada, aplicación restrictiva de la capacidad adopcional del concebido no nacido, encuentra en el arbitrio judicial su instrumento jurídico adecuado. A él se acudió también en el debate de las Cortes para apoyar la enmienda no aceptada, que pretendía suprimir el distinto tratamiento jurídico de la adopción por los cónyuges separados, según hayan sido declarados culpables o inocentes, alegándose que no era necesaria, como norma general, constitutiva de indeseable discriminación insuficientemente fundada, porque la inconveniencia de algún caso podría salvarse con negar su aprobación el Juez (143). Y habría sido suficiente para *eliminar* otras poco fundadas incapacidades, como la derivada del estatuto religioso (144) y la del tutor (145).

20. C. Motivos de *censura* existen en la nueva regulación en examen, tanto desde la perspectiva de la técnica legislativa como

V. en ZARZOSO, E., *Teoría y práctica de la redacción de instrumentos públicos* (Madrid, 1887), pág. 197, el contenido de aquellas escrituras, reducido a una cláusula en la que se refería al auto judicial, y otra, ratificando el consentimiento prestado en el expediente.

(136) V. HERRERA, H., *Tramitación de los expedientes de adopción de las acogidas a establecimientos de beneficencia* (Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid, 1971), núm. 884, pág. 3.

(137) V. lo expuesto anteriormente en el número 6 y la nota (36).

(138) Temores puestos de manifiesto por el Procurador RIVAS, como puede verse en el Diario de sesiones cit., núm. 61, pág. 14. En el mismo número, pág. 12, consta el recurso de BATLLE al arbitrio judicial para evitar el peligro aquí referido.

(139) V. anteriormente el núm. 15 y la nota (94).

(140) V. el núm. 7 y la nota (50).

(141) V. anteriormente el núm. 7 y las notas (51) y (52).

(142) V. el núm. 14.

(143) V. el núm. 9 y la nota (70).

(144) V. el núm. 7.

(145) V. el núm. 8.

considerando su insuficiente apertura en muchos aspectos relativos a la capacidad estudiada.

Destaca, en cuanto a los defectos de *técnica legislativa*, la aparente correcta formulación de la incapacidad o prohibición *primera del artículo 172*, con la que se intentó conciliar las diversas tendencias existentes dentro de la Comisión de Justicia de las Cortes; y que dio como resultado un precepto en blanco, sin darse cuenta de que, al tratar de integrarlo con la legislación canónica a la que remite, se convierte en una norma vacía, según se vio en el número siete. Defectuosa es también la inclusión del consentimiento del cónyuge en el *número 3.º del artículo 172*, que, según se expuso anteriormente (146), en modo alguno debió figurar como incapacidad, desnaturalizando un requisito del consentimiento que, en su verdadera naturaleza, aparece en el artículo 173, con consecuencias jurídicas antinómicas. Y en la misma línea se halla la defectuosa formulación del requisito positivo de la capacidad jurídica especial, constituido por la capacidad de obrar plena que aparece en el texto legal, como "*hallarse en el ejercicio de todos sus derechos civiles*" (147). O el superfluamente reiterante *párrafo primero del artículo 180*, claramente eliminable (148). Y la *redacción del artículo 178*, asistemático, mezclando anárquicamente requisitos y excepciones; y con contradicciones internas entre sus párrafos primero y segundo (149).

Su regulación *demasiado restrictiva* aparece en la exigencia de una edad especial de *treinta años* para poder adoptar, a la que, como se vio en su momento (150) no hay posibilidad de encontrar fundamento suficiente. Y lo mismo cabe decir de todas las *incapacidades especiales o prohibiciones* del artículo 172, tanto las referidas a los adoptantes (151), como la del último párrafo, que afecta al adoptando (152). Las especialidades de la capacidad del adoptante para la *adopción plena*, tampoco tienen justificación, según se expuso al hacer la crítica de estas normas (153).

