

Glosa al requisito de la diferencia de dieciséis años entre adoptante y adoptado

EL PROBLEMA

«La adopción requiere que el adoptante se halle en el ejercicio de todos sus derechos civiles y tenga treinta años cumplidos. En la adopción por marido y mujer basta que uno de ellos haya alcanzado dicha edad. En todo caso, el adoptante o uno de los cónyuges adoptantes habrá de tener, por lo menos, dieciséis años más que el adoptado» (párr. 3.º, artículo 172 del Código Civil).

La adopción por uno de los cónyuges de los hijos legítimos del otro requiere que el adoptante se halle en el ejercicio de todos sus derechos civiles, tenga treinta años cumplidos y dieciséis más que el adoptado.

Dentro del tema del epígrafe, como la adopción que realiza un cónyuge de los hijos del otro es una adopción individual, la locución adverbial «en todo caso» parece tener un carácter absoluto, sobre todo si se coteja con el último párrafo del artículo 173, donde se advierte que el Juez valorará la conveniencia del adoptado, «aun cuando concurren todos los requisitos necesarios para la adopción». Cuando no concurren todos los requisitos necesarios, el Juez no podrá hacer esa valoración; criterio que se confirma en la Resolución de la Dirección General de los Registros de 15 de julio de 1966, al impedir la dispensa de los requisitos de capacidad para adoptar.

LA DOCTRINA

Esta es la argumentación básica que rodea al requisito de la diferencia de edad en el supuesto contemplado. Pero a pesar de la contundencia

de la literalidad, algunos autores no se resignan ante el hecho de que el cónyuge que pretende adoptar los hijos de su consorte habidos en un matrimonio anterior, esté imposibilitado de hacerlo cuando no se alcance la diferencia de dieciséis años.

Resultándoles también incómoda la rigidez formal del precepto en el caso de adopción individual, que, sin embargo, se flexibiliza ante las adopciones conjuntas de marido y mujer, en las cuales basta con que uno de ellos supere la edad de treinta años y tenga dieciséis más que el adoptando.

Tal es el caso de R. Bercovitz, que dice lo siguiente: «Pero el problema resulta menos claro cuando se trata de adoptar al hijo natural, legitimado o legítimo del otro cónyuge, es decir, cuando se trata únicamente de una adopción individual. En estos casos tendría poco sentido exigir que el progenitor tuviese treinta años como mínimo y una diferencia de dieciséis años con su hijo. Lo que... debería llevar a concluir que... para adoptar al hijo del propio cónyuge bastará en cualquier caso con ser mayor de edad. Esta solución está montada un poco al aire, pero responde, sin duda, a la *ratio legis*. En su favor cabe alegar los siguientes argumentos:

- a) Si se niega su validez en determinados casos, el cónyuge en cuestión no podrá adoptar nunca al hijo del otro cónyuge (cuando la diferencia de edad sea inferior a los dieciséis años), lo que es algo que evidentemente no desea la ley (artículos 176, párr. 3.º, y 178, párr. 1.º, del Código Civil).
- b) Aunque el caso es distinto, la excepción contenida en el párrafo 4.º de este artículo 172 a favor de los hijos naturales puede extenderse (por analogía) al supuesto ahora estudiado.
- c) El control judicial, en el que se incluye una valoración discrecional sobre la oportunidad de la adopción y la conveniencia para el adoptando, constituye una garantía para que semejante solución no sea utilizada torcidamente» (1).

La extensión de la cita debe ser tolerada, porque de los textos conocidos por mí es el único en el que se intenta justificar seriamente la intuición esencial de que la *ratio legis* sólo exige ser mayor de edad para adoptar al hijo del propio cónyuge.

Es importante también la afirmación de FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO,

(1) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo III, pág. 244.

no desarrollada, de que «el requisito de tener dieciséis años más que el adoptado es esencial cuando la adopción se realiza por persona no casada» (2).

LA CATEGORIA DE LA ADOPCION FAMILIAR

Si fuéramos capaces de leer inocentemente, con ojos profanos, el párrafo 3.º del artículo 172, seguramente advertiríamos dos clases de adopción: la que realiza una persona y la que realiza un matrimonio.

Sólo un esfuerzo de concentración nos da la señal de alarma, que permite la posterior labor intelectual de separar al cónyuge que pretende adoptar a los hijos de su consorte de los denominados en la norma «cónyuges adoptantes». Y este mecanismo lógico nos lleva de la mano al núcleo de la interpretación convencional del precepto, porque se parte de que frente a una adopción singular, hay una adopción plural. Siendo la adopción por el cónyuge de los hijos de su consorte una adopción de un individuo, se le aplicará el régimen de la adopción individual, impidiendo que se lleve a cabo si no tiene treinta años y dieciséis más que el hijo de su consorte.

