



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

Introducción de la Adopción en la
Institución Jurídica del Concubinato

SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

TESIS PROFESIONAL

Que para obtener el Título de:
LICENCIADO EN DERECHO

P r e s e n t a :

Ignacio Angel Magno Berra

Ciudad Universitaria

México, D. F., 1989

FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

INDICE

INTRODUCCION DE LA ADOPCION EN LA INSTITUCION JURIDICA DEL CONCUBINATO.

	Pág.
Capítulo I.- LA ADOPCION	1
1.- Concepto de adopción. Definición que acepta el sustentante	3
2.- Elementos de la adopción.	10
3.- La adopción en el Derecho Actual.	13
A) Requisitos para las personas adoptantes.	16
B) Procedimiento para la tramitación de una adopción.	21
C) Efectos de la adopción.	23
D) Naturaleza jurídica de la adopción.	27
E) Impugnación de la adopción.	31
F) La revocación de la adopción.	33
Capítulo II.- LA ADOPCION EN EL DERECHO EXTRANJERO.	39
1.- La adopción en el Derecho Francés.	45
I.- La adopción ordinaria.	49
A) Naturaleza jurídica de la adopción.	49
B) Requisitos de la adopción ordinaria.	50

C)	Efectos de la adopción ordinaria.	57
II.-	Legitimación adoptiva.	62
A)	Requisitos en la legitimación adoptiva.	63
B)	Efectos de la legitimación adoptiva.	67
2.-	La adopción en el Derecho Italiano.	71
A)	Finalidad.	72
B)	Aspectos fundamentales	73
C)	Requisitos indispensables para que puedan hacer la relación de adopción.	75
D)	Además de los requisitos indispensa- bles, no pueden adoptar quienes estén en las siguientes circunstancias.	76
E)	Estructura y forma de la adopción o procedimiento para la adopción.	77
F)	Efectos de la adopción.	79
G)	Oposición, revocación y cesación de la adopción.	81
3.-	La adopción en el Derecho Alemán.	83
-	Antecedentes históricos.	83
A)	Requisitos para el adoptante.	86
B)	Requisitos para el adoptado.	89
C)	No constituye obstáculo para la adopción el que el adoptado sea hijo ilegítimo del varón adoptante.	91
D)	También un matrimonio puede adoptar en	

común a un hijo.	91
E) La adopción se realiza mediante contrato entre el adoptante y el adoptado. Y se confirma por el tribunal.	91
a) Del contrato.	91
b) Al tribunal competente le corresponde la confirmación del contrato de adopción.	92
F) Efectos de la adopción.	95
G) Vicios de la voluntad, impugnación y supresión de la adopción.	101
4.- La adopción en el Derecho Español.	105
- Evolución histórica.	105
- Naturaleza jurídica.	109
- Doctrina general sobre la adopción.	110
I.- Personas que pueden adoptar.	110
II.- Personas que pueden ser adoptadas.	112
- Elementos formales.	115
- Cumplimiento u obligaciones.	120
- Incumplimiento.	124
I.- La revocación.	127
II.- La impugnación.	128
III.- Nulidad de la adopción.	130
A) La adopción plena.	130
B) La adopción simple.	139

5.- La adopción en el Derecho de Norteamérica.	143
I.- Requisitos de las personas adoptantes.	146
II.- Personas que pueden ser adoptadas.	151
III.- Limitaciones raciales y religiosas.	152
IV.- Estatutos de colocación.	157
V.- Jurisdicción de Cortes.	159
VI.- Iniciación del proceso de adopción.	162
VII.- Consentimiento.	164
VIII.- Procedimiento judicial.	169
IX.- Decreto oficial.	174
X.- La adopción y sus efectos legales.	178
 Capítulo III.- EL CONCUBINATO.	 185
1.- Concepto de concubinato. Definición de concubinato que acepta el sustentante.	186
2.- Antecedentes jurídicos del concubinato.	188
3.- Elementos del concubinato.	203
4.- El concubinato en el Derecho Actual.	206
A) Requisitos para que se dé la figura jurídica del concubinato.	206
B) Efectos jurídicos de la unión concubinaria.	208

C) Consecuencias jurídicas del concubinato respecto a los hijos.	212
Capítulo IV.- LA CONVENIENCIA DE INTRODUCIR LA ADOPCION EN LA INSTITUCION JURIDICA DEL CONCUBINATO.	218
1.- Necesidad de reformar y adicionar el Código Civil, en el capítulo referente a la adopción, para incluir la posibilidad que ésta se lleve a cabo por personas unidas en concubinato.	229
2.- Consecuencias jurídicas resultantes de la adopción por personas unidas en concubinato.	231
Conclusiones.	235
Bibliografía.	238

CAPITULO I

LA ADOPCION.

En el transcurso del tiempo, la institución jurídica de la adpción, ha desempeñado un papel muy importante en la sociedad, como también en las diversas épocas se le han dado diversos fines.

La adopción en la antigüedad era de índole religiosa, y consistía en el culto del hogar y de los muertos, puesto que nació de la necesidad de perpetuar el culto religioso, ya que a quien la naturaleza no le daba hijos, podría adoptar uno, para el efecto que no cesaran las ceremonias fúnebres; posteriormente se dio por la misma conveniencia, que iba desde el aspecto político, guerrero y aristocrático tendiente a la perpetuación de nombres o títulos de nobleza.

Actualmente en diversas Legislaciones, la adopción se da con fines diversos, como el altruista, filantrópico, ayuda y asistencia social, integración a la familia y finalmente en nuestra legislación su finalidad es desde el punto de vista pura y estrictamente de protección a la infancia desvalida o en su caso de mayores de edad

incapacitados.

En efecto, todos los países civilizados han incorporado la institución de la adopción a sus leyes, dándole la importancia que merece, en su doble aspecto, como utilidad social y de primordial interés del Estado.

De utilidad social porque indiscutiblemente cumple con su cometido, que es el de proteger a los individuos menores de edad que a falta de padres o por abandono de éstos, se encuentran sin hogar y muchas veces sin familia, como también el de los mayores de edad incapacitados en la misma situación, y que como institución favorece siempre a las parejas unidas en matrimonio que por razones de la naturaleza carecen de descendencia propia.

Por otro lado la actitud que toma el Estado, que es el de velar por el bienestar de los individuos a adoptar, vigilando y aprobando las relaciones o requisitos propios necesarios para la adopción, esto es, los procedimientos conducentes entre los particulares, que son en este caso, el que solicita la adopción y a quien se pretende adoptar, y como resultado final el Estado alcanza el fin que persigue que es, el bienestar del pueblo y una necesidad social.

1.- Concepto de Adopción.

En principio diré que el significado de la palabra adopción viene del vocablo latín ADOPTIO, OMEN, ADOPTARE de AD y OPTARE, DESEAR. El concepto de la institución de la adopción en las diferentes épocas es muy diverso, aunque todos los tratadistas que se han referido al estudio de esta institución difieren gramaticalmente en cuanto al contexto de la palabra, pero todos coinciden con la misma finalidad, por ejemplo los tratadistas del siglo XIX y de principios de nuestro siglo, veían a la adopción como un acto jurídico (contrato) formal y solemne; en cambio los tratadistas de nuestros días, varían en ese sentido y hablan de una institución, pero finalmente todos coinciden en que lo que se pretende es proteger a los individuos desvalidos.

Dentro de los tratadistas del siglo XIX y principios de nuestro siglo, conceptualizan a la adopción en la siguiente manera:

Para Marcelo Planiol y Jorge Ripert, la adopción, la consideran como "Un contrato solemne sometido a la aprobación de la justicia".⁽¹⁾

(1) Planiol Marcelo y Ripert Jorge, "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés", Tomo II, Habana

Para Zachariae es "El contrato jurídico que establece entre dos personas, que pueden ser extrañas la una de la otra, vínculos semejantes a aquéllos que existen entre el padre y la madre unidos en legítimo matrimonio y sus hijos legítimos".⁽²⁾

Baudry-Lacantinerie, dicen que "Es un contrato solemne, en el que el ministerio es el juez de paz".⁽³⁾

Los juristas, Colin y Capitant sostienen que es "Un acto jurídico (generalmente un contrato) que crea entre dos personas relaciones ficticias y puramente civiles de parentesco y de filiación".⁽⁴⁾

Por otra parte en la revista de Jurisprudencia General, Dalloz cita la definición de Tronche, y éste dice: "Es un acto de voluntad que coloca en una familia a un individuo a quien la naturaleza ni la ley habían hecho miembro de la

Cultural, S.A. 1946. pág. 804.

(2) Zachariae. E. S. "Le Droit Civil Français", Tome Cinquième. Auguste Durand, Libraire-Editeur, 1860. Tome I pág. 174.

(3) Baudry G. Lacantinerie. "Traité Théorique et Pratique Droit Civil", Deuxième Edition, Tome Quatrième, Edit. L. Lrose Fowel Paris, pág. 10.

(4) Colin Ambrosio y Capitant H. "Curso elemental de Derecho Civil", Tomo I, Instituto Editorial Reus, Madrid 1952, pág. 663.

misma".⁽⁵⁾

Georges Ripert y Juan Boulanger dicen que "La adopción permite crear un vínculo de parentesco, pero este parentesco no es más que una imitación del parentesco por consanguinidad y no produce todos sus efectos. La adopción permite ingresar a la familia al lado de los parientes consanguíneos a personas extrañas. Pero si la adopción imita al parentesco tiene además sus efectos propios".⁽⁶⁾

Julien Bonnetcase es más amplio y dice "Que el término adopción, como el término matrimonio, comprende dos cosas distintas; por una parte, la institución de la adopción; por la otra, el acto de la adopción. La institución de la adopción tiene por objeto permitir y reglamentar la creación entre dos personas, de un lazo ficticio, o más bien, meramente jurídico de filiación legítima. El acto de la adopción es un acto jurídico sometido a formas particulares, por medio del cual los interesados ponen en movimiento, a favor suyo, la institución de la adopción".⁽⁷⁾

(5) Dalloz M.D. "Jurisprudence, Générale Du Royaume Répertoire. Méthodique et Alphanétique De Législation", Nouvelle Edition, Tome Traisième, Paris 1846, pág. 256.

(6) Ripert Georges y Boulanger Juan. "Tratado de Derecho Civil", Tomo I, Edición La Ley, Buenos Aires, pág. 354.

(7) Bonnetcase Julien, "Elementos de Derecho Civil", Tomo I, Cárdenas Editor y Distribuidor, Tijuana,

Es notorio que estos tratadistas consideran a la adopción como un contrato, ya que en la época, estaba en pleno auge el liberalismo, y como el Estado sólo se limitaba a que dicho objeto, en este caso la adopción, fuera ilícita y no contraviniera al Estado, que era en aquel tiempo el Estado-Gendarme, y puesto que las doctrinas en lo político, económico y social imperaban entonces, y éstas se fundaban en el contrato, es decir la sociedad, la Ley y la familia, lógicamente el influjo de estos principios hicieron sustentar a la adopción como un contrato.

Por otro lado, los tratadistas contemporáneos, como el maestro Ignacio Galindo Garfias dice al respecto "Por la adopción una persona mayor de veinticinco años, por propia declaración de voluntad y previa aprobación judicial, crea un vínculo de filiación, con un menor incapacitado".⁽⁸⁾

Para la jurista Sara Montero Duhalt "Es la relación jurídica de filiación creada por el Derecho, entre dos personas que no son biológicamente iguales, ni por afinidad

B.C. 1985, pág. 569.

(8) Galindo Garfias Ignacio, "Derecho Civil, parte general, familia", Editorial Porrúa, Octava Edición, 1987, pág. 654.

progenitor (padre o madre) e hijo".⁽⁹⁾

El maestro Rafael De Pina sostiene que la adopción "Es un acto jurídico que crea, entre el adoptante y el adoptado, un vínculo de parentesco civil del que se derivan relaciones análogas (aunque no idénticas) a las que resultan de paternidad y filiación legítima".⁽¹⁰⁾

Asimismo el catedrático Antonio de Ibarrola, dice que "Es un acto jurídico que crea, fuera de los lazos de sangre, un lazo de filiación entre dos personas que consienten en ella".⁽¹¹⁾

También el tratadista extranjero Federico Puig Peña, enuncia que "La adopción es aquella institución por virtud de la cual se establece entre dos personas extrañas relaciones civiles de paternidad y de filiación semejantes a las que tienen lugar en la filiación legítima".⁽¹²⁾

(9) Montero Duhalde Sara, "Derecho de Familia", Editorial Porrúa, S.A., México 1965, pág. 320.

(10) De Pina Rafael, "Elementos de Derecho Civil Mexicano", "Introducción-Personas-Familia", Editorial Porrúa, 14a. Edición 1965, pág. 361.

(11) De Ibarrola Antonio, "Derecho de Familia", Editorial Porrúa, S.A. Primera y Tercera Edición, 1978 y 1984, págs. 349 y 431.

(12) Puig Peña Federico, "Tratado de Derecho Civil", Tomo II, Volumen II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1971, pág. 170.

Finalmente el maestro Rafael Rojina Villegas dice que la adopción "Es un acto jurídico, por virtud del mismo se crean entre adoptante y adoptado los mismos derechos y obligaciones que origine la filiación legítima entre padre e hijo".⁽¹³⁾

Se ha considerado que los tratadistas modernos fundamentan esta institución de la adopción, tomando en cuenta la importancia actual que tiene la intervención del Estado, ya no sólo como vigilante como lo era en el liberalismo, sino también como parte en el desarrollo de esta institución, aunados al papel indispensable que juega la voluntad de las partes (adoptante, adoptado y Estado), esto es, que se trata de armonizar los intereses del Estado, en cuanto al cumplimiento de los fines que tiene encomendados a la protección de la sociedad con los intereses de los particulares involucrados.

(13) Rojina Villegas Rafael, "Derecho Civil Mexicano" Tomo II, "Derecho de Familia". Vol. 1, Tercera Edición, Cárdenas Editores y Distribuidores, 1973, pág. 193.

La definición que acepta el sustentante.

De los diversos conceptos de la adopción enunciados con anterioridad me inclino y sigo la posición de los tratadistas modernos, pues considero que al intervenir el Estado en el desarrollo de la adopción, como también vigilando la aplicación debida y exacta de las disposiciones legales para ello, estamos en presencia de una institución, ya que aquí no opera la plena autonomía de la voluntad de los interesados para llevar a cabo la adopción, como solía suceder en el Estado liberal y que es propia para la celebración de los actos jurídicos por lo que considero que en la actualidad se restringe esa autonomía de la voluntad, en tal forma que los interesados al llevar a cabo la adopción, se sujetan a un instituto legal existente, esto es, que se está hablando ya de una institución, puesto que si bien es cierto que para que se dé la adopción es importante la voluntad del adoptante, también lo es que el Estado debe apegarse y exigir el cumplimiento debidamente de las disposiciones legales exigentes para tal efecto; en tal virtud pienso que de acuerdo a lo antes expresado, se puede definir a la adopción de la siguiente forma: "La adopción es una institución jurídica, creada por el derecho, entre personas que no siendo por naturaleza padre e hijo, dan nacimiento a una relación de filiación, previo

procedimiento respectivo".

2.- Elementos de la adopción.

Conforme a los conceptos que dan los juristas modernos respecto a la adopción y la definición que adopta el sustentante, enunciados con atelación, podremos hacer un análisis de los elementos que contiene la institución que nos ocupa.

- A) Primeramente diremos que la adopción requiere de solemnidad, puesto que es una institución de orden público y que para su perfeccionamiento, previo cumplimiento de las partes con los requisitos previstos para tal efecto, es fundamental la aprobación mediante el procedimiento respectivo ante la autoridad competente (Estado).

- B) En seguida diremos que es una relación plurilateral, ya que es necesario para que se dé la adopción, la voluntad de las partes interesadas, es decir, del adoptante, en ocasiones de la persona que se pretende adoptar o de su representante legal y esencialmente el de la autoridad judicial competente, que resolverá sobre la procedencia de la adopción.

C) Es una institución, puesto que la adopción se encuentra plenamente regulada en nuestro ordenamiento jurídico; según la jurista Sara Montero D., "Es un acto jurídico, porque requiere de la manifestación de la voluntad de las partes, que sea lícita, puesto que produce las consecuencias jurídicas buscadas por los interesados"⁽¹⁴⁾, aclarando que si se trata de un acto jurídico es porque crea consecuencias jurídicas, y no un contrato porque si bien es cierto que este último requiere de la manifestación de voluntad de las partes, para su existencia, no requiere de la supervisión y resolución judicial para que surta sus efectos, como lo es u ocurre en la institución de la adopción.

D) "Es un acto constitutivo, porque crea la filiación entre adoptante y adoptado, y entre éstos da lugar a la patria potestad como producto del lazo de filiación que los une."⁽¹⁵⁾

(14) Montero Duhalt Sara, OJ. Cit. pág. 325.

(15) *Ibid.*

E) "Es un acto extintivo en ocasiones, de la patria potestad, cuando por alguna circunstancia antes de que se adopte al infante incapacitado, existe alguna persona que ejercía la patria potestad sobre éste",⁽¹⁶⁾ es entonces cuando se extingue la patria potestad para el que la ejercía y va a recaer sobre el que pretende adoptar.

F) "Es un acto jurídico de carácter mixto en el que concurren diversas personas: 1.- Los que ejercen la patria potestad o tutela de la persona que se trata adoptar (en su defecto, las personas que lo hayan acogido y que lo traten como a un hijo); 2.- El Ministerio Público del lugar del domicilio del adoptado cuando éste no tenga padres conocidos, ni tutor, ni persona que ostensiblemente lo importe su protección; 3.- El adoptante que debe ser mayor de veinticinco años, en pleno ejercicio de sus derechos y sobrepasar por lo menos en diecisiete años al adoptado; 4.- El adoptado, si es mayor de catorce años; 5.- El juez de lo Familiar que conforme al artículo 400 del Código Civil deba dictar

(16) Galindo Garfias Ignacio, Ob. Cit. pág. 656.

sentencia autorizando la adopción".⁽¹⁷⁾

Para la maestra Montero Duhalt⁽¹⁸⁾, existen otros dos elementos o características de la adopción que son: actos de efectos privados y de interés público. Los cuales a criterio del sustentante, incluiría en los de carácter mixto, porque en la adopción van a intervenir por una parte el adoptante, el representante del adoptado, si lo tiene (tutor o quien ejerce la patria potestad sobre él), personas en quien recaen efectos privados; y por otro lado el Estado que por medio del Ministerio Público que es la autoridad administrativa que va a velar por los intereses de la sociedad, en este caso por los del adoptado, y la autoridad judicial que vigilará y resolverá sobre la procedencia de la adopción, siempre salvaguardando el interés del menor o incapaz.

3.- La adopción en el Derecho actual.

El Código Civil Francés de 1804, establecía respecto a la adopción un criterio individualista, como se ha indica-

(17) Rojas Villegas Rafael, Ob. Cit. pág. 193.

(18) Montero Duhalt Sara, Ob. Cit. pág. 326.

do antes, ya que la finalidad consistía en que el adoptante pudiera tener un heredero, como ocurría en Roma, ocupando el lugar de un hijo legítimo, por falta de descendientes propios, evitando la extinción del apellido, esta adopción era la que se conocía como la adoptio minus plena, después de la primera reforma al Código Francés en el año de 1923, se cambió de criterio, puesto que se veía en la adopción un instrumento adecuado para ayudar y proteger a los menores desamparados, y por ende deja de ser una institución sólo del interés del adoptante; a partir de esta reforma la adopción es vista como una institución de asistencia a la niñez desvalida, de servicio social y de interés público.

A partir de lo anterior, en las modernas Legislaciones, esta institución ha logrado incorporar al adoptado a una familia, para así lograr la educación y formación del adoptado. En la actualidad la adopción es conocida en dos formas, la adopción ordinaria y la legitimación adoptiva o adopción plena, pero en ambos casos debe de ser beneficiosa para el adoptado.

Nuestro Código Civil Vigente acoge a la adopción ordinaria (Adoptio minus plena), puesto que el adoptado sigue siendo extraño con relación a los parientes del adoptante, teniendo el derecho de recibir alimentos por el adoptante, a

heredarlo y a usar el apellido; por otro lado, si bien es cierto que el adoptado entró bajo la patria potestad de quien lo adopta, también lo es que siguen vivos los lazos consanguíneos de parentesco del adoptado con su familia de origen. "A este tipo de adopción minus plena, en nuestra legislación, se debe a la escasa aceptación de la institución en nuestro medio social".⁽¹⁹⁾

La segunda forma, que es la adopción plena o legitimación adoptiva, misma que no es tratada en nuestro Código Civil Vigente, pero en algunas legislaciones se regula esta forma de adopción la cual exige que la pareja esté unida en matrimonio, que en ese momento no exista descendencia consanguínea y el vínculo matrimonial entre ellos no debe ser menor de diez años, puesto que el adoptado pasa a ser parte de la familia, por consiguiente se considera como hijo nacido en matrimonio; este tipo de adopción sólo es procedente cuando se trata de niños menores de cinco años y que éstos hayan sido abandonados o que sean desconocidos los padres, y que se encuentre en la hofranda, el requisito de la edad puede ser dispensado por la autoridad cuando los adoptantes hayan acogido con anterioridad a quien pretenden

(19) Galindo Garfias Ignacio, Ob. Cit. pág. 658.

adoptar.

En otros países no es un requisito especial el hecho de que los cónyuges no tengan descendencia para poder adoptar, pero exige para los adoptantes la edad de veinticinco años, puesto que como se explicará después, esta edad presupone la madurez de los adoptantes, aunque a este respecto existan diferencias de edad en diversas legislaciones.

De esta manera, con la adopción se pretende adoptar a los infantes desvalidos o mayores incapacitados e introducirlos a un ambiente familiar, como si se tratara de hijos legítimos.

A) Requisitos para las personas adoptantes:

"La institución de la adopción se encuentra actualmente regulada en el Código Civil para el Distrito Federal, específicamente en el Libro Primero (De las personas), Título Séptimo (De la paternidad y filiación), Capítulo V (De la adopción), artículos 390 a 410. El primero de los preceptos invocados, inicia con el señalamiento de los requisitos necesarios para que opere la adopción, estos requisitos se han establecido en relación a las circunstancias del adoptante y del

adoptado, a la autorización y a la forma requerida". (20)

De las disposiciones legales relativas a la adopción y de la naturaleza propia de esta institución se pueden deducir los requisitos que son necesarios para que pueda verificarse la adopción, a saber:

- a) El adoptante debe ser persona física, es decir, sólo puede adoptar un hombre, una mujer, libres de matrimonio, o la pareja unida en matrimonio, cuando los dos estén de acuerdo en ello. (Arts. 391 y 392 C.C.)

Al respecto, el maestro Ignacio Galindo Garfias enuncia en su texto, la explicación que da el jurista Fernando Fueyo Laneri en su obra también de Derecho Civil, del porqué el adoptante debe ser una persona física. "Es obvio que la Ley haya querido desestimar a las personas jurídicas para los efectos de ser adoptante, en razón de carácter de la idoneidad que exigen las relaciones que se originan

(20) Montero Dunhalt Sara, Ob. Cit. pág. 175.

con la adopción. Más clara se ve esta exigencia, aún si consideramos que con esta institución persigue suplir la falta de familia legítima, imitando su apariencia y ello concierne lógicamente a las personas naturales".⁽²¹⁾

De lo anterior, resulta claro y preciso, el porqué el adoptante debe ser una persona física, ya que encuentra en la adopción obligaciones y derechos con respecto a su nueva familia (adoptado).

En cuanto a que nadie puede ser adoptado por más de una persona, excepto cuando los adoptantes sean marido y mujer; el sustentante opina que, sí puede existir otra excepción siendo ésta la de los que viven en concubinato, tema central de esta tesis y que con posterioridad se tratará en el capítulo respectivo.

- b) "Que la persona que pretende adoptar sea mayor de veinticinco años, cuando el que lo solicite sea un matrimonio, basta con que uno de ellos cumpla con

(21) Ob. Cit. pág. 659.

este requisito de edad",⁽²²⁾ pues así se desprende del artículo 391 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal.

"Por lo que concierne a la edad de veinticinco años, ésta nos indica la madurez física y moral del adoptante, asimismo se establece la presunción que el adoptante se encuentra en condiciones de dirigir su propia vida y la del adoptado, puesto que es la función primordial de la figura jurídica de la adopción".⁽²³⁾

En cuanto a la edad, el texto original aprobado en 1928, inicialmente exigía cuarenta años; por decreto el 31 de marzo de 1938 se disminuyó a treinta años; y en el decreto del 17 de enero de 1970, Código Civil Vigente, se exigen sólo veinticinco años (Art. 390).

- c) Que el adoptante tenga por lo menos diecisiete años más que el adoptado, también en este requisito

(22) Montero Dunhalt Sara, Ob. Cit. pág. 327.

(23) De Pina Rafael, Ob. Cit. pág. 367.

basta que uno de los cónyuges cumpla con la edad, cuando se trata de un matrimonio adoptante.

d) Que el adoptante tenga medios suficientes para proveer a la subsistencia y educación del menor o al cuidado y subsistencia del incapacitado, como hijo propio, según las circunstancias de la persona que trata de adoptar; esto es, para que dé el debido cumplimiento a las obligaciones adquiridas derivadas de la adopción, la necesidad de que el adoptante demuestre que tiene los medios económicos para atender las necesidades del adoptado, es incuestionable, puesto que la finalidad de la adopción es que sea benéfica para el adoptado, tanto moral como económicamente, y sin lo último la adopción no cumpliría con su cometido.

e) También que la persona que pretende adoptar, sea de buenas costumbres, esta exigencia se explica, ya que la falta de moralidad (o sea las malas costumbres) constituye una causal para la pérdida de la patria potestad, además considerando la analogía que existe entre ésta y la adopción, lógicamente las buenas costumbres son un requisito indispensable para que pueda operar la adopción.

f) Finalmente, considero que otro requisito, para cuando pretende adoptar el tutor, sería el que le hayan sido definitivamente aprobadas las cuentas de la administración de la tutela (Art. 393 del C.C.V.), y así evitar que durante la tramitación del cambio de tutela a la adopción, existan fraudes por parte del tutor.

B) Procedimiento para la tramitación de una adopción.

En cuanto a los requisitos de fondo, este procedimiento se rige por el Código Civil para el Distrito Federal, y en cuanto a las condiciones de forma son fijadas en nuestro Código de Procedimientos Civiles.

Este trámite se lleva a cabo, ante el Juez de lo Familiar competente, en la vía de jurisdicción voluntaria.

Se inicia con un escrito, el cuál debe contener el nombre y edad del menor o incapacitado, y el nombre y domicilio de quienes ejerzan sobre él la patria potestad o la tutela, o en su defecto, de las

personas o instituciones que lo hubieran acogido (Art. 923 C.P.C.).

Ofrecidas y rendidas las pruebas que demuestren, que se ha cumplido con los requisitos que se exigen para que se lleve a cabo la adopción conforme a nuestro Código Civil, y una vez obtenido el consentimiento de la autoridad judicial quien deba darlo, el Juez conecedor de la adopción, dentro del tercer día resolverá sobre la procedencia de la misma, aprobándola o relegándola (Art. 924 C.P.C.).

