

La capacidad para adoptar y el estatuto religioso del matrimonio

LUIS DIEZ-PICAZO

1. *Introducción: Genética de las leyes y factores causales del pensamiento legislativo.*—Nuestro Código Civil, en el antiguo artículo 173, prohibía, como es sabido, la adopción “a los eclesiásticos”. Tras la reforma introducida en el texto del Código por la Ley de 4 de julio de 1970, la norma ha pasado a referirse a aquellas personas cuyo estatuto religioso les prohíba el matrimonio. Al parecer, en el Anteproyecto de Ley, elaborado por la Comisión General de Codificación, y en el Proyecto de Ley remitido a las Cortes por el Gobierno, la prohibición del antiguo artículo 173 del Código Civil había desaparecido, probablemente porque no se la consideraba suficientemente justificada. Había desaparecido y no había sido sustituida por ninguna otra. El texto del Proyecto de Ley fue objeto de diferentes enmiendas y de vivas discusiones en el seno de la Comisión de Justicia de las Cortes. Como consecuencia de aquellas enmiendas y de aquellas discusiones vio la luz el nuevo texto legal, de acuerdo con el cual, como al principio decíamos, la adopción queda prohibida a aquellas personas cuyo estatuto religioso les impida el matrimonio.

Ciertamente, el tema no es especialmente grave, ni tampoco trascendente. No justifica, seguramente, por sí sólo, un estudio de carácter teórico o doctrinal. Es muy posible que no plantee ningún tipo de problemas de orden práctico y es muy probable que la mecánica y el desenvolvimiento de la adopción como institución llamada a cumplir una determinada función social, no sufra en absoluto mengua alguna. Si el tema suscita mi interés es por otro tipo de razones. Me parece que puede ser utilizado como una especie de test o de módulo para ensayar un análisis crítico de la génesis de los textos legales, para tratar de determinar lo que cabría llamar los factores genéticos del pensamiento jurídico en el plano legislativo y, por último, para constatar la exactitud y las dificultades del reflejo del pensamiento jurídico en un plano textual con referencia a un análisis del lenguaje.

Ante todo, cabe ensayar, como decía, el análisis de la génesis de los textos legales y de los factores genéticos del pensamiento jurídico actuantes en la legislación. RIPERT ha hablado de la nece-

sidad de indagar las “causas de la ley” (1). Constituye una actitud demasiado simplista el justificar el origen y el fundamento de la ley en una abstracta “voluntad del Estado”. Existe, dice RIPERT (2), una “genética de las leyes”, que es una ciencia que hay que desarrollar. Es posible que esta “genética de las leyes” no se corresponda exactamente con la dogmática, sino que pertenezca al campo de la Sociología, pero no es por ello menos jurídica. La determinación del origen y del proceso de creación de una ley puede ser un elemento decisivo en orden a su aplicación, a su puesta en práctica y a su interpretación. Como ha dicho ANGEL LATORRE, un examen completo de las leyes no puede limitarse a su superficie, sino que ha de calar más hondo, indagando las causas y los factores reales que han concurrido en su formación, las fuerzas sociales que las han promovido, los móviles y fines que en ellas alienten (3).

Estos factores genéticos de la legislación son de muy diferente cariz. En los regímenes de tipo absoluto, el simple capricho o la conveniencia personal puede ser el factor determinante de la aparición de una ley. Otras veces, la ley nace del deseo de resolver un caso concreto o de la proyección que un caso concreto ya resuelto, que puede haber tenido una cierta resonancia, determina por vía de generalización. Muchas veces, la ley constituye un proyecto de solución de conflictos de intereses que se encuentran latentes o en tensión. La presencia de constelaciones de intereses en el proceso de producción de una ley constituye un fenómeno evidente. En el íter legislativo se concitan los intereses en pugna y tratan de dejarse oír. En estos casos, la ley suele ser el resultado de un compromiso o de una transacción entre los grupos defensores de los contrapuestos intereses. No creo que la adopción por los eclesiásticos se encuentre —al menos, frontalmente— en ninguno de los casos citados. No hay un verdadero conflicto de intereses, por lo menos, de modo directo, ni tampoco una proyección sobre el legislador de experiencias resonantes anteriores. Es precisamente esto lo que dota al estudio de una mayor vivacidad. En la preparación de la reforma han aparecido otros tipos de factores genéticos. Cabe llamarlos “estereotipos” y “estimativas” (4). Este es precisamente el tema que el análisis de la reforma nos suscita: los estereotipos y las estimativas actuando sobre los autores de un texto legal y configurando un determinado tipo de razonamiento, que gira o se mueve alrededor de ellos.

El problema en torno a la adopción por los eclesiásticos, que en términos legales se traduce en si dicha adopción va a ser prohibida o permitida, plantea una serie de temas, que se deslizan a través de una amplia gama de cuestiones, en la que los interrogantes surgen

(1) RIPERT: *Les forces créatrices du droit*, París, 1955, págs. 80 y sigs.

(2) *Op. y loc. cit.*, pág. 81.

(3) LATORRE: *Introducción al Derecho*, Barcelona, 1968, pág. 64.

(4) Sobre la utilización de estos conceptos, vid. KLINEBERG: *Psicología social*, trad. cast., México, 1963, págs. 206, 219, 453 y sigs.; KRECH-CRUTCHFIELD-BALLACHEY: *Psicología social*, Madrid, 1965.

en punto a su conveniencia, a su utilidad o a su valoración social o cultural.

2. *El planteamiento decimonónico de la cuestión y su identidad sustancial.*—La discusión estaba ya planteada en el siglo XIX. Se suscitó inicialmente entre los comentaristas del Código Civil francés y fue reproducida por los comentaristas del Código Civil italiano. BORSARI (5) nos proporciona un resumen perfectamente utilizable de la misma.