En el momento de la reforma, una adecuada técnica legislativa y sentido del momento en que aquélla tuvo lugar --con las tendencias de facilitación y simplificación dominantes, instrumentadas con un amplio arbitrio judicial--, hubieran bastado, como normas propias de la capacidad adoptcional, la de la *capacidad de obrar plena* del adoptante, con *dieciséis años*, al menos, más que el adoptando, sin excepción alguna. Esta capacidad debió ser común para toda clase de adopción, sin que la plena requiriese especialidad al-

(146) V. el núm. 9.

(147) V. el art. 172 y el núm. 4.

(148) V. el núm. 3.

(149) En el número 13 puede verse la crítica a este precepto.

(150) V. el núm. 5.

(151) V. los núms. 7, 8 y 9.

(152) V. el núm. 10.

(153) V. el núm. 13.

guna más que en cuanto al adoptando, al que debió establecerse un límite máximo de edad algo más elevado que el existente, y quizá coincidente con la *mayoría de edad*, rompiendo así con la tendencia legislativa a hacer proliferar edades especiales para cada institución o acto jurídico, sin razón suficiente para ello. La excepción, en cuanto a este límite de edad, derivada de la anterior *convivencia* o *vinculación*, parece acertada, si bien esta última, que si es de índole *familiar* resulta sólida, presenta cierta vulnerabilidad cuando es simplemente afectiva, por lo que tampoco parece aceptable. En efecto, o tiene su origen en la convivencia, o en el parentesco, y entonces ya se halla incluida en las anteriores; o es de origen muchas veces sospechoso (154) o al menos desdeñable a efectos adoptionales.

21. D. El porvenir inmediato de las nuevas estructuras jurídicas previstas se presenta esperanzador, porque —aparte del aliciente de la prevención conflictual, que supone la irrevocabilidad, favoreciendo la perdurabilidad de la adopción, frente a cualquier sorpresa de posteriores reclamaciones por parte de los padres legítimos—, en el terreno concreto de la capacidad en examen la actual regulación tendrá un efecto multiplicador de las adopciones.

a. Aumentarán *inmediatamente* tanto la oferta como la demanda en la adopción, vocablos bastante expresivos, aunque puedan parecer poco adecuados en Derecho de familia. La primera porque la no exigencia del abandono para que la adopción pueda realizarse incrementará el número de los que puedan adoptarse de esta forma, entrando en su círculo niños no abandonados de familias necesitadas, o en situaciones especiales, para los que la conveniencia de la adopción propuesta inducirá a los padres a prestar su consentimiento. Igualmente la excepción al límite de catorce años de edad por convivencia o vinculación anterior, es más amplia y clara que la del prohijamiento, exigida antes.

La demanda de adoptandos aumentará notablemente, gracias a la facilitación que supone, tanto la reducción de la edad mínima del adoptante a treinta años, como la menor diferencia de edad, que, al ser de dieciséis años, se ha reducido en dos frente a la anterior, sin exigirse más que en uno de los cónyuges. En la misma línea se hallan, para aumentar las peticiones, la supresión de la prohibición de descendientes y la posibilidad de la adopción plena por solteros, así como por el cónyuge del padre natural, legítimo o adoptivo; y la adopción del propio hijo natural.

b. El futuro más *lejano* depende de las corrientes adoptionistas. En ello influirá decisivamente la evolución de las *costumbres* (155).

(154) Puede plantearse el caso del vínculo afectivo del amante, que nunca debiera ser suficiente para la adopción.

(155) Al cambio de mentalidad social atribuye ARCE, J., en *Las posibilidades legales de la adopción de abandonados en España* (Revista de la Obra de Protección de Menores cit.), pág. 49, el robustecimiento de la institución, antes de mutación legislativa alguna. Cambio manifestado también en la creación en 1968 de la Asociación Española para la Protección de la Adopción.