Después de la resolución que apruebe la adopción, y ésta haya causado ejecutoria, quedará plenamente consumada (art. 400 C.C.V.).

De igual manera una vez que causó ejecutoria la resolución que aprobó la adopción, el Juez conecedor remitirá copia de las diligencias respectivas, al oficial del Registro Civil del lugar, para que levante el acta y haga la inscripción correspondiente (Arts. 84, 85 y 401 C.C.V.).

El acta de adopción deberá contener los siguientes requisitos: nombres, apellidos y edad del adoptante y

adoptado; nombres y generales de las personas que otorgan el consentimiento necesario para otorgarse la adopción; nombres, apellidos y domicilios de las personas que intervinieron como testigos en el procedimiento, finalmente se insertará en la misma, íntegramente la resolución judicial y ejecutoria que haya autorizado la adopción (Art. 86 C.C.V. para el Distrito Federal).

La falta de inscripción del acta de adopción en los libros correspondientes, no invalida la misma, sino que solamente al responsable de la omisión, se le impondrá una multa como lo establece el artículo 85 en relación con el 81 del Código Civil.

C) Efectos de la adopción.

En relación a los efectos de la adopción, el Código Civil Vigente, señala los siguientes:

- a) Crea o da lugar al parentesco civil, sólo entre el adoptante y el adoptado, de primer grado en línea recta, el que adopta tendrá respecto de la persona y bienes del adoptado, los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres respecto a la

persona y bienes de los hijos (Art. 395 C.C.V.).

El adoptado tendrá para con la persona o personas que lo adopten, los mismos derechos y obligaciones que los hijos legítimos, por lo consiguiente, el padre o la madre adoptivos, tendrán el cuidado y representación del adoptado dentro y fuera del juicio; al adoptante le corresponderá la administración de los bienes del adoptado, si los tiene y la mitad del usufructo de los bienes en este caso.

La obligación de dar alimentos entre el adoptante y adoptado es recíproca; como también lo es el derecho a heredar.

El adoptante tiene derecho a corregir al adoptado (Arts. 395 y 396 C.C.V.), asimismo tiene obligación de respetar y honrar al adoptante.

- b) Crea o transmite la patria potestad al que adopta (Art. 403 C.C.V.), aunque no se extinguen por la adopción los derechos y obligaciones que resulten del parentesco natural, esto es, se crea la patria potestad cuando el menor o incapacitado no estaba previamente a la adopción, sujeto a patria potestad

y en razón de la adopción queda bajo la patria potestad del adoptante; también se transfiere cuando el padre o abuelos consienten en dar al menor en adopción, y transmiten la patria potestad al padre o abuelos adoptivos.

- c) Los derechos y obligaciones derivados del parentesco civil creado por la adopción entre el adoptante y adoptado, tiene restricciones toda vez, que el adoptado no entra a formar parte de la familia del adoptante, en los casos en que el adoptado tenga familia consanguínea, éste seguirá como tal, independientemente de la adopción, es aquí cuando dice la maestra Sara Montero Dunhalt, "Que tratándose de menores abandonados, la adopción se ve frustrada, ya que no beneficia generalmente al adoptado, puesto que éste no es incorporado a un grupo familiar, de aquí la necesidad de legislar en México, sobre la adopción plena".⁽²⁴⁾

Existe también en la adopción, un impedimento para la celebración del matrimonio entre adoptante y

(24) Ob. Cit. pág. 330.

adoptado y sus descendientes (Art. 157 C.C.V.), Esta prohibición no es absoluta, puesto que si se extingue previamente los lazos de adopción que los une, éstos podrán contraerlo.

"La adopción no entraña para el adoptado el cambio de nacionalidad (Art. 42 de la Ley de Nacionalidad y Naturalización)".⁽²⁵⁾

- d) Seguirá produciendo sus efectos la adopción, entre el adoptante y adoptado aún y cuando sobrevengan hijos al adoptante (Art. 404 C.C.V.).

Dice la maestra Sara Montero que este enunciado resulta obsoleto, cuando los adoptantes han tenido hijos antes de adoptar⁽²⁶⁾; pero a criterio del sustentante, no lo es tanto, cuando hablamos de los cónyuges que quieren adoptar un infante porque la naturaleza les ha negado uno propio, es aquí cuando dicho enunciado resulta aplicable, puesto que muchas veces después de adoptar a un niño, suele suceder

(25) De Pina Rafael "Elementos de Derecho Civil Mexicano", Editorial Porrúa 15a. Edición pág. 369.

(26) Ob. Cit. pág. 330.

que sobrevenga uno propio a los adoptantes, y éstos pueden en determinado momento olvidar o disminuir el cariño hacia el niño adoptado, resultando entonces que el enunciado anterior es importante para inculcar conciencia en las personas adoptantes de lo que puede ocurrir.

e) Con lo que respecta al apellido, el adoptante tiene derecho a dárselo al adoptado, pero no es una obligación, como se desprende del artículo 395 del Código Civil Vigente.

f) Finalmente, el vínculo de la adopción puede terminar en vida de los que intervinieron, puesto que se trata de una filiación civil, misma que se distingue de la filiación consanguínea ya que este vínculo sigue existiendo dentro o fuera del matrimonio, por ende nunca se extingue en vida de los sujetos.

D) Naturaleza jurídica de la adopción.

En relación a la naturaleza jurídica de la adopción como acto jurídico, es pertinente hacer hincapié en su evolución como acto en sí, es decir, la adopción que establecía el Código

Francés como un contrato formal y solemne, ha cambiado hasta nuestros días y la estudiamos ahora como una institución.

Durante el siglo XIX como ya se dijo anteriormente los tratadistas se inclinaron a considerar a la adopción como un contrato, lo que resulta lógico, cuando las doctrinas de la época en lo político, social y económico, era la influencia de entonces, fue la época de la Revolución Francesa, del auge del liberalismo y del Estado gendarme, basada en la fórmula conocida como "Laissez faire-laissez passer". Epoca también de auge del individualismo exagerado, la que motivo con la voluntad del individuo libremente expresada, que el contrato se convirtiera en Ley para las partes, limitando la función del Estado a cuidar que el objeto fuera lícito y que no estuviera en contradicción con el orden público y las buenas costumbres. Como consecuencia de lo anterior las instituciones existentes en aquel tiempo se fundaban en el contrato (la sociedad, la Ley, la familia, etc.), y por consiguiente la adopción no se salvó de la influencia de esa época.

Criterios que no perduraron, pues entre otras cosas, si se decía que la adopción era un contrato y que para llevarse a cabo era necesario el consentimiento del adoptado, resultaba entonces la adopción obsoleta, ya que no podían ser adoptados los menores de edad por ser civilmente incapaces. Provocándose de esa manera la crisis en el individualismo, y naciendo parcialmente la intervención estatal, con lo que se provocó el estudio de figuras jurídicas basadas en el contrato, entre ellas la de la adopción.

En la actualidad, la institución de la adopción se fundamenta en la vital importancia de la intervención del Estado, sin perder de vista la importancia que juega la voluntad del individuo. Concretamente se busca armonizar el interés irrenunciable del Estado, con los intereses de los particulares. Es importante decir, que la voluntad juega un papel indispensable, pero no es de ninguna manera la plena voluntad como ocurría en la teoría de los contratos; sino que la voluntad debe someterse a los requisitos y condiciones que fija el ordenamiento legal respectivo.

Tendencias estas que sigue nuestra moderna Doctrina y Legislación sostenida entre otros por nuestros juristas Rojina Villegas⁽²⁷⁾, Rafael de Pina⁽²⁸⁾, Ignacio Galindo Garfias⁽²⁹⁾, Sara Montero Dunhalt⁽³⁰⁾; argumentando que la adopción es un acto jurídico plurilateral de carácter mixto, puesto que concurren a la vez el interés de los particulares y el del Estado; quedando claro que la naturaleza jurídica de la adopción en nuestra Legislación como institución, adquiere mayor fuerza en su aspecto social, en virtud que tiende a la protección y bienestar del adoptado menor de edad o incapacitado, mediante la voluntad y esfuerzo conjunto de los particulares y del Estado.

En efecto, sostienen estos autores que es un acto plurilateral, ya que concurren al acto jurídico de la adopción por una parte: 1.- Los que ejercen la patria potestad o tutela de la persona que se trata de adoptar, o en su caso, las personas que lo hayan

(27) Ob. Cit. pág. 26A.

(28) Ob. Cit. 15a. Edición págs. 365 y 366.

(29) Ob. Cit. pág. 655.

(30) Ob. Cit. págs. 324 y 325.

acogido o lo traten como hijo; 2.- El Ministerio Público del domicilio del adoptado cuando éste no tenga padres conocidos, tutor ni persona alguna que muestre interés por el adoptado; 3.- El adoptante que debe tener más de veinticinco años, en pleno ejercicio de sus derechos y ser mayor que el adoptado por lo menos con diecisiete años; 4.- La voluntad del adoptado, cuando éste es mayor de catorce años; 5.- El Juez de lo Familiar que dictará la sentencia autorizando o denegando la adopción (Arts. 400 y 401).

Resultando evidente que estamos en presencia como ya quedó asentado, que la conjunción de voluntades es esencial para la creación del lazo de adopción, siendo ésta un acto jurídico.

E) Impugnación de la adopción.

En nuestra legislación, la impugnación se funda en el hecho de que el menor de edad o incapaz pudieron haber sido adoptados, sin otorgar su consentimiento o bien por un conocimiento viciado por la inmadurez o enfermedad mental.

Conforme al artículo 394 del Código Civil, el menor o el incapacitado que haya sido adoptado, podrá impugnar la adopción dentro del año siguiente, en que el menor cumpliera la mayoría de edad o el incapacitado en que hubiera desaparecido la incapacidad; la impugnación se puede dar con motivo esgrimido por el adoptado, o sin que exista causa aparente, y el Juez de lo Familiar no tiene facultad para negar la misma, como si la tiene para decidir en el caso de revocación, que es la otra forma de extinción de la adopción por mutuo consentimiento.

En opinión del sustentante, dicho precepto extralimita al adoptado, ya que pasado el año a que se ha hecho referencia, no la impugna, el adoptado aunque tenga razones para solicitarla ya no puede hacerlo; debiendo decir: el menor o el incapacitado que hayan sido adoptados, podrán impugnar la adopción, después de cumplir la mayoría de edad o de la fecha en que haya desaparecido la incapacidad respectivamente, de tal manera que subsista hasta entonces su derecho y no se le deje en estado de indefensión al adoptado, para el caso en que tuviera razones fundadas para impugnar la adopción, tal y como ocurre en nuestra Legislación; sin embargo el

adoptante si goza del derecho de impugnar la adopción en cualquier momento, claro está que debe ser con causa justificada.

La impugnación de la adopción, se solicita ante el Juez de lo Familiar, pero nunca se promoverá en diligencias de Jurisdicción Voluntaria.

F) La revocación en la adopción.

La revocación es otra de las formas por las que se puede extinguir o terminar la adopción, las causas suelen ser diversas.

Primero diremos que se puede terminar la adopción por revocación bilateral de las partes, es decir, por mutuo consentimiento.

La adopción puede ser revocada por consentimiento del adoptante y adoptado cuando este último, sea mayor de edad y conviene en ello, y si fuera menor o siendo mayor incapacitado, deberá externar su consentimiento en la revocación la persona que lo representó para la adopción, tutor, persona que lo haya acogido como hijo, Ministerio Público.

En esta forma de revocación convencional o por mutuo consentimiento, el Juez Familiar para decretarla deberá considerar dos aspectos muy importantes: 1.- Que este convencido de la espontaneidad con la que se solicitó; 2.- Que sea conveniente para los intereses morales y materiales del adoptado. En caso contrario el Juez tiene amplia facultad discrecional para denegar la revocación.

Por otra parte, también se puede extinguir la adopción, por revocación unilateral del adoptante, esto es, una de las causas por la que el adoptante puede revocar la adopción, es por conducta ingrata del adoptado, de conformidad con lo previsto en el artículo 406 del Código Civil se considera ingrato al adoptado en los siguientes casos:

- a) Si comete algún delito intencional contra la persona, la honra o los bienes del adoptante, de su cónyuge, de sus ascendientes o descendientes.
- b) Si el adoptado fórmula denuncia o querrela contra el adoptante, por algún delito aunque se pruebe, a no ser que hubiere sido cometido contra el mismo

adoptado, su cónyuge, sus ascendientes o descendientes.

- c) Si el adoptado rehusa dar alimentos al adoptante que ha caído en la pobreza.

En este caso, cuando es revocada la adopción por causa de ingratitud, deja de producir sus efectos en forma retroactiva desde el momento en que se cometió el acto que la justifica, aunque la resolución judicial que la declare sea posterior (Art. 409 C.C.V.).

En los casos que la adopción se extingue por revocación, sea unilateral del adoptante o por manifestación bilateral (mutuo consentimiento), la resolución del Juez deja sin efecto la adopción, cuando la revocación procede, al mismo tiempo restituye las cosas al estado que guardaban antes de efectuarse ésta.

Ha sido objeto de debate entre los juristas contemporáneos la conveniencia de que deba seguir existiendo la revocación de la adopción por mutuo consentimiento, o la existencia de la irrevocabilidad

de la adopción como en algunas legislaciones de países se contempla; el Código Civil Español en su artículo 177 específicamente, o como en el caso de la Ley Inglesa de 1926, que desde un principio no permitió la revocación de la adopción, puesto que el Tribunal que concede la solicitud de adopción, también puede conceder antes de aprobarla definitivamente, un período provisional de pruebas, que nunca deberá exceder de dos años, durante el cual existe la posibilidad de revocar la autorización provisional mencionada, venciendo este plazo, la adopción es irrevocable; la nueva Ley vigente en ese país de 1939, prohíbe totalmente que la adopción pueda ser revocada, si el adoptado no ha cumplido trece años.

La problemática se produce porque, para el caso de la revocación de la adopción, a quien le correspondiera, el ejercicio de la patria potestad en un principio se resuelve aplicando el artículo 408 del Código Civil para el Distrito Federal, ya que según éste al quedar sin efectos la adopción se restituyen las cosas al estado que guardaban antes de efectuarse ésta, es decir, la patria potestad correspondería a las personas que la tenían y que en un principio consintieron en la adopción; pero

suponiendo que el menor o incapaz no tuviera ascendientes o persona alguna que ejerciera la patria potestad sobre éstos, una vez extinguida la adopción, tendría que nombrarse un tutor o representante legal, resultando claro que con la revocación, se perjudica o se afecta la finalidad propia de la adopción, que es la de buscar el bienestar de la infancia desvalida.

El procedimiento judicial para solicitar la revocación de la adopción se regula con los preceptos 925 y 926 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que señalan que el adoptante presentará al Juez de lo Familiar una solicitud de revocación de la adopción, una vez recibida la solicitud, citará dentro del término de tres días siguientes, a una audiencia verbal, en la que el Juez determinará si autoriza o rechaza la revocación solicitada. Será admisible toda clase de prueba, para acreditar cualquier hecho relativo a la conveniencia de la revocación.

Decretada la procedencia de la revocación, la resolución se comunicará al Juez del Registro Civil del lugar en que se realizó la adopción, para que

haga las anotaciones necesarias en el acta respectiva (Art. 410 C.C.V.).

La revocación unilateral de la adopción, no podrá promoverse en diligencias de Jurisdicción Voluntaria. Pero la revocación bilateral o sea por mutuo consentimiento se solicitará en esta vía.

Finalmente, el doctrinario Antonio de Ibarrola, en su texto titulado Derecho de Familia, hace alusión a que en diversos casos puede ejercitarse la acción de nulidad de la adopción⁽³¹⁾. En relación a esta manifestación, el sustentante opina que la nulidad sería otra forma de extinción o terminación de la adopción, ya que en nuestra Legislación Civil al respecto, contempla claramente los requisitos de fondo y forma necesarios para que se de la figura jurídica de la adopción, y para el caso que en el procedimiento haya o exista una violación, causaría nulidad absoluta o relativa, según sea el caso, por lo que considero que la nulidad también es una forma de dar por terminada la adopción cuando resultare una nulidad absoluta por una violación a los requisitos de fondo.

CAPITULO II

LA ADOPCION EN EL DERECHO EXTRANJERO.

El maestro Eugene Petit indica que "para Modestino, la adopción es una institución de Derecho Civil, cuyo efecto es establecer entre dos personas relaciones análogas a las que crean las Justar Nuptiae entre el hijo y el jefe de familia".⁽³²⁾

En principio diremos que la institución de la adopción es muy antigua, sus antecedentes más remotos se dan en la sociedad romana, por lo que antes de entrar al estudio de la adopción en legislaciones de algunos países, haremos una reseña de sus orígenes.

En la antigua Roma tenía una gran importancia, puesto que era una sociedad aristocrática, en la cual la base de la sociedad fue la familia y donde la voluntad del jefe influía sobre la composición de la misma, de tal manera que tenía que asegurar la perpetuidad de su familia, por lo que cada una de estas familias tenía un papel político en el Estado,

(32) Petit Eugene "Tratado Elemental de Derecho Romano", Porrúa 1965, 2a. Edición pág. 113.

ya que era necesaria la existencia preferentemente de hijos varones; por otro lado la necesidad de continuar tradicionalmente con el culto doméstico, puesto que se dice implicaba muchas veces la deshonra de la familia cuando se extinguía el culto.

Lo anterior se daba por la necesidad cuando la familia civil estaba en peligro de extinción, ya que la naturaleza negaba la descendencia natural dentro del matrimonio (Justis Nuptilis) por motivos de esterilidad de la unión o bien por el exceso de descendencia femenina, era entonces cuando la adopción de varones nacidos en uniones diferentes al matrimonio promo (Ex Justis Nupti) se convirtió en necesidad.

Fue en la época de Justiniano cuando la adopción perdió fuerza, ya que nuevamente instituyó la constitución primitiva de la familia.

Con el advenimiento de la adopción en Roma, se dieron dos clases de adopción, la primera que es la adrogación (Adrogatio) y consistía en que una persona Sui Juris se daba en adopción; la segunda se daba en adopción a una persona Alieni Juris, esta última es la adopción (Adoptio) propiamente dicha.

También existieron dos formas de adrogación, primeramente la adrogación se consumaba por la declaración del pontífice que era la autoridad indicada, aunque de manera tradicional se sometía al voto de los comicios por curias, cada curia se componía por treinta lictores (Populi Auctoritate) esto era porque el Estado y la religión tenían intereses en que no desaparecieran familias y por ende desapareciera el culto doméstico; la adrogación en principio sólo tenía lugar en Roma, ya que era donde se reunían las curias; las mujeres excluidas de estas asambleas no podían ser adrogadas. Esta forma de adrogación se daba cuando un jefe de familia, es decir un ciudadano Sui Juris, pasaba bajo la autoridad de otro jefe de familia.

La segunda forma de adrogación se dió hasta la época de Diocleciano, esta decisión era tomada por el gobernador y no por el pontífice, esta adrogación ya fue posible tanto en provincias como en Roma, y desde entonces las mujeres pudieron ser adrogadas.

Sus efectos consistían en que el adrogado pasaba bajo la autoridad paterna del adrogante y entraba como agnado en su nueva familia civil, siendo cognado al igual que sus antiguos agnados, sus descendientes y mujer In Manu, del

adrogado siguen la misma suerte y todos participan desde entonces al culto privado del adrogante, adquiriendo con él, esta modificación de nombre de la Gens y de la familia del adrogante.

En un principio del patrimonio del adrogado era adquirido por el adrogante, pero finalmente Justiniano decidió que sólo obtuviera el usufructo de los bienes del adrogado.

En este caso el adrogado daba su consentimiento para que se llevara a cabo la adrogatio, también era necesario que el adrogante tuviera sesenta años entre otras cosas.

La adopción (Adoptio), este era un acto de menor gravedad que no exigía la intervención de los comicios ni del pontífice, puesto que siendo el adoptado ciudadano alieni juris; originalmente se llevaba a cabo mediante tres ventas ficticias de la persona por adoptar, vendiendo a ésta tres veces y recuperando su patria potestad después de cada venta, según las doce tablas el pater familia original después de la tercera venta perdía la patria potestad ya que el pater familia adoptante reclamaba ante el pretor la patria potestad sobre la persona por adoptar, el pater familia antiguo en este proceso ficticio como demandado. Como

éste no se defendía, el magistrado aceptaba la acción del actor adoptante, era como se combinaban tres ventas ficticias con un proceso ficticio, arrojando como resultado la adopción. A la postre Justiniano decide que sólo se requería del consentimiento del padre natural en dar al alieni juris en adopción al padre adoptante, previa autorización de un magistrado, esto en virtud de que no ponía en peligro la desaparición de la familia ni la extinción del culto, esta adopción se daba tanto en las hijas como en los hijos, puesto que el objeto era sólo de que el adoptante se hiciera de un heredero y no como en la adrogación que era la de perpetuar la familia o su gens.

Sus efectos eran varios, ya que el adoptado sale de su familia civil, pasando a la autoridad paterna del adoptante modificándose su nombre como ocurría en la adrogación; por otro lado en un principio el adoptado perdía el derecho de sucesión en su familia natural, en su calidad de agnado, y además si el padre adoptivo le mancipaba después de la muerte del padre natural, también perdía la esperanza de la herencia del adoptante. Para subsanar esta desventaja para el adoptado, Justiniano reformó al respecto, quedando de la siguiente manera:

Siendo el adoptante un extraño (Extraneus), la autoridad

paterna o patria potestad perduraba, como tampoco cambia de familia, y también adquiría el derecho a heredar cuando el adoptante moría sin dejar testamento (Ab intestado), a ésta se le denominó adoptio minus plena.

Si el adoptante era un ascendiente, seguían surtiendo los efectos de la adopción clásica, puesto que el hijo emancipado daba al abuelo en adoptio a un hijo que había tenido después de su emancipación, quedando unido al ascendiente por lazos de sangre, pasando el filius o adoptado a su nueva familia, desligándose totalmente de la original, por ende el pretor tendría que llamarlo a la herencia, a ésta se le denominó "adoptio plena".

Como ya se dijo antes, en principio sólo bastaba la voluntad del padre natural, puesto que tenía el derecho de mancipar al hijo que estaba bajo su autoridad, también podría hacerle pasar a otra familia. Pero a la postre fue necesario que el adoptado no se opusiera a la adopción.

En la adopción como requisito se exigía que el adoptante fuera mayor que el adoptado con una edad mínima para el adoptante de dieciocho años. También en relación a la adopción con las mujeres, éstas no podían adoptar porque para tal efecto se necesitaba la autoridad paternal,

autoridad que no tenían las mujeres, excepcionalmente Diocleciano lo permitió a una pobre mujer que se le habían muerto sus hijos; asimismo los esclavos no podían ser sujetos a la adopción, aunque el amo que hiciera tal declaración, valía para el esclavo su manumisión.

1.- La adopción en el Derecho Francés.

En Francia después de su decadencia e incluso de la desaparición de la adopción en el derecho antiguo; renació felizmente como consecuencia de la influencia del antiguo Derecho Romano que ejercía en la época de la revolución, fue entonces cuando la Asamblea Legislativa ordenó a su Comité de Legislación que la incluyera en el plan general de Leyes Civiles (Dieciocho de enero de 1792) las formas, requisitos y efectos no fueron regulados entonces, sin embargo con la inesperada Ley reapareció la adopción, inclusive la nación adoptó varios niños entre ellos a la hija de Lepelletier Saint-Fargean (Decreto de 25 de enero 1793), la cual se tomó como una verdadera adopción, tanto que cuando se iba a casar se suscitó un debate en el Parlamento acerca de que dicho matrimonio tendría que ser aprobado por la Convención.

Después de diversos ataques de que fue objeto la

adopción, finalmente la comisión encargada de la redacción del Código, en su proyecto no mantuvo la concepción personal que sostenía el entonces Primer Cónsul, en el sentido de imitar casi en su perfección a la naturaleza, es decir que no se estableciera diferencia alguna entre el hijo adoptivo y el hijo verdadero; sino sólo se consiguió del citado Código algunos efectos restringidos, esto es, que la adopción no crea lazo entre la familia del adoptante y el adoptado, sino sólo existe relación entre éstos; asimismo la adopción no indica cambio de familia porque el adoptado conserva sus derechos y deberes con su familia natural, también el adoptado tiene derecho a heredar los bienes del adoptante, pero no sucedía a la inversa.

La adopción se formalizaba mediante un contrato celebrado ante el juez y tenía validez previa ratificación ante el Tribunal Civil y del de Apelación.

Los requisitos eran diversos, entre ellos que el adoptante debía de contar con cuarenta años, y quince más que el adoptado, no debía tener algún descendiente legítimo y además debería haber tenido a su cuidado al adoptado durante su minoría de edad; el adoptado tendría que ser mayor de edad y obtener la autorización de sus padres si era menor de veinticinco años, razón por la cual

resultaba poco práctica e inoperante dicha adopción.

El Código Civil Francés de que se habla, también admitía otras dos clases de adopción que era la adopción remuneratoria y testamentaria, cuyos requisitos eran menos estrictos que la adopción antes mencionada de Derecho Común.

La adopción remuneratoria no exigía los requisitos de edad en el sentido que el adoptante tuviera cuarenta años, ni quince más que el adoptado, como tampoco era necesario que lo hubiera cuidado durante su minoría de edad, puesto que en ésta se suponía que el adoptado había salvado la vida al adoptante.

La adopción testamentaria, era poco frecuente puesto que era muy complicada y consistía en que se podría adoptar a un menor siempre y cuando el adoptante se hubiere constituido en tutor oficioso del hijo, durante cinco años por lo menos antes de la adopción y también haber sostenido al menor; esta adopción debía constar en un testamento.

Después de la guerra de 1914, la adopción fue un medio para reparar parcialmente las desgracias producidas, ya que era numerosa la cantidad de huérfanos producto de la guerra,

en tal circunstancia era necesario que las condiciones y formalidades de la misma se simplificaran.⁽³³⁾

Fue entonces cuando inició la nueva Ley del 19 de julio de 1923, que específicamente en su Título VIII Libro I del C.C. y reforma del 23 de junio de 1925, permitió la adopción de menores. Posteriormente un decreto-Ley de 24 de julio de 1939 y Ley de 8 de agosto de 1941, contenían ya los beneficios de la legitimación adoptiva, razón por la cual la institución de la adopción en Francia se encontraba en una fase óptima de su desenvolvimiento práctico.

Dice el jurista Jean Carbonnier que la filiación adoptiva sólo trataba de una filiación de índole imitativa, que persigue la similitud jurídica de la filiación legítima, pues la situación de los hijos adoptivos se asemeja a la de los hijos legítimos.⁽³⁴⁾ Sigue diciendo, que la limitación puede variar de conformidad con la intensidad y la amplitud de los efectos de la adopción, es por tal motivo que en el Derecho Positivo de Francia, se

(33) Planol Marcelo, Ripert Jorge "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés" Tomo II La Familia, Cultural, S.A. Habana, 1946, pág. 187.