El silencio del Código Civil francés permitió la contienda doctrinal entre los comentaristas. DURANTON (6) y MARCADE (7) eran contrarios a la capacidad de los sacerdotes católicos para adoptar. Fundaban su parecer en el principio de que los sacerdotes católicos no pueden casarse y de esta premisa obtenían la conclusión de que, toda vez que no pueden tener hijos legítimos, no pueden adoptar. En todo caso, añadían, la ley hubiera debido declararlo expresamente. Otros comentaristas, entre los cuales puede citarse a DEMOLOMBE (8) y a PONT (9) suscribieron la opinión favorable a la capacidad. Esta tesis fue también la admitida por una célebre decisión de la Corte de Casación francesa de 26 de noviembre de 1844. De la prohibición del matrimonio, se decía, no es justo deducir que quede prohibida la adopción. Se razona mal cuando tal consecuencia se considera como necesaria. De la idea de que la adopción imita a la naturaleza no puede concluirse que sea una copia del matrimonio. La adopción está permitida a las personas solteras. La adopción no simula el matrimonio, sino la paternidad. Por otra parte, los sacerdotes, sin duda alguna, pueden tener hijos legítimos. Un viudo con hijos puede consagrarse sacerdote. A ello contestaban los partidarios de la tesis opuesta, diciendo que esto ocurre, naturalmente, antes del sacerdocio, pero no después. Sin embargo, la réplica —el argumento de la compatibilidad del sacerdocio con la existencia de hijos legítimos— conservaba toda su fuerza. De ahí se deducía la conclusión de que, jurídicamente hablando, nada se oponía a la capacidad para adoptar de un sacerdote católico.

(5) BORSARI: *Commentario del Codice Civile*, vol. 1.º, Nápoles-Turín, 1817, página 765.

(6) DURANTON: *Cours de Droit Civil suivant le Code français*, Mannheim, Bruxelles, 1841, tomo 2.º, 4.ª edic., pág. 93, núm. 286: "Un sacerdote católico no puede adoptar. Bajo muchos aspectos, la adopción es una imagen de la paternidad que resulta del matrimonio; atribuye al adoptado los derechos de hijo legítimo y no se puede suponer la capacidad de conferir tales derechos a quien no puede casarse sin herir el espíritu de las instituciones civiles, sin violar la ley religiosa y sin traicionar sus juramentos. Otra cosa ocurre con los ministros protestantes, pues, estándoles permitido el matrimonio, la ficción respecto de ellos no es mendaz como en cambio lo sería respecto de un sacerdote católico."

(7) MARCADÉ: *Explication theorique et pratique du Code Civil*, tomo 2.º, París, 1873, comentario al art. 346.

(8) DEMOLOMBE: *Cours de Code Napoleon*, tomo VI, "Traité de l'adoption et de la tutelle officieuse", París, 1875, núm. 54, págs. 57 y sigs.

(9) La cita es de BORSARI: *Op. y loc. cit.*, pág. 766.

La adopción, dice MARCADE (10), tiene por objeto atribuir, a los ojos de la ley civil, a los adoptados la cualidad de hijos legítimos. Por consiguiente, tanto a los ojos de la ley civil como a los de la ley religiosa, el sacerdote no puede tener un hijo legítimo, toda vez que no puede casarse. Puede tener hijos legítimos nacidos antes de su ordenación, pero la generación de un hijo legítimo después de la ordenación es imposible para él. La adopción es precisamente la generación civil o jurídica de un hijo legítimo. Si el legislador hubiera entendido que el sacerdote puede adoptar, no hubiera dejado de establecer para él una excepción a la necesidad de esperar a la edad de cincuenta años. Esta condición tiene por finalidad impedir que la adopción no aparte a los ciudadanos del matrimonio a través de la posibilidad de tener hijos legítimos sin casarse. Para el sacerdote esta razón no existiría, ya que el matrimonio no es jamás posible para él; si se hubiera querido permitirle adoptar, se le hubiera permitido en cualquier edad.

Nuestra opinión, dice MARCADE (11), ha encontrado una oposición casi general entre los jurisconsultos. Una sentencia de 26 de noviembre de 1844, juzgando la cuestión por primera vez, ha declarado que la adopción por un sacerdote está permitida. Los señores Blonjean, Valette, Demante, Pardessus, Vatimensnil, Dalloz y Loiseau se han adherido a un dictamen emitido en el mismo sentido por nuestro sabio colega el señor Vongeaum. PONT, en su crítica de la jurisprudencia civil, y DEMOLOMBE han sostenido —dice MARCADE— el mismo parecer. Se ha invocado la doctrina de antiguos canonistas que enseñan que la adopción por un sacerdote no es contraria a las leyes eclesiásticas, y una carta del Arzobispo de París declara que ninguna decisión del Derecho Canónico puede hacer anular una adopción semejante. Se cita también el hecho relatado por Prost de Royer, de que el Papa Juan VIII adoptó en el año 878 a un tal Bosón, poderoso por su belleza y sus intrigas, quien convertido en hijo del que otorgaba las coronas, se hizo nombrar rey de Arles.

A pesar de todo ello, MARCADE sostiene su anterior opinión. Se debe respetar, decía, tanto el espíritu de una regla como su letra. Si una legislación consagra la organización sacerdotal del catolicismo, consagra también todas sus consecuencias. Tanto a los ojos de la ley civil como a los de la ley eclesiástica el sacerdote, que no debe buscar otra esposa que la Iglesia, no debe tener otros hijos que los pobres. Si el sacerdote se encuentra en la imposibilidad legal de procurarse hijos legítimos por medio del matrimonio, se encuentra también en la imposibilidad legal de procurárselos por medio de la adopción.

Las legislaciones posteriores a la francesa trataron de resolver la dificultad que el silencio del Code había planteado a los comentaristas de éste. Algunas de ellas, comprendiendo que la prohibición del matrimonio no determinaba estrictamente una prohibición de la adopción, la establecieron formalmente. Así, el Código sardo, en

(10) MARCADÉ: *Op. y loc. cit.*, pág. 100.

(11) *Op. y loc. cit.*

su artículo 188, permitió la adopción a las personas “no ligadas por votos solemnes de profesión religiosa ni por órdenes sagradas” (12). GARCÍA-GOYENA, al redactar el Proyecto de 1851, tuvo a la vista, porque lo cita de una manera expresa, este precedente del Código sardo (13).

