

## **1. LA RELEVANCIA DE LA DIFERENCIA DE EDAD A EFECTOS DE DETERMINAR LA IDONEIDAD PARA ADOPTAR**

### **1. La distancia generacional en la adopción: tendencias y límites**

Es un hecho que, al plantearse la posibilidad de adoptar, la mayoría de las personas, con independencia de su edad, piensan en un niño o niña que se encuentre en sus primeros años de vida. Ello se debe al comprensible deseo de que establezca cuanto antes sus vínculos afectivos con la familia adoptiva, así como de respetar el orden natural en que ésta va aumentando, lo que implica que sea más joven que el menor de los hijos o hijas que puedan ya existir. Esta preferencia se encuentra entre los factores que, en los últimos años, han producido un notable incremento de la adopción internacional, y tiene como consecuencia que la diferencia generacional en estos casos tienda a ser mayor que la que tradicionalmente venía siendo habitual entre padres e hijos, lo que suscita dudas sobre la incidencia que ello pueda tener en el futuro sobre el correcto desarrollo del menor.

Es lógico, por tanto, que surja el debate en torno a la relevancia del factor edad a efectos de valorar si la persona que solicita adoptar a un menor de determinadas características resulta idónea para ejercer tan importante función. En virtud del art. 25.2b) de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero para la Protección Jurídica del Menor, las Diputaciones Forales tienen entre nosotros encomendada la tarea de velar, en la medida de lo posible, por que así sea. Se trata con ello de salvaguardar el interés del menor, que ha de ser atendido con prioridad a cualquier otra consideración. Ahora bien, la discusión surge cuando, con el fin de contar con criterios objetivos al respecto, la Administración tiende a establecer un límite máximo a la edad de la persona adoptante, o a la diferencia entre la edad de ésta y la de la adoptada, más allá del cual no es posible obtener dicha idoneidad.

En diversas ocasiones, el Ararteko se ha dirigido a las Diputaciones Forales para sugerir que la edad de sus miembros puede influir de maneras muy distintas sobre las relaciones que se establecen en el seno de la familia, dependiendo del resto de circunstancias psico-sociales que concurran en la misma. Por ello, entendíamos conveniente que, al realizar un pronóstico de su incidencia sobre el desarrollo del menor, el factor edad fuera valorado en el marco de un juicio individualizado de todas las características personales de los solicitantes de adopción, de manera que el hecho de no rebasar una diferencia máxima con el adoptando se considerase como un elemento favorable, pero no como un requisito imprescindible.

Con fecha 12 de mayo de 2005, las tres Diputaciones alcanzaron un acuerdo sobre los criterios de idoneidad para las adopciones, que introducía varias modificaciones

que ya en su día valoramos muy positivamente. No obstante, por lo que respecta a la diferencia generacional, la opción de las administraciones forales fue la de establecer conjuntamente un límite. Y así, las personas que quieran adoptar a un menor habrán de tener como máximo 42 años más que el adoptando (atendiendo al miembro más joven de la pareja), el cual, además, deberá ser más joven que el menor de los hijos biológicos o adoptados con anterioridad, de manera que no se altere el orden natural de hijos en la familia.

En algunas ocasiones, el mencionado requisito viene impidiendo directamente admitir a trámite la solicitud del certificado de idoneidad. En otras, aunque la solicitud se tramita, el resultado es el mismo porque el correspondiente informe psico-social, aún sin mencionar explícitamente el límite de 42 años, pronostica un riesgo para el desarrollo del menor cuando la diferencia de edad es superior. Es éste el origen de varias quejas presentadas ante el Ararteko por parte de personas que, por este motivo, y a pesar de que el resto de criterios psico-sociales concurren favorablemente cualificados, ven denegada su idoneidad para adoptar.

## **2. La incidencia de la edad de las personas adoptantes sobre el desarrollo de las adoptadas**

La Administración basa este pronóstico negativo en una serie de consecuencias que atribuye, con independencia del resto de circunstancias que puedan darse en el caso particular, a toda distancia generacional que rebase el citado límite: la merma que produce el paso de los años en las capacidades físicas y psíquicas de las personas, el riesgo de desajustes emocionales derivados de la ruptura e incomprensión generacional, así como el riesgo de que la pérdida de los padres adoptivos, a una edad todavía inmadura, haga rememorar al menor el trauma del abandono de sus padres biológicos.