Esta interpretación, no por habitual, es correcta. Es más, creemos que es manifiestamente equivocada. Lo que se desprende del precepto no es exactamente la pretensión de distinguir una adopción singular de una adopción conjunta, sino distinguir una adopción individual de una adopción familiar.

Adopción familiar sería la que realizaran los adoptantes concurrentemente, aunque esta concurrencia pudiera tener lugar de manera simultánea o sucesiva (3), y adopción familiar sería también la que realizara un cónyuge de los hijos de su consorte, aunque por fuerza ha de ser sucesiva a la paternidad.

Aunque sea obvio, conviene recordar que adopción plural no hay reconocida en nuestro Código más que la de los cónyuges, «de ahí que se prohíba la existencia de varios adoptantes (y adopciones), salvo cuando se produce una adopción conjunta por los cónyuges de un mismo matrimonio» (4).

Si estrechamos más el círculo en torno al problema, debemos considerar que cuando el artículo 178 exige a los cónyuges que adoptan plena-

(2) «La adopción», *A. D. C.*, 1971, pág. 711.

(3) En el mismo sentido, entre otros, CASTRO LUCINI: «La nueva regulación de la adopción», *R. C. D. I.*, 1971, y GAMBÓN ALIX: *La adopción*, Barcelona, 1960.

(4) R. BERCOVITZ: *Ob. cit.*, pág. 255.

mente que vivan juntos, procedan de consumo y lleven más de cinco años de matrimonio, se está buscando la estabilidad de una situación matrimonial consolidada: se está buscando una familia. Y también hay que tener en cuenta, en sede igualmente de adopción plena, que cuando se permite, sin los requisitos anteriores, que uno de los cónyuges adopte al hijo legítimo, legitimado, natural reconocido o adoptivo de su consorte, se está valorando debidamente el consentimiento del cónyuge del adoptante, que es padre del adoptando, lo cual supone una garantía para el logro de las finalidades de integración familiar que pretende el instituto.

En fin, volviendo al sobresalto producido después de la lectura inocente que propiciábamos más atrás, si el matrimonio compuesto por el padre y la adoptante de sus hijos no puede ser llamado «cónyuges adoptantes», del artículo 172, no es por carencia o falta de alguna cualidad específica, sino por exceso en la calidad.

Siendo paternidad y adopción más que adopción y adopción, parece absurdo que se exijan más requisitos para paternidad y adopción que para adopción y adopción.

Tanto la Ley francesa (art. 365 del Código Civil) como la alemana (párrafo 1.754 BGB), prevén que la adopción plena por un cónyuge del hijo de su consorte equivaldría a la adopción conjunta del mencionado hijo (5). Lo cual, aunque jurídicamente pudiera ser suficiente, supone sociológicamente una reducción de la calidad de padre a la de adoptante. Las pretensiones de identidad entre ambas cualidades son las únicas que pueden justificar la equivalencia. Por todo esto, a medida que nos vamos acercando a las deducidas consecuencias literales del párrafo 3.º del artículo 172 aparece más irritante la inversión a la que se ha llegado.

La categoría de la adopción familiar nos sirve inicialmente para afirmar que la adopción que efectúa un cónyuge de los hijos de su marido no es una adopción individual.

En ésta, el consentimiento del cónyuge actúa como la remoción de un obstáculo para que se produzca en el adoptante el estado civil de padre o madre, mientras que en la adopción por la mujer o el marido de los hijos de su cónyuge, el consentimiento funciona como un acto de comunicación de derechos y responsabilidades, que implica también depositar en el adoptante la confianza para que ostente no sólo la patria potestad cuando él muera, sino los cargos de mayor responsabilidad de las instituciones asistenciales (tutela por incapacidad, alimentos, ausencia) (arts. 154 y 176, 3, Código Civil).

Aportamos estas ideas porque parece interesante que el Juez, en ejecución de las facultades de control que le atribuye el Código, tenga en

(5) R. BERCOVITZ: *Ob. cit.*, pág. 346.

cuenta la opinión que merece al propio padre la adopción de sus hijos por su mujer. Si la ponderación del padre en su vida habitual aparece probada, el Juez deberá considerar esa opinión como un elemento de juicio a la hora de formar la suya. Aunque el artículo 173 no establece ningún criterio tasado para valorar la conveniencia del adoptando, mencionando únicamente el hecho de que el adoptante tenga hijos como un elemento a tener en cuenta, aun así, decimos, y dentro de sus facultades discrecionales, el juicio que merece a un buen padre de familia la suerte de sus hijos debe ser, por lo menos, un elemento favorable para el juicio que ha de emitir el Juez sobre la conveniencia de la adopción.