BORSARI (14), a quien antes me he referido, y DEMOLOMBE (15), constatan la incertidumbre en la que las propias autoridades eclesiásticas se encontraron a mediados del siglo XIX, especialmente en relación con el pleito que antes ha sido citado. El Arzobispo de París, que era Monseñor AFFRE, al ser interrogado sobre el particular se pronunció en el sentido de que el acto de adopción por parte de un sacerdote difícilmente podía anularse, al no ser literalmente condenado por los cánones y ser dudoso que fuera contrario al espíritu de la Iglesia.

BORSARI señala la importancia que puede tener sobre el tema el hecho de que un Código Civil esté incorporado sobre un sistema laico, que admite el matrimonio civil, o que quede teñido de color religioso. De hecho, en el título de la adopción no hay razón alguna para que un Código limite al sacerdote un derecho que como ciudadano le corresponde. Esta fue la línea seguida por el Código Civil italiano de 1865, puesto en vigor, no debe olvidarse, por la Monarquía de la Casa de Saboya. BORSARI (16) señala, sin embargo, que, a su juicio, los principios reguladores del Derecho Matrimonial guardan una relación muy directa con los de la adopción y ejercen en ella una influencia mayor de la que pudiera a primera vista creerse. La adopción no será, efectivamente, una imitación de la naturaleza. La adopción no es una forma suplementaria del matrimonio, en cuanto permite tener hijos legítimos aun sin matrimonio. Pero si cupiera imaginar a un ciudadano privado de la facultad de contraer matrimonio, es enteramente lógico que a dicho ciudadano se le debería privar también de la facultad de crearse unos hijos mediante el instrumento de la adopción. No es dudoso, por ello, que si las órdenes sagradas fuesen un obstáculo para el matrimonio, lo serían también para la adopción. Lo que ocurre es que la ley civil no tiene por qué salir fuera de su propia esfera, ni gravar al ciudadano con unos vínculos que no aparezcan determinados por el propio sistema legislativo. No tiene por qué hacer de la religión un monopolio, ni

(12) DEMOLOMBE recuerda que, además del art. 188 del Código sardo, el Código bávaro exigía que el adoptante se pudiera casar, el austríaco (arts. 179, 182) no permitía la adopción a los que habían hecho voto solemne de celibato y el prusiano (arts. 668-671) la permitía a los que no estaban obligados por el celibato.

(13) GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios*, Madrid, 1852, volumen 1.º, pág. 149. Estaba en el art. 134 Proy. El comentarista dice sólo que el art. 345 francés calla, pero que el 188 sardo “los nombra porque la adopción es ficción e imagen del matrimonio, que está prohibido a los eclesiásticos”.

(14) BORSARI: *Op. y loc. cit.*, pág. 765.

(15) DEMOLOMBE: *Op. y loc. cit.*, págs. 57 y 58.

(16) BORSARI, en el lugar citado

ocuparse de ninguna forma religiosa, para conocer y juzgar la importancia de los votos que en virtud de la religión se pronuncian o de los deberes que en ella se asuman. Si alguno infringe deberes de este género, es decir, deberes que la ley civil no ha prescrito, ni puede prescribir, tales hechos escapan verdaderamente a su competencia porque no puede sancionar de ningún modo hechos sobre los cuales no puede formular ningún juicio.

3. *La situación del tema en la doctrina española.*—La doctrina de nuestro país no ha mostrado nunca gran preocupación por el tema, limitándose a manejar superficialmente los tópicos antes expuestos.

MANRESA (17) disienta de aquellos que encomian la legislación francesa, que no reconoce esta prohibición. La creemos acertada, decía, por elevadas consideraciones de moral. Importa que a los ligados con los estrechos deberes del celibato no se les proporcionen facilidades que aminoren las consecuencias de sus faltas y es preciso evitar que cualquier hecho sirva de base o juicios temerarios que cedan en menoscabo de su honra.

La expresión “eclesiásticos” resultaba, a juicio de MANRESA (18), demasiado amplia o demasiado estricta, entendiendo que reúne mayor precisión canónica el artículo 83 (“los ordenados..., etc.).

Por último, se plantea MANRESA el problema del clérigo apóstata, al que debe, a su juicio, alcanzarse la prohibición. No se consiente que adopte el eclesiástico por respeto al celibato que la religión impone y el respeto a los preceptos religiosos no ha de ser menor porque cualquiera los quebrante. Dado el carácter del sacramento del Orden, impone deberes que ante la Iglesia no se extinguen por la apostasía. Además, puede darse el caso de reingresar el apóstata en el clero regular o secular y entonces tendría hijos adoptivos contra lo que dispone el Código.

VALVERDE (19) se limita a decir que la palabra “eclesiásticos” ha de entenderse referida a los ordenados *in sacris*, porque éstos son los únicos que no pueden celebrar matrimonio y mal puede la ley fingir que tenga hijos quien no puede tenerlos legalmente.

DE DIEGO (20) señalaba que el artículo afecta no sólo a los ordenados *in sacris*, sino también a todos aquellos religiosos que hayan hecho voto de castidad. El legislador, añade, ha tenido en cuenta que, mediante la adopción, pudieran ampararse legalmente relaciones familiares no permitidas a los religiosos, siendo, por otra parte, los votos incompatibles con el ejercicio de derechos y cumplimiento de deberes que corresponden al padre adoptante. CASTÁN (21) se limita a decir que la prohibición tiene un fundamento en el deseo de evitar juicios temerarios, recordando que algunas legislaciones

(17) MANRESA: *Comentarios al Código Civil*, Madrid, 1921, pág. 79.

(18) MANRESA: *Ibidem*.

(19) VALVERDE: *Tratado de Derecho Civil español*, tomo IV, 2.ª edic.

(20) DE DIEGO: *Instituciones de Derecho Civil*, vol. II, Madrid, 1959.

(21) CASTÁN: *Derecho Civil*, Madrid, 1966, V, vol. 2.º, pág. 277.

recientes, como la argentina y la filipina la han suprimido. La exposición literal del artículo alcanza al clero regular y al secular, siendo a su juicio más precisa la fórmula del artículo 83. Recuerda CASTAN que, según MANRESA, la prohibición comprende también al clérigo apóstata.

