

*La negativa del marido a prestar consentimiento para la adopción de su cónyuge, por una tía carnal que no se beneficia con tal hecho, sino que al contrario realiza un acto noble y generoso, significa una decisión que constituye abuso del derecho, por lo que la esposa puede solicitar judicialmente al amparo del Art. 163 del C. C. una resolución que conjure el daño o perjuicio que podría ocasionarle el cónyuge con su injustificada negativa.*

*El inc. 8º del Art. 326 del C. C. no se basa en un principio de autoridad contra el que no se da recurso alguno, debiéndose suplir la falta del consentimiento expreso o tácito del marido para la adopción con la autorización judicial.*

#### DICTAMEN FISCAL

Señor:

Doña Teresa Alvarez Calderón viuda de Olavegoya desea adoptar a su sobrina carnal doña Luisa Alvarez Calderón de Palacios y ésta desea ser adoptada. La primera ha ratificado su voluntad y la segunda ha prestado formalmente su consentimiento; pero el cónyuge de la adoptada, que vive separado de su mujer y sin razón alguna que justifique su actitud, se manifiesta renuente a expresar el consentimiento a que se refiere el inciso 8º del artículo 326 del Código Civil, exponiendo a fojas 35 y 63 que *no se opone* a la adopción sino que mantiene en suspenso su decisión. Esta situación indecisa se prolonga ya cerca de dos años.

Por esta falta de consentimiento marital, el Juez, en el auto apelado, se abstiene, por ahora, de declarar la adopción.

La resolución revocatoria del Superior Tribunal estima que procede la adopción porque en el caso de autos se trata de un marido a quien la cónyuge ha necesitado compeler judicialmente

por el cumplimiento de sus obligaciones alimenticias y porque esta actitud, de quien afecta el régimen económico de su familia y obstaculiza el beneficio que para su esposa e hijos puede derivarse de la adopción, importa un abuso que faculta a la mujer para obtener judicialmente el amparo que le acuerda el artículo 163 del Código Civil.

La ficción legal de maternidad con que al impulso del afecto refuerza la benefactora el vínculo de la sangre, creando derechos expectatícios que no le son legalmente recíprocos, es la exteriorización de un sentimiento generoso al que no tiene motivo noble que oponer el cónyuge de la adoptada, cuya actitud inhibitoria sólo denota una irritante cavilosidad de quien, separado por acto propio, fué vencido dentro del juicio en que negó a su esposa el derecho de pedir alimentos, presionándola a que se constituya en un hogar conyugal que nunca estableció.

La ley no ampara el abuso del derecho, y quien desea reclamar sus derechos debe comenzar por cumplir sus obligaciones.

El procedimiento que señala el precitado inciso 8º del artículo 326 del Código Civil se refiere, también, a la mujer cuando el adoptado es el marido, en cuyo caso sería inadmisibles el capricho o la arbitrariedad de la cónyuge para frustrar la adopción, por que tal dispositivo no se basa en un principio de autoridad como ocurre con el disenso de los padres contra el que no se da recurso alguno según el artículo 97 del propio Código. La cónyuge ha sido adoptada por su tía carnal y cualquier omisión formalista puede ser subsanada con la ratificación del marido, o en su defecto con la autorización judicial.

La ley obliga a los jueces a dictar, en general, las medidas necesarias para evitar el daño o perjuicio que se derive de un hecho y, en particular conforme al artículo 163 del acotado, para conjurar el daño o perjuicio que podría ocasionar a la mujer y a su prole una omisión o un acto que signifique abuso del marido.

El artículo 173 y los precedentes y fuentes de nuestro Código actual, establecen que la falta de consentimiento expreso o tá-

cito del marido se suple con la autorización judicial. La ley 13, Título I, Libro X de la Novísima Recopilación decía que “El Juez, con conocimiento de causa legítima o necesaria, compela al marido que dé licencia a su muger para todo aquello que ella no podría hacer sin licencia de su marido; y si compelido no se la diere, el juez solo se la puede dar”, agregando el mismo título, en la ley 15, “que la justicia con conocimiento de causa, siendo legítima o necesaria o provechosa, pueda dar licencia a la muger, la que el marido le había de dar; la cual así dada, vale como si el marido se la diese”.— El artículo 1402 del Código Civil alemán dice que “si para la administración regular de los asuntos personales de la mujer fuese necesario un acto jurídico para el que la mujer necesite el consentimiento del marido, podrá suplirse éste por el Tribunal de tutela a instancia de la mujer, cuando el marido lo niegue sin motivo suficiente”; y el artículo 143 del Código Civil chileno expresa que “la autorización del marido podrá ser suplida por la del juez, con conocimiento de causa, cuando el marido se la negare sin justo motivo, y de ello se siga perjuicio a la mujer”.

Siendo esto así, el Fiscal que suscribe es del sentir de que el Supremo Tribunal se servirá declarar **NO HABER NULIDAD** en el recurrido de 17 de Abril último por el que revocándose el apelado de 10 de Junio del año próximo pasado, se autoriza a doña Luisa Alvarez Calderón de Palacios para ser adoptada como hija por su tía doña Teresa Alvarez Calderón viuda de Olavegoya.

Lima, 13 de Octubre de 1958.

**VELARDE ALVAREZ.**

#### **RESOLUCION SUPREMA**

Lima, veintiseis de Febrero de mil novecientos cincuenta y nueve.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproduce: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de vista de fojas cincuentiocho vuelta, su fecha diecisiete de Abril de mil novecientos cincuentiocho, que revocando la resolución apelada de fojas treintiseis vuelta, su fe-

---

cha diez de Junio de mil novecientos cincuentisiete, declara fundada la solicitud de fojas once y en consecuencia que procede la adopción por doña Teresa Alvarez Calderón de Olavegoya de su sobrina doña Luisa Alvarez Calderón de Palacios, como hija de la adoptante; con lo demás que contiene; condenaron en las costas del recurso a la parte que lo interpuso; y los devolvieron. - BUSTAMANTE CISNEROS. — GARMENDIA. — MAGUIÑA. — ALVA. — LENGUA. - - Se publicó conforme a ley. — Walter Ortiz Acha.— Secretario.

Causa N° 524/58. -- Procede de Lima.