El adoptante que adopta al hijo legítimo de su cónyuge no sólo constituye un lazo de vinculación con el adoptado, sino que cohesiona y armoniza todas las relaciones familiares, insertándolas en la unidad estructural deseada por el ordenamiento. Esta adopción individual aparente produce el desmesurado efecto de integrar todas las relaciones familiares, instalando al adoptado en el núcleo social típico de la familia. La eficacia que despliega en el seno de la familia y su indudable acercamiento al modelo de la familia natural—expresamente proclamado—es lo que tolera que utilicemos la categoría de adopción familiar.

Partiendo de este concepto, y dentro de él, pensemos en la mayor fuerza de la adopción realizada por un cónyuge de los hijos de su marido respecto a la que realizan adoptantes meros (art. 178), cuando exime al cónyuge que adopta a los hijos de su consorte del requisito de llevar más de cinco años de matrimonio.

De todo lo que llevamos dicho se deduce una posición de inferioridad de la familia formada por el padre o madre legítimo y los hijos huérfanos de uno de ellos respecto a la familia constituida por adoptante y adoptado, porque mientras que en aquélla el consorte del padre o madre tiene que cumplir todos los requisitos del artículo 172 si quiere adoptar a los hijos de su cónyuge, en ésta basta que el cónyuge del adoptante se halle en el ejercicio de todos sus derechos civiles y tenga treinta años cumplidos.

Parece que cabe invocar aquí, en el nivel orgánico en que nos desenvolvemos, el artículo 39 de la Constitución, cuando proclama en el punto 2 que «los poderes públicos aseguran asimismo la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación»...

Y ello en aplicación de lo dispuesto en el punto 1, al señalar que «los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia», puesto que la interpretación dada en la actualidad al artículo 172 impide que se constituya—primer deber—en el grado más perfecto posible la propia institución familiar.

DERECHO DE ADOPTAR Y A SER ADOPTADO

Venimos llamando interpretación habitual o literal y no interpretación final a la que señalábamos al principio, porque estamos convencidos de que ése no es el espíritu de la ley.

Y justamente, la insatisfacción a que conduce en la realidad, nos obliga a romper una lanza—a desgastar una pluma—en favor de un criterio que, aunque oculto y difuminado, parece ser el más acorde con la *ratio legis*.

Los argumentos institucionales hasta aquí citados pueden ser completados con otros de naturaleza individual, personal, porque, como dice ENNECERUS, «si una disposición lleva a consecuencias que el legislador no conoció o no pensó..., estamos facultados para desenvolver la propia ley según su propia idea fundamental, considerando las necesidades y experiencias de la vida, a no ser que la seguridad del Derecho se oponga resueltamente».

La seguridad del Derecho no sólo no se perjudica, sino que se beneficia, por eso ni siquiera hemos entrado en el tema del orden público para justificar que no se dañe. Interesa tal vez comentar aquí que la Ley alemana de 1976, de 2 de julio, y la francesa de 22 de diciembre del mismo año solucionan favorablemente esta cuestión en el sentido del texto. La alemana, porque sólo exige la mayoría de edad en el cónyuge que pretende adoptar los hijos de su marido, y la francesa, porque aunque exige treinta años, mantiene una diferencia de diez cuando se trata de adoptar los hijos del cónyuge, declarando además la posibilidad de omitir este requisito.

Tómense, además, las normas constitucionales citadas aquí como prueba, por lo menos, de que el orden público español vigente, en coordinación con la protección que merecen sujetos de similar calidad, propician una situación igualitaria.

Los argumentos personales o individuales que pueden ser esgrimidos aquí se iluminan con un caso. Un matrimonio en el que el marido tenga treinta y tres años y la mujer veinticinco puede adoptar a un joven de diecisiete. En aras de la integración familiar, que es principio básico, el Código tolera inicialmente esa adopción, cuya oportunidad y conveniencia valorará más tarde el Juez. Pero ese mismo texto legal impide a una mujer de treinta y dos años, casada con un viudo de cuarenta, adoptar a un hijo de éste de diecisiete años de edad. Y ello en razón de que no alcanza la diferencia de dieciséis.

En base a este texto se puede argumentar diciendo que si el Código permite la adopción cuando la diferencia de dieciséis años de edad se da entre uno solo de los miembros del matrimonio y el adoptado, con mayor razón lo permitirá cuando uno de los miembros del matrimonio sea el padre de los adoptados. Es decir, ser padre es ser más que adoptante, y si la edad del adoptante de mayor edad sirve para eximir del requisito de la diferencia de dieciséis años al adoptante de menor edad, con mayor razón servirá no sólo la diferencia de dieciséis años que tiene el padre respecto a sus hijos, sino su propia condición de padre, para eximir del requisito de la diferencia de dieciséis años al cónyuge que pretende adoptar a sus hijos. Este argumento *a fortiori* parece desprenderse de la propia naturaleza de las cosas.