Para ESPÍN (22), la prohibición es congruente con la de contraer matrimonio del artículo 83, 4.º, debiendo entenderse que la expresión “eclesiásticos” comprende a los ordenados *in sacris* y a los profesos en una orden religiosa canónicamente aprobada, ligados con voto solemne de castidad. Siendo la adopción un medio de suplir la falta de descendencia, no es lógico que se permita a quienes no pueden contraer matrimonio, ni tampoco podrían atender las obligaciones que de la adopción resulten.

Un parecer contrario sostuvo OSSORIO GALLARDO (23). Siendo como es tan discutido el celibato del clero, debiendo admitirse que un sacerdote profese a otra persona amor casi paternal y permitiéndose el sacerdocio a los viudos con hijos, no se encuentra motivo alguno para privar a los eclesiásticos de la facultad de adoptar, que puede ser para ellos un consuelo y quizás el remedio más limpio para combatir la tristeza de su obligada soledad.

Una exposición muy completa del estado en que en 1970 se encontraba la cuestión la realiza GAMBON ALIX (24). Nos hallamos —dice— ante una prohibición: la de que adopten los clérigos, que tiene un indudable matiz nacional. No se encuentra en las legislaciones extranjeras, ni aun siquiera en las de aquellos países en que se profesa la religión católica u otra en que impere el principio del celibato eclesiástico.

En nuestro Derecho histórico —añade GAMBON— el problema fue abordado por la glosa, concretamente en la de la Partida IV, tit. 16, ley 2.ª, que habla de las condiciones que debe reunir el adoptante, mencionando entre ellas la de que “haya poder naturalmente de engendrar, aunando sus miembros para ello”. Gregorio LÓPEZ cita la opinión de ALBERICO para decir que lo mismo sería si el impedimento o imposibilidad de engendrar fuese de los puramente legales, por manera que tampoco pueden adoptar los sacerdotes u ordenados *in sacris* al estarles prohibido contraer matrimonio (25).

Lo cierto es que así fue entendido por la doctrina y que, en el Derecho anterior al Código Civil, LA SERNA y MONTALBÁN ponían de manifiesto cómo una de las prohibiciones existentes era la de los que recibieron órdenes sagradas y la de quienes hubiesen hecho voto solemne de castidad. De la misma idea se hizo eco el Proyecto

(22) ESPÍN: *Manual de Derecho Civil*, Madrid, 1963, vol. IV, pág. 338.

(23) OSSORIO GALLARDO: *Anteproyecto del Código Civil boliviano*, Buenos Aires, 1949, pág. 170.

(24) GAMBON ALIX: *La adopción*, Barcelona, 1960, pág. 98, de quien transcribo literalmente los párrafos que siguen.

(25) GAMBON ALIX: *Op. y loc. cit.*, pág. 98. Sin embargo, en opinión de GUTIÉRREZ: *Códigos*, tomo I, pág. 592, Madrid, 1862, ningún inconveniente existía para la adopción por eclesiásticos en las Leyes de Partidas.

de 1851, que en su artículo 134 prohibía la adopción a “los eclesiásticos”.

La razón de esta medida, que en los mismos términos que en dicho Proyecto ha pasado al párrafo primero del anterior artículo 174 y del actual 173, es clara. Aunque por un lado pudiera parecer natural que en el lazo de adopción encontraran la satisfacción de la paternidad aquellos que por sus votos la tienen impedida, se ha querido evitar que mediante este instituto puedan ampararse relaciones familiares no permitidas, quebrantando en la apariencia el rigor del principio del celibato eclesiástico o facilitando a las personas investidas de este carácter un medio de lograr una situación civil para la prole sacrílega habida con infracción de la ley canónica.

El problema que plantea la dicción legal se refiere a la extensión del vocablo “eclesiásticos”. Con arreglo al canon 108 son clérigos los que al menos por la prima tonsura han sido consagrados a los oficios divinos. Se duda si a semejanza de lo que dispone el artículo 83, 4.º, respecto al impedimento matrimonial, no podrán adoptar —como eclesiásticos— los ordenados *in sacris* y los profesos en una orden religiosa canónicamente aprobada ligados con votos solemnes de castidad. De aceptarse la interpretación literal, también cabrá optar entre dos criterios, amplio y estricto, según que se comprendan sólo las órdenes mayores o las menores además. Dada la finalidad de la prohibición, somos partidarios —dice GAMBON— de aplicar como norma de interpretación la citada regla dictada para el matrimonio. En esta regla se permite, aunque de hecho no se conceda, la dispensa canónica del impedimento, pero como en materia de adopción no existe tal salvedad, la prohibición es absoluta.

En caso de clérigo apóstata se discute su aplicación, aunque en verdad no existe motivo, pues dado el carácter sacramental de las órdenes recibidas, que, por tanto, confieren estado, los deberes canónicos no se extinguen (26).

4. *La discusión de la Comisión de Justicia de las Cortes: tendencias dibujadas en ella.*—Con estos antecedentes creo que podemos pasar a lo que era nuestro propósito inicial. Es decir: examinar la génesis de la reforma y los factores que han influido en el pensamiento legislativo. En la discusión mantenida en el seno de la Comisión de Justicia de las Cortes, tal como aparece recogida en el Boletín Oficial de las mismas (27), parecen dibujarse tres tendencias:

a) Una, favorable a la postura mantenida en el Anteproyecto elaborado por la Comisión General de Códigos y en el Proyecto del Gobierno, que suprimían toda alusión al problema y que por consiguiente no establecían ningún impedimento y ninguna incapacidad.

b) Otra, que trataba de volver al antiguo texto del Código, si

(26) GAMBON ALIX: *Op. y loc. cit.*, pág. 99

(27) Apéndice, *Diario de Sesiones de Comisiones*, Comisión de Justicia, número 61. Extracto de la sesión celebrada el día 9 de junio de 1970, págs. 13 y sigs.

bien puntualizando la un tanto indeterminada expresión de “eclesiásticos”, que en el mismo se contenía, aclarando que la incapacidad o la prohibición comprende a los ordenados *in sacris* y a los religiosos profesos con votos solemnes.

c) Por fin, una tercera posición intermedia entre las dos anteriores era partidaria de incluir en la prohibición o incapacitación a los religiosos profesos, pero no en cambio a los ordenados *in sacris*.