(34) "Derecho Civil", Tomo I, Vol. II, Situaciones Familiares y Cuasi Familiares, Barcelona 1960, pág. 359.

distinguen dos especies de adopción "Lato Sensu" que es la adopción propiamente dicha o adopción ordinaria y la legitimación adoptiva, que trata de consumir en grado más perfecto el mecanismo de semejanza con la legitimación.

I,- La adopción ordinaria.

Esta adopción resulta de un contrato celebrado entre el adoptante y adoptado, con numerosas condiciones tanto de uno como del otro, su característica general es que todas ellas tienden a impedir que la institución pueda desviarse del matrimonio.⁽³⁵⁾

A) Naturaleza jurídica de la adopción.

Antes del nuevo Código, la adopción era considerada como un contrato, sólo sujeto en cuanto a su eficacia a la aprobación judicial, pero cuyos efectos dependían de la voluntad de las partes, dicho criterio ya había sido desechado por la Corte de Casación al declarar que la manifestación de la

(35) Colín Ambrosio, Capitán H., "Curso Elemental de Derecho Civil", Tomo I, Madrid 1952, pág. 663.

voluntad de las partes, no crea la adopción; aun y que ésta sea indispensable. No obstante, la redacción del artículo 368 de la nueva Ley contiene un argumento en el mismo sentido, esto es, obliga a las partes recíprocamente; revistiendo el carácter de un contrato preparatorio, por medio del cual el adoptante y adoptado se obligan a pedir y aceptar la ratificación judicial. Este contrato es la base necesaria de la resolución judicial y la adopción sera nula si éste contiene un vicio que permita su anulación.

B) Requisitos de la adopción ordinaria.

Existen dos tipos de requisitos, el primero de aspecto personal, y el segundo de índole procesal.

a) Los de índole personal se refieren a la edad y a la situación familiar.

1.- La edad en el adoptado es irrelevante, siendo sujetos pasivos de la adopción, tanto menores como mayores de edad; el adoptante debe tener cuando menos cuarenta años (Art. 344 Pfo. I), pues se estima que no era oportuno autorizar la adopción a aquellas

personas que aún pudieran tener descendencia, otro requisito es que se exige una diferencia de quince años entre el adoptante y el adoptado. Tratando de asemejar la diferencia de edad de éstos, con respecto a un hijo y padre natural.

2.- Situaciones familiares, con relación al adoptado continúan los lazos de sangre con su familia natural, es decir continúa dentro de su familia original, no importando que sus padres vivan o no, inclusive que el mismo adoptado sea casado y aunque tenga descendencia. No obstante lo anterior, si existe una limitación en el sentido de aquél que haya sido adoptado una vez, no puede ser adoptado nuevamente, excepto si el sujeto activo de la segunda adopción es el cónyuge del adoptante (Art. 349, Pfo. I).

Por lo que atañe al adoptante, un requisito esencial es el hecho que no tenga descendencia propia (Art. 344, Pfo. 2o.), puesto que la idea del Legislador es conceder la adopción a los matrimonios que la naturaleza les ha negado un hijo propio, evitando a toda costa que en la adopción se pueda dar o causar un perjuicio a los intereses de la descendencia

legítima.

Esta situación ha de apreciarse al tiempo de emitirse la declaración judicial de adopción, de suerte que la validez de la misma perdura aunque a la postre tenga lugar la concepción de un hijo propio.

Aún y que exista un vínculo de afinidad o parentesco, no impide que se lleve a cabo la adopción, esto es que el adoptante puede ser un tío del adoptado o bien el segundo cónyuge del padre o la madre (Art. 351 in fine).

Ahora bien, en cuanto a que que si la madre o el padre, pueden adoptar a sus hijos naturales, al respecto el último criterio que siguió la Corte de Casación, es sencillo pero sólido: ningún precepto declara al hijo natural incapaz para ser adoptado por su padre o por su madre; y siendo las incapacidades de interpretación estricta, debe deducirse que en tales casos la adopción es posible.⁽³⁶⁾ Esto es, nada se opone a la adopción

(36) Planol Marcelo, Ripert Jorge, Ob. Cit. pág. 794.

por el padre o la madre de los hijos naturales, si la adopción tiene por objeto conferir a los hijos los beneficios propios de la legitimidad, sin ajustarse a las exigencias de forma impuestas por la legitimación.

Finalmente se prohíbe la adopción a los eclesiásticos de igual manera que lo hacía el Código Antigo, también el tutor respecto a su pupilo, hasta que se le hayan aprobado las cuentas definitivamente; y al cónyuge que no tiene el consentimiento de su consorte, requisito también contemplado antes de las reformas.

- b) Dentro de los requisitos de aspecto procesal de la adopción ordinaria tenemos los siguientes:

En el desarrollo del procedimiento para la adopción, sigue dos momentos jurídicos que sucesivamente se producen, el primer momento se da en el ámbito del Derecho Privado y el segundo en el del Derecho Público, a saber, el contrato como derecho privado y la resolución judicial de aprobación u homologación, como de derecho público, ahora bien, si el

contrato precede a la resolución, esta última es la que indica la procedencia y el momento en que opere con tal carácter (Art. 365 Pfo. 1).

- 1.- El contrato es un acto solemne contenido en un documento auténtico otorgado ante el Juez de paz o bien en presencia de notario, en relación al domicilio éste debe ser del adoptante.

El acto o documento debe contener las declaraciones de las partes y cuando procedan las autorizaciones necesarias, puesto que estos actos o contratos están sujetos a las condiciones generales de todos los contratos, por ende, a las condiciones especiales de capacidad y de consentimiento, aunque si bien es cierto que este contrato es "Sui Generis", ya que el objeto no es obtener valores económicos, sino morales y familiares entre los contratantes, de donde resulta entendible la flexibilidad de las soluciones dadas a la adopción. El consentimiento del cónyuge se requiere cuando una de las partes es casada (Adoptado o Adoptante) artículo 346, párrafo 2o.; si el adoptado es menor de edad pero ha alcanzado los dieciseis años, es necesario que dé su consentimiento personalmente firmando el documento de

adopción (Art. 358 Pfo. 1o.), hecho que deja sin efecto al derecho común con respecto a las incapacidades, esto en razón que favorece y es de trascendencia para la situación del adoptado. Y por el otro lado si el adoptado tiene menos de dieciseis años, se requiere el consentimiento del padre o tutor, o sea, en este caso no se da la excepción a la incapacidad y es cuando el menor está en una situación incómoda, puesto que puede ser dado en adopción al arbitrio de su representante legal, ya que es éste quien realiza el contrato y firma (Art. 358 Pfo. 2o.).

2.- La resolución judicial constituye la causa eficiente de la adopción, puesto que a partir de este momento opera la misma, y se inicia con el sometimiento del contrato a aprobación del Tribunal Civil (Art. 360).

El juzgador tiene la misión previo examen del contrato, de comprobar la legalidad y conveniencia de la adopción (Art. 381 Pfos. 1o. y 2o.), para el efecto de que la adopción sea oportuna y conveniente, no basta que tenga ventajas pecunarias y morales para el adoptado, sino que existan motivos

justos con los que se pueda valorar los móviles del adoptante (Art. 343), para tal efecto los jueces concededores tienen facultades discrecionales para conceder la adopción o negarla, apegándose a lo que el precepto indicado se refiere con la palabra oportuna.

La característica especial de la adopción, es que es un procedimiento de jurisdicción voluntaria, ya que su objeto no es la decisión de un debate, sino cumplir con un acto judicial voluntario entre partes, esto es, no hay demandado. El procedimiento deberá tener lugar en la Cámara de Consejo (El artículo 367, lo dispone de esta manera para que la instrucción sea lo más discreta posible, puesto que se trata de un secreto familiar, y para que los testigos puedan exponer confidencialmente su dicho ante el Tribunal.

La resolución debe fundamentarse justificadamente con las facultades discrecionales del juzgador (Arts. 362 y 363); y por la otra parte existe un interés social, puesto que modifica el estado civil de las personas, de aquí que cuando la sentencia concede o niega la adopción, ésta puede ser apelada por el

Ministerio Público (Art. 363 Pfo. 2o.), para el caso que se homologue la adopción, esta sentencia deberá ser leída en audiencia pública, se publicará en periódicos de anuncios legales y se inscribirá en el Registro del Estado Civil (Art. 364).

C) Efectos de la adopción ordinaria.

Los efectos son diversos, entre estos, el primero consiste en que la adopción ordinaria mantiene la sujeción del adoptado a su familia original (Art. 351 Pfo. 1o.), esto quiere decir que el hijo adoptado conserva todos sus derechos con respecto de su familia natural, a saber: apellidos, herencia, obligaciones como hijo y sujeto a los impedimentos al matrimonio que crea el parentesco y la afinidad (Art. 354), en cuanto a los alimentos la obligación es recíproca (Art. 355 Pfo. 1o.), pero a falta de recursos o por muerte del adoptante persiste la obligación para los progenitores.

Excepcionalmente si el adoptado es menor de dieciseis años, previa aprobación del tribunal, puede tomar el apellido del adoptante, incluso cambiar su nombre de pila (Art. 350 Pfo. 2o.), por suponerse que su pasado

es poco recordado, y en su caso olvidado con mayor facilidad; este rasgo original del Código de Napoleón siguió subsistiendo en las reformas de 1923 y 1939, entonces la relación del adoptante con el adoptado ocupa una situación de hijo legítimo semejante a la relación en la legitimación adoptiva.

El derecho hereditario, no es recíproco entre el adoptante y el adoptado, sólo es benéfico para el adoptado, sin embargo el padre natural si tiene derecho a heredar sobre el adoptado, el adoptante tiene derecho sólo a recuperar en especie los bienes que hubiere donado al adoptado (Art. 356 y 357).

Finalmente el adoptado queda sujeto a la patria potestad del adoptante, cuando el primero sea menor de edad, ésto en lo que respecta a su persona, en cuanto a sus bienes puede ser sometido a tutela (Art. 351 Pfo. 2o.).

Existen también algunos efectos en la adopción ordinaria que limitan su eficacia como son:

- a) La adopción no produce efectos retroactivos, esto

es, antes de la Ley de 1923, se admitía generalmente que la adopción retraía sus efectos al día del contrato, pero el artículo 365 moderno, no acepta tal situación, ya que sus efectos surtían entre las partes (adoptante y adoptado) hasta que rige la fecha de la sentencia que la autoriza, y con respecto a los terceros a partir de la fecha de la transcripción en el Registro Civil y que es cuando se tiene eficacia, esta idea del Legislador la tomo del artículo 252 de la Ley del 26 de junio de 1919, en el que se determina la fecha en que comienza a surtir los efectos el divorcio; de tal manera que esta innovación fue aplicada inadecuadamente a la adopción;⁽³⁷⁾ puesto que resulta que la vida jurídica del hijo adoptivo se divide en dos partes, la primera que se refiere a su pasado o describe a su familia originaria y la segunda, después de la sentencia exclusiva con el adoptante. Observándose que lo adecuado sería que el estado de estas personas fuera indivisible, ya que el adoptado lleva el nombre del adoptante y con tal carácter debiera ostentarse esa relación ante todo el mundo, es decir

(37) Planiol Marcelo, Ripert Jorge, Ob. Cit. pág. 816.

sin distinción alguna.

- b) La adopción no produce efectos definitivos, no obstante que se hubieren agotado los recursos (apelación, casación por quebrantamiento de forma Art. 365), puesto que existen formas que la resolución de homologación de la adopción puede ser anulada o revocada.

1.- La nulidad de la adopción por vicios de fondo o forma, en cuanto al contrato, provoca la extinción de la adopción incluso frente a la resolución judicial de homologación, ya que si bien es cierto que las nulidades no se dan contra las sentencias, también lo es que dicha resolución no es más que un acto de jurisdicción voluntaria, y éstas nunca adquieren el carácter de sentencias, por ende, no adquiere la autoridad de cosa juzgada. La nulidad de la adopción de conformidad con la teoría general de nulidades, puede ser relativa o absoluta; se daría la nulidad absoluta cuando deje de concurrir alguna de las condiciones legales de la adopción por ejemplo, la edad; y será relativa cuando se trata de un vicio de consentimiento o ausencia del mismo por parte de las personas que deban darlo, ejemplos:

consentimiento del padre, cuando el adoptado es menor de edad.

2.- Hasta el Código Civil Napoleónico, la adopción era irrevocable pero la Ley de 1923, dispuso que la revocación podría darse aunque no por mutuo consentimiento de las partes (mutuo disenso), sino que la revocación sólo podría ser dispuesta por el Juez y por causas muy graves, también consideradas por el Tribunal. Estos motivos los constituirían tanto el adoptante como el adoptado; para el caso del adoptante era la falta de cumplimiento a sus deberes como padre que le impone la patria potestad, o cualquier otro que traiga como consecuencia la pérdida de la patria potestad y cuando la adopción resulte gravemente desventajosa para el adoptado, circunstancia ésta en que el adoptado puede pedir la revocación; para el caso del adoptado, por hechos imputables a éste, tales como mala conducta, ingratitud, violencia o amenazas para el adoptante o su familia. Para el supuesto que al adoptante le sobrevinieran hijos legítimos, o le desfavoreciera la fortuna, no existen motivos para el caso del primer supuesto pida la revocación y para el segundo la solicite el adoptado.

3.- La adopción sólo produce efectos relativos, puesto que la filiación legítima produce efectos absolutos, esto es, la relación familiar sólo existe entre los contratantes (Adoptante-adoptado), a la que pueden adherirse los hijos legítimos en caso de que los tenga el adoptante; pero se excluyen inclusive de esta relación, tanto los consanguíneos, como los padres del adoptado, en otras palabras el adoptado nunca entra a la familia, ya que quien lo adopta es un sujeto (Individual o matrimonio) por ende no ingresa al grupo familiar.

II.- Legitimación adoptiva.

La legitimación adoptiva tiene más eficacia y rasgos característicos que la distinguen de la adopción ordinaria, aunque tiene también cierta similitud en cuanto a requisitos.

La legitimación adoptiva trata principalmente, una vez dictada la resolución judicial, se atribuya a un matrimonio a un hijo que le era extraño y que ingresa a la familia como si hubiese sido procreado por ellos.⁽³⁸⁾

(38) Carbonnier Jean, Ob. Cit. pág. 370.

A) Requisitos en la legitimación adoptiva.

También existen requisitos de indole personal, como de carácter procesal, y que pueden irse equiparando con los criterios seguidos en la adopción ordinaria.

- a) Los aspectos personales pueden referirse a la edad, así como a la situación familiar.

1.- En la edad, el sujeto activo de la adopción (Adoptante), deberá cumplir con los requisitos previstos para la adopción ordinaria, sin embargo en lo que concierne al adoptado, se le adiciona un requisito y que a la vez resulta característico de la legitimación adoptiva, y que consiste en que el adoptado debe de tener menos de cinco años, al día en que se solicite la adopción, lo anterior con la finalidad de llegar a una mejor imitación a la familia formada naturalmente.

2.- Situaciones Familiares, esta legitimación adoptiva se da y se efectua por ambos cónyuges, a diferencia como ocurre en la adopción ordinaria, resultando esencial para la legitimación adoptiva que los

cónyuges no tengan hijos legítimos propios; también no existe límite para llevar a cabo estas adopciones. Por lo que atañe al adoptado, forzosamente debe de carecer de hogar propio, resultando preciso que los padres naturales hayan muerto, sean desconocidos o por abandono total del menor, lo anterior por ser la idea primordial de esta adopción, que es la de proporcionar un hogar a los niños que no lo tienen. Extinguiendo así todos los lazos con la familia original del adoptado.

- b) Dentro de los requisitos de aspecto personal tenemos los siguientes:

En cuanto al desarrollo del procedimiento dada la legitimación adoptiva se siguen tres momentos, aunque los dos primeros son similares a los de la adopción ordinaria, existiendo entre ellos notable diferencia, en el sentido que esta legitimación adoptiva no se exige el contrato básico y previo a la resolución que va a declarar la legitimación adoptiva (Art. 369).

- 1.- En relación a lo anterior se supone necesario el convenio officioso entre los adoptantes y el organismo

con actividad benéfica o personas a cuyo cargo corresponde el cuidado del menor, de tal manera que si bien es cierto que debe dictarse una resolución a instancia de los solicitantes, también lo es que ésta nunca adquiere el carácter de homologación, por no ser un negocio jurídico entre particulares. Sin embargo debe existir una exteriorización de la voluntad de los ascendientes de los adoptantes para que se de la adhesión con los adoptados (Art. 370 Pfo. 2o.).

2.- La resolución judicial, en ésta debe apegarse el Juez a la apreciación respecto de los criterios que sigue lo preceptuado en el artículo 343, es decir ventas que han de ser visibles para el adoptado y los motivos que legitimen la adopción. La Ley también impone al Juez la obligación de hacerse llegar toda la información necesaria para averiguar si el adoptado ha perdido a sus padres, evitando el riesgo de que aparezcan otro día, asimismo es obligación del Juez dar intervención a la administración de la obra benéfica o persona que tuviera a su cuidado a quien se pretende adoptar, puesto que lo relevante de esta información radica en que dicha maniobra asume cierto carácter contractual.

En cuanto a las formas procesales especificadas en la adopción ordinaria, se admiten por analogía en la legitimación adoptiva.

No es necesario que la resolución sea publicada en un periódico de anuncios legales, pero si debe hacerse la inscripción en el Registro del Estado Civil, siempre con la idea de seguir una imitación lo más perfecta que se pueda con la filiación legítima.

3.- También como una característica especial de la legitimación adoptiva, es que se da con un CARACTER EVENTUAL, en cuanto al acto de la adhesión de los ascendientes de los adoptantes, esto es, como reflejo de dicho consentimiento (Art. 370 Pfo. 2o.), que casi siempre consiste en un documento notarial otorgado para este propósito durante el procedimiento y en virtud de los cuales los ascendientes renuncian a hacer uso de la inoponibilidad, que los confiere el citado artículo, por lo que se refiere a la obligación alimenticia y a la calidad del adoptado como heredero forzoso; además admitiendo la posibilidad de que la legitimación se les oponga

eficazmente.

B) Efectos de la legitimación adoptiva.

A diferencia de los efectos derivados de la adopción ordinaria, son más enérgicos los derivados de la legitimación adoptiva, ya que la imitación de la filiación legítima es más perfecta, puesto que se presentan menos obstáculos al principio de asimilación, toda vez que el hijo adoptado carece de padres y los adoptantes están unidos en matrimonio.

- a) La situación jurídica del hijo adoptivamente legitimado, en este caso el sujeto pasivo de la legitimación adoptiva, no tiene pasado, pues su apellido original es sustituido por el del padre adoptivo (Art. 369 Pfo. 2o.).

Con respecto a su familia natural sólo le afectan los impedimentos matrimoniales (Art. 370 Pfo. 2o.), pero no existe relación alimenticia ni llamamiento sucesorio.

Para el caso, que con anterioridad a la legitimación adoptiva, no hubiere acreditado su filiación en

progenitor natural, mediante el reconocimiento, o pretendiera hacerla con posterioridad a ella, resultará ineficaz el ejercicio de la reclamación de estado, como el reconocimiento pretendido, esto es, cualquier intervención que quisiera tener la familia del adoptado, para el caso que aparecieran los padres, éstos deberán de hacerlo antes de que se dicte resolución en la que haya procedido la legitimación adoptiva, en caso contrario, estos últimos no tendrán acción alguna que ejercitar.

El adoptado entra como hijo a su nueva familia con todas las prerrogativas, como si éste hubiera sido engendrado por los adoptantes (Art. 370 Pfo. 1o.).

Los impedimentos matrimoniales se rigen por el artículo 161, y siguientes, quedando sujeto a las mismas obligaciones y participando de las titularidades alimenticias de los hijos legítimos. Lo mismo es decirse de sus derechos sucesorios en su calidad de heredero.

- b) Formas en que opera la legitimación adoptiva, en cuanto a sus efectos.

- 1.- Esta adopción carece de efectos retroactivos. La situación real, es más semejante a la de un hijo legítimo. En otras palabras, el adoptado se asemeja a un hijo natural, cuando este último es legitimado por su padre natural.

- 2.- La legitimación adoptiva produce efectos definitivos, en virtud que no es admisible la posibilidad de revocarla (Art. 369 Pfo. 3o.).

En cuanto a la anulación, no es muy sólida esta legitimación adoptiva, no obstante que a ésta le dio nacimiento una sentencia, y no un acto jurídico privado, no siendo posible declarar su ineficacia o nulidad en los mismos términos que en la adopción ordinaria; pero tampoco se puede escapar la posibilidad de que dicha sentencia o resolución sea impugnabile conforme a las normas del Derecho Común (Art. 464 Código de Procedimientos Civiles), esta oposición o impugnación puede llevarse a cabo por terceros, es decir, por los padres de los adoptantes o del adoptado.

- 3.- Esta legitimación produce efectos absolutos, aunque no limita a los sujetos a una relación estrictamente

individual, sino que establece un lazo entre dos familias. El adoptado pasa a convertirse en familia de los consanguíneos de cada uno de los adoptantes, dando nacimiento con este vínculo a los correspondientes derechos, obligaciones y titularidades sucesorias.

Lo anterior no supone limitación alguna con relación a los colaterales, que no están sujetos a obligación de tipo alimenticia, y también puede excluir de la sucesión al adoptado como nuevo pariente, pues no ostenta la calidad de heredero forzoso.

Todavía puede resultar más ingrata la situación de los ascendientes (Abuelos adoptivos), cuando en el caso, no aprobaron la iniciativa y voluntad de los adoptantes y se hallan frente a un nieto no previsto con calidad de heredero forzoso y acreedor alimenticio.

En virtud de lo anterior dispone el artículo 370 párrafo 2o., que la legitimación adoptiva no puede oponerse ni hacerse valer frente a los ascendientes que no se hayan adherido a la adopción.

2.- La adopción en el Derecho Italiano.

Para Guiseppe Branca, la adopción es "Un hecho complejo por medio del cual un hijo natural o legítimo de terceros ingresa en forma permanente a una familia asumiendo, respecto del adoptante, una posición muy semejante (Hijo adoptivo) a la de un hijo legítimo".⁽³⁹⁾

Cualquiera que sea la intención práctica o el motivo determinante de la voluntad del adoptante o del adoptado, se manifiesta una doble función: dar artificialmente un hijo a quien no lo tiene colmando un vacío familiar; dar una posición legítima a quien carece de ella.

Barbero Domenico, dice "El concepto y función de la adopción como hecho".

"Como hecho jurídico, la adopción es evidentemente distinta de la filiación: ésta consiste en la generación y comporta la consanguinidad; aquélla consiste en un hecho de voluntad, que se actúa en dos momentos, negocio y decreto de adopción. Pero es oportuno tratar de ella aquí, ya que ese hecho se orienta a imitar en los efectos al hecho natural de

(39) Branca Guiseppe. "Instituciones de Derecho Privado", Editorial Porrúa, 1a. Edición 1978, pág. 153.

la filiación, dando lugar, en efecto, a una relación jurídica, el estado de hijo adoptivo, asimilando en gran parte al del hijo legítimo".⁽⁴⁰⁾

Dice Francesco Messineo que "La finalidad lateral del instituto es dar una familia a quien ya no la tenga o a quien no la haya tenido nunca (hijo de padres desconocidos); pero no siempre: en efecto, se concilia con la adopción, la eventual circunstancia de que el adoptado tenga una familia suya y vivan todavía uno o ambos progenitores".⁽⁴¹⁾

A) Finalidad. Francisco Missineo y Guiseppe Branca coinciden en que la adopción tiene una finalidad o función doble, y que son:

a) dar una familia a quien carece de ella y correlativamente dar hijos a quien no se los ha dado la naturaleza, es decir, dar un hijo artificial a quien no lo tiene.

b) Dar una posición legítima a quien carece de ella, procurando que el adoptado reciba el beneficio patri-

(40) Domenico Barbero, "Sistema de Derecho Privado II", El Derecho de la Familia, Editorial Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1967, pág. 141.

(41) Messineo Francesco, "Derecho Civil y Comercial" Tomo III, Editorial Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1971, pág. 163.

monial de poder ser heredero legítimo o legitimario del adoptante (Artículos 304 2o. párrafo, 536 y 537), además de serlo de los propios progenitores (Artículos antes citados y 270) y de los demás parientes propios.

Por eso sostiene la doctrina italiana que la adopción constituye la familia civil, junto con la familia natural (En sentido amplio).

B) Aspectos fundamentales de la adopción.

- a) La personalidad, también denominada unilateralidad de la adopción, porque queda circunscrita a la relación entre adoptante y adoptado: porque la misma no se comunica al cónyuge y parientes del adoptante, ni a la familia del adoptado (Arts. 291 y 567).
- b) Sólo puede adoptar aquél que en el momento de la adopción, no tiene descendientes legítimos o legitimados (Art. 191 Pfo. 1), o ya concebidos.
- c) El adoptante puede ser uno sólo (mujer u hombre), de manera que la adopción pueda perfeccionarse, aún cuando la relación se establezca entre el adoptado y

un solo progenitor adoptante, es posible que los adoptantes sean dos, pero siempre que sean cónyuges (Art. 294).

- d) También puede existir la posibilidad que una persona adopte a varios hijos, siempre que sea en el mismo acto (Art. 294 primer apartado).
- e) Que sea único adoptante, quien está casado, es decir, sólo uno de los cónyuges es quien va a adoptar (Art. 297 primer apartado).
- f) La persistencia de los derechos y deberes del adoptado respecto de la propia familia de origen (Art. 300); el adoptado conservara también el apellido de ésta.

Aunque el Legislador trata de favorecer a la adopción, ésta se enfrenta con diversas restricciones como son: impide o hace difícil que el adoptado entre en lugar de hijo, cuando el adoptante tenga ya o pueda tener hijos propios (Art. 291), y se debe garantizar que entre el adoptado y el adoptante exista una diferencia de dieciocho años, excepcionalmente de dieciseis; de tal manera que las

relaciones entre ellos imiten las que median entre hijos y padres, cuando estos últimos lo son por naturaleza (Art. 291), pero no siendo necesario que el adoptado sea menor de edad, de donde se infiere que también puede ser mayor de edad y puede también estar casado (Art. 297 primer apartado).

C) Requisitos indispensables para que puedan hacer la relación de adopción.

a) La diferencia de edad, como ha quedado indicado con anterioridad.

b) Que el adoptante haya cumplido los cincuenta años de edad, excepcionalmente los cuarenta años (Art. 291).

c) Que el adoptante no tenga hijos legítimos (Art. 291).

d) Que el adoptante y aún el adoptado, cuando éste último no ha cumplido los dieciocho años, su representante legal y el adoptante, manifestaran su voluntad de constituir entre sí la relación de adopción (Art. 296).

- e) Que exista el consentimiento del cónyuge adoptante; y el consentimiento del cónyuge y de los progenitores si viven, del adoptado, o del que sobreviva (Art. 297 primero y segundo apartados), aun y cuando ésta sea mayor de edad.

- f) Que la adopción sea conveniente para el adoptado (Art. 312 apartado tercero), juicio este que se remite a la discreción de la Corte.

- D) Además de los requisitos indispensables, no puede adoptar quien esté en las siguientes circunstancias:
 - a) El tutor del pupilo, sino hasta después de la aprobación de su rendición de cuentas, la devolución de los bienes y la extinción (salvo garantía idónea) de las obligaciones que de ello resultare a su cargo (Art. 295).