De todo ello cabe deducir que la edad, ciertamente, ha de ser tenida en cuenta, pero en modo alguno es posible afirmar que el paso del tiempo afecte inexorablemente a todas las personas, ni a todas las relaciones familiares, de forma similar. La Administración, sin embargo, al señalar un límite en términos absolutos, parece establecer una presunción *iuris et de iure* de que una diferencia de edad que lo supere hace previsible, siempre y en todos los casos, una limitación para el conveniente desarrollo del adoptando. Entendemos que con este automatismo se persigue sobre todo la seguridad jurídica, lo que nos parece razonable, pero creemos que ésta no es incompatible con la ponderación conjunta de la diferencia de edad con el resto de circunstancias específicas de cada familia solicitante de adopción.

Como tuvimos ocasión de poner de manifiesto con motivo de la discusión sobre el borrador de la Ley vasca 3/2005, ha de admitirse que, en un plano abstracto y general, pueden derivarse ventajas para la educación y cuidado de la persona adoptada del hecho de que la diferencia de edad con los adoptantes no sea superior al límite que las tres diputaciones han acordado establecer como máximo admisible. Pero no es menos cierto que, en muchas ocasiones, la madurez adquirida, junto con lo meditado de la decisión de asumir la paternidad, proporcionan un marco más seguro e idóneo para favorecer el pleno desarrollo de la personalidad del adoptado. En todo caso, parece evidente que las consecuencias de la edad biológica son sustancialmente distintas de unos casos a otros.

Por otra parte, es notorio que, en nuestra sociedad, la maternidad biológica se está retrasando notablemente, por lo que, con relativa frecuencia, la diferencia de edad entre los progenitores y sus descendientes es superior a 42 años, sobre todo con relación al segundo o tercer hijo. Por todo ello, cabe afirmar que existen circunstancias en las que las ventajas de una determinada adopción pueden superar las desventajas de la distancia cronológica, lo que lleva a cuestionar la prioridad absoluta que nuestras Diputaciones, en la práctica, vienen concediendo a este criterio.

### 3. Un debate de la máxima actualidad

Hace tres años, el Senado acogió en torno a esta cuestión una reflexión en profundidad, en el seno de la Comisión constituida para discutir en extenso sobre la problemática de la adopción internacional. Entre las aportaciones que diversos expertos en la materia realizaron sobre el particular, la mayoría abundaron en la conveniencia de un estudio de las circunstancias de cada caso de modo individualizado y sin automatismos, si bien no faltaron intervenciones como la del Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid, quien entendía que la determinación de una diferencia máxima de edad está justificada desde la perspectiva de primar ante todo las necesidades de un niño abandonado y su derecho al entorno familiar que mejor responda a ellas, lo que exige una definición técnica de los criterios que determinen la idoneidad de los adoptantes. En cualquier caso, las Conclusiones y Recomendaciones finales de la Comisión, aprobadas por el Pleno de 10 de diciembre de 2003, apuntaron en la línea de flexibilización que preconizamos:

*“CONCLUSION 2ª: .....Se observa también la existencia de un gran debate social en el mundo de la adopción relacionado con la edad máxima de los adoptantes, puesto que las Comunidades Autónomas tienden a establecer límites de edad para la adopción de menores por personas de 40 años como máximo, cuando biológicamente se puede superar esa edad para ser padre o madre.*

*RECOMENDACIÓN 2.4: Revisión de los criterios por los que se establece el límite de edad de los solicitantes de adopción internacional en 40 años, en los casos en que éste sea de aplicación.”*

(BOCG, SENADO, SERIE I, 9 DE DICIEMBRE DE 2003, NÚM. 775)

A este respecto hay que aclarar que, según se desprende de las actas de la Comisión, el límite de 40 años sobre el que existe el debate social recogido en sus trabajos no sólo se refiere a la edad del adoptante, sino también a la diferencia entre ésta y la del adoptando, por lo que a ambas hay que entender referida la citada recomendación. De hecho, así lo ha interpretado el Gobierno Balear en su Decreto nº 40/2006, de 21 de abril, relativo a los procedimientos de acogimiento familiar, adopción y determinación de la idoneidad: su exposición de motivos indica expresamente que, a consecuencia de esta recomendación, ha sido eliminado del texto definitivo, como requisito para la idoneidad, el límite máximo de diferencia generacional entre el solicitante de la adopción y el adoptando.