5. *La discusión de la Comisión de Justicia de las Cortes: los argumentos esgrimidos.*—Los argumentos esgrimidos en la discusión mantenida en las Cortes sobre el Proyecto de Ley de reforma del Código, aunque muy difíciles de sistematizar, pueden exponerse del siguiente modo:

1.º En primer lugar, se insiste en una directa relación entre la capacidad para el matrimonio y la capacidad para la adopción. “No habiendo desaparecido en nuestro Código Civil la incapacidad de los eclesiásticos para contraer matrimonio —se dice— debe subsistir la antigua prohibición de adoptar por tales personas” (28). La referencia se hace en ocasiones no al matrimonio, sino a la familia: “Si mediante la adopción pretendemos el acogimiento familiar en el seno de una familia, es evidente, en principio, que el ordenado “*in sacris*” carece de familia en que acoger al adoptado” (29).

Este tipo de argumento encontró, sin embargo, sus contradictorios. No puede establecerse un paralelismo entre la posibilidad de casarse y la adopción (30). ¿Es que no puede adoptar un impotente? Toda consecuencia o conclusión que signifique asociar el fenómeno de la adopción con el fenómeno del matrimonio hay que superarla (31).

Dentro del mismo orden de ideas, es decir, en torno a la posible relación existente entre adopción y matrimonio, no dejan de influir en algunos de los giros que adopta el razonamiento, la incidencia del sistema de libertad religiosa y de la reciente evolución del catolicismo. Esta incidencia aparece en dos líneas. Por una parte, se subraya la insuficiencia de la mención escueta del “eclesiástico” o del “sacerdote” y la necesidad de aludir de manera directa a la religión católica, dado que a los sacerdotes de otras confesiones no les está impedido el matrimonio y por ello tampoco la adopción. En segundo lugar, influye también la hoy extendida experiencia de la posibilidad del matrimonio del ordenado *in sacris* a través del expediente canónico de reducción al estado laico, que con alguna frecuencia se produce en nuestros días. Si la prohibición fuese absoluta, ocurriría que “aquellos a quienes se les había autorizado a contraer matrimonio, por imperativos de esta redacción no podrían adoptar, siendo así entonces que el que puede lo más puede lo menos”. Como consecuencia de esta premisa, se propuso la fórmula de que los sacerdotes y religiosos no puedan adoptar, “a no ser que

(28) Sr. ARRUE ZARAUZ: *Loc. cit.*, pág. 19.

(29) Sr. RIVAS GUADILLA: *Loc. cit.*, págs. 19 y sigs.

(30) Sr. BATLLE VÁZQUEZ: *Loc. cit.*, págs. 16 y sigs.

(31) Sr. CABANILLAS GALLAS: *Loc. cit.*, págs. 25 y 26.

hayan obtenido la correspondiente dispensa canónica para contraer matrimonio" (32).

2.º Un segundo tipo de argumentos juega alrededor de la figura de la tutela de los "religiosos profesos" que se encuentra aludida en el artículo 237 del C. C. De no prohibirse la adopción por sacerdotes y religiosos, tendría que modificarse el artículo 237 del C. C. (33). Se argumenta también sobre la necesidad de guardar simetría entre el instituto de la tutela y el de la adopción, siguiendo, se dice, una recomendación del gran jurista CARNELUTTI, que uno de sus tratados indicaba esta necesidad de guardar la simetría entre las instituciones. Se debe proceder en materia de adopción con el mismo criterio con que ha procedido el Código Civil en materia de tutela; de otro modo se rompería la simetría y tendríamos dentro de la propia legislación civil una contradicción (34).

El argumento fue empleado sobre todo para sostener la incapacidad para adoptar de los religiosos profesos y, en cambio, la capacidad de los ordenados *in sacris*. En el mismo orden de ideas y con referencia a los sacerdotes se hace la siguiente pregunta: "Si hay posibilidad de ser tutor, que, en definitiva, es ejercer la patria potestad en lugar del padre o de la madre desaparecidos o incapacitados, ¿por qué vamos a impedir al sacerdote que pueda también ejercer, sobre una determinada persona, esta patria potestad por medio de la figura de la adopción? (35).

La tesis tuvo sus contradictores. El señor BATLLE VÁZQUEZ (36) no encontró correcto argumentar que porque el artículo 237 no permite a los religiosos profesos el desempeño de la tutela, debe quedarles prohibida la adopción, y el señor HERTOGS ECHEMENDÍA (37) señaló que, así como la tutela constituye una carga y una obligación, de manera que lo que se les concede a los religiosos profesos es una dispensa, en cambio la adopción es un derecho y, en definitiva, algo completamente distinto.

3.º El tercer tipo de argumentos penetra de lleno en el campo de la libertad individual y de las razones para establecer una restricción a la misma. El Derecho Civil, se dice, es un "derecho de libertad" y no debe poner prohibiciones más que allí donde exista una razón fundada (38).

(32) Sr. VILLEGAS GIRÓN: *Loc. cit.*, pág. 18.

(33) Sr. REUS CID: *Loc. cit.*, pág. 19.

(34) Sr. BALLARÍN MARCIAL: *Loc. cit.*, pág. 21. No he tenido ocasión de comprobar la cita de CARNELUTTI. En cualquier caso, la metáfora geométrica es peligrosa tomada al pie de la letra. El ordenamiento no requiere "simetría", sino interna coherencia. Desde este punto de vista es claro que el sistema de las incapacidades para adoptar y el de las incapacidades para ser tutor guardan una lejana relación. Aplicando el criterio de la "simetría" debería impedirse la adopción, v. gr.: a los penados por delitos de robo, hurto, estafa o falsedad y a los quebrados o concursados no rehabilitados (cfr. art. 237, 2.º y 6.º del C. C.).