 - b) Cuando ya existe una relación filial natural entre el adoptante y el adoptado (Art. 293).

 - c) El adoptante que ya haya adoptado, y que quiera hacer una posterior adopción.

E) Estructura y forma de la adopción o procedimiento para la adopción.

a) En este punto coinciden tanto Giuseppe Branca⁽⁴²⁾, Domenico Barbero⁽⁴³⁾ y Francesco Messineo⁽⁴⁴⁾, en el sentido que para llegar a la adopción se necesita de dos momentos o fases.

Primero.- La manifestación de la voluntad del adoptado, cuando no haya cumplido los dieciocho años la hace su representante legal (progenitor o tutor), a la autoridad presidente de la Corte de apelación. Los consentimientos de las personas indicadas en los artículos 296 y 297 (adoptante, adoptado, cónyuge del adoptante y del adoptado, progenitores del adoptado o por su representante con poder especial que resulte de acto público o de escritura autenticada), artículo 311.

Cuando el adoptante es menor, la Corte se hace llegar de informaciones, verificando también si concurren los requisitos de Ley y si la adopción es conveniente para el

(42) Ob. Cit. pág. 155.

(43) Ob. Cit. pág. 143.

(44) Ob. Cit. pág. 165.

adoptado. Asimismo si el adoptante goza de buena fama, todo esto antes de pronunciar el decreto.

El consentimiento es revocable, es decir, opera Ex nunc (Art. 298 primer y segundo apartado), siempre antes de que se pronuncie o emita el decreto, pero si el adoptante después de manifestado su consentimiento muere sin haberlo revocado, se procede a la adopción. Sin embargo se admite la oposición del heredero del adoptante (Art. 298 cuarto apartado); si se pronuncia la adopción produce efectos desde el día de la muerte del adoptante, por consiguiente tiene excepcionalmente efecto retroactivo (Art. 298 quinto apartado).

Segundo.- Este consta de la emisión del decreto por la Corte de apelación, éste cuando pronuncia la adopción, crea el acto constitutivo de la relación de adopción, dice Francesco Missineo "Por consiguiente no es un acto de homologación respecto de la manifestación de la voluntad de los dos interesados".⁽⁴⁵⁾

Este procedimiento es seguido mediante la vía de juris-

(45) Ob. Cit. pág. 166.

dicción voluntaria, cuando se trata de providencia pronunciada en Cámara de Consejo y sin contradictorio, la misma no es una sentencia definitiva, sino un acto administrativo discrecional que tiene como presupuesto la manifestación de las voluntades de los interesados.

Una vez dictado el decreto por la Corte de apelación, éste no es revocable a voluntad de las partes interesadas (Arts. 305 y 298 segundo apartado).

Finalmente dice Barbero Domenico "El decreto de adopción debe ser inscrito en registro especial, al cuidado del secretario, que en los diez días siguientes debe de transmitir copia de él al oficial del Estado Civil para su anotación al margen del acta de nacimiento tanto del adoptante como del adoptado (Art. 314, ap. 1o). Y a partir de la fecha del decreto comienzan a correr los efectos de la adopción (Art. 238, ap. 1o)".⁽⁴⁶⁾

F) Efectos de la adopción.

a) La patria potestad sobre el adoptado, si éste es

(46) Dh. Cit. pág. 144.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

menor pasa al adoptante y cesa la patria potestad del progenitor, con la consiguiente pérdida del usufructo legal; ella implica las obligaciones respectivas (Art. 147), a cargo del adoptante (Art. 301, aps. 1o. y 2o.).

Si la mujer adopta al hijo del propio marido, el ejercicio de la patria potestad corresponde al marido (Art. 301, ap. 3o.).

Cuando la adopción se hizo por ambos progenitores y cesa la patria potestad del marido, la mujer tiene el ejercicio de ella (Art. 303).

También cuando cesa la patria potestad para el adoptante único, el juez tutelar dictará providencias oportunas para el cuidado del adoptado, en cuanto a su representación y para la administración de sus bienes (Art. 303 ap. 1o.).

- b) De la administración de los bienes del adoptado, corresponde durante la minoría de edad de éste al adoptante; pero el adoptante no tiene el usufructo legal, en cambio sí puede emplear las rentas para los gastos de manutención, educación e instrucción

del menor, con la obligación de invertir el excedente de un modo fructífero; y debe administrar con la diligencia e interés del buen padre de familia para con sus hijos (Art. 301, ap. 40).

- c) El adoptante no tiene derechos de sucesión sea legítima o necesaria frente al adoptado (Art. 304), pero no prohíbe que pueda sucederlo por testamento, en cambio el adoptado si tiene derechos sucesorios, intestamentarios frente al adoptante y aún contra el testamento de este último (Art. 304).

- d) La relación de adopción perdura aún después de la mayoría de edad del adoptado, a pesar que haya cesado la patria potestad, porque esta institución perdura en el tiempo.

- e) El adoptante asume el apellido del adoptante y lo agrega al propio (Art. 299).

- f) Existe una obligación recíproca alimentaria (Art. 436).

- G) Oposición, revocación y cesación de la adopción.

- a) Cuando el adoptante muere antes de la emisión del decreto de adopción, después de haber dado su consentimiento, sin haberlo revocado, sus herederos pueden presentar a la Corte memorias y observaciones para oponerse a la adopción (Art. 298).

- b) Existen dos razones por las cuales puede ser revocada la adopción, ingratitude del adoptante y del adoptado, y por razón de buenas costumbres.

1.- La hipótesis de indignidad por parte del adoptado es: haber atentado contra la vida del adoptante o de su cónyuge, de un descendiente o ascendiente de él; haberse hecho culpables respecto de ellos, de un delito punible con pena restrictiva de la libertad personal no inferior a tres años (Art. 306, ap. 1o.). Si el adoptante muere como consecuencia del atentado, la revocación puede pedirla aquél a quien diferiría la herencia en perjuicio del adoptado y de sus descendientes. En la hipótesis contraria, en que la indignidad es por parte del adoptante, la revocación puede ser solicitada por el adoptado, si éste es menor, por el Ministerio Público (art. 307).

También en este último caso el juez tutelar dictará las providencias necesarias, para el cuidado del menor y la administración de sus bienes.

2.- Por razones de buenas costumbres, no mejor determinadas a fin de dejar al respecto cierto un margen de prudente discrecionalidad al Magistrado, la revocación puede ser solicitada por el Ministerio Público (Art. 308).

c) Fuera del caso de revocación, los efectos de la adopción cesan de derecho cuando ocurra el matrimonio entre dos de las personas ligadas por el vínculo de adopción (adoptante y adoptado), o cuando ocurra legitimación del hijo adoptivo por parte del adoptante. Y finalmente cuando cualquier sentencia de revocación, pasa por cosa juzgada.

3.- La adopción en el Derecho Alemán.

Antecedentes históricos:

Al igual que en otras de las legislaciones, el antecedente de la adopción en el Derecho Alemán, se remonta

al Derecho Romano, y considera en su estudio las dos formas de adopción que existían entonces, la arrogación y la adopción en sentido amplio.

"La arrogación consistía en que un hombre tomaba como hijo a una persona que hasta entonces no estaba sujeta a la patria potestad, ésta requería la aprobación del pueblo que en Roma eran los comicios curiados. En la época imperial se exigía, en lugar del consentimiento, un rescripto imperial, y en el derecho común un rescripto del soberano territorial; la arrogación constituía la patria potestad del adoptante.

La adopción en sentido estricto, constituía un contrato entre el titular anterior de la patria potestad y un tercero a quien se daba el hijo en patria potestad. En época anterior el hijo podía oponerse a la adopción, también en la adopción en sentido estricto constituía la patria potestad del padre adoptante. Pero según el derecho Justiniano, se debía distinguir entre adoptio plena y adoptio minus plena: la adoptio plena daba la patria potestad al adoptante, sólo existía si el adoptante es ascendiente natural del hijo o cuando el abuelo en vida del padre daba el nieto a un extraño en adopción; la adoptio minus plena no constituía la patria potestad, pero sí una relación filial

entre el adoptante y el adoptado, incluso un derecho sucesorio, pero no forzosamente a la inversa, es decir, un derecho sucesorio del hijo frente al padre adoptante".⁽⁴⁷⁾

En la época imperial, también se permitía la adopción a las mujeres, pero sólo en virtud de un rescripto imperial especial, que sólo se concedía cuando la mujer hubiere tenido y perdido hijos propios. En el derecho común era también necesario un prescripto del soberano territorial, pero en éste se podía prescindir del anterior requisito mencionado. El hijo adoptado adquiría la situación jurídica del hijo natural de la madre adoptante.

La adopción en el derecho privado antiguo alemán, no tuvo importancia notable. El ALR Prusiano conoce una adopción con igualdad de condiciones para ambos sexos y además un contrato de prohijamiento.

En la actualidad la institución jurídica de la adopción es todavía extraña.

El Código Civil Alemán, conoce sólo una especie de

(47) Kunkel Jors, "Derecho Privado Romano", Ediciones Labor, 1937, pág. 426.

adopción, que puede hacerse tanto por un hombre como por una mujer.

Por lo general se adoptan hijos ilegítimos y esto desde el punto de vista social es muy importante en beneficio de los hijos ilegítimos, por lo tanto el objetivo es de bienestar de la situación jurídica de los hijos ilegítimos, y este mismo objetivo se sigue para mejorar las normas de adopción. Existe un proyecto de Ley sobre la situación jurídica de los hijos ilegítimos y ésta se extiende también en lo que respecta a la adopción.

En la realidad existe más bien una relación de prohijamiento, sin que haya una adopción efectiva, esto ocurre porque para los interesados es más fácil hallarse en una situación más libre, deseando plenamente su libertad en cuanto a sus relaciones recíprocas, ya que la adopción actualmente opone ciertos obstáculos dificultando el propósito para lograr la adopción. El Código Civil Vigente en comparación con el Landrecht Prusiano ha dejado de regular dicha relación.

A) Requisitos para el adoptante.

a) No debe tener ningún descendiente legítimo el adop-

tante (1.741 prop. 1), a este respecto se equiparan a los hijos legítimos los hijos legitimados o los nacidos de un matrimonio putativo, la consecuencia lógica también sería la existencia de que los hijos adoptivos se opusieran a la adopción de otro, pero el (1.743) lo acepta expresamente. La existencia de un hijo legítimo no se opone a la adopción de un hijo por el padre ilegítimo; no así, por razón del contenido del (1.705), respecto a la madre ilegítima.

- b) Debe haber cumplido cincuenta años el adoptante, pues se presume que hasta esa edad puede tener hijos propios, es notable que el Derecho Alemán no ha reformado su Código Civil, ya que la Ley Francesa de 1923, desde entonces había legislado al respecto reduciendo esta edad, a cuarenta años. El proyecto alemán trata de reducir también a los cuarenta años.

Existe también la posibilidad de la dispensa por el Estado, sólo se requiere que el adoptante sea mayor de edad o la declaración de esterilidad (1.741 ap. 1). La dispensa es competencia del estado particular del cual es súbdito el adoptante.

El gobierno territorial reglamenta su concesión (1.745 ap. 2 y 3), si el adoptante es un alemán que no sea súbdito de ningún estado en particular, la concesión de la dispensa compete al Ministerio de la Justicia del Reich (1.745 ap. 2).

- c) Debe tener dieciocho años más el adoptante que el adoptado (1.744) para que se le pueda confiar con autoridad paterna. Este requisito también puede ser dispensado, al igual que el anterior.
- d) Si el adoptante está limitado en su capacidad, éste necesita el consentimiento o aprobación de su representante legal y la aprobación del Tribunal de Tutelas (1.751 ap. 1). Ahora bien, si el adoptante es incapaz, el contrato no puede concluirse, ya que su representante no puede otorgar el consentimiento necesario para la adopción (1.750 ap. 1 prop. 1).
- e) Si estando casado el adoptante, necesita del consentimiento de su cónyuge (1.746 ap. 1), este consentimiento como el los demás casos, es previo a la declaración, y obvio antes de confirmar el contrato (1.748).

Si el cónyuge es incapaz, no se requiere de su consentimiento, puesto que está imposibilitado de emitir una declaración (1.746 ap. 2), lo mismo ocurre cuando se desconoce el paradero del cónyuge (1.746 ap. 2).

B) Requisitos para el adoptado.

- a) Cuando un hijo legítimo menor de veintiún años quiere ser adoptado, solo se logrará con el consentimiento de los padres (1.747 prop. 1). Cuando se trate de un hijo ilegítimo también menor de veintiún años, es necesario el consentimiento de la madre (1.747 prop. 1), respecto del consentimiento rigen las mismas disposiciones para el consentimiento del cónyuge del adoptante (1.747 prop. 2, 1.746 prop. 2 ap. 2 y 748 ef supra II 5).

El cumplir veintiún años de edad no equivale a la declaración de mayoría de edad.

- b) Si el adoptado está limitado de su capacidad, es necesario el consentimiento del representante legal y de la aprobación del Tribunal de Tutelas (1.751 ap.

2 ef ap. 1), antes de resolver al respecto se debe oír al representante de la oficina de protección a la juventud, ésto cuando el adoptado no sea mayor de veintiún años.

- c) Cuando el adoptado no tiene todavía los catorce años, podrá concluir su contrato su representante legal, con las condiciones del requisito que antecede (43 ap. 1 prop. 2 Ley de Protección de la Juventud). Rige lo mismo cuando el adoptado es incapaz, o sea, cuando sea menor de siete años o habiéndolos cumplido es enfermo mental; en cambio, si el adoptado es mayor de catorce años pero incapaz, el contrato no puede concluirse, ya que el mismo no puede ser otorgado por su representante legal (1.750 ap. 1 prop. 1).

Para el caso de que el tutor quiera adoptar a su pupilo, el Tribunal de Tutelas no debe dar su aprobación mientras el tutor desempeña su cargo, inclusive después de cesar el tutor en su cargo, no debe aprobarse la adopción hasta en tanto no haya rendido cuentas de su administración y demostrar la existencia del pupilo (1.752 ap. 1), se rige de igual forma cuando se trata de un curador nombrado para la

administración del patrimonio (1.752 ap. 2).

- d) Cuando el adoptado es casado, respecto del consentimiento del cónyuge, rige lo mismo que para el adoptante.
 - C) No constituye obstáculo para la adopción el que el adoptado sea hijo ilegítimo del varón adoptante. De igual manera la madre ilegítima puede adoptar a su hijo en concepto de legítimo.
 - D) También un matrimonio puede adoptar en común a un hijo (1.749 ap. 1), asimismo que un hijo adoptivo sea adoptado por el cónyuge del adoptante.
 - E) La adopción se realiza mediante contrato entre el adoptante y el adoptado, y se confirma por el Tribunal (1.741).
- a) Del contrato.
- 1.- Este debe concluirse en presencia simultánea de ambas partes, ante el Tribunal o del notario (1.750 ap. 2).

2.- Por medio de representantes, el contrato no puede concluirse (1.750 ap. 1, prop. 1), con la excepción citada y a que se refiere el (1.750 ap. 1 prop. 2).

3.- No puede concluirse el contrato bajo condición o término, siendo inadmisibles tanto el término inicial como el final, y también la condición suspensiva como la resolutoria (1.742), que harían ineficaz el contrato; en otras palabras, es nulo el contrato por el cual las partes se obligan a concluir la adopción en determinado tiempo y en determinadas circunstancias, este principio resulta aplicable por la misma razón intrínseca que excluye la adopción condicional o a plazo.

b) Al tribunal competente le corresponde la confirmación del contrato de adopción.

Para estos casos el tribunal de primera instancia es competente (65 L. Jur. Vol.), en cuyo distrito tiene su domicilio el adoptante o en defecto de domicilio, en el territorio nacional de su residencia (66 ap. 1 L. Jur. Vol.).

1.- El tribunal no debe negar o dar a su libre arbitrio

la confirmación, según entienda que el contrato sirva o no a los intereses de los padres, sino que únicamente ha de negar la confirmación si falta un requisito legal de la adopción (1.754 ap. 2), también para el caso que el contrato tenga condiciones inadmisibles (CF 92 1x).

El recurso de apelación cabe contra la negativa de la confirmación, éste puede ser ejercitado por cualquiera de los contrayentes, aunque la solicitud de confirmación no haya sido presentada por uno de los cónyuges (72 ap. 2 prop. 1 y 2 de la L. Jur. Vol.).

Contra el acuerdo de confirmación no procede recurso alguno (68 ap. 2 prop. 3 L. Jur. Vol.).

2.- Siendo denegada en firme la confirmación, el contrato pierde su fuerza (1.754 ap. 2 prop. 2). Los contratantes están vinculados por el contrato desde antes de la confirmación (1.754 ap. 1), pero la adopción sólo cobra eficacia al momento de la confirmación, esta vinculación cesa si la confirmación se niega definitivamente.

- 3.- Si el adoptado falleció antes de la confirmación, obviamente ésta ya no es procedente (1.753 ap. 1), puesto que no tendría sentido jurídico alguno, ya que el adoptante no tiene derechos sucesorios sobre el adoptado; pero si el contrato ha sido concluido con los descendientes del hijo adoptivo, podrá ser confirmado en cuanto a este extremo, incluso después de la muerte del adoptado.

Cuando el adoptante ha fallecido antes de la confirmación, ésta sólo procederá cuando el adoptante o adoptado hayan presentado la solicitud de confirmación ante el Tribunal competente o si al hacer la legalización del contrato ante el Tribunal o notario, o con posterioridad a ésta le confirmaron al Tribunal o notario la representación de la instancia, la consecuencia especial es dar al hijo adoptivo un derecho sucesorio frente al adoptante fallecido (1.753 ap. 2 y 3) y (67 ap. 2 L. Jur. Vol.).

- 4.- La confirmación alcanza su eficacia al momento de ser notificada al adoptante (67 ap. 1 L. Jur. Vol.). El Tribunal no está facultado para modificar acuerdos de confirmación (67 ap. 3 L. Jur. Vol.). Si

la confirmación se ha hecho por un tribunal incompetente por razón de materia, es nula; si se realizó por un tribunal de primera instancia incompetente por razón de lugar, ésta no obstante es eficaz (7 L. Jur. Vol.).

F) Efectos de la adopción.

- a) El hijo adoptivo adquiere la situación jurídica del hijo legítimo del adoptante (1.757 ap. 1), para el caso de adopción común por un matrimonio o de adopción de un hijo legítimo de un cónyuge por el otro, el adoptado tendrá la situación jurídica de hijo común de ambos cónyuges (1.757 ap. 2), de igual manera rige cuando uno es adoptado por uno de los cónyuges y después es adoptado por el otro.

- b) El hijo adquiere el apellido del adoptante (1.758 ap. 1 prop. 2). Es lícito para el adoptado añadir a su nuevo nombre su apellido anterior, pero puede preverse lo contrario en el contrato de adopción (1.758 ap. 2).

Si el hijo es adoptado por una mujer que a consecuencia de su matrimonio lleva otro nombre, el

hijo tendrá como apellido de adopción el que hubiere tenido la mujer antes de su matrimonio (1.758 ap. 1 prop. 2), para el caso que el hijo es adoptado por los cónyuges, éste llevará el apellido del marido (1.758 ap. 1 prop. 3). Cuando una mujer casada adopta el hijo de su marido, la adopción no trae consigo un cambio en el nombre del hijo.

- c) Cuando el adoptado es menor de edad, el adoptante tiene la patria potestad con todos sus efectos por ende, los incluye el derecho al disfrute del patrimonio como hijo, esto ocurre también cuando una mujer adopta un hijo. Si uno es adoptado por un matrimonio o si uno de los cónyuges adopta al hijo del otro, la patria potestad es igual que cuando se trata de hijos naturales, corresponde en primer lugar al padre y la madre sólo la tendrá cuando lo tendría si se tratara de un hijo natural, tal y como lo dispone el 1. 757.

La patria potestad del adoptante en su totalidad y en sus elementos particulares está sujeta a los mismos principios que la de los padres naturales, por lo que se refiere a la suspensión, privación y demás causas de terminación. Si se produce cualquiera de

estos acontecimientos la relación de adopción subsiste, en cuanto a lo demás, de igual manera que el hijo natural no deja de ser hijo de su padre porque este último pierda o relaje la patria potestad.

d) El adoptado tiene frente al adoptante un derecho sucesorio como un hijo natural del matrimonio, por el contrario la adopción no da al adoptante ningún derecho sucesorio (1.759 y Derecho de sucesiones 3 num. 5).

e) En cuanto a los alimentos:

1.- El adoptante está obligado a dar alimentos al hijo adoptivo como si se tratara de un hijo legítimo, cuando existen parientes naturales obligados a prestar alimentos, dicha obligación no desaparece con la adopción, pero el deber del primero se antepone a estos últimos (1.766 ap. 1, infra VIII 2).

2.- El adoptado con respecto al adoptante, tiene la obligación de prestar alimentos a éste conforme a las reglas comunes.

3.- El deber de dotar a la hija, incumbe al adoptante lo mismo que a los padres naturales, pero es aplicable el razonamiento con respecto de los alimentos.

f) Situación que adquieren los descendientes del adoptado:

Adquieren la misma que los descendientes legítimos del adoptante, pero aplicando los criterios que rigen para el propio adoptado.

g) Los parientes del adoptante no están afectados por la adopción (1.763 prop. 1), el cónyuge del adoptante no tiene afinidad con el hijo adoptivo (1.763 prop. 2), y no hay derecho sucesorio entre el hijo adoptivo con respecto a los parientes del adoptante. Pero indirectamente de manera mediata, la adopción afecta a los parientes del adoptante, ya que da lugar al derecho sucesorio del adoptado respecto del adoptante, y también el derecho que tiene el adoptado en relación a los alimentos.

h) La adopción no afecta las relaciones jurídicas entre el adoptado y sus parientes, salvo pacto en

contrario (1.764). El adoptante no tiene afinidad con el cónyuge del adoptado (1.763 prop. 2). Los pactos especiales son:

- 1.- Los padres naturales pierden la patria potestad porque la adquiere el adoptante (1.765 ap. 1), la madre ilegítima pierde su derecho y se exonera del deber de cuidar a su hijo (1.765 ap. 1). No se reserva a los padres naturales un derecho al trato personal con el hijo y tampoco se le ha de reputar reservado tácitamente.

- 2.- El adoptante está obligado a dar alimentos al hijo y a los descendientes a quienes se extiende la adopción; con relación a los parientes naturales, el hijo adoptado está obligado a prestar alimentos a sus descendientes, en concepto de ascendiente más próximo, incluso con relación al adoptante, aunque la adopción alcance a aquéllos (1.606 ap. 2); así también los descendientes del adoptado tienen que alimentar a éste con preferencia a los ascendientes y por lo tanto, incluso con preferencia al adoptante (1.606 ap. 1).

3.- Para el caso que el padre o la madre natural llegaran a dar alimento al hijo, y a la vez ha terminado la patria potestad del adoptante o ésta se haya en suspenso por incapacidad del mismo o porque el tribunal de tutelas ha constatado que está impedido de hecho durante largo tiempo para dicho ejercicio, reaparece el derecho y el deber del padre natural o madre natural de cuidar al hijo, pero no el derecho de representarlo (1.765 ap. 2) y por tanto, el hijo adoptado necesita un tutor.

i) Puede ser excluido el derecho sucesorio del adoptado frente al adoptante, expresándose en el contrato (1.767 ap. 1). Esta posibilidad es correlativa a la libertad de renunciar a la sucesión incluso tratándose de hijos naturales: también puede excluirse el disfrute paterno del adoptante al patrimonio del adoptado (1.767 ap. 1); de igual forma el derecho del titular de la patria potestad de renunciar tal disfrute aún tratándose de hijos naturales, pero respecto a los demás efectos de la adopción, no puede ser modificado, por ende, deben ser aplicados tal y como lo regula la Ley.

- j) El hijo adoptivo ostenta la situación jurídica-civil del hijo legítimo, conforme a las reglas expuestas. Si en las leyes fuera del C.C. se habla de hijos legítimos, no ha de establecerse la presunción de que quieren comprender, además de los hijos legítimos, los adoptivos.
- G) Vicios de la voluntad, impugnación y supresión de la adopción.
- a) En caso de reserva mental, el contrato de adopción es válido, salvo que la otra parte la haya advertido (116); en caso de simulación es nulo.
- b) Puede ser impugnado el contrato, por las reglas generales de impugnabilidad de los negocios jurídicos en este caso puede ser impugnable el consentimiento del cónyuge del adoptante e hijos; o del padre o madre del adoptado.

La impugnación se hace conforme a las reglas procedimentales para tal efecto, y tiene como objetivo anular retroactivamente la relación de adopción; en este caso, no afecta ni altera nada las consecuencias en que la confirmación del contrato de

adopción se haya hecho por el tribunal competente.

Sin embargo la impugnación no puede hacerse por medio de representante; pero la impugnación del contrato de adopción por parte del adoptado, si no tiene catorce años, puede hacerse por representante legal con aprobación del Tribunal de Tutelas. También el sujeto de capacidad limitada necesita para impugnar el contrato la autorización de su representante legal y del Tribunal de Tutelas.

- c) En la adopción no puede hacerse el señalamiento a una limitación temporal, pero sin embargo, puede ser suprimida por contrato confirmado judicialmente. Esto es inevitable, puesto que no son pocas las adopciones de que la gente con razón se arrepiente.

1.- Se exige un contrato para que opere la supresión entre el adoptante y adoptado. Si existen descendientes a los cuales se extiendan los efectos de la adopción (1.762), éstos tendrán que ser parte del contrato (1.768 ap. 1 prop. 1 y ap. 2). Cuando un matrimonio ha adoptado a un hijo en común o si un cónyuge ha adoptado al hijo del otro, la supresión de la adopción requiere la cooperación

de ambos cónyuges (1.768 ap. 3).

2.- Fallecido el hijo adoptivo, los demás interesados pueden suprimir por contrato la relación jurídica entre ellos existente (1.769 prop. 1), pero no es posible que algunos de los interesados, es decir, alguno de los descendientes del hijo adoptivo, afectados por la adopción, resuelvan la relación con el adoptante o que uno de los cónyuges del cual partió la adopción, suprima la relación entre él y los descendientes del hijo adoptivo.

3.- Cuando un matrimonio ha adoptado a un hijo, una vez muerto uno de los cónyuges; el supérstite puede resolver la relación de adopción entre él y el hijo, como también con sus descendientes; pero no entre él y una parte de estas personas. Si el hijo legítimo de uno de los cónyuges fue adoptado por el otro, éste podrá resolver la adopción después de la muerte de aquél (1.769 prop. 2).

4.- El contrato de supresión de la adopción, está sujeto a igual forma que el contrato de adopción, a las mismas reglas de exclusión de condiciones y términos, de exclusión de la representación, de

consentimiento del representante legal, de conformidad judicial y de impugnación (1.770, 1.741 prop. 2, 1.750, 1.751, 1.753, 1.754, 1.755, 1.768 ap. 1 prop. 2 y L. Jur. Vol. 65-68).