#### 4. El derecho del menor a ser adoptado por persona idónea

En el ámbito del Derecho Civil, es necesario abordar el debate siendo conscientes del cambio de perspectiva que, frente al enfoque tradicional en materia de adopción, supone considerar al menor no ya sólo como objeto de protección, sino también como sujeto de derechos. Desde este punto de vista, el Código Civil no establece en su art. 175.1 un inexistente “derecho a adoptar”, sino que regula tan sólo la capacidad requerida a tales efectos, sin que ello obste en principio para que la Administración pueda, además, exigir una serie de requisitos de idoneidad a los solicitantes de una determinada adopción. Tal exigencia deriva de un derecho que sí existe, y que ha de ser objeto de atención prioritaria, como es el derecho del menor a que los poderes públicos, en la medida de lo posible, velen para que la adopción no incida negativamente en su desarrollo. Ahora bien, a esta perspectiva ha de entenderse obedece el art. 176.1 del Código Civil cuando, en ese sentido, no establece otro requisito que la necesidad de que el adoptante sea idóneo para ejercer la patria potestad. Por tanto, si bien es a la Administración a quien corresponde otorgar los correspondientes certificados de idoneidad, en ningún caso les estaría permitido a las Diputaciones Forales, en el ejercicio de esas funciones, impedir lo que la ley permite.

Siendo ésta una materia que, en todo el Estado, viene regulada en sus aspectos de gestión por la normativa autonómica, el debate en torno a la compatibilidad entre ésta y el Código Civil ha sido abordado, en los últimos años, tanto en términos de jerarquía normativa como desde el punto de vista competencial. De lo primero es ejemplo el informe del Procurador del Común de Castilla-León correspondiente al año 2005:

*“La única limitación por razón de edad que establece dicho texto legal (se refiere al Código Civil) es que el adoptante sea mayor de veinticinco años y, en todo caso, que tenga al menos catorce años más que el adoptando, sin hacer mención a límite alguno más allá del cual se excluya la posibilidad de acceder a la adopción. Lo que excluiría la posibilidad de imponer tal limitación a través de una norma reglamentaria. Parecía, entonces, conveniente (aun cuando pudieran existir suficientes razones que justificaran la oportunidad de establecer una diferencia de edad máxima que imposibilite para la adopción) que tal circunstancia se efectuara a través de una modificación del Código Civil.*

*Si mediante las importantes reformas legislativas producidas en materia de adopción (especialmente la llevada a cabo con la Ley 21/1987) se habían ido ampliando las personas que pueden acceder a este tipo de medida de protección a la infancia, no parecía posible que dicho acceso pudiera ser limitado a través de la normativa autonómica, vulnerando el principio de jerarquía normativa recogido en el art. 9.3 CE.”*

A la misma conclusión llega el Consejo Económico y Social de Castilla-La Mancha, si bien poniendo el acento en cuestiones de competencia. Su dictamen 8/2004 sobre el proyecto de decreto por el que se regula la adopción de menores, de 15 de setiembre de 2004, afirma al respecto:

*“El hecho de que el artículo 176 (del Código Civil) no impida adoptar a los que tengan más de 45 años de diferencia de edad con el adoptado, ha de entenderse como opción legislativa que permite esta eventualidad, por lo que la Comunidad Autónoma no puede prohibirla con carácter general. No se trataría, sin embargo, de un problema de “jerarquía normativa” sino de una cuestión atinente al “principio de competencia”.*

*Es cierto que el requisito de edad ha sido establecido en prácticamente todas las Comunidades Autónomas, pero si se examinan a fondo cada una de sus normas, en esas Comunidades no se ha configurado nunca como criterio que permita rechazar “a priori” las solicitudes de idoneidad. Es expresamente considerado “criterio de puntuación o baremación” de la solicitud de adopción en Andalucía, Baleares, Canarias, Cantabria, Castilla y León, Extremadura y La Rioja. En Madrid, superar la edad máxima sólo significa que la solicitud de adopción no se priorice sobre otras. Y, en fin, aquellas Comunidades que parecen exigirlo como requisito de la solicitud, oponen, sin embargo, una excepción para el caso de menores con características especiales lo que significa, en la práctica, que dichas limitaciones no afectan a la solicitud de idoneidad sino a las de adopción que estarán condicionadas a que exista un menor de estas características para surtir sus efectos”.*

El debate ha tenido eco también en la jurisprudencia, cuyos pronunciamientos han surgido a raíz de impugnaciones planteadas ante los tribunales por parte de personas que veían denegada su idoneidad para adoptar por este motivo. Ello hace que las sentencias recaídas vengán influidas, como no podía ser de otro modo, por la relevancia que alcancen, en cada caso particular, el resto de factores concurrentes además de la diferencia generacional, lo que lleva a que el sentido del fallo favorezca en unas ocasiones a la Administración y en otras a los recurrentes. En cualquier caso, más allá de su diversidad, las resoluciones judiciales profundizan en el contenido del interés del menor, el cual, siendo prioritario, posee una doble dimensión que ha de ser garantizada en cada caso particular: por un lado, la que hace referencia al rigor en el examen de la idoneidad del adoptante; por otro, la que pone de manifiesto el beneficio que en sí supone la adopción para un menor sin familia conocida o en situación de abandono o institucionalización. En estos términos plantea la cuestión la Audiencia Provincial de Valencia en su Sentencia de 22-11-2004, que sigue la línea de las emitidas por la Audiencia Provincial de Lérida en Auto de 19-3-1999, así como por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Baleares de 6-6-2002:

*“A partir de la anterior situación de hecho, entiende la Sala que no cabe hacer de la idoneidad un concepto en tal forma estricto y excluyente que conduzca a condicionar y limitar la posibilidad de adopción de modo que, frustrando las respetables expectativas de los aspirantes a adoptar, vengan a la vez a producir un perjuicio en los menores susceptibles de ser adoptados, cuya situación de desamparo exige la adopción de un remedio”.*

A mayor abundamiento, hemos de decir que limitar las facultades de una persona atendiendo únicamente a su edad biológica puede resultar discriminatorio. Es cierto

que las leyes establecen en ocasiones determinados requisitos basados en la edad, pero se trata de garantizar la existencia de unas capacidades necesarias para ejercer ciertos derechos o asumir deberes. Lo que resulta contrario al principio de igualdad -y, por tanto, prohibido- es establecer una edad máxima a partir de la cual se consideraría que desaparece esa capacidad. Como dice el título de una publicación de esta institución sobre los derechos de las personas mayores, “Los derechos no caducan con la edad”. Así, por ejemplo, la ley fija la edad de jubilación a los 65 años, pero no se ha de olvidar que, si bien esa edad permite acceder a la pensión íntegra de jubilación, no constituye un límite para la capacidad de trabajar. Conviene recordar al respecto que la Disposición adicional 5ª del Estatuto de los Trabajadores, en su redacción primitiva, fue declarada inconstitucional por la sentencia 22/1981, de 2 de julio, del pleno del Tribunal Constitucional, porque establecía la incapacitación para trabajar a partir de los 69 años y la consecuente extinción, directa e incondicional, del contrato de trabajo.

## 5. El marco legislativo vasco

En nuestra Comunidad Autónoma, la idoneidad para adoptar viene regulada por la Ley Vasca 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y Adolescencia, que con relación a la edad exige la siguiente condición:

*Art. 83.1.k) “Contar el o los adoptantes con una edad que, previsiblemente, no pueda suponer una limitación para el conveniente desarrollo del adoptando.”*

Precisamente para hacer posible la ponderación de la que venimos hablando, el legislador optó por retirar del texto definitivo de esta ley la exigencia, prevista en el anteproyecto remitido por el Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco, de que la diferencia de edad entre adoptante y adoptando no superara un cierto límite, que era allí de 40 años. Incorporaba con ello la recomendación formulada por el Consejo General del Poder Judicial, que en el informe que elaboró con fecha 10 de setiembre de 2003 en torno al citado anteproyecto, señalaba lo siguiente al hablar de dicho límite:

*“Este Consejo sigue teniendo dudas acerca de la corrección técnica de tal previsión. La realidad nos demuestra que hoy la edad en que se llega a la paternidad o maternidad es cada vez más elevada, siendo normal encontrar a personas que son padres o madres por primera vez con 40 o más años, sin que razonablemente se entienda la razón por la que una persona cuya diferencia de edad con el adoptado/a sea superior a 40 años no puede desempeñar correctamente su función, siempre obviamente que reúna los demás requisitos de idoneidad”*

Es cierto que aún está pendiente el desarrollo reglamentario de la Ley vasca 3/2005. Pero parece evidente que, si bien la misma tiende a considerar la excesiva diferencia de edad como un elemento desfavorable para la adopción, ha querido evitar fijar una diferencia máxima como condicionante absoluto, por lo que el acuerdo entre las

tres Diputaciones que la establece en 42 años supone, en nuestra opinión, tanto como hacer decir a esta ley lo que el legislador ha querido específicamente evitar decir.

Por todo ello, esta institución considera preciso formular a las tres Diputaciones Forales de la Comunidad Autónoma Vasca la siguiente

## **RECOMENDACIÓN**

Para que dejen sin efecto la exigencia de que la persona adoptante tenga como máximo 42 años más que la adoptada como requisito de idoneidad para adoptar. Con el fin de valorar la incidencia previsible de la diferencia de edad sobre el desarrollo del menor, recomendamos que la distancia generacional no sea objeto de un límite cronológico en términos absolutos, sino que sea ponderada caso por caso, en el marco de un juicio integral e individualizado de todas las circunstancias personales y familiares que concurran en cada supuesto en particular.