(35) Sr. CORONEL DE PALMA: *Loc. cit.*, pág. 20.

(36) Sr. BATLLE: *Loc. cit.*, pág. 17.

(37) Sr. HERTOGS ECHEMENDÍA: *Loc. cit.*, págs. 22 y 23.

(38) Sr. BATLLE: *Loc. cit.*, pág. 17.

En un sentido muy parecido se produjo el señor HERTOGS (39), quien preguntaba: “¿Es que el hecho de ser ministro de la religión católica va a representar un concepto discriminatorio para privarle a él de lo que no se prohíbe a los demás ministros de las otras asociaciones religiosas?”

4.º Muy estrechamente ligada con el tema, se encuentra la cuestión de las relaciones entre la legislación civil y la legislación eclesiástica. El señor BATLLE (40) preguntaba: ¿Si los sacerdotes pueden adoptar por la ley eclesiástica, por qué ha de prohibirlo la ley civil? La expresión “ser más papista que el Papa” aflora en diferentes ocasiones. En el mismo terreno, pero en un sentido diferente, surge la actitud de respeto hacia la legislación eclesiástica. Desde el punto de vista legislativo —se dice— el Código de Derecho Canónico es en España Ley del Reino, y habremos de atenernos, en cuanto se refiere a los ordenados *in sacris* y a los religiosos profesos, a lo que el Código de Derecho Canónico establezca, sin necesidad de establecer en el Código Civil un texto diferente (41). Si el Código de Derecho Eclesiástico, si la Iglesia en definitiva —se añade— cree, desde su punto de vista interno, que el sacerdote no debe adoptar, establecerá la prohibición en el Código de Derecho Canónico o en las disposiciones que crea oportunas; pero nosotros no somos quien para establecerlas, para ser más duros en la excepción formal que el propio espíritu paternal de la Iglesia.

5.º Al lado de los anteriores, fueron esgrimidos argumentos derivados del derecho histórico y del derecho comparado, junto con puras consideraciones de orden empírico o práctico, relacionadas con la mayor o menor facilidad o posibilidad material de cumplir con las finalidades propias de la adopción en relación con el tipo de vida exigido por el estado religioso.

Las afirmaciones que anteriormente hemos procurado extraer y resumir pueden, *grosso modo*, encuadrarse dentro de la categoría de las argumentaciones y de los razonamientos. Prescindiendo de su posible lógica interna y de las leyes de inferencia a que están sometidas existen en ellas razones y argumentos. En la discusión parlamentaria han abundado también los estereotipos del más diferente cariz. Ya no se trata de razones, sino de estampas imaginativas, que son como destellos tópicos, que suponen más que otra cosa una llamada a la sensibilidad. Entresacaremos algunas:

1.º La adopción por eclesiásticos fomentará el juicio temerario y el *delito* de escándalo. “Esta quizá no es razón convincente, pero sí muy española.”

2.º Esta modificación que algunos procuradores proponen de la facultad de adoptar los religiosos y los ordenados *in sacris* “no será

(39) Sr. HERTOGS: *Loc. cit.*, pág. 23.

(40) Sr. BATLLE: *Loc. cit.*, pág. 17.

(41) Sr. CORONEL DE PALMA: *Loc. cit.*, pág. 20. La apreciación de que el Derecho Canónico está recibido como ley del Estado parece superficial y equivocada. Solamente el art. 75 del C. C. contiene una remisión para la regulación del matrimonio canónico, en lo que se refiere a su constitución y validez.

bien recibida en nuestra sociedad actual, especialmente en los medios rurales" (42).

3.º Es cierto que en alguna novela de principios de siglo se puso de manifiesto la vida irregular que llevaban algunos sacerdotes, pero bien sabemos que siempre en todos los órdenes hay alguno que no cumple (43).

4.º Dada nuestra mentalidad, tal como vive la sociedad española, hemos de reconocer que el tener un padre sacerdote hiere nuestra sensibilidad (44). Se insiste: dada la sensibilidad de la sociedad española en la cual vivimos, para la cual legislamos, no parece que toleraría o vería con simpatía el que un sacerdote adopte. Naturalmente, estamos legislando para una sociedad española y para una sensibilidad que es la nuestra y todo esto con independencia de lo que nos diga la autoridad eclesiástica.

5.º La estampa se hace aún más vivida y literaria en la intervención del señor FANJUL: "Si un sacerdote en un pueblo español adopta un niño, ¿os dais cuenta del impacto sociológico que representaría ver pasear por las calles al muchacho de la mano del sacerdote y llamándole padre?; ¿os dais cuenta del impacto que representa?, pues este niño crecerá y vendrá después el noviazgo con la hija del alcalde, con la sobrina del farmacéutico..., ¿pensáis en el problema que esto representa con los nietos en la casa el día de mañana?" (45).

6. *Los problemas centrales de la limitación de la adopción: adopción y matrimonio; adopción y función sacerdotal.*—Después de haber llevado a cabo esta entresaca que proporciona la lectura del *Boletín Oficial de las Cortes Españolas*, parece llegada la hora de someter este inestimable material a algún análisis crítico. Los problemas centrales parecen haber sido fundamentalmente dos: las relaciones entre adopción y matrimonio y las relaciones entre adopción y función o ministerio sacerdotal.

a) *Adopción y matrimonio.*—La relación entre adopción y matrimonio parece haber constituido un *leit motiv* en las intervenciones de todos los partidarios de conseguir la prohibición. Es, además, un tema muy antiguo, que hemos visto detenidamente analizado en los comentarios decimonónicos. Hablando rigurosamente, el tema puede ser planteado así: ¿Es necesaria la preexistencia de un matrimonio para llevar a cabo una adopción? La respuesta evidentemente es negativa. No lo es en nuestro derecho positivo, que permite adoptar a las personas solteras y a las personas viudas. No parece que lo sea tampoco desde el punto de vista general. El cumplimiento de los fines de la adopción no exige en absoluto el ma-

(42) Sr. RIVAS GUADILLA: *Loc. cit.*, págs. 19 y 20.