5.- Al suprimirse la adopción, el adoptado y sus descendientes afectados por aquélla, pierden el derecho de llevar el apellido del adoptante (1.772 prop. 1); pero si después de la muerte de uno de los cónyuges, la adopción es resuelta respecto de los hijos adoptados en común, tal disposición obviamente no tiene aplicación. Todas las relaciones jurídicas entre el adoptante de una parte y el hijo y sus descendientes de la otra, quedan resueltas con la supresión; no resurge la patria potestad de los padres naturales, pero si producen ciertas circunstancias (1.765 ap. 2).

6.- Está prohibido el matrimonio entre el adoptante y el adoptado o un descendiente de éste, mientras subsista la relación jurídica constituida por la adopción (1.311), por lo que se refiere a los descendientes es indiferente que la adopción les afecte o no. Si el matrimonio se lleva a cabo a pesar de la prohibición, no obstante será válido, pero

se extingue automáticamente la relación de adopción (1.771 ap. 1). Si el matrimonio es nulo no extingue la adopción, pero sólo puede alegarse que no la ha extinguido, cuando se puede alegar la nulidad del matrimonio (1.329, 1.343 ap. 2), para el caso de nulidad de matrimonio, si la patria potestad sobre un cónyuge correspondió al otro, caducará al celebrarse el matrimonio (1.771 ap. 2 prop. 1).

4.- La adopción en el Derecho Español.

Evolución histórica.

La adopción es una figura jurídica que tuvo en la vida de los pueblos primitivos una significación totalmente distinta de la que hoy tiene en el mundo moderno. En las etapas más antiguas de la civilización predominaba el interés objetivo de la familia, concretamente en la continuación de la estirpe, necesaria absolutamente para la supervivencia del culto de los antepasados;⁽⁴⁸⁾ como en el mundo romano, la extinción de este culto significaba una

(48) Puig Brutau Jose "Fundamentos de Derecho Civil", Tomo IV, Vol. II, Bosch Casa Editorial, Barcelona 1970, páj. 275.

catástrofe y que por tal motivo era preciso evitar.

La influencia de la antigua Roma ejerció en la época de la revolución, y gracias al interés que demostraron algunos personajes en la política, fue posible someter a la adopción al campo legislativo con una nueva finalidad de tipo subjetivo y personal, que era el dar consuelo a los matrimonios estériles y una fuente de socorro para los niños pobres, pero aún con el viejo empeño de obtener una semejanza casi perfecta con la naturaleza. Pero fue el caso que se exigieron requisitos muy rigurosos y con formalidades complicadas y onerosas que ocasionaron que la institución de adopción muy esporádicamente se llevara a la práctica (siglo XIX).

También el proyecto del Código Civil Español de 1851, pretendió desaparecer a la adopción, pero fue conservada, aunque resultó una institución confusa, puesto que prescindió de las clases de adopción reguladas por el Derecho Romano, ya que no podía afirmarse que la adopción creara una relación de paternidad y filiación, ni siquiera puramente civil, como tampoco que fuera una institución de protección de menores de edad.

Por lo anterior fue necesario reformar este régimen,

mediante el decreto del 10 de abril de 1937, que trató de dar flexibilidad a la institución, en cuanto a la disminución de condiciones y simplificación del procedimiento, también le daba mayor importancia al adoptado.

El preámbulo de la Ley de 17 de octubre de 1941, reconoció que el Código Civil, no había satisfecho el propósito de suplir los vínculos paterno filiales, sin que fuera objeto de reformas.

Fue hasta la Ley del 24 de abril de 1958, que estableció un nuevo régimen, esta vez el legislador con la Ley en mención, amplió los efectos de la institución, fundamentalmente haciendo una distinción entre la adopción plena y adopción minus plena, también facilitó la adopción plena y fortaleció los derechos del adoptado. Reservando exclusivamente la primera a los niños abandonados y expósitos, tratando de que el adoptado respecto al adoptante, existiera una situación muy similar a los hijos legítimos respecto al padre. Este queda integrado en una familia legítima.

Es la adopción que en otros países ha sido llamada "Legitimación adoptiva". Esta ley reformó los artículos

172 a 181 del Código Civil; en su Libro I, Título 7o., Capítulo 5, regulando la adopción; los artículos 173 a 177 disposiciones generales; los artículos 178 y 179 están dedicados a la adopción plena y el artículo 180 a la adopción menos plena.

La Ley del 4 de julio de 1970, actualmente vigente ha venido a derogar la Ley del 24 de abril de 1958, al respecto dice Federico Puig Peña "Que esta nueva Ley introdujo una regulación, sin novedades escandalosas en relación a la Ley derogada, y que mantiene sin alteraciones numéricas la distribución del articulado correspondiente al Capítulo V, del Título VII, del libro I, en tres secciones: la primera que la dedica a las disposiciones generales, y en la que recogen en un orden lógico las normas que regulan la constitución, efectos y extinción de la adopción; y dos secciones consagradas a los preceptos específicos de las dos clases de adopción, plena y simple".⁽⁴⁹⁾

(49) "Tratado de Derecho Civil Español II", Tomo II, Vol. II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1971, pag. 165.

Naturaleza jurídica.

En general, los juristas españoles consideran a la adopción como un acto consensual y formal, porque requiere indispensablemente de la manifestación de la voluntad, de la autorización judicial y el otorgamiento de la escritura pública, constituyendo en conjunto la adopción.

El consentimiento por parte del adoptante y del adoptado si es mayor de catorce años, el del Juez ya que tiene facultades de decisión; existiendo también modalidades en el consentimiento, como la del cónyuge si la adopción no es conjunta, la de los padres del menor de edad a adoptar, o en su caso del tutor o personas que ejercieron la guarda del adoptado.

Precisamente Federico Puig Peña manifiesta que, la adopción es una institución, aunque con base contractual, pero que el contrato es uno de los elementos en que se asienta dicha institución, pero que la voluntad va a determinar la intensidad y eficacia de algunos efectos que produzca dicho contrato, ya que otros están predeterminados en la Ley, independientemente del contrato, y éstos quedan sustraídos a la autonomía de la voluntad de las partes.⁽⁵⁰⁾

(50) Ob. Cit. pág. 171.

Doctrina general sobre la adopción.

Elementos personales.

I.- Personas que pueden adoptar.- Conforme al artículo 172 de la Ley del 4 de julio de 1970, requiere que el adoptante se haya en ejercicio de todos sus derechos civiles y tenga treinta años de edad cumplidos. El adoptante o uno de los cónyuges adoptantes ha de tener, por lo menos dieciseis años más que el adoptado.

El requisito de edad para adoptar ha sido disminuido en cinco años, ya que en la legislación del 24 de abril de 1958, la edad mínima para poder adoptar era de treinta y cinco años; asimismo la diferencia mínima entre el adoptante y el adoptado fue reducida de dieciocho a dieciseis años.

En cuanto al requisito consistente en que el adoptante debe estar gozando del ejercicio de todos sus derechos civiles, es porque se entiende que éste debe de obrar íntegramente, sin restricción alguna. Aunque no exige de manera expresa el Código Español

de 1970 como requisito para la adopción, la solvencia moral y económica del adoptante, hecho que sí era requerido en el artículo 2o. de la derogada Ley del 17 de octubre de 1941, éste debe de ser considerado para efectos de la adopción.

El mismo artículo 172 establece tres limitaciones, en lugar de las cuatro establecidas en el artículo 173 de la derogada Ley de 1958, aun cuando se reúnan los requisitos de edad antes establecidos.

- 1.- A las personas a quienes su estatuto religioso prohibía el matrimonio.
- 2.- Al tutor respecto a su pupilo, hasta que le hayan sido aprobadas las cuentas, esta prohibición persigue dos finalidades: la primera, para que el tutor no evada la rendición de cuentas; la segunda, evitar que el tutor encuentre una posición ventajosa al transformarse en padre.
- 3.- El cónyuge sin consentimiento de su consorte, es decir uno de los cónyuges no puede adoptar sin consentimiento del otro, a no ser que exista separación legal, en virtud de ejecutoria

pronunciada. Fuera de la adopción por ambos cónyuges, nadie puede ser adoptado simultáneamente por más de una persona (Art. 172 Pfo. 3o.).

La finalidad de esta prohibición es la de evitar desaveniencias conyugales, puesto que la filiación aunque sea adoptiva, afecta íntimamente no sólo al adoptante, sino de igual manera a su cónyuge.

En la regulación anterior existía otra prohibición y consistía en que el que tenía hijos legítimos, legitimados o naturales reconocidos; no podría adoptar, misma que fue suprimida por la Ley vigente del 4 de julio de 1970.

II.- Personas que pueden ser adoptadas.- Se requiere para poder ser adoptado, tener dieciseis años menos que el adoptante, como lo exige el artículo 173, si el adoptado es menor o incapaz, se hará constar en el expediente de adopción el consentimiento de las personas que deberían darlo para el matrimonio; y si fuera casado, se hará constar el consentimiento de su cónyuge, tal y como lo establece el primer párrafo del artículo 176 del Código Civil vigente.

Existía polémica en la doctrina, acerca de la posibilidad de adoptar a los propios hijos ilegítimos, habiendo opiniones contradictorias, especialmente de carácter negativo, pero éstas han quedado resueltas, en lo referente a los hijos naturales reconocidos, ya que el artículo 172 en su cuarto párrafo, dice: "Los propios hijos naturales reconocidos podrán ser adoptados, aunque no concurren los requisitos de edad" (30 y 16 años) mencionados en el párrafo anterior de este mismo artículo; por las razones indicadas en la exposición de motivos de esta última Ley, y que son: por una parte, que la adopción realizada por un cónyuge de los hijos del otro (entre ellos los naturales) sea refutada justificada y por la otra, se hace aconsejable no privar al hijo natural propio de algo que puede redundar en su beneficio.

Los demás hijos ilegítimos ofrecen menos duda, porque dicen los tratadistas, que si bien en la mayoría no encuentra obstáculo alguno para su adopción; luego el hecho de que el Código nada prohíba y de que la adopción pueda ser un medio idóneo de protección para los hijos excluidos de la legitimación, es suficiente para que esta

mayoría se pronuncie por la afirmativa.

También la doctrina ha planteado un lineamiento, en sentido, que si el hijo emancipado por concesión del padre o de la madre que ejerciera la patria potestad necesitará, para que sea adoptado, el consentimiento de aquéllos o de las personas que, en su caso, hubieren de presentarlo para contraer matrimonio.

Finalmente, recogiendo las innovaciones introducidas por la Ley de 4 de julio de 1970, en el régimen de la situación de menor abandono (La ordenación anterior la contemplaba con la del expósito y a los estrictos efectos de la adopción plena) dentro de las Disposiciones Generales. Actualmente el artículo 174-2o. y 3o. establece: "Se considerará abandonado el menor de catorce años y que carezca de persona alguna que le asegure su guarda, alimentos y educación".

Para que se dé el abandono se apreciarán dos situaciones, aunque es irrelevante las causas que lo hayan producido, independientemente que la entrega del menor se realice en una casa o establecimiento público benéfico.

La primera, cuando el menor hubiera sido entregado sin datos que revelen su filiación y la segunda cuando, aún siendo conocida su filiación constare la voluntad de los padres o guardadores de abandonar al menor, manifestando su simultaneidad a su entrega o inferida de actos posteriores en ambos casos; la apreciación del abandono exigirá que hayan transcurrido seis meses continuos a partir del internamiento sin que el padre, madre, tutor u otros familiares del menor demuestren su interés por él, de modo efectivo, la mera petición de noticias no interrumpe el referido plazo.

Elementos formales.

En cuanto a las formalidades necesarias para la adopción, la doctrina española las divide en previas, concurrentes y posteriores.

I.- Las formalidades previas se reducen a la instrucción del expediente de adopción y a la subsecuente e indispensable aprobación judicial. El párrafo primero del artículo 173, dispone que para la adopción se requiere la aprobación del Juez

competente con intervención del Ministerio Fiscal y deberán prestar su consentimiento para la adopción:

- 1.- El adoptante y su cónyuge.
- 2.- El adoptado mayor de catorce años y su cónyuge, para el caso de separación legal no es necesario el consentimiento del cónyuge.
- 3.- Del padre y la madre, conjuntamente o separado cuando el adoptado es menor de edad sujeto a la patria potestad.
- 4.- El tutor con autorización del consejo familiar si la tutela estuviese constituida.
- 5.- Cuando se trate de huérfanos serán también oídos los abuelos de la línea del padre o madre premuertos.

Para el caso de que alguno de los llamados a prestar consentimiento, excepto del adoptante y del adoptado, no pudieran ser citados o siendo no concurrieran, el Juez resolverá siempre considerando lo más conveniente para el adoptado. Lo mismo se observará

cuando comparezcan las personas que deban ser oídas y éstas manifiesten un criterio desfavorable a la adopción.

El artículo 174 establece "En la adopción de menores abandonados, no será necesario el consentimiento de los padres o del tutor, prevenidos en el artículo anterior, independientemente de que se les oiga, ya la situación de abandono será apreciada y declarada por el Juez competente para conocer el expediente de adopción.

La nueva legislación ha introducido, en comparación con el régimen legal anterior, dos importantes innovaciones, pues así se deduce de los dos preceptos anteriores.

- a) La existencia de tres tipos de consentimiento: a) El básico, propio del adoptante y del adoptado. b) De segundo grado o complementario, es el que prestan las personas llamadas a completar o integrar la capacidad del adoptante (cónyuge, padres o tutor). c) El tercer grado o formalista, que habrán de prestar las personas que solamente han de ser oídas (adoptado menor de catorce años, padres sin ejercer la patria

potestad, guardadores y abuelos en el caso de los huérfanos).

- b) Las facultades del Juez se ven ampliadas, ya que puede resolver con amplio criterio basado en la conveniencia del menor, y todas las incidencias que surjan con el expediente.

II.- El ordenamiento vigente exige como requisito concurrente a los antes indicados, el otorgamiento de la escritura de la adopción. En el nuevo artículo 175 1o. dice "Aprobada judicialmente la adopción, se otorgará escritura pública".

La doctrina ha discutido si la adopción se perfecciona con la aprobación judicial o con el otorgamiento de la escritura. La más reciente doctrina se inclina en el sentido que el único consentimiento de eficacia creadora para la adopción es el recogido en la escritura, ya que es ilícito afirmar que el vínculo de la filiación adoptiva haya surgido anteriormente a este otorgamiento.

La nueva Ley ha venido a resolver estas controversias, puesto que considera a la adopción como un

acto formal, que requiere indispensablemente el concurso de la voluntad, la aprobación judicial y el otorgamiento de la escritura pública, todo esto con igual valor constitutivo.

Como requisito posterior y último es, la inscripción en el Registro Civil correspondiente de la escritura de adopción que indica el párrafo segundo del artículo 175 lo., que dice: "El Registro Civil no publicará a partir de la adopción, dato alguno que revele el origen del adoptado ni su condición de tal, fuera de los casos que expresamente señale la legislación del Registro Civil, no podrá expedirse certificación literal.

La falta de inscripción en el Registro, no produce ineficacia, ya que esta inobservancia es un requisito formal que no aparece como Ab-Substantiam, y además porque los efectos civiles de la adopción se refieren, originalmente, a las personas del adoptante y del adoptado, respecto de las cuáles la inscripción en el Registro, no añade motivo alguno de eficiencia civil.

Cumplimiento.

Por otra parte del adoptante.- En efecto la adopción es una institución jurídica que produce derechos para las partes que en ella intervienen, aunque la orientación social que la institución tiene en el Derecho Moderno, suelen orientarse sólo a beneficios a favor del adoptado, al que se le reconocen todos los derechos propios de un hijo legítimo, no obstante el Código Español anterior a la Ley de 1958, reguló la adopción casi en beneficio exclusivo del adoptante, concediendo la patria potestad (Art. 154) y la facultad de dar consentimiento para el matrimonio del adoptado (Art. 46), mientras que apenas concedía al adoptado, algunos derechos legales como el nombre y sucesorios, y que éstos estuvieran expresamente estipulados.

La Ley del 24 de abril de 1958 vino a colocar a la Legislación Española en un nivel aproximado a las exigencias del momento, respecto de la doctrina y del derecho comparado, tan es así que en el preámbulo de la Ley, contenía la declaración en el sentido que "El adoptado respecto del adoptante y éste respecto de aquél tenía los deberes y derechos que recíprocamente tienen los padres y los hijos.

Ahora la vigente Ley del 9 de julio de 1970, le atribuye

en términos generales al adoptado y adoptante las mismas condiciones o posiciones jurídicas que le corresponde al hijo y al padre legítimo, inclinándose claramente al favorecimiento del vínculo adoptivo. Es como el artículo 176 lo dice: "En todo lo no regulado expresamente de modo distinto por la Ley, al hijo adoptivo le corresponden los mismos derechos y obligaciones que al legítimo".

De donde se deduce que el adoptante respecto al adoptado tiene los deberes siguientes:

- 1.- Los que trae consigo la patria potestad, es decir, proveer de la asistencia y protección de los hijos adoptivos, esto se refiere a las aportaciones que deben dar al adoptado para su desarrollo físico y espiritual. El artículo 76 párrafos tercero y cuarto señala: "La adopción confiere al adoptante la patria potestad respecto al hijo adoptado menor de edad; cuando uno de los cónyuges adopte al hijo legítimo, legitimado, natural reconocido o adoptivo del otro consorte, la patria potestad se atribuirá a ambos por el orden establecido en el párrafo primero del artículo 154.

Extinguida la patria potestad del adoptante, el Juez

proverá para la guarda del menor, conforme lo establecido en los capítulos II y IV del Título IX del Libro Primero. El consejo de familias se compondrá de las personas que el padre o la madre adoptantes hubiesen designado en su testamento o en su caso de cinco personas honradas, prefiriendo a los amigos de los adoptantes.

II.- Derechos sucesorios.- La nueva legislación regula respecto de las dos clases de adopción que reconoce; en la adopción plena la Ley atribuye al adoptado y adoptante la posición sucesoria del hijo y padre legítimos; respecto a la adopción simple la equipara al parentesco que existe entre los hijos naturales reconocidos y sus padres. Más adelante se tratará con detenimiento cada una de las dos clases de adopción respecto de estos derechos.

Con lo anterior se demuestra el sentido progresivo y las posibilidades de favorecimiento del vínculo adoptivo en la nueva legislación.

Por otra parte del adoptado.- Se cumplimenta la relación derivada de la adopción llevando a la realidad o práctica las obligaciones siguientes:

- 1.- Derivados de la patria potestad.- En virtud de la adopción se establece una relación jurídica de patria potestad entre el adoptante y el adoptado (Art. 166 Jo.), este precepto indica que este último deberá cumplir con todas sus obligaciones que se derivan de la misma, particularmente, el deber de obediencia con todas sus consecuencias legales, y de dar a sus padres adoptivos el respeto y obediencia siempre como si fueran sus padres naturales.

La patria potestad conforme a lo dispuesto en el artículo 176 párrafo tercero, se ejercerá; para el caso de adopción conjunta por ambos cónyuges, corresponderá al padre y madre, o en su defecto, como se estipule al padre o a la madre.

También resulta lógico que el hijo adoptivo debiera contar con la licencia del adoptante para contraer matrimonio (Art. 47 2o.).

- 2.- La de conceder alimentos al padre adoptante.- Esta se rige en base al principio de reciprocidad que como obligación tienen los parientes entre sí de darse alimentos.

Como lo determina el párrafo segundo del artículo 176, la adopción crea parentesco entre el adoptante, de una parte y el adoptado y sus descendientes de la otra; pero no respecto a la familia del adoptante.

Incumplimiento.

Por otra parte del adoptante.- De los que trae consigo la patria potestad.

- I.- Si éste incumple a los deberes a que obliga la patria potestad, incurrirá en suspensión o cesación definitiva de la adopción, conforme a lo establecido en el artículo 171 del Código Civil y los artículos 452 bis y 487 lo. del Código Penal.
- II.- Para el caso en que el adoptante obstaculice al adoptado en el uso de los apellidos, este último podrá ejercitar acción de reclamación de nombre.
- III.- Si el adoptante muere con testamento, y en éste no instituyó al adoptado como heredero, esta disposición hereditaria será nula como consecuencia derivada del principio de equilibración a los hijos

legítimos y de irrevocabilidad proclamados en los artículos 176 párrafo primero y 177 párrafo primero del Código Civil. De igual manera producirá consecuencias en el caso que se les instituya como heredero pero en menor proporción que la legalmente prevista, en cuyo caso podrá ejercitar la acción de complementación análoga a la que se concede a los hijos legítimos para igualar su haber legitimario.

Por otra parte del adoptado.- Para el caso que el adoptado incumpla con los deberes que dimanar de la patria potestad, indicados en el artículo 154.

I.- El padre o madre adoptivos podrán llevar a cabo la acción contemplada en los artículos 156 y siguientes del Código Civil, siempre que se trate de hijos no emancipados.

II.- Cuando el hijo adoptivo es mayor de edad y el padre adoptivo está incapacitado para el trabajo, y el primero se niega a prestarle la asistencia indispensable para el sustento del segundo, podrá el hijo adoptivo incurrir en el delito de abandono de familia.

Extinción de la adopción.

La adopción por su propia naturaleza es perpetua, ya que en su constitución no puede existir intervención alguna que la restrinja, en cuanto al tiempo para hacer ese estado; pero de esto no se infiere que tampoco necesariamente tenga que subsistir la adopción, pues sobre ella deben valer los principios que informan la cesación de los institutos jurídicos relativos.

Al respecto, la Ley del 24 de abril de 1958, en su artículo 175 primer párrafo, partía de la base que la adopción es irrevocable, dice Puig Brutau, que el preámbulo de la Ley invoca: "La adopción ha de gozar de la mayor estabilidad, pues afectando profundamente al estado y condiciones de la persona, sería perturbador dejar su subsistencia a la voluntad concorde o unilateral de los interesados".⁽⁵¹⁾ Inclusive dicha Ley expresó claramente que la adopción es irrevocable, debiendo entenderse que lo es incluso por voluntad concorde del adoptante y adoptado, cuando este último es mayor de edad.

(51) Ob. Cit. pag. 316.

No obstante en la realidad y actualmente existe una causa fundamental e incuestionable que destruye la relación adoptiva, y es precisamente la muerte del adoptante o del adoptado. Principalmente, si muere el adoptado desaparece la adopción en toda la extensión de la palabra, ya que deja de existir la persona en quien recaía la adopción independientemente que se conserve la relación jurídica en alguno de sus efectos, por lo que se refiere a los descendientes del hijo adoptado fallecido, dice Puig Peña, "Que si algún autor extranjero se ha preguntado, si una vez fallecido el hijo adoptivo los demás interesados en la adopción pueden hacer suprimir toda relación jurídica mediante un contrato de destrucción del vínculo".⁽⁵²⁾ Al respecto manifiesta que el Código Alemán parece inclinarse a la afirmativa, dada su tesis de admisibilidad de los pactos renunciatorios; pero que Kipp y Wolf sostienen, con harta razón que por lo que concierne a los descendientes del hijo adoptivo fallecido, no es posible que por mutuo acuerdo se resuelva la relación con el adoptante.

I.- La revocación.- Ha sido ya plenamente discutido en

(52) Ob. Cit. pag. 185.

el sentido, si es admisible o no la revocación como modo de extinción de la adopción. Algunos tratadistas han seguido el criterio que sí es admisible, ya que no resulta raro que en las adopciones la gente se arrepienta con razón; pero la mayoría de los autores dicho criterio no lo aceptan, puesto que dicen que para modificar una institución relativa al estado civil de las personas, no puede depender de un simple acuerdo de voluntades.

Es el caso, que en relación a las dos posturas diferentes del Código Civil Vigente, rechaza la posibilidad de destrucción del vínculo adoptivo, diciendo textualmente: "La adopción es irrevocable.

II.- La impugnación de la adopción,- También el artículo 177 de la Ley vigente regula la extinción de la adopción mediante la impugnación, de la siguiente forma.

1.- Impugnación por el adoptado.- El adoptado puede solicitar la declaración judicial para que se extinga la adopción dentro de los dos años siguientes a su mayoría de edad o a la fecha en que la incapacidad hubiera desaparecido, siempre que la

solicitud se funde en alguna causal que dé origen a la desheredación de los ascendientes.

2.- Impugnación de los padres del adoptado.- la Ley vigente, recogiendo la orientación doctrinal de un sector importante, precedido por Castan Espin Canovas entre otros, y puestas en relieve las jornadas nacionales sobre adopción, restringen al máximo las reclamaciones tardías de los padres, y señala: "La madre o el padre naturales o legítimos, dentro de los dos años siguientes a la adopción, sólo en el caso que no hubieren intervenido en el expediente de adopción, ni prestado su consentimiento y previa probanza con causa no imputable a ellos".

3.- Impugnación por el Ministerio Fiscal.- Este siempre que tenga conocimiento de motivos graves que afecten al cuidado del menor o incapacitado adoptado.

4.- Efectos de la extinción de la adopción. Sólo opera para el futuro, ya que el artículo 177 en su último párrafo señala: "La extinción de la adopción no alcanzará a los efectos patrimoniales anteriormente producidos".

III.- Nulidad de la adopción.- Según el último párrafo del artículo 176 de la Ley de 1958, la adopción era nula cuando no se cumplía con los requisitos previstos para tal efecto.

La nueva legislación ha prescindido de este precepto, porque se entiende que el valor constitutivo de los elementos que integran el acto formal de la adopción son: la voluntad, autorización judicial y escritura pública; y la nulidad no ha de referirse solamente a los defectos del expediente, puesto que ha sido debidamente delimitada por la jurisprudencia del Tribunal Superior, en este sentido.

A) La adopción plena.

Son dos las clases de adopción que regula la Ley de 1970, comenzando con la adopción plena, que es la que produce efectos mas intensos; en relación a la legislación anterior, trae novedades importantes como son:

- a) Esta clase de adopción se permite en los menores de catorce años, si éstos han sido abandonados, esta

situación es sólo para los fines de no requerirse el consentimiento de los padres. Así como la de los mayores en determinados supuestos que adelante se verán.

- b) Confiere al adoptado y adoptante posiciones jurídicas correspondientes a las del hijo y padre legítimos respectivamente.

Elementos personales.

- I.- Personas que pueden adoptar.- El párrafo primero del artículo 178, indica quiénes pueden adoptar en el régimen de la adopción plena.

- 1.- Sólo podrán adoptar plenamente los cónyuges que vivan juntos, procedan de consumo y lleven más de cinco años en su matrimonio. Resulta lógico que si la adopción plena trata de imitar de modo perfecto a la naturaleza, la adopción debe tramitarse por ambos esposos y que estos vivan juntos, entendiéndose que basta la separación de hecho de los mismos para que no sea admisible la adopción por ambos; igualmente resulta lógico que los esposos hayan de proceder de consumo, aunque esta voluntad concorde se ha de

entender como presunta si no hay oposición expresa de alguno de los cónyuges.