Los actuales estímulos de la adopción —tanto directamente altruistas y protectores del adoptando, en armonía con la finalidad legal, como los que buscan el consuelo de la paternidad frustrada o la satisfacción del íntimo deseo de perduración (156), que los hijos realizan, y que, aunque egoístas, también comportan beneficiosas consecuencias para el adoptando— pueden cambiar con el tiempo, repercutiendo en la vida de la institución. Su función de respuesta a los problemas personales de las parejas estériles, o de transformación de una situación de hecho en situación de Derecho, así como a los sociales de la infancia abandonada, con todo su contenido familiar, económico, afectivo, formativo e integrador, no puede sustraerse a la evolución social. Por otra parte, observa MARMIER (157), cómo la adopción, junto a sus funciones, presenta eventuales *disfunciones* o peligros. No parece de gran importancia una posible reducción de la nupcialidad en favor de uniones libres, cuyos hijos regularicen su situación por esta vía. Mayor trascendencia se otorga a que retarde la toma de conciencia colectiva sobre las causas del abandono de niños, de las que la sociedad es responsable en gran medida, por insuficiente ayuda. Por eso el día en que se llegue a una situación social que elimine las dificultades materiales y facilite a la madre el afrontamiento de sus responsabilidades, se reducirán los casos de abandono y consiguiente necesidad de adopción.

También los *descubrimientos* científicos pueden variar la marcha de esta institución. La extensión del uso de contraceptivos puede mermar de manera importante el número de adoptandos, y la inseminación artificial ha supuesto ya en Norteamérica una gran disminución de adoptantes. Como, aunque la finalidad primordial de la adopción sea la de protección del adoptando, siguen siendo los sentimientos naturales y sociales de perpetuación y compañía del ser humano, antes mencionados, los que más estimulan al adoptante a afrontar los muchos sacrificios que aquélla supone, cuando la esterilidad aparece combatida, dejan de ser adoptantes los que lo habrían sido para tener hijos, de los que biológicamente se hallaban privados.

Las *corrientes natalistas* tendrán un gran influjo en esta materia. Una sicología colectiva hostil a la fecundidad también puede reducir el número de adoptantes. Parece, sin embargo, que no existen síntomas de que esto merme las adopciones, porque, según los demógrafos, la iniciada hostilidad hacia los muchos hijos es compatible con la llamada búsqueda del primer hijo. Y, como esta búsqueda es la que anima la mayoría de las adopciones, no parece que aquélla llegue a afectar a la institución en gran medida. Tampoco parece que las *directrices políticas* puedan perjudicarla, porque la demografía muestra cómo éstas, al tratar de regular la natalidad, la

(156) V. anteriormente lo expuesto sobre finalidad de la adopción en la nota (12) y en el núm. 18.

(157) Ob. cit., pág. 327.

planifican reduciéndola, pero no la rechazan. Y, al no ser el pequeño número de hijos el que estimula las adopciones, si no la carencia de ellos, que no es estimulada por los políticos planificadores de la población humana, sus ideas restrictivas no parecen afectarla (158).

De aquí la importancia de las investigaciones sociojurídicas para iluminar a políticos y juristas, de acuerdo con el dinamismo institucional de la adopción, referido al comienzo de este estudio.

(158) Internacionalmente goza la adopción de los mayores impulsos. La Comisión Jurídica Internacional del B.I.C.E., en *Fundamento moral de la adopción en una sociedad cristiana* (Revista de la Obra de Protección de Menores cit.), pág. 66, la considera como el medio más eficaz para que la infancia abandonada pueda gozar de todas las ventajas que la sociedad puede proporcionarle. Con ella obtiene un nombre, una seguridad, y sobre todo vive en una atmósfera de afecto que le permite desarrollarse totalmente. Así recibe satisfacción el derecho a la vida, libertad y seguridad, proclamado en la Carta de los Derechos del Hombre, de 10 de diciembre de 1948. Y el 20 de noviembre de 1959, el mismo Organismo Internacional publicó la Declaración de los Derechos del Niño, cuyos puntos II, III y IV, hacen referencia a los mayores bienes que la adopción comporta.