(43) Sr. ARTEAGA PADRÓN: *Loc. cit.*, págs. 21 y 22.

(44) Sr. PIÑAR LÓPEZ. No llega a saberse bien si la sensibilidad herida es la del procurador alegante o éste la atribuye a toda la nación española. Esto último no pasa de ser un recurso retórico, sin ninguna constatación.

(45) Sr. FANJUL SEDEÑO: *Loc. cit.*, pág. 27.

trimonio. El centro de gravedad de la cuestión puede trasladarse. Si bien el matrimonio no es necesario para llevar a cabo una adopción abstractamente considerada, cabe pensar que sí lo es para verificar una adopción en la que los hijos adoptados van a recibir la consideración de hijos legítimos. Esta es, de algún modo, la idea expuesta por el señor PIÑAR, cuando insistía en que la filiación adoptiva ha ido experimentando una evolución por virtud de la cual hoy ya no es una expresión más de filiación. La tendencia a la equiparación entre el hijo legítimo y el adoptivo se ha cerrado y hoy la adopción es un expediente legitimador. Aunque la observación es aguda, no parece suficiente. Hay que volver a repetir que la adopción se permite a los solteros y a los viudos y que también respecto de estas personas se produce la equiparación de los hijos adoptivos con los hijos legítimos. Por otra parte, la idea de la legitimidad de los hijos, aparte de ser un concepto en gran medida cultural, es sobre todo el esquema de un régimen jurídico. La legitimidad, por ello —prescindiendo de la tendencia moderna hacia la equiparación en el trato jurídico de las diferentes especies de hijos—, no exige rigurosamente el matrimonio. Son legítimos los póstumos y son legítimos los hijos de un matrimonio declarado nulo.

Tal vez en un tercer plano cabría plantear todavía el problema de las relaciones entre adopción y matrimonio. Ya que no se exige que haya matrimonio para que pueda haber adopción, ¿es por lo menos exigible la capacidad para contraer el matrimonio? La pregunta sería en rigor la misma que esta otra: ¿el *ius connubii* es un presupuesto necesario para el cumplimiento de la finalidad social de la adopción? No se ve claramente por qué hay que dar a este interrogante una respuesta afirmativa. Exigir el *ius connubii* en la adopción sería simplemente dejar abierta la puerta a la posibilidad de un futuro matrimonio del adoptante, pero un futuro matrimonio del adoptante no se ve que sea necesario para la consecución de los fines que la adopción persigue. La pregunta que el señor BATLLE dejó abierta me parece incisiva. Los impotentes pueden adoptar. La conclusión de todo ello es que el planteamiento del tema de la adopción en su relación con el matrimonio está mal enfocado. Por este camino no es posible justificar una prohibición.

Aún cabría hacer otra consideración. Si la *imago naturae* se piensa como un *desideratum* en la adopción plena, no se ve ninguna razón para no permitir a los eclesiásticos, cuando menos, la adopción simple o menos plena.

La cuestión no cambia de signo por el hecho de que el problema de la adopción no se contemple estrictamente en su relación con el matrimonio, sino más ampliamente en su relación con la familia. Este era, como se recordará, el argumento del señor RIVAS GUADILLA. Si por familia entendemos lo que hoy llamamos la “familia nuclear” o familia estrictamente conyugal, el argumento presenta alguna dosis de verosimilitud. En cambio, la cuestión cambia de signo si la idea de familia se toma en un sentido más amplio, como cualquier tipo de relación jurídica llamada a desplegar unas deter-

minadas funciones y a producir unos determinados efectos. Y mientras el primero es un concepto sociológico, el segundo es el concepto jurídico.

b) *La adopción y función sacerdotal.*—Constituye el centro de gravedad de la cuestión. ¿Cómo se relacionan la institución de la adopción y las funciones sacerdotales? ¿Existe o no existe compatibilidad entre ambas? Al establecer la prohibición, ¿cuál es el objetivo que se trata de alcanzar? ¿Qué se intenta defender? ¿Hay una defensa de la adopción como institución, o hay una defensa de la función sacerdotal? Rigurosamente, una ley civil, que establece el régimen jurídico de la adopción, es solamente competente para decidir aquello que resulte preferible para alcanzar las finalidades perseguidas por medio de la institución regulada. Por eso, la pregunta central debería ser ésta: ¿impide el carácter sacerdotal del adoptante el cumplimiento de los fines de la adopción? La pregunta, de acuerdo con los propios términos en que la discusión ha sido sostenida, recibe una respuesta negativa. Nada empece para que sea adoptante un sacerdote que pertenezca a una iglesia que no sea la católica, ni un sacerdote católico a quien se haya permitido el matrimonio. La profesión sacerdotal no es, en sí misma, obstáculo para adoptar o para cumplir los deberes que la adopción entraña. En algún caso concreto tal vez pudiera serlo, pero el problema no es entonces un problema de incapacidad legal, sino de aprobación judicial, que valorará esta como otras circunstancias (V. gr.: el adoptante es ateo, comunista, marino mercante u homosexual).

¿Queda, al contrario, disminuida la función sacerdotal por el hecho de la adopción? Frente a este interrogante, la primera contestación debiera ser la de que ésta es una cuestión que quienes deben decidirla son únicamente las iglesias y sus leyes. Si lo que se trata de defender es la función sacerdotal, la ley civil no es competente para asumir esta tarea. En la ley canónica de la Iglesia Católica no existe ninguna prohibición. Nadá se opone, además, a que un sacerdote católico prohija a un menor o lo acoja en su casa. Lo único que no podrá, de acuerdo con la prohibición, es crear un vínculo jurídico, lo que desde el punto de vista de los fundamentos en que se apoya es bien poca cosa.