Dice Puig Peffa: "Lo que no parece lógico ni oportuno que se requiera a los cónyuges que lleven más de cinco años de matrimonio, puesto que no tiene justificación alguna en que legalmente se considere incompetibles la familia legítima o natural reconocida y la adoptiva; sino por el contrario, el que un matrimonio con hijos proceda a la adopción de un menor, debe considerarse como la forma más ventajosa para el menor sujeto a la adopción. Y con lo que respecta a la posibilidad de que la adopción perjudique los derechos y la posición de la familia legítima, queda por completo sin fundamento, ya que existe intervención judicial en el expediente de adopción, y además existen otras garantías al respecto, contempladas en las conclusiones de las jornadas nacionales de adopción".⁽⁵³⁾

2.- El cónyuge inocente declarado por ejecutoria de separación legal. Es una nueva disposición en el

(53) Ob. Cit. págs. 188 y 189.

artículo 172 de la Ley vigente, ya que persigue siempre la conveniencia para el adoptado, en esta situación el Juez es el que resolverá de acuerdo a las circunstancias de estos supuestos, decidiendo positiva o negativamente sobre la adopción, salvaguardando en definitiva, de forma equilibrada y constante la finalidad que sigue la adopción.

3.- La persona en estado de soltería o viudedad.- También es una novedad en la legislación vigente el hecho de incluir la posibilidad de que una persona soltera pueda adoptar plenamente, ya que no existen motivos contrarios para que éstas fueran privadas de lograr este tipo de adopción. Asimismo es justo conferir a los viudos la posibilidad de llevar a cabo esta adopción, puesto que sólo se derivarían de ello beneficios para el adoptado y adoptante.

4.- Uno de los cónyuges al hijo legítimo, legitimado natural reconocido o adoptivo.

5.- El padre o madre al propio hijo natural reconocido.

II.- Personas que pueden ser adoptadas plenamente.- Al igual que en la Ley de 1958, la vigente determina en

su párrafo segundo del artículo 178, las personas que pueden ser adoptadas de ésta manera, aunque cambia la redacción, desapareciendo así las críticas que se centraban en los siguientes puntos:

- 1.- El concepto de expósito era enticuaado para la actualidad.
- 2.- La interpretación de la palabra abandonado, no era rigurosa.
- 3.- No era clara la situación de prohijamiento que se exigía para los mayores de catorce años.
- 4.- Era inadecuada la limitación temporal en este tipo de adopción, al exigir el plazo de tres años en situación de abandono o de expósito.

La redacción en la Ley de 1958 "Únicamente podrán ser adoptados los abandonados o expósitos que, siendo menores de catorce años, lleven más de tres en tal situación, o siendo mayores de catorce años fueran prohijados antes de esa edad por los adoptantes".

La redacción en la Ley vigente "Únicamente podrán ser adoptados de manera plena los menores de catorce años y los que siendo mayores de tal edad, estuvieren viviendo antes de alcanzarla en el hogar y compañía de los adoptantes o de cualquiera de ellos; aunque no mediaren estas circunstancias, podrán serlo también los mayores unidos al adoptante por vínculos familiares o afectivos, que el Juez valorará en la forma establecida en el artículo 173".

José Puig Brutau, en su obra transcribe el concepto de expósito y analiza la palabra abandono, que da Ganbon Alix: "Si es expósito por el hecho del ingreso en una situación adecuada y se deja de serlo tan sólo por virtud de la reasunción en el seno de la propia familia o por la adopción civil; el prohijado y el acogido son expósitos que se hallan disfrutando en determinada situación no definitiva y de carácter administrativo que no ha imprimido ninguna huella en su estado civil", concluyendo que dicho plazo de tres años sigue transcurriendo durante tales situaciones. En cuanto al abandono dice: "El plazo de tres años ha de referirse a la duración de esta situación a que se refiere el Código, es aquélla que perdura mientras el autor del abandono

no se reincorpore al cumplimiento efectivo de sus obligaciones para con el menor".⁽⁵⁴⁾

Efectos singulares de la adopción plena.

Si este tipo de adopción por sus características supone, una imitación a la naturaleza, es lógico que la misma, configure como imitación perfecta a la relación paterno filial, es decir, de la filiación legítima.

Este criterio, es semejante al de muchas legislaciones, por esto que la nueva Ley reformada, con amplio apoyo a los abogados a este título, ha dado un impulso definitivo a dicha institución, impulsando la equiparación del hijo y padre adoptivos al hijo y padre legítimos, logrando la consagración de tal principio, que había quedado simplemente enunciado, por falsos argumentos proteccionistas de la familia legítima, sin hallar nunca una plasmación en la Ley del 24 de abril de 1958.

I.- Entre el adoptado y su familia de origen.- Se reguló la adopción plena de esta manera, con la finali-

(54) Ob. Cit. págs. 320 y 321.

dad de cortar esta posibilidad de inferencias abusivas de la familia natural en la familia adoptiva, acentuando la definitiva adscripción del adoptado a esta última, estabilizar más sólidamente la posición de la nueva familia adoptiva; es por esto que el artículo 178 en su párrafo cuarto dice: "Al adoptado no le serán exigibles deberes por razón de parentesco con sus ascendientes o colaterales por naturaleza".

Como consecuencia de este efecto, que el adoptado tenga que pedir al consejo de la familia en defecto del adoptante, la licencia para contraer matrimonio, en lugar de poder pedirla a los parientes de origen (Art. 47 Pfo. 2o.).

II.- Entre el adoptado y el adoptante.- El Código Vigente regula lo relativo al apellido y a los derechos sucesorios:

1.- Respecto al nombre, el párrafo tercero del artículo 178 dispone que "El adoptado, aunque conste su filiación, ostentará como únicos apellidos los de su adoptante o adoptantes.

En el reglamento del Registro Civil, específicamente en su artículo 201 dispone las siguientes reglas, para el caso excepcional de que sea sólo una persona la que adopte plenamente: "El hijo adoptado en forma plena sólo por varón, tiene por el mismo orden los apellidos del adoptante. Si el adoptante es mujer, llevará sus dos primeros apellidos, pudiéndose invertir el orden en la propia escritura o después, con sujeción a las formalidades de la adopción".

En la Legislación Española, no se establece nada respecto a la modificación, por efecto de la adopción plena, del nombre propio del adoptado, en este sentido, se consideró aceptado el proceder del legislador francés al conseguir, en la legitimación adoptiva, la modificación del nombre de pila del adoptado, a petición de los esposos adoptantes, tal y como lo indicará el artículo 369 del Código, según la Ley del 23 de abril de 1949.

- 2.- En relación a los derechos sucesorios.- El artículo 179 del Código Vigente señala: "El hijo adoptivo ocupa en la sucesión la misma posición que los hijos legítimos, con las siguientes particularidades:

Primera.- Concurriendo sólo con hijos legítimos, y tratándose de sucesión testamentaria no podrán percibir por mejora más que el hijo legítimo menos favorecido.

Segunda.- Si concurriera con hijos naturales reconocidos, cada uno de éstos no podrá percibir menor porción que el adoptivo".

Los adoptantes ocupan en la sucesión del hijo adoptivo la posición de padres legítimos.

Los parientes por naturaleza no ostentarán derechos por ministerio de Ley en la herencia del adoptado, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 812 del Código en mención, este último precepto es común a las dos clases de adopción.

De aquí se desprende que la doctrina moderna española, en relación con el Derecho Comparado, le atribuyen al adoptado los derechos sucesorios propios del hijo legítimo.

B) La adopción simple.

Nueva denominación en la Ley vigente, ya que en la Ley de 1958, a esta adopción se le enunciaría como adopción menos plena; el régimen de este tipo de adopción lo constituye o lo rige las normas generales de la adopción, y se caracteriza por la no aplicabilidad de las normas propias de la adopción plena.

I.- Elementos personales.

El Código dedica a la adopción simple el artículo 180 el cual establece: "La adopción simple no exige otros requisitos que los prevenidos con carácter general en la sección primera del presente capítulo. Respecto al cónyuge declarado inocente en virtud de ejecutoria de separación legal, regirá lo establecido en el párrafo primero del artículo 178.

II.- Efectos particulares de la adopción simple.

En general, en esta figura adoptiva no se verifica ruptura total de la familia de origen del adoptado, resultando análogamente a la figura de adopción

existente antes de la Ley de 1958, con la particularidad inferida por la vigente Ley del 7 de julio de 1970, en la que se establece un vínculo menos intenso que en el de la adopción plena.

1.- Efectos entre el adoptado y su familia natural.-

Existe la menor ruptura que, en relación a la adopción plena, en la adopción simple con la familia natural del adoptado, manifestandose esencialmente en que se llama a los padres naturales, antes que al consejo de familia, para dar licencia para el matrimonio del menor adoptado, en defecto del adoptante, así lo dispone el artículo 47 del Código Civil.

Para finalizar, cabe señalar que la legislación vigente en su artículo 172 párrafo segundo, admite de manera expresa la posibilidad de transformar la adopción simple en plena.

2.- Efectos entre el adoptante y adoptado:

- a) En cuanto a los apellidos nos indica el artículo 180 en su párrafo segundo que: "En la escritura de adopción podrá convenirse la situación de los

apellidos del adoptado, por los del adoptante o adoptantes, o el uso de un apellido de cada procedencia, en su caso se fijará el orden de los mismos. A falta de pacto expreso, el abandonado conservará sus propios apellidos".

De esta manera se autoriza la sustitución de apellidos derivados de la filiación sanguínea por los de la adopción, así como el uso de los unos y los otros. A falta de regla expresa, la conservación de los apellidos actúa como regla subsidiaria.

Con esto queda subsanada la problemática que tenía consigo el artículo 180 de la Ley de 1958, ya que existía en los adoptados diversidad de apellidos, y con la modificación del citado artículo de la Ley vigente, se ha logrado identificar más las relaciones del adoptante y adoptado, evitando así la problemática aludida en cuanto a apellidos.

- b) Con lo que respecta a la patria potestad.- El artículo 166 dispone: "Los padres que reconocieren o adoptaren en forma simple, no adquieren el usufructo de los bienes de los hijos reconocidos o adoptivos, y tampoco tendrán la administración, si no aseguran

confianza sus resultados a satisfacción del Juez del domicilio del menor o de las personas que debieran concurrir a la adopción". Aquí se equipara la filiación natural reconocida y la adoptiva, excluyéndose de este ámbito a la adopción plena, que para estos efectos se equipara a la filiación legítima.

- c) En relación a los derechos sucesorios.- El artículo 180 en su parte conducente dice que "El hijo adoptivo ocupa en la sucesión del adoptante la misma posición que los naturales reconocidos. El adoptante ocupa en la sucesión del hijo adoptivo una posición equivalente a la del padre natural".

Este proceso como novedad en la Ley de 1970, viene a revolucionar el derecho sucesorio, reconociendo al hijo adoptivo, unos derechos que inclusive sobrepasan hasta los hoy otorgados a la adopción plena.

5.- La adopción en el Derecho de los Estados Unidos de Norteamérica.

La práctica de la adopción desapareció casi completamente en la Edad Media. Los medios más importantes de

transferencia de custodia de un niño era a través de un documento, por medio del cual se le trataba a éste como una propiedad, dándole un trabajo en casa hasta que tuviera la mayoría de edad (dieciocho años a mujeres y veintiuno a hombres), usualmente en intercambio por comida, ropa y hospedaje; así como también bases escolares y algún entrenamiento en un oficio. Hasta que la adopción fué introducida de nuevo con las leyes generales de adopción que existieron en la mitad del siglo XIX, las pocas adopciones que tomaron lugar fueron por arreglos informales o por medio de un acta. De donde resultó necesaria la regulación mediante disposición formal legal.

La ley general de adopción era un resultado de intereses y necesidades, puesto que si existían algunas adopciones informales, éstas no eran comunes, ya que los padres adoptantes tenían miedo que los padres naturales reclamaran a sus niños, esencialmente si había una ventaja financiera.

Estos primeros estatutos de adopción en los Estados Unidos fueron aprobados en 1850 en Texas y Vermont. Estos y las Leyes promulgadas poco después por otros estados, fueron aprobadas para hacer record público de acuerdos de adopción privados. No hubo mención de supervisión pública o

requisito para la autorización de ésta.

En 1851 Massachusetts fue el primero de varios estados, incluyendo Nueva York, para promulgar una ley que proviera de supervisión judicial, solicitando que se hiciera un juicio de la habilidad de los padres para abastecer al niño.

De 1890 a los años de 1920-1925 muchos estados aceptaron leyes que proveyeran investigaciones sociales para ser prerrequisitos en todas las adopciones y que requirieran discreción por parte de los jueces. En muchos casos estas investigaciones sociales fueron delegadas a departamentos de caridad o asistencia del condado.

La práctica de adopción en este país se ha envuelto de necesidades de padres y niños a un foco de necesidades de niños sin padres. Aparte de la investigación social de prospectos hogares adoptivos, periodos de espera han sido impuestos entre el lugar de un niño en un hogar y la consumación legal de la adopción. En muchos estados una vez que los procedimientos de adopción están cerrados, el requisito está aprobado y un nuevo certificado de nacimiento es emitido para proteger los derechos del niño y de sus padres adoptivos.

I.- Requisitos de las personas adoptantes.- Como regla general, la adopción debe ser llevada a cabo por personas casadas o no casadas, y los requisitos son básicamente los mismos en cualquiera de los casos. En el caso de las personas casadas, todos los estados requieren que la petición se haga ya sea en pareja o que el uno le dé consentimiento al otro cónyuge; sin embargo el requisito para una petición colectiva es que sean ambos cónyuges. Esto no es aplicable en relación con la adopción de un hijastro, ya que la petición es sometida únicamente por el padrastro, con el consentimiento de la esposa.

1.- Edad: El requisito de edad que más comúnmente se encuentra es que el padre adoptante tenga por lo menos veintiún años de edad. Muchos estatutos especifican, cualquier adulto o cualquier persona con la edad permitida, pero el efecto usual de esta estipulación es como ya se ha citado, hay sin embargo en las siguientes jurisdicciones variantes respecto a este requisito en relación a la ley general.

No obstante, algunos estados que han impuesto la edad mínima de veintiún años, permiten a personas

menores de edad casadas hacer una petición de adopción, mientras que otros estados permiten a cualquier persona o cualquier residente adoptar (haciendo posible que menores de edad instituyan procedimientos de adopción). En algunas jurisdicciones, el padre adoptante debe ser un número específico de años mayor que el adoptado; ocho estados, por ejemplo, requieren que esta diferencia de edad sea por lo menos diez años. En dos estados, la diferencia es de quince años a menos que el adoptante sea el hijo(a) del(a) esposo(a) del adoptante. En Georgia, un adoptante debe tener veinticinco años, si no es casado; de otra manera un adulto que por lo menos sea mayor por diez años que el niño adoptivo. Puerto Rico tiene como única estipulación que el padre adoptante sea mayor de veintiún años y también dieciseis años más grande que el niño adoptado, excepto en una adopción de un hijastro donde el adoptante ha estado casado con el padre o la madre del adoptado por lo menos con cinco años antes de la adopción.

Debe recordarse que las adopciones en agencia los requisitos de edad pueden ser más estrictos que aquellos especificados por estatuto. Algunas agencias

responsables fijan un máximo de cuarenta años de edad a padres adoptantes; dichos requisitos pueden ser investigados por las mismas.

2.- Residencia.- En el caso ordinario donde ambos, el niño y los padres adoptantes viven en el mismo estado, los requisitos de residencia no presentan problema. Sin embargo, pueden surgir varias complicaciones, en este caso hay dos posibles soluciones:

- a) El niño puede ser llevado al estado donde los padres adoptantes residen.
- b) Los padres adoptantes pueden ir al estado donde el niño reside y llevar los procedimientos de adopción en éste.

Para decidir que curso seguir, se debe considerar la disposición legal y prácticas que rijan en determinada jurisdicción, cuando es posible generalmente es preferible instituir el procedimiento en el estado donde los padres adoptantes residen. La principal razón para esto es que la Corte que considera la solicitud estará en una mejor posición

para obtener la información pertinente y la evidencia concerniente a los prospectos adoptantes y así propiamente determinar sobre la aprobación o negativa de la solicitud.

Además, si como usualmente es el caso, se requiere de una investigación oficial antes de que la solicitud sea aprobada, simplifica en gran medida los asuntos cuando el procedimiento es llevado a cabo en el estado donde residen los que hacen la petición. Sin embargo, puede ser difícil o imposible, ya sea por razones legales o prácticas, llevar el procedimiento a esa jurisdicción. Por ejemplo, si el niño está en una pensión o agencia en otro Estado, será necesario asegurar la asistencia y cooperación de aquéllos que tienen la custodia del niño para trasladarlo al estado en que se va a llevar a cabo el proceso de adopción.

Aún más, deben considerarse las Leyes del estado respetando el traslado del niño para propósitos de adopción. La mayoría de los estados tienen tales Leyes y prácticamente en todos ellos es necesario primero obtener permiso del departamento de beneficencia del estado. La mayoría también

requieren la fijación de una fianza, generalmente por un mil dólares, aunque en algunos estados es mayor. Casi la mitad de los estados que regulan el traslado de los menores de uno a otro estado requieren, además del permiso del Departamento de Beneficiencia, reportes de seguimiento de esa agencia.

Algunos estados regulan la importación y exportación de niños, las Leyes que regulan esta última son generalmente mas simples que aquellas relacionadas a la importación.

Se requiere del permiso de la agencia de asistencia del estado y algunas veces de reportes de seguimiento, pero generalmente no del requisito de fianza. Además, las Leyes de exportación por lo regular no se aplican cuando el niño es sacado del estado por sus padres o tutor.

Dicen Morton L. Leavy y Roy D. Weinberg que además de las Leyes ya descritas, hay otras que exigen atención en algunas situaciones. Como ocurre con frecuencia, cuando los niños son traídos a los Estados Unidos del extranjero para adoptarlos, se

deben considerar las Leyes del país de origen así como también los requisitos para la inmigración a nuestro país.⁽⁵⁵⁾

Si no se puede arreglar el traer el procedimiento a donde los padres adoptantes residen, convenientemente, la única alternativa es proceder en el estado donde reside el niño si éste es legalmente factible. Pero algunos estados requieren que los adoptantes residan ahí temporalmente, mientras que algunos van más allá y requieren la residencia por un tiempo determinado anterior a la instauración del procedimiento de adopción.

II.- Personas que pueden ser adoptadas.

- 1.- Niños menores.- Las Leyes de todos los estados estipulan la adopción de menores, vivan o no los padres naturales del niño. Sin embargo, el consentimiento de los padres naturales que viven es usualmente requerido. Un menor es ordinariamente definido como una persona menor de veintiún años de edad; aunque hay un límite de edad diferente en algunos estados.

(55) "Law of Adoption" Oceana Publications, Inc. New York 1979, pág. 9.

2.- En adultos.- La mayoría de las adopciones, claro está, es de niños. Sin embargo la adopción en adultos se permite generalmente, pero no en todos los estados. Es ordinariamente mucho más sencillo adoptar a un adulto que a un menor; los estatutos de adopción por lo regular están diseñados para proteger los intereses del niño y asegurar, en la medida mejor posible, que será colocado en un buen hogar. Un adulto, por supuesto no requiere del mismo grado de protección, por lo tanto varias de las más rígidas disposiciones, son regularmente eliminadas en los procesos de la adopción de un adulto, y en algunos estados los procedimientos son simplificados; lo mismo ocurre cuando se trata de adoptar a menores casados.

III.- Limitaciones raciales y religiosas.

Un obstáculo para la adopción que frecuentemente se encuentra es cuando las partes son de diferentes razas o religiones. En esta conexión, se observa que pueden ser envueltos serios asuntos o cuestiones constitucionales, particularmente a la luz de la invalidación por la Suprema Corte de un estatuto que

declaraba ilegal el matrimonio interracial. En el caso de la adopción, tales asuntos o cuestiones aún no han sido sujetos a una determinación judicial definitiva.

Las agencias que dan niños en adopción frecuentemente no aprueban adopciones interraciales o interreligiosas. Algunos estatutos prohíben específicamente procesos de adopción "mixtos". En Louisiana, por ejemplo, la Ley requiere que el niño y los padres adoptivos sean de la misma raza. Texas específicamente, prohíbe adopciones con la relación negro-blanco. En algunos estados, la petición o el informe del Comité Investigador, o ambos, deben establecer la raza, color y religión del niño, así como el de los padres adoptivos. Aunque los estatutos no hablen al respecto, la Corte puede rehusarse a aprobar una adopción "mixta" (racial o religiosa), con la teoría de que tal adopción no cubre los intereses del niño. Esto se aplica particularmente a las adopciones interraciales, las cuáles son raramente aprobadas por las Cortes del Sur.

Muchos estados requieren por la Ley que el niño sea adoptado por una familia de la misma creencia

religiosa, y como un punto práctico, esta Ley es seguida casi uniformemente por las agencias de colocación de niños. Numerosos estatutos del Estado tienen que ver específicamente con la religión de las partes, pero estos varían en detalle considerablemente. Algunos requieren cierta consideración; otros, que las religiones sean las mismas hasta donde sea posible. Algunos otros estipulan pruebas adicionales para ser aplicados. Muchos estados estipulan que el solicitante incluya en la solicitud de adopción, información en cuanto a raza y religión. Aparte de la norma legislativa y precedente judicial, los manuales de los departamentos de beneficencia, así como agencias privadas, indican que debe ponerse considerable atención tanto a la raza como a la religión cuando se lleva a cabo una adopción.

Los estatutos referentes a la cuestión de carácter religioso y racial del adoptante y el adoptado son muchas y variadas. Es pertinente examinar algunos de éstos. En Delaware, por ejemplo, uno de los padres adoptivos debe ser de la misma religión que la madre natural del prospecto adoptado, a menos que ella especifique la religión en que desea que el niño sea

llevado, mediante una declaración ante notario, o que diga que ella no tiene religión alguna. La Ley de Florida especifica para facilitar la práctica, el niño y los adoptantes deben ser de la misma religión, pero la madre puede dar su consentimiento para que se le coloque con adoptantes de otra religión, por escrito. Illinois también requiere identidad de religión, pero este requisito se aplica sólo a colocaciones en agencias, no privadas. Como ya se ha dicho, en Louisiana los adoptantes deben ser de la misma raza que sus adoptados. La Ley de Maryland es similar a la de Florida con respecto a esta cuestión. Massachusetts requiere identidad de religión, sin tener en cuenta el propósito de la madre.

Técnicamente, la Corte tiene el derecho de ceder una adopción mixta, pero se supone que puede hacerlo sólo bajo la recomendación de la agencia de colocaciones. Como las propias reglas de la agencia ordinariamente prohíben las adopciones mixtas, tal adopción es posible sólo cuando la Corte no hace caso de la recomendación de la agencia. Cuando así sucede, debe exponer por escrito las razones para ello, y éstas pasan a formar parte de las actas en

los procesos.

En Missouri, si el niño da una señal de venir de una raza diferente a la de los adoptantes en un período de cinco años, la adopción puede ser anulada. En Ohio, la agencia de investigación toma en cuenta los antecedentes raciales, culturales y religiosos del niño y los adoptantes. La Ley de New York es similar a la de Massachusetts en cuanto a la religión. Pennsylvania estipula que cuando sea posible el niño debe ser de la misma religión que el adoptante; de otra manera, la Corte requiere que la madre se presente y apruebe la adopción mixta. El estatuto de Rhode Island es similar al de Massachusetts y al de New York, pero de alguna manera más estricto. La Corte puede conceder una adopción mixta si se encuentra en el estado a alguien de la misma religión que el niño. Donde una adopción mixta sea cedida, la Corte debe decir las razones y éstas pasan a formar parte de las actas en los procesos. Se ha mencionado que en Texas una persona blanca no puede adoptar a un negro, como tampoco un negro puede adoptar a un blanco.

IV.- Estatutos de colocación.

Como se ha dicho, todos los estatutos de adopción hoy en día disponen de algún tipo de investigación, ya sea obligatoria judicial o discrecional. En el caso de colocaciones privadas, la investigación comunmente viene después de que el niño ha vivido en el hogar de los posibles adoptantes por un periodo substancial de tiempo.

Frecuentemente esto resulta en la aprobación judicial de distintas adopciones insatisfactorias, ya que las Cortes están poco dispuestas a romper los lazos familiares que ya están formados. Para remediar este defecto en la Ley, muchos estados han promulgado estatutos de colocación los cuales no prohíben las colocaciones independientes ni las sujetan a requisitos específicos.

Los siguientes estados han prohibido adopciones cuando los prospectos no tienen ningún parentesco con la persona que se pretende adoptar: Alabama, California, Conneicut, Delaware, Montana, New York, North Dakota, Oregon, South Dakota, Texas, Virginia y Wisconsin. El estatuto de Ohio estipula que ningún

niño puede ser colocado o recibido en adopción o con intento de adoptarlo excepto a través de una colocación hecha por el Departamento de Beneficencia del condado, teniendo una división de beneficencia para el niño o una organización autorizada para colocar niños, a menos que el padre o padres hayan recurrido a eso personalmente, y comparecido ante la Corte competente del condado, en el cual tal niño es entonces un residente para la aprobación de la colocación propuesta; y a menos que la Corte lo diga, después de una investigación independiente haya determinado que cubre los intereses del niño y haya aprobado el acta o registro de la colocación propuesta.

Otros estados tienen estatutos aún más estrictos que prohíben colocaciones privadas con nadie que no sea un pariente ejemplo, Colorado, Indiana, Maine y Tennessee.

Otras jurisdicciones aún requieren la notificación al Departamento de Beneficencia del Estado en el caso de colocaciones privadas. Maryland y New Hampshire requieren notificación por los adoptantes prospectos. Rhode Island y Kentucky en efecto

requieren notificación por la parte que hace la colocación, mientras que Massachusetts pone esta carga en ambos.

Se debe decir que muchas de estas Leyes son burladas con impunidad por el desgano de procesar a las agencias ya sobre trabajadas.

V.- Jurisdicción de Cortes.

Un asunto de suma importancia en conexión con un proceso de adopción es la familiaridad con el Tribunal a que será llevado. Como ya se había mencionado, cuando las partes residen en diferentes jurisdicciones, la primera decisión será la elección del Estado en que se procederá. Algunas veces sin embargo, no hay alternativa porque debido a los requerimientos del Estado en particular no lo permite.

Existen dos preguntas que tienen que ver con la identificación de la Corte o Tribunal competente:

- 1.- La Corte (Tribunal) con jurisdicción competente, y su nombre.

2.- La jurisdicción apropiada, ejemplo el Condado (ocasionalmente ciudad) en donde el procedimiento será instituido.

A) Del Tribunal.- Bajo los sistemas judiciales establecidos en este país, cada Tribunal generalmente, puede recibir sólo cierto tipo de casos. Por ejemplo algunos Tribunales pueden sólo conocer casos criminales; algunos sólo casos civiles; aún otros, sólo asuntos de legalización y descendencia. Es imperativo determinar qué tipo de Corte puede recibir y conocer de procesos de adopción en cada Estado.

Ordinariamente, hay sólo un Tribunal en cada Estado, el cuál puede conocer de procesos de adopción. Usualmente dichos procedimientos son llevados a Tribunales que tienen competencia sobre testamentos y estado de personas en particular o aquéllos con jurisdicción específica sobre procedimientos familiares o de niños. Estos Tribunales tienen nombres diversos en diferentes jurisdicciones. En algunos estados, los casos de adopción se ventilan por Cortes legalizadas; en otros, por el Tribunal o

Corte de Distrito; aún en otros, la Corte Juvenil, Corte Superior o la Corte Sustituta.

B) Jurisdicción.- Después de averiguar cuál es el Tribunal apropiado, en éste se procederá, y es aún necesario determinar la jurisdicción apropiada, ejemplo en qué condado se llevará a cabo. Este problema surge cuando los padres adoptivos residen en una parte del Estado y el niño en otra. En casi la mitad de los estados no hay opción, los estatutos especifican la jurisdicción, generalmente. El condado donde se hace la petición, es donde los padres adoptivos residen.

La razón principal de esto es porque usualmente es más fácil llevar una investigación a conveniencia de ellos, para dar un hogar más adecuado. En los estados restantes, los padres adoptivos tienen una opción de jurisdicción, ordinariamente limitada al condado donde los adoptantes residen, o donde reside el niño. En algunas jurisdicciones, también sucede que, cuando el niño está bajo la custodia de una agencia u organización similar, el proceso puede ser llevado al condado donde dicha agencia se localiza. Aún donde hay tales opciones, usualmente es prefe-

rible llevar los procedimientos en el condado donde los solicitantes residen.

VI.- Iniciación del proceso de adopción.

Los procedimientos de adopción se comienzan llenando un documento formal conocido como petición o demanda. En algunos estados un acuerdo de adopción escrito debe ser llenado con la petición. La petición es firmada por las personas que quieren adoptar y debe contener información apropiada respecto al niño, sus padres naturales y los padres adoptivos, y solicitar que la Corte apruebe la adopción. Puede también incluir la petición o demanda, la solicitud para el cambio del nombre del niño que se pretende adoptar.

Los estatutos del Estado usualmente indican qué información específicamente debe incluirse en la petición. Mientras estos estatutos varían en detalle, la información comúnmente requerida es como sigue:

1.- En cuanto al niño:

- a) Nombre, residencia y edad o fecha de nacimiento.
- b) Una descripción de posesiones, si es que las tiene el niño a adoptar.
- c) Si el niño está bajo custodia de una agencia u organización, una declaración de cómo se adquirió esa custodia.
- d) Si se ha señalado a un guardián en lugar de los padres naturales, su nombre y dirección serán requeridos.
- e) Además, muchos estados requieren información adicional como sexo, raza, religión, lugar de nacimiento, tiempo en que el niño ha vivido con los padres adoptivos, cómo llegó el niño a su casa, etc.

2.- En cuanto a los padres naturales:

- a) Nombre y residencia, en ocasiones información adicional como raza, religión, estado civil, etc. En muchos estados, el nombre y dirección del padre no son necesarios cuando el niño es ilegítimo.

3.- En cuanto a los padres adoptivos:

a) Nombre, edad, residencia y estado civil.

b) En muchos estados, información como raza, religión, recursos económicos, empleo y otro tipo de ingresos.

En algunos estados, ciertos consentimientos debe contener la petición. Además, documentos concernientes a la tutela, renuncia de los derechos de los padres naturales, internamiento del niño a una agencia o institución, y asuntos similares puedan también tener que ser presentados con la petición.

Debe mencionarse que los padres adoptivos necesitan ser ciudadanos de los Estados Unidos excepto en Tennessee y Nueva Jersey (donde pueden ser ciudadanos o deben haber declarado oficialmente su intención de serlo).

Siendo un documento legal, la petición debe ser presentada por el Procurador que maneja el proceso para los adoptantes. El estará familiarizado con el procedimiento propio y podrá aconsejar con respecto a la información que se requiere esté incluida bajo

la Ley del Estado en particular.

VIII.- Consentimiento.

El consentimiento de ciertas partes debe obtenerse antes de que una adopción pueda ser aprobada. Mientras varias de las Leyes de los estados difieren en detalle, los tipos de personas cuyos consentimientos son requeridos son casi los mismos en todos los estados.

- 1.- El niño si se le considera lo suficientemente mayor para dar su consentimiento.
- 2.- Los padres naturales (o madre, si el niño es ilegítimo) a menos que haya buenas razones, este consentimiento puede ser dispensado.
- 3.- Si los padres naturales están muertos, o su consentimiento son incesarios, el consentimiento del tutor, el pariente más cercano, amigo más cercano nombrado por el Tribunal o la agencia autorizada a la cuál el niño había sido entregado.

En algunos estados, los consentimientos requeridos son presentados junto con la petición; en otros,

pueden darse o presentarse a la audiencia.

A) Consentimiento el niño.

Prácticamente todos los estados, requieren del consentimiento del niño si tiene capacidad legal para consentir. Los únicos estados en donde no se requiere son: Louisiana, Nueva Jersey y Carolina del Sur. En unos cuantos estados el consentimiento del niño puede ser innecesario o rechazado.

La edad a la que se considera que un niño es suficientemente maduro para consentir, varía entre las diversas jurisdicciones. En la mayoría de los estados, el consentimiento de un niño se requiere si tiene éste catorce años de edad o más.

Cerca de una tercera parte, la edad es de doce años, mientras que en tres estados y Puerto Rico es de diez.

B) Consentimiento de los padres naturales.

Generalmente el consentimiento de los padres naturales se requiere en los procesos de adopción, pero es importante mencionar ciertas restricciones de

esta regla. Por lo menos la mitad de los estados tiene disposiciones específicas que cubren casos donde el niño es ilegítimo, usualmente eliminando en tales casos la necesidad del consentimiento del padre. En unos cuantos estados, el consentimiento de la madre natural es suficiente a menos que la identidad del padre sea probada. El consentimiento por los padres naturales es dispensado en los casos cuando se haya rechazado, negado o abandonado al niño; o hayan sido privados de la custodia judicialmente, o en su caso entregado al niño a una agencia de beneficencia voluntariamente; también cuando hayan sido privados de sus derechos civiles o encarcelados; o que sean alcohólicos. La misma regla se aplica cuando los padres naturales son desconocidos. En otros casos, cuando no existe tal estatuto legal, la Corte debe determinar la cuestión de las circunstancias. En casos dudosos, el problema de si la adopción es posible sin el consentimiento de los padres naturales, requiere del consejo de expertos.

C) Consentimiento de tutores, agencias, etc.

Si los padres naturales están muertos o su consentimiento es innecesario por las razones mencionadas con

atelación, el consentimiento del tutor o alguna otra persona apropiada se requerirá. Si no hay tutor, la Corte protegerá los intereses del niño, requiriendo el consentimiento de alguna persona o agencia sustituta. Usualmente el Departamento Público de Beneficencia local o del Estado será designado como el sustituto. En algunas circunstancias, la Corte señalará a una persona para que actúe como el consejero del niño. El propósito es para asegurar que la adopción es favorable a los intereses del niño y que a la vez se ha dado el consentimiento por alguien que tiene esos mismos intereses.

En muchos estados la disposición indicada es con el objeto que los padres naturales puedan colocar al niño en una agencia y firmar una cesión de todos los derechos inherentes.

En tales cesiones ante agencias es innecesario para la adopción el consentimiento de los padres naturales, pero para proteger completamente los intereses del niño, se requiere el consentimiento de la agencia. En la actualidad existe una creciente tendencia hacia el fomento de las cesiones de derechos ante agencias.

D) Forma de consentimiento.

Hay una considerable diversidad entre las jurisdicciones en cuanto a la forma de otorgar el consentimiento. Algunos estados requieren consentimiento sin denotar su naturaleza exacta, algunos otros requieren el consentimiento por escrito, y aún otros lo requieren mediante firma ante la Corte. La mayoría sin embargo, requieren un consentimiento reconocido u otorgado ante notario u oficial apoderado para reconocimientos.

VIII.- Procedimiento judicial.

A) Notificación.

Después de que la solicitud ha sido preparada y presentada en la Corte, se debe dar aviso del proceso de adopción. En cuanto a la notificación es un paso altamente técnico, y mientras los estatutos de varios estados difieren considerablemente al respecto, como regla general la notificación se debe hacer a todas las personas cuyo consentimiento se considera necesario. Existe una gran tendencia a requerir que

la notificación para la iniciación del proceso sea hecha también al Estado o al Departamento de Beneficencia local. Cuando no sea posible hacer la notificación personal, ésta se hará mediante publicaciones.

B) Investigación.

Las disposiciones para la investigación anterior a la aprobación de adopción ahora existe en todas las jurisdicciones. En la mayoría de ellas, estos requerimientos son obligatorios, aunque en algunos estados se hacen excepciones cuando las partes ya tienen ciertas relaciones específicas con la agencia y el adoptado.

Claro está, donde se lleva a cabo una adopción a través de una agencia de colocación de niños, probablemente ya se ha llevado a cabo una investigación privada. De hecho, en algunos estados cualquier persona que recibe a un niño con el propósito de hacer una colocación de adopción debe presentar un reporte preliminar en treinta días. Donde dicha investigación previa ya se haya hecho, la Corte cuando sea permitido nombrará a la misma agencia

para dirigir la investigación oficial.

Los resultados de la investigación oficial comúnmente se incluyen en un informe escrito presentado a la Corte. Las Leyes de la mayoría de los estados contienen disposiciones detalladas en cuanto a la información que debe ser incluida en dicho informe, aunque algunos disponen que debe contener información acerca de las condiciones y circunstancias que acompañan a la adopción. Aunque aquí también hay considerables diferencias en detalle entre las diversas leyes de los estados, en general la información que debe contener tal informe es de la siguiente manera:

- 1.- En cuanto al niño.- Sus antecedentes, condición física, mental y otras circunstancias en relación con su compatibilidad para la adopción.
- 2.- En cuanto a los padres adoptivos.- Estado de salud, condición económica, aptitud como padres y conveniencia de su hogar para el niño.
- 3.- En cuanto a los padres naturales.- Por qué desean renunciar al niño; si no son aptos para ser padres o

han abandonado al niño, etc.

También se requiere información adicional como raza, religión y antecedentes de nacionalidad de las partes, este último requisito es obligatorio en todas las jurisdicciones. En la práctica, los informes presentados generalmente van mas allá de los requisitos mínimos que se solicitan e incluyen mucha información adicional que la agencia investigadora considera importante.

Prácticamente todos los estados, a la persona o agencia que realiza el informe se le requiere que haga una recomendación considerando la conveniencia de la adopción en cuanto a los hechos y circunstancias del caso en particular.

C) Audiencia. 

Después que se ha dado notificación a las partes y se ha hecho la investigación, tendrá verificativo una audiencia ante la Corte. Frecuentemente la audiencia es llevada a cabo en la Corte a puerta cerrada o en las Cámaras o despachos del Juez. Este es el momento en que la Corte considerará toda la

información disponible para poder determinar si la adopción es o no conveniente. Los adoptantes prospectos deben estar presentes, así como el niño si tiene la edad para dar el consentimiento.

La Corte examina a las partes interesadas, y para el caso considerará el informe relativo a la investigación. Aunque la Corte usualmente no se limita por la recomendación del informe, éste tiene gran peso y es raro que una Corte apruebe una adopción cuando la recomendación de la agencia de investigación no es favorable.

La Corte puede también escuchar a testigo cuando sea necesario y conveniente hasta satisfacerse plenamente. Finalmente, si se cumple con los requisitos de adopción y es conveniente para los intereses del niño, la Corte dicta una resolución dando al niño a los solicitantes en adopción. Si no se cumple, la Corte puede suspender la audiencia, para a la postre obtener más información o definitivamente puede negar la petición y regresar al niño a las personas o agencia que tenían la custodia de él. En todas las jurisdicciones, el interés principal de las Cortes es el beneficio y bienestar del niño.

IX.- Decreto oficial.

Después de la audiencia, la Corte publica un fallo, sentencia o decreto, la naturaleza del decreto depende de la Ley del Estado en particular; este decreto o sentencia puede ser: una sentencia final o definitiva o bien una sentencia temporal o interlocutoría.

A) Sentencia interlocutoría.

Una sentencia interlocutoría es temporal, a diferencia de una sentencia final. Su efecto es que a una fecha citada, regularmente de seis meses o un año, la Corte considera la solicitud otra vez. Durante este período de tiempo, el niño vive en el hogar de los prospectos adoptantes; ordinariamente hay una supervisión de una agencia con permiso de la Comisión de Beneficencia del Estado o del departamento equivalente. La agencia o comisión visita el hogar de los adoptantes para constatar el trato que recibe el niño, si es feliz y se le cuida adecuadamente. Si ha habido una investigación anterior a la audiencia, la persona o agencia que la hizo será designada para

investigar y supervisar durante el periodo siguiente a la publicación de la sentencia interlocutoria.

En la mayoría de los estados en que se emiten sentencias interlocutorias se provee por estatuto y pueden ser revocadas por la Corte en cualquier momento durante el período de prueba. Tal revocación puede ser en el propio pedimento de la Corte, o a solicitud de los padres naturales o adoptivos, o posiblemente de la agencia de supervisión u otras personas interesadas; cuando se hace tal solicitud, la Corte lleva a cabo una audiencia para determinar sus méritos. Dichas solicitudes, sin embargo son relativamente usuales.

B) Sentencia final.

Si se han cubierto todos los requisitos necesarios durante el período a prueba, como es comunmente el caso, la Corte entonces publica una sentencia final aprobando la adopción. El efecto legal de una sentencia final de adopción se considerará más adelante.

Como ya se dijo con anterioridad, el propósito de la

sentencia interlocutoria es para poner cierto período a prueba, para determinar la compatibilidad de las partes y averiguar si el beneficio y felicidad de todos se cumplirá para el caso que se apruebe la petición. Aún los estados que no tienen sentencias interlocutorias usualmente disponen de un período a prueba similar al de la sentencia interlocutoria. Esto generalmente toma la forma de un requisito en el sentido que el niño debe de haber vivido en la casa de los solicitantes por un tiempo específico antes de aprobar la petición, aunque la Corte está autorizada frecuentemente para suspender este requisito o acortar el período fijado. Sin embargo, esta práctica no es tan efectiva para proteger los intereses del niño como en la sentencia interlocutoria.

Se debe nuevamente mencionar que en adopciones de agencias los requisitos pueden ser más estrictos que aquéllos impuestos por estatuto. Virtualmente tales agencias requieren que el niño viva con los prospectos adoptantes por un tiempo específico, regularmente un año antes de que la agencia apruebe la adopción.

C) Anulación de la sentencia final.

Como se mencionó en el texto anterior, las sentencias interlocutorias pueden ser revocadas en cualquier momento antes de la publicación de la sentencia final. Una vez que una sentencia final se ha publicado, el proceso está completo y el caso está cerrado.

En este momento el adoptado es legalmente el hijo de los padres adoptivos. Sin embargo, bajo ciertas circunstancias excepcionales, un proceso puede anularse después de la sentencia final; en algunos estados esta sentencia puede ser anulada cuando los padres adoptivos no han desempeñado debidamente sus funciones con el niño, mientras que en algunos, los padres adoptivos pueden solicitar la anulación si el niño desarrolla una enfermedad de una condición preexistente que no conocían en el momento de la adopción, en muchos otros estados una acción para anulación puede darse sólo en un período relativamente corto después del fallo final.

En algunas jurisdicciones un niño adoptado cuando es menor, tiene la opción de solicitar una anulación

cuando cumpla los veintiún años de edad. Como ya se indicó, las disposiciones para la anulación cubren casos atendiendo circunstancias poco comunes. El elemento esencial y que hay que tener en cuenta en el caso típico, es que en un proceso de adopción se consuma con la asentación del fallo final, donde el adoptado es el hijo de los adoptantes para todos los propósitos legales.

X.- La adopción y sus efectos legales.

Como se ha dicho en el capítulo anterior, el efecto general de una sentencia de adopción es la finalización o desintegración de los derechos y obligaciones entre el niño y sus padres naturales y la sustitución de un estatuto equivalente entre el niño y sus padres adoptivos. Algunos estatutos detallan y especifican que el niño puede tener el derecho a la educación, cuidado y mantención por parte de los padres adoptivos. Esta obligación corresponde naturalmente a los padres adoptivos aunque no hay requisitos estatutorios específicos. De hecho, puede ser tomada como regla general que el efecto de la adopción establece entre los padres adoptivos y el niño todos los derechos y obligaciones que normal-

mente existen entre el niño y sus padres naturales, a menos que se estipulen excepciones específicas.

A) En cuanto al nombre.

Prácticamente todos los estados permiten el cambio del apellido del niño al de los padres adoptivos. Si se desea tal cambio, la solicitud de adopción debe pedir específicamente la inclusión de dicha disposición en la sentencia final.

B) Acta de nacimiento.

Generalmente todos los estados disponen que los documentos relativos a los procesos de adopción sean secretos y disponibles para inspección sólo por orden de la Corte.

En la mayoría de los casos es posible obtener una nueva acta de nacimiento que mencione el nuevo nombre del niño adoptado. Dicha acta no revelará ninguna información acerca de los padres naturales o distinguirá que el niño ha sido adoptado. Generalmente el acta anterior será sellada y archivada, y puede ser abierto sólo por solicitud de la persona

adoptada, si tiene la edad permitida, o por una orden de la Corte.

C) Herencia.

Indudablemente la pregunta más problemática que surge después de la adopción es aquella en cuanto a la herencia. Como regla general el niño puede heredar de los padres adoptivos y ésto se estipula específicamente en todos los estatutos. Sin embargo, unos cuantos estados restringen el derecho de herencia del niño al no permitirle tomar parte en la masa hereditaria en relación a los demás herederos. Algunos de los estados que tienen provisiones de este carácter son: Maine, Ohio, Vermont y Virginia del Oeste.

Ordinariamente, también los padres adoptivos pueden heredar al niño, pero también algunos estados tienen disposiciones contrarias. En Georgia por ejemplo, los padres adoptivos no pueden heredar propiedades adquiridas o heredadas por el niño de parientes de sangre. En Tennessee los padres adoptivos pueden heredar propiedades adquiridas por el adoptado después de la adopción. En Arkansas los padres

adoptivos no heredan propiedades recibidas por los padres naturales, esta misma regla se aplica a Massachusetts.

Otra pregunta frecuentemente surge en el sentido de si el niño puede o no aún heredar de sus padres naturales. Tomando en consideración la regla de que la adopción termina con todas las reglas legales entre ellos, la regla general es que en ausencia de disposición específica estatutaria, el niño no puede heredar. Sin embargo, ciertos estados tienen estipulaciones al respecto de sus estatutos. Entre estos están: Alabama, Arkansas, Florida, Maine, Massachusetts, Michigan, Texas, Vermont y Virginia del Oeste. En algunos estados aún en ausencia de un estatuto específico, las Cortes han sostenido que el niño puede heredar de sus padres naturales bajo condiciones de la Ley común. También en ciertos estados los padres naturales no pueden heredar del niño adoptado, aunque éste último si puede heredar de ellos. En varios estados la relación sustituta adoptado y padres adoptivos vale para todos los propósitos, incluyendo el derecho de herencia.

Pueden surgir cuestiones extremadamente complicadas,

considerando la relación entre el niño adoptado y otros parientes de los padres adoptivos para propósito de herencia. Por ejemplo ¿Puede heredar el niño adoptado de sus hermanos o hermanas quienes son los hijos naturales legítimos de los adoptantes? La regla general parece ser que un estatuto que hace al niño adoptado el heredero de sus padres adoptivos no lo hace heredero de los parientes de los adoptantes.

En algunos estados esta regla ha sido modificada por estatuto o por pronunciamiento judicial. El tema es extremadamente complicado y la Ley tan diversa entre los estados que es imposible dar respuestas categóricas a tales preguntas sin primero saber todos los hechos y circunstancias del caso particular.

D) Ciudadanía.

Un niño extranjero adoptado por un ciudadano norteamericano no adquiere la ciudadanía automáticamente, pero es extranjero hasta que se le naturaliza. El estatuto 8 USCA 1434 estipula que un niño adoptado se requiere que viva en Estados Unidos por dos años antes de presentar una solicitud de naturalización.

Un apartado del estatuto arriba citado se agregó en 1957 y posteriormente fue corregido en 1958, este apartado expresa lo siguiente:

"(C) Cualquier niño adoptado, cuando uno de los padres adoptivos sea ciudadano de los Estados Unidos, en las fuerzas armadas de los Estados Unidos, o de una institución norteamericana de investigación reconocida como tal en el Tribunal Supremo, o de una compañía o corporación americana comprometida en parte o completamente con el desarrollo del intercambio y comercio extranjero de los Estados Unidos, o un subsidiario del mismo, o de una organización pública internacional en la cual los Estados Unidos participen por convenio o estatuto, o es autorizado para realizar funciones ministeriales de una denominación religiosa que tiene una organización seria en los Estados Unidos; y regularmente situado en el extranjero en tal servicio o empleo. Que este en los Estados Unidos en el momento de la naturalización, y cuyo padre adoptivo declare ante la Corte antes de la naturalización la confianza e intención de tener al niño viviendo en los Estados Unidos inmediatamente cuando termine tal servicio o empleo en el extran-

jero, en estos casos puede ser naturalizado conforme a los requisitos de las Leyes de naturalización excepto que no se requiera residencia anterior o período específico de presencia física en los Estados Unidos o en la jurisdicción de la Corte de naturalización, y el apartado 3 inciso "a" de esta sección no será aplicable.

Para traer al niño adoptado al país se debe obtener una aprobación del servicio de inmigración de los Estados Unidos. La investigación a los antecedentes de la pareja adoptante es minuciosa y si el servicio de inmigración no queda satisfecho con lo que encuentra o con el informe de salud del niño, el cual tiene que ser presentado, para ser admitido en los Estados Unidos.

CAPITULO III
EL CONCUBINATO.

El concubinato ha sido analizado desde diversos puntos de vista, primero repudiándolo enérgicamente, luego admitiéndolo con cierta timidez y reticencia, y finalmente con absoluta eficacia jurídica. Esta diversidad de juicios respecto del concubinato, que van desde el inicio de su desarrollo, hasta nuestros días y que también siempre se ha apreciado con posturas muy extremas que van desde la repulsa, que no le dan probabilidad de ingreso al orden jurídico; hasta los que lo defienden, dándole un reconocimiento.

No obstante lo anterior, las posiciones en que se apoyan unos y otros, naturalmente tienen como fundamento la moral. Quienes lo atacan, ven en el concubinato una afrenta a las buenas costumbres, una agresión a la familia, o la ilicitud de su conformación en sí, como más alta razón invocan, la moral lesionada. Quienes van en su defensa dicen en cambio, que es inmoral desconocer la validez de las obligaciones o derechos que trae aparejado el concubinato, aún de modo indirecto.

El concubinato como una realidad reclama el reconocimiento, debido a su urgencia social, con una virtualidad

jurídica que trate de regularlo, en todas las legislaciones del mundo.

1.- Concepto de concubinato.

Comenzaremos diciendo que el concubinato, viene del latín concubinatus, que significa "comunicación o trato de un hombre con su concubina", también es de mencionar que el concepto de concubinato desde Roma hasta nuestros días no ha perdido vigencia, por esto es que los juristas coinciden prácticamente en su concepto, como en seguida se apreciará.

Para el maestro Ignacio Galindo Garfias "Es la vida marital de varón y mujer, sin que hayan celebrado el acto solemne del matrimonio".⁽⁵⁶⁾

El catedrático Manuel F. Chávez Asencio dice: "Se trata de la vida que el hombre y la mujer hacen como si fueran cónyuges sin estar casados; de la cohabitación o acto carnal realizado por un hombre y una mujer, cuya significación propia y concreta no se

(56) Ob. Cit. pág. 486.

limita sólo a la unión carnal no legalizada, sino también a la relación continua y de larga duración existente entre un hombre y una mujer sin estar legalizada por el matrimonio" (57)

En tanto para el jurista Sabino Ventura Silva, "Es la unión permanente entre dos personas de distinto sexo, sin intención de considerarse marido y mujer". (58)

La profesora Sara Montero Duhalt dice que "Es la unión sexual de un sólo hombre y una sola mujer que no tienen impedimento legal para casarse y viven como si fueran marido y mujer en forma constante y permanente por un período mínimo de cinco años. Este plazo puede ser menor si han procreado". (59)

Juan Iglesias, jurista español considera que "Es la unión estable de hombre y mujer sin affectio maritalis". (60)

(57) Chávez Asencio Manuel F. "La Familia en el Derecho" Relaciones jurídicas conyugales, Editorial Porrúa, S.A. 1a. edición 1985, págs. 265 y 266.

(58) Ventura Silva Sabino, "Derecho Romano" Editorial Porrúa, S.A. 8a. edición 1985, pág. 109.

(59) Ob. Cit. pág. 165.

(60) Iglesias Juan "Instituciones de Derecho Privado" Editorial Ariel, 6a. edición, Barcelona, 1972, pág. 563.

De los conceptos anotados con atelación, resulta evidente que los doctrinarios nombrados, mencionan en su concepto de concubinato las palabras unión o vida entre hombre y mujer, libres de matrimonio, relaciones permanentes y semejando un matrimonio, consecuentemente coinciden en considerar al concubinato tal y como nos lo conceptúa el maestro Ortiz Urquidi, como un matrimonio por comportamiento.

Definición de concubinat que acepta el sustente:

"Es la unión de un hombre y una mujer que no están casados y que viven juntos como si lo estuvieran, en forma permanente y por un periodo mínimo de cinco años o en su defecto que hayan procreado hijos".

2.- Antecedentes jurídicos del concubinato.

El concubinato ha estado presente en todas las épocas de la humanidad, por ende en la historia de todos los pueblos; sin embargo sólo haremos una referencia histórica.

A) Roma.

Nos comenta Eugéne Petit "que los romanos daban el nombre de concubinatus a una unión de orden inferior más duradera, y se distinguía así de las relaciones pasajeras consideradas como ilícitas".⁽⁶¹⁾

La institución del concubinatus debe su nombre, legalmente admitido, a la Ley Julia de Adulteriis, dictada por Augusto en el año 9 D.C. Con anterioridad a esta Ley que definió y reguló al concubinatus, éste era un hecho ajeno a toda previsión legal, y la mujer que integraba la unión irregular, se llamaba entonces Pellex, ya con la Ley Julia recibió el nombre de concubina, juzgado como honorable en lugar de Pellex, este último reservado en adelante sólo para las mujeres que tenían relaciones con un hombre casado.

Con las disposiciones de la Ley Julia y de la Ley Papia Poppeae, el concubinatus adquirió el carácter de una institución legal. Reafirmada como tal cuando

(61) Ob. Cit. pág. 110.

Justiniano en su compilación insertó los títulos de concubinís que le dio una reglamentación minuciosa.

En principio, el concubinato estaba permitido con las mujeres que no era posible el Stuprum, es decir, las manumitidas, las de baja reputación y las esclavas. Pero en ocasiones una mujer honesta podía descender al rango de concubina y ésta al convertirse en tal, pedía al "existematío", en este caso era necesario una declaración expresa.

El jurísta Margadant indica que, los romanos mostraban dos formas de matrimonio, las *justae nuptiae*, con amplias consecuencias jurídicas y el concubinato, de consecuencias jurídicas reducidas, las cuales aumentaban poco a poco, pero nunca llegaban al nivel del matrimonio justo y que Gallo sólo menciona al matrimonio como fuente de la patria potestad.⁽⁶²⁾

(62) Margadant G. Guillermo F. "El Derecho Privado Romano", Ed. Esfinge, S.A. de C.V. 14a. edición pág. 207.

El concubinato en sí, tenía semejanza con el matrimonio legítimo o *justum matrimonium*, unión plenamente reconocida en las reglas del Derecho Civil. Por ello el concubinato presume la capacidad sexual, o sea la pubertad; excluyendo la posibilidad de mantener relaciones con más de una concubina, como también éstas con un hombre casado.

La continuidad de las relaciones e individualidad como pareja daban una apariencia de matrimonio legal. La existencia de *affectio maritalis* era lo que marcaba la distinción entre el matrimonio y el concubinato; siendo preciso inferirlo de motivos concurrentes y diversos como lo eran los "*instrumentum dotale*", la formalidad de los esponsales, o también del trato con la dignidad de esposa, reservado por el marido en reciprocidad del "*animus uxoris*" de la mujer.

En el concubinato, la mujer no tiene el mismo rango del hombre, es inferior, ya que por lo regular el romano tomaba por concubina a una mujer sin honradez, indigna de ser su esposa, una manumitida o una indígena de baja extracción. De aquí la designación de "*inaequale conjugium*" y se le juzgue como

una unión inferior sin categoría social, pero regular; sin considerarse nunca como relaciones pasajeras ilícitas.

Por lo que se refiere a sus efectos jurídicos, tratándose de una institución legislada de modo concreto, estaban previstos los siguientes supuestos. Cuando el patrono convive con su liberta, no se rehusa a la concubina como en los otros casos, el nombre de matrona y de mater familie; el consentimiento del patrono es indispensable, ya que para que la mujer se una a otro hombre como esposa o como concubina, sea para que se desligue de la vida en común, en este caso, la concubina está obligada a deber fidelidad y puede ser perseguida por adulterio.

En situaciones de orden común, el concubinato no producía los efectos del matrimonio respecto de las personas y de los bienes de los esposos; la concubina no participaba en las dignidades de su compañero, no existía la dote, tampoco había lugar a donación por causa de nupcias. Las prohibiciones de hacerse donaciones entre esposos no le era aplicable, y la disolución del concubinato no tenía el carácter de divorcio. Además notoriamente no se tenía la

finalidad de establecer entre el hombre y la mujer la comunidad de existencia, aunque sí se contraía con el ánimo de perpetuidad.

El derecho a suceder de la concubina era muy restringido, tuvo vigencia a partir de Justiniano, quien se lo concedió en las sucesiones ab-intestato.

La concubina en cuanto a la familia no era elevada al rango social del marido, tampoco tenía el trato reservado de la uxor en la casa, ni entre sus parientes, ni siquiera aún entre sus servidores. Por ésto es que una mujer de rango honorable, no podía vivir en concubinato sin comprometer la estimación en que estuviera su nombre y sin que socialmente desmereciera su calidad.

"Los hijos de la concubina son sus cognados y quedan fuera de la familia del padre, pero nacer "Sui Juris", por lo que el ciudadano romano podría elegir entre dos clases de uniones que traían aparejadas consecuencias distintas. Si quería desarrollar una familia civil, contrae las "justae nuptiae", que le daban hijos bajo su autoridad; si quería dejar fuera de su familia a los hijos que le nacierán de la mujer

a la que se unió, entonces toma una concubina".⁽⁶³⁾

Fue hasta la promulgación de la constitución de Constantino que se modificó, ya considerando a los hijos nacidos del concubinato que tenían un padre legalmente declarado y se encontraban ligados por un lazo de parentesco natural. Según una constitución imperial, el padre pudo adquirir la patria potestad sobre sus hijos y darles, mediante la legitimación, la calidad de hijos legítimos. Justiniano, a su vez concedió a los hijos naturales un derecho de sucesión legítima en los bienes del padre. Además, invocando su calidad los hijos nacidos del concubinato tenían derecho a exigir alimentos.

La legitimación de los hijos podía producirse por matrimonio de los padres; ofreciendo al hijo varón a la curia de su ciudad natal o casando a la hija mujer con su decurión o, directamente por rescripto del príncipe.

Los emperadores cristianos combatieron al concubinato

(63) Chávez Asencio Manuel F. Ob. Cit. pág. 269.

y procuraron que los concubinarios contrajerán la *justae nuptiae*. No obstante, subsistió como institución legal y fue admitido por la iglesia, que en concilio de Toledo (año 400) prohibió en su canon IV la posesión de esposa y concubina, pero permitió la unión monogámica con la concubina. San Isidro de Sevilla expresó su opinión favorable al concubinato. León el Filósofo, emperador de Oriente, lo había prohibido durante su reinado.

B) México.

El maestro Chávez Asencio dice que en diversas partes del país existieron tribus, en las que existía poligamia, como también en otras la monogamia, en las primeras se encontraban por ejemplo los Mixtecas y entre las segundas los Cichimecas y Opatas, y que en el sistema matrimonial mexicano había una transición entre la monogamia y la poligamia, puesto que sólo existía una esposa legítima, con la que el hombre se casaba siguiendo las ceremonias necesarias para tal efecto; pero también un número indefinido de concubinas oficiales tenían sitio en el mismo hogar, sin embargo la posición de éstas últimas nunca era

objeto de burlas o desprecio.

En otras tribus, aunque era fácil cambiar de mujer, éstos sólo procuraban tener una en el hogar.

En general, todo hombre casado o soltero, pero siempre que no sea sacerdote podía tener cuantas mujeres quisiera (mancebas), con el requisito que éstas fueran libres de matrimonio, los padres daban mancebas a sus hijos mientras llegaba la edad de casarlos y los padres de éstas las daban sin que ellos consideraran deshonoroso hacerlo.

En relación a los hijos llamados pilli de las esposas secundarias o mancebas, no tenían límites para llegar a desempeñar puestos altos, claro que el hijo de la mujer principal era el que sucedía al padre, pero no era impedimento para lo anteriormente mencionado, de tal manera resulta claro que para nuestros antecesores, en principio no existía diferencia o nobleza de sangre.

Con la conquista española (1519) hubo un desquebrajamiento de costumbres y hábitos de nuestros indígenas, ya que con la radicación de la iglesia

se implantarán nuevas costumbres, leyes familiares; las que tratan de implantar el sacramento del matrimonio. Es cuando se radica en la Nueva España la legislación española, misma que prohíbe el concubinato, razón por la cual la iglesia busca la legalidad de las uniones de nuestros indígenas, mediante el sacramento del matrimonio.

La independencia llega, sin que se hayan resuelto los problemas humanos y familiares. La legislación no comprende al concubinato, ni siquiera trata los efectos jurídicos que produce entre los concubinatorios y sus hijos.

La Ley del matrimonio civil del 23 de julio de 1859, ya se refería al concubinato, pero como causal de divorcio (Art. 21 Frac. I). Indicando que procedía el divorcio por el concubinato público del marido; calificando al concubinato como relación ilícita fuera del matrimonio.

Debido a la influencia del matrimonio religioso, los Códigos Civiles de 1870 y 1884 no hacen referencia al concubinato, desconociéndolo como una posible unión sexual.

La Ley sobre relaciones familiares no hace referencia al concubinato, sin embargo habla de algunos efectos en relación a los hijos, puesto que en su exposición de motivos con respecto a la paternidad y filiación, señala la conveniencia de suprimir la clasificación de los hijos espurios, ya que no es justo que la sociedad los estigmatice a consecuencia de faltas que no le son imputables, por lo que la infracción a los preceptos que los rige sólo deben perjudicar a los infractores y no a los hijos.

"El artículo 197 de esta Ley considera el caso del hijo natural, con respecto al padre o a la madre, ya que podrá obtener reconocimiento de aquél, de ésta o de ambos "Siempre que la persona cuya paternidad o maternidad se reclamen no esté ligado con el vínculo conyugal al tiempo que se pida el reconocimiento". De donde se deduce que se trata del padre y la madre unidos sexualmente, pero no ligados en matrimonio, situación que se asemeja al concubinato, sin hacer referencia a él".⁽⁶⁴⁾

(64) Chávez Asencio Manuel F. Ob. Cit. pág. 277.

Es hasta el Código Civil de 1928 que se reconoce la figura jurídica del concubinato, ya que era evidente que en nuestra sociedad, sobre todo en las clases populares era la forma peculiar de formar familia, por lo que el legislador no debía más de cerrar los ojos a tal situación, pues se estaba dando de forma generalizada, por lo cual el proyecto reconoce algunos de los efectos jurídicos que produce el concubinato, sea a favor de los hijos o de la concubina, como derecho de ésta última por convivir con el jefe de familia, estos efectos se producen cuando ninguno de los que viven en esta forma son casados, ya que se quiso rendir homenaje al matrimonio y que la comisión considera como la forma moral y legal de constituir la familia.

Del concubinato como forma de constituir la familia, derivan algunos efectos jurídicos en relación a los hijos y entre los que configuran el concubinato, de los cuáles sólo se enumeraran para su posterior estudio: 1.- El derecho a los alimentos como si se tratara de un matrimonio entre cónyuges, y a cualquiera de los concubinarios a heredar en el caso de la sucesión legítima; 2.- Reconocimiento de los

hijos que, con relación a la madre deriva del sólo hecho del nacimiento, y con relación al padre, deriva del reconocimiento, pudiendo los hijos iniciar la investigación de paternidad en los casos previstos en el artículo 382 del Código Civil y;

3.- Por último, la presunción de hijos del concubinario y la concubina previsto en el artículo 283 del Código Civil, semejante a la presunción existente en la relación a los hijos habidos en matrimonio. También se considera la posibilidad del resarcimiento de daños y perjuicios que la concubina puede exigir de un tercero en caso de responsabilidad objetiva (Arts. 1915 y 1916 del capítulo de las obligaciones del Código Civil Vigente) lo que se ha proyectado como benéfico y protección en otras Leyes Federales que adelante se mencionarán.

Lo que se entiende por concubinato en nuestro Código, no coincide exactamente con las legislaciones latinoamericanas, pero de tal concepto se han derivado las diferencias que al concubinato se hacen en otras legislaciones.

Esta figura del concubinato es recogida en algunos estados de la República, como en el Código del

Estado de Morelos de 1945, en el capítulo de alimentos, artículo 403 en relación al artículo 1375 fracción V; el Código Civil de Tlaxcala de 1976, en su artículo 147, señala la igualdad de darse alimentos entre los concubinos, así también el artículo 42 que trata sobre los requisitos necesarios para contraer matrimonio, define al concubinato, y los artículos 2910 y 2911 señalan los requisitos para heredar entre ellos, que son de vivir comunmente por lo menos durante un año o tener hijos; finalmente el artículo 871 que se refiere a la constitución del patrimonio familiar, demuestra el interés del Estado en transformar al concubinato en matrimonio, por conducto del Juez para que reconozca a los hijos que hayan procreado.

Los efectos jurídicos del concubinato a que nos hemos referido, también se proyectan en otras Leyes Federales vigentes como lo son: la Ley Federal del Trabajo en su artículo 501, la Ley del Instituto Mexicano del Seguro Social en sus artículos 72 y 92 fracción I y 152; la Ley Federal de Reforma Agraria en su artículo 82; la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado en su artículo 23 fracción I.

Con la declaración universal de Derechos del Hombre, se superó la discriminación que existía en el siglo pasado, concediéndose igualdad jurídica tanto a los hijos de la unión legítima, como a los habidos fuera del matrimonio, y así nos lo expresa en su apartado 2 del artículo 25 que dice: "La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencias especiales. Todos los nacidos de matrimonio o fuera del matrimonio, tienen derecho a igual protección social", asimismo en su apartado 3 del artículo 16 dice: "La familia es elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a protección de la sociedad y del Estado", de esta redacción se infiere que la familia se constituye no sólo por el matrimonio, sino también de uniones fuera del matrimonio.

De aquí que en casi todas las legislaciones del mundo se reglamente al concubinato; y si bien es cierto que en algunos países no admiten al concubinato en su derecho de familia, también lo es que si reconocen sus consecuencias legales en las relaciones de Derecho Civil.

3.- Elementos del concubinato.

Para lograr comprender la figura jurídica del concubinato es importante destacar sus características, que a continuación se mencionan:

- a) La temporalidad.- Esta unión sexual no es momentánea ni circunstancial de un hombre y una mujer, sino debe ser una unión permanente, es decir como si se tratara de un matrimonio, con la comunidad del lecho constante y continuo con la regularidad del matrimonio.
- b) La publicidad.- En este caso los concubinarios deben ostentarse públicamente con apariencia de matrimonio, ya que lo oculto podría parecer o ser una unión ilícita (Art. 1635 C.C.).
- c) La singularidad.- Esto quiere decir que la unión es exclusivamente de un hombre y una mujer, pues no puede darse esta figura de existir la convivencia de uno de éstos con dos o más personas de distinto sexo.
- d) Libres de matrimonio.- Esta característica no podría ser generalmente aplicable en todas las legis-

laciones, ya que en algunas no se contempla la existencia del divorcio, esto quiere decir que puede haber una relación concubinaria entre un hombre y una mujer que cumplan con las anteriores características descritas, pero que no son libres de matrimonio, y sin embargo se configura el concubinato; a diferencia del concepto de concubinato que se tiene en nuestra legislación y que establece como requisito la permanencia libre de matrimonio, esto es, pueden constituirse en concubinarios solamente aquellas personas que son solteras.

De donde se advierte que existiendo el vínculo matrimonial en alguno de los concubinarios con una tercera persona, se configuraría el adulterio y consecuentemente se excluiría como concubinato.

El maestro Manuel F. Chávez Asencio dice que "Cualquier forma de matrimonio, sea civil o religioso e independientemente de la formalidad o solemnidad que se tenga para la realización de ellos, excluyen al concubinato".⁽⁶⁴⁾

(64) Ob. Cit. pág. 294.

El sustentante difiere de la anterior opinión, ya que si la unión entre un hombre y una mujer realizada únicamente ante la iglesia no es reconocida por el legislador como matrimonio legal, dicha unión, tal y como lo expresa Chávez Asencio no puede excluir al concubinato.

Lo anterior hablando en términos estrictamente legales, porque de otra forma se entraría a discusiones de índole moral-legal.

- e) Semejanza al matrimonio.- El trato y la forma de los concubinarios debe tender a imitar al matrimonio, y aún cuando les falte el requisito de la solemnidad, deben de vivir como si fueran cónyuges.

- f) Unión.- Esto se refiere a la comunidad del lecho y domicilio, ya que si viven como si fueran cónyuges, necesariamente existe esta unión entre el hombre y la mujer.

- g) Capacidad.- Este elemento característico es importante, puesto que se presume la capacidad para lograr una unión, por lo tanto es necesario que se reúnan los requisitos exigibles al matrimonio.

4.- El concubinato en el Derecho Actual.

Como ya quedó asentado, que debido a la realidad social en que viven personas en diversos países, entre ellos México, ha sido necesario que el legislador tomara en cuenta las consecuencias que trae consigo el concubinato, aunque también es cierto que esta figura no es regulada en forma total en país alguno, nuestro Derecho ha regulado los requisitos necesarios para que se dé, el supuesto del concubinato y algunos efectos derivados del mismo, específicamente nuestro Código Civil de 1928 y su reforma de 1974, también sirviendo éstos de base, de algunos otros efectos que no son estrictamente civiles, como también se dijo antes pueden ser de carácter laboral, de seguridad social, agrarios, etc.; en tal circunstancia es menester entrar al estudio de esta figura jurídica en nuestro derecho vigente.

- A) Requisitos para que se dé la figura jurídica del concubinato.

Nuestro Código Civil no contiene un capítulo especial que reglamente el concubinato, sino que lo reglamente en diversos artículos, uno de ellos es el 1635, que está inserto específicamente en el Libro Tercero, de las Sucesiones, Título Cuarto, Capítulo VI; este precepto legal contiene las condiciones o requisitos necesarios para que se dé el concubinato y así nos dice:

- 1.- Que vivan como cónyuges, o sea, con exclusividad y permanencia.
- 2.- Que duren un mínimo de cinco años en su convivencia.
- 3.- Que viviendo como marido y mujer hayan tenido hijos, haciendo con ésto una excepción al requisito anterior de cinco años de convivencia.
- 4.- Que ambos estén libres de matrimonio durante el concubinato.
- 5.- Que no tengan otra relación permanente con individuo distinto al concubinario o concubina.

B) Efectos jurídicos de la unión concubinaria.

Los efectos derivados de esta relación se refieren a deberes personales, y a los derechos y obligaciones entre ellos, entre los que se encuentran:

- 1.- Alimentos.- Esta obligación en nuestro Código Civil actual es recíproca entre los concubinarios (Art. 302) previo cumplimiento de los requisitos establecidos por el artículo 1635 del mismo Código en mención; ya que hasta el año de 1983 esta obligación recíproca se limitaba a los cónyuges, y para los concubinos se requería que uno de ellos muriera, para que el otro tuviera derecho a los alimentos en el caso de sucesión testamentaria.

Con la adición aludida a nuestro Código, se trató de dar un lugar en nuestra legislación al concubinato; sin embargo existe otro tipo de relaciones semejantes al concubinato (amantes, madres solteras, etc.) que si bien es cierto son situaciones ilícitas, también lo es que si con ello se procrean hijos, surgen consecuencias jurídicas a favor de estos últimos.

2.- Del patrimonio.- El concubinato al constituirse, consecuentemente genera una familia, por lo tanto esta familia tiene derecho a contar con un patrimonio, el cual deberá regirse de acuerdo a las reglas que da el legislador para el constituido dentro del matrimonio.

En conclusión, respecto al patrimonio de los concubenarios, éste puede ser conformado y a la vez determinar la forma de administración del mismo.

3.- El nombre.- En el concubinato no existe la obligación de que la concubina lleve el apellido del concubinario, ya que en el mismo matrimonio tampoco existe la obligación de que las esposas lleven el apellido del consorte.

4.- Del domicilio.- Si del artículo 1635 del Código Civil se desprende que los concubenarios deben de vivir como si fueran cónyuges, es natural que deban tener un domicilio común, como lo establece el artículo 163 del mismo Código.

5.- De la sucesión.- También con la reforma al artículo 1635 del 27 de diciembre de 1983, que entrara en

vigor el 27 de marzo de 1984, nuestro derecho respecto a la sucesión legítima determina que ambos concubinos tienen derecho a heredar, a semejanza del artículo 1368 del Código Civil, que señala el derecho de los concubenarios a heredar; ya que originalmente sólo la concubina tenía derecho a heredar al concubino y no a la inversa, es decir, actualmente es un derecho recíproco. Además se suprimieron las reglas especiales que el mismo artículo contenía para la participación de la concubina en el haber hereditario, que era menor al de la esposa.

También puede aplicarse como un derecho sucesorio en los concubenarios, el establecido en el artículo 501 de la Ley Federal del Trabajo, que se refiere al derecho de recibir la indemnización en los casos de muerte del trabajador; asimismo otras disposiciones contenidas en diversas leyes de carácter social como son: artículo 73 de la Ley del Instituto Mexicano del Seguro Social; 93 fracción I, 54 fracción IV, y 88 fracción II de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado; artículo 50 fracción D de la Ley del Fondo Nacional de la Vivienda para Trabajadores; artículo 40 inciso

origina indemnización a título de daños y perjuicios entre éstos, aunque si sobreviven las obligaciones que de esta relación se derivan respecto a los hijos.

C) Consecuencias jurídicas del concubinato respecto a los hijos.

Las consecuencias jurídicas son las mismas que se derivan respecto a los hijos nacidos de matrimonio, puesto que como se dijo antes, en relación a la exposición de motivos del Código Civil de 1928, en el sentido de que los hijos no tienen culpa de los actos de los padres, consecuentemente la obligación de estos últimos hacia los primeros són iguales, ya sean hijos habidos en matrimonio o en concubinato; como se apreciará en los señalamientos que a continuación se mencionan.

- 1.- Filiación y parentesco.- De la unión concubinaria, se deriva la filiación por el solo hecho de haber procreado hijos. Estos deben ser reconocidos expresamente por el padre, ante el Juez del Registro Civil, en la partida de nacimiento correspondiente y en acta especial; por escritura pública, testamento

o por confesión judicial expresa y directa (Art. 369 C.C.), o por sentencia que declare la paternidad. En relación a la madre, la filiación se establece con el mero nacimiento (Art. 360 C.C.).

De igual manera, para determinar la filiación de los concubenarios con respecto a los hijos y para el caso de duda se estará en lo establecido en los artículos 382 y 383 del Código Civil que en su texto dice: "Art. 382.- La investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio, está permitida: I.- En los casos de raptó, estupro o violación, cuando la época de delito coincida con la de la concepción; II.- Cuando el hijo se encuentre en posesión de estado de hijo del presunto padre; III.- Cuando el hijo haya sido concebido durante el tiempo en que la madre habitaba bajo el mismo techo con el pretendido padre, viviendo maritadamente; IV.- Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre. Art. 383.- Se presumen hijos del concubinario y de la concubina: I.- Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que comenzó el concubinato; II.- Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al que cesó la vida común entre el

concubinario y la concubina".

El artículo 340 del Código Civil se refiere a "La filiación de los hijos nacidos de matrimonio se prueba con la partida de su nacimiento y con el acta de matrimonio de los padres". Y como se dijo antes, que para que exista el concubinato deben reunirse las características de que sea unión semejante al matrimonio, que sea de un hombre y una mujer, que tengan cierto tiempo unidos, cinco años o en su caso que hubieren hijos, libres de matrimonio; tal disposición en razón del principio de aplicación analógica, se aplica a los hijos nacidos en el concubinato siempre que los primeros sean reconocidos legalmente por los concubinarios.

Concluyendo que, el parentesco es producto de la filiación; siempre y cuando se haya establecido plenamente esa relación, es decir, por el mismo parto en caso de la madre; por reconocimiento o investigación de la paternidad en el caso del varón, de donde se origina el parentesco consanguíneo y civil entre padres e hijos, con todos los deberes, derechos y obligaciones que nacen del parentesco.

2.- Igualdad.- Actualmente en nuestro Código Civil en su exposición de motivos, explica el porque eliminó la tediosa diferencia que había entre los hijos legítimos y los nacidos fuera del matrimonio, determinando ya una igualdad entre uno y otro, para gozar de los mismos derechos. Fues expresa que los segundos no tienen la culpa de haber nacido fuera de un matrimonio, para tal efecto concedió a los mismos la acción de investigación de paternidad con el objeto de exigir a los autores de su existencia los medios necesarios para vivir. Procurando siempre evitar el escándalo y la explotación por parte de las mujeres sin pudor que quisieran sacar provecho de su prostitución.

3.- Alimentos.- Del concubinato se derivan las mismas obligaciones en materia de alimentos respecto a los hijos, que del matrimonio surgen para con éstos, en cuyo caso las obligaciones son recíprocas; igualmente resulta aplicable el artículo 303 del Código Civil, en el sentido que "Los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos. A falta o por imposibilidad de los padres; la obligación recae en los demás ascendientes por ambas líneas que estuvieren

más próximos en grado". En reciprocidad los hijos están obligados a dar alimentos a los padres de conformidad con el artículo 304 del Código Civil.

4.- Del patrimonio. Desde luego, se puede constituir un patrimonio de familia, debiéndose comprobar la existencia de ésta, con las respectivas actas de Registro Civil, del nacimiento de los hijos; en consecuencia de lo anterior, los concubenarios pueden determinar respecto a sus hijos y su patrimonio, conforme a derecho, surtiendo todos sus efectos legales conducentes.

5.- El nombre.- Al ser el nombre un atributo a la personalidad que corresponde a todos, los hijos nacidos del concubinato tienen derecho a llevar el apellido paterno y materno, es decir, de sus progenitores, tal y como lo establece el artículo 389 del Código Civil.

6.- De la sucesión.- El artículo 1313 del Código Civil establece las causales por las que ciertas personas pueden dejar de heredar, pero a excepción de éstas, no existe forma alguna de prohibir la herencia a los hijos independientemente de la edad y

el origen de los mismos, sean nacidos fuera o dentro del matrimonio.

Específicamente el Capítulo II de la sucesión de los descendientes, el Código Civil, establece las reglas cuando participan sólo hijos en la sucesión legítima (Art. 1607).

7.- Patria potestad.- Nuevamente siguiendo el principio que establece el artículo 411 del Código Civil que indica: "Los hijos, cualesquiera que sea su estado, edad y condición, deberán honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes". La patria potestad se origina de la filiación padre e hijos.

En el caso de los concubenarios, ambos pueden ejercer la patria potestad o bien sólo uno de ellos. Los artículos 415 y 417 en relación con el 380 y 381 del Código Civil, también establecen las reglas al respecto, cuando los progenitores han reconocido al hijo, viven juntos o para el caso que vivan separados.

CAPITULO IV

LA CONVENIENCIA DE INTRODUCIR LA ADOPCION EN LA INSTITUCION JURIDICA DEL CONCUBINATO.

Al respecto, el sustentante cree conveniente que la adopción de un menor o mayor incapacitado, puede ser suceptible de darse a una pareja unida en concubinato, ya que del análisis del concepto de concubinato, se desprende que dicha unión al ser duradera por más de cinco años, se presupone una madurez en la pareja como tal, consecuentemente debe existir una solidez en cuanto al aspecto moral, económico y social. Aunado a que, si dicha pareja por azares del destino no ha procreado hijo alguno, teniendo las bases bien cimentadas de una verdadera familia, por que negarles el derecho a la adopción, cuando la finalidad fundamental de ésta, es de dar una familia y hogar a un niño carente de ello. Logrando de esta manera el bienestar común; por una parte el beneficio en su doble aspecto, primero al menor o mayor incapacitado carente de familia y hogar, y segundo dar un hijo a quien carece de él; y por otra, el interés que tiene el Estado en proteger estas situaciones.

Lo mismo ocurriría en el supuesto de que los concubinarios tuvieran hijos propios, ya que si se cumple con

los requisitos establecidos en nuestro Código Civil a excepción obviamente del matrimonio; principalmente el de tener recursos económicos suficientes, por qué no otorgar el derecho de adoptar a los concubenarios.

El legislador se podría preguntar en este caso, si la idea es desplazar al matrimonio con el concubinato, en relación a la adopción. La respuesta sería negativa, puesto que la finalidad que se persigue, es el bienestar del menor o incapacitado y no la investigación o cuestionamiento del estado civil de las personas que desean adoptar, incrementando de esta forma el número de personas interesadas en adoptar a un menor o mayor incapacitado, cuando existe un sinnúmero de estos últimos carentes de hogar y familia.

Más aún, para el supuesto que la pareja en concubinato no tuviera hijos propios, con la idea de darles un menor en adopción, quizá los haría reflexionar en el matrimonio, para regularizar totalmente la situación familiar padre e hijo adoptivo, con sus perspectivas ya reguladas por el derecho.

Refiriéndonos a los requisitos establecidos en los artículos 390, 391 y 392 de nuestro Código Civil, necesarios para la obtención de la adopción, podemos

analizar cada uno de ellos, tratando de relacionarlos directamente con los concubinarios:

El interesado debe ser mayor de veinticinco años