El último párrafo del artículo 172 dice que «fuera de la adopción por ambos cónyuges, nadie puede ser adoptado simultáneamente por más de una persona». La adopción conyugal (por ambos cónyuges) puede ser simultánea, pero también sucesiva, cuando ya estuviere efectuada por uno de los cónyuges en estado de soltería y posteriormente al matrimonio fuera realizada por el otro (6). La conjunción o unión de los adoptantes en el mismo *puesto* (estado) respecto al adoptado se verifica sucesivamente y les es aplicable el beneficio de la dispensa de la diferencia de edad, porque, como dice el citado párrafo 3.º del artículo 172, «en todo caso..., uno de los cónyuges adoptantes habrá de tener, por lo menos, dieciséis años más que el adoptado». Ambos cónyuges son adoptantes, aunque lo hayan sido sucesivamente, y no debiendo distinguirse donde la ley no distingue, se aplicará el beneficio de la edad.

Al ser la adopción por la mujer de los hijos de su marido una adopción individual, jamás podrá dispensársele del requisito de la diferencia de dieciséis años. Lo cual nos conduce al absurdo de que se exijan más requisitos al padre que al adoptante, o lo que es lo mismo, que el adoptante merezca mayor confianza legal que el propio padre.

Y de aquí se deriva que el adoptando que no puede ser adoptado por la mujer de su padre, se hace de peor condición que el adoptado que puede ser adoptado por la mujer de su adoptante. Por ejemplo, siendo institución más deseable la patria potestad que la tutela, la muerte del padre daría lugar a la constitución del órgano tutelar, mientras que la muerte del adoptante significaría que la patria potestad sería ejercida por la madre adoptiva.

(6) GAMBÓN ALIX: *Ob. cit.*

Pensemos en que normalmente esta tutela no es deseada por el tutelado ni es precisa en el plano social: la unidad familiar y la asistencia de los hijos está garantizada con la presencia de la mujer viuda que dedica su esfuerzo a los hijos de su marido, con los que convive. El órgano tutelar constituye un elemento extraño.

Desde otra óptica, la mujer que contrae nupcias con un viudo con hijos se hace de peor condición que la que lo hace con un padre adoptivo en estado de soltería.

En fin, en virtud del principio de unidad familiar, el cónyuge del adoptante es la única persona que, además de él, lo puede adoptar, a cuyo efecto se le dispensa de la edad; pero ese principio es desconocido para el cónyuge del padre, que no podrá adoptar jamás a los hijos de su marido (último párrafo del art. 172 del Código Civil).

En materia de impedimentos, no se prohíbe el matrimonio entre el cónyuge viudo del adoptante y el hijo del adoptado, mientras que está prohibido el matrimonio entre el cónyuge viudo del padre y el nieto de su marido. No queremos aprovecharnos de la falta de adecuación entre los preceptos sobre el parentesco que engendra la adopción en materia de matrimonio y lo establecido en la Ley del 70, para argumentar seguidamente que el padrastro o la madrastra ocupan una posición de preeminencia respecto a la del adoptante, siquiera de forma subliminar en la mente del legislador. No podemos decir tal cosa.

Nos basta con señalar simplemente, dando consistencia a nuestra argumentación general, que en el pensamiento del Código, la madrastra o el padrastro son vistos como casi abuelos.

El padrastro o madrastra, que normalmente comparten la casa con sus hijastros y el marido, no ostentan legalmente un *status* adecuado a la realidad de la convivencia. Son excluidos de la situación de padres hasta que se produzca el acto voluntario de la adopción, que da lugar al parentesco legal. Pero aun cuando este acto se produjera, si el marido de la adoptante no tiene capacidad para eximirlo del requisito de la diferencia de la edad de dieciséis años, no podrá jamás consolidar una situación asimilada a la filiación, por íntimas y cariñosas que sean las relaciones de hecho.

De nuevo queremos recordar el texto constitucional, pues si los poderes públicos están sujetos a él (art. 9), deberán aplicar el artículo 14, que señala que «todos los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento... o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

CONCLUSION

Al margen de las importantes manifestaciones constitucionales, hemos expuesto las diversas facetas de una cuestión singular acoplando sus partes para justificar un propósito. «Las razones esgrimidas no se parecen a los eslabones de una cadena, sino a las patas de una silla o de una mesa (7), a efectos de que sobre ellos se puedan apoyar argumentos que favorezcan la situación del cónyuge que pretende adoptar a los hijos de su consorte.»

FERNANDO MALO

Profesor de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

(7) WISDOM, citado por RECASENS (*Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica «razonable»*).