7. *El fundamento de la prohibición: los estereotipos.*—La limitación de la capacidad para adoptar, que estamos analizando, carece de un fundamento consistente desde un punto de vista jurídico. Creo por ello que su raíz hay que encontrarla en una serie de estereotipos, que son como estampas imaginativas, poco racionales, que actúan como motores del pensamiento y de la acción. La estampa es la de un pequeño pueblo español, mal hablado y mal pensante, donde todo el mundo verá pasear al muchacho adoptado de la mano del cura, murmurando insidias acerca de su origen. Esta situación dificultará el noviazgo del muchacho con la hija del farmacéutico. Es una estampa fílmica y *demodée*, a la que cabría contraponer el recuerdo también fílmico de “Marcelino Pan y Vino”. El ser “el

hijo del cura" provocará en el adoptado —se dice— profundas frustraciones y profundos complejos, frente a los cuales hay que defenderle (46), aunque no se nos diga cómo habrá que defenderle de los complejos y frustraciones de la continuada vida del asilo o de la inclusa. Convengamos en que un estereotipo es un fundamento escasamente sólido para una norma legal.

Tal vez si continuáramos hurgando en el tema, más al fondo podríamos encontrar las raíces de la postura que ha triunfado. Creo que podrían describirse así. Por una parte, el factor determinante de este confuso bagaje de ideas que han conducido al actual artículo 173 parece estar en lo que podría llamarse el carácter sacralizado de la figura del eclesiástico. El clérigo es "ser-aparte", una persona sagrada, sacralizada, y esta imagen se borraría mundanizándolo. La adopción es una vía de mundanización. La pervivencia del carácter sacralizado del clérigo no se defiende por razones de orden teológico, ni por razones de orden pastoral (47). Es más bien una figura importante en una estructura social que se desea conservar. Por eso, con toda claridad se dice que "hiere nuestra sensibilidad", y no nuestras creencias, nuestros dogmas religiosos o las necesidades pastorales. En otro sentido, hay también una defensa de un sistema de relaciones Iglesia-Estado que conviene mantener. Es un sistema en el que el Estado —católico, social y representativo— hace suya, por lo menos retóricamente, la ley de la Iglesia. El Código de Derecho Canónico es en España —se dice— ley del Reino. Una legislación civil que hiciera caso omiso del carácter eclesial de las personas sería —parece pensarse— peligrosamente laica y proclive a un sistema de separación entre la Iglesia y el Estado (48).

8. *El resultado de la reforma legislativa: la fórmula lingüística.*— Las razones subyacentes a la discusión hubieran debido conducir a una pura y simple conservación del sistema de 1889. La conservación pura y simple era sin embargo imposible. Varios hechos se concitaban para producir la imposibilidad. En primer lugar, la reciente implantación del sistema de libertad religiosa, que obliga a no olvidar a los eclesiásticos pertenecientes a iglesias distintas de la católica. En segundo lugar, el frecuente y extendido fenómeno

(46) Sr. FANJUL SEDEÑO: *Loc. cit.*, pág. 27.

(47) Entre las conclusiones de la Asamblea conjunta de Obispos y Sacerdotes, celebrada en Madrid en el mes de septiembre de 1971, se puede leer el siguiente párrafo, según la referencia del diario *Ya* de 18 de septiembre de 1971, pág. 19: "La condición de 'segregado' del sacerdote se ha realizado sociológicamente. 'Distinciones' externas y privilegios lo constituían en un hombre socialmente diverso de los demás. Debido a los cambios sociológicos fundamentales que lleva consigo la sociedad moderna, advertimos hay una tendencia clara y firme hacia la superación del clero como 'estamento' social."

(48) La incidencia, en el planteamiento del problema, del paso de un régimen concordatorio a un régimen de separación entre la Iglesia y el Estado, fue puesta de relieve por DALLOZ, para quien zanjaba toda la discusión que a mediados del siglo XIX había existido en Francia. DALLOZ: *Repertoire de Droit Civil, publié sous la direction de Emmanuel Vergé et Georges Ripert*, tomo I, París, 1951, Jur. Gen., Adopt., núm. 99.

de los matrimonios de sacerdotes católicos, con o sin autorización de la Iglesia. La fórmula lingüística que plasma en el Código trata de ser una fórmula ecléctica que recoja matizándolas todas estas realidades. ¿En qué medida el lenguaje ha sido fiel reflejo del pensamiento legislativo?

En la fórmula lingüística se utilizan dos expresiones que no contribuyen ciertamente a hacerla todo lo clara que fuera de desear. Ante todo, se utiliza la expresión "estatuto religioso", cuyos perfiles son borrosos. El "estatuto religioso" puede designar el *status* de la persona derivado del hecho de profesar una religión o una fe o unas creencias. Puede, sin embargo, designar también el ordenamiento jurídico de una Iglesia al que estén sometidos sus fieles o sus miembros. Además, se utiliza la idea de "prohibición del matrimonio", que referida a un estatuto religioso se torna también equívoca. Puede ser un veto moral o de conciencia, si la religión que se cuestiona no dispone de un propio ordenamiento jurídico. Y puede ser rigurosamente una norma jurídica, como ocurre en el caso de la Iglesia Católica. Ahora bien, ésta no habla de prohibiciones, sino de impedimentos, distinguiéndolos en dirimentes e impedientes y en dispensables y no dispensables. ¿A qué se hace referencia en el Código cuando se alude a la prohibición del matrimonio según el estatuto religioso? ¿A todo tipo de impedimentos? ¿Sólo a los dirimentes no dispensables? El texto conduce a un absurdo. Un adoptante católico, que sea impotente con impotencia *coeundi*, no podrá adoptar porque se lo impide su estatuto religioso. En cambio podrá siempre adoptar el clérigo que con dispensa puede contraer matrimonio. Me parece que como resultado de un debate escasamente brillante se ha producido un impasse.

La norma admite así dos interpretaciones. Una histórica, acorde con la discusión parlamentaria: se refiere sólo a los sacerdotes católicos, mientras no obtengan dispensa canónica. Otra estrictamente literal: lo contemplado es una prohibición de matrimonio dimanante de un estatuto religioso. Por consiguiente, deberá estar siempre en función del *status* de la persona, que es algo enteramente libre, y sólo deberá ser aplicada cuando del ordenamiento jurídico de una iglesia resulte para sus miembros una rigurosa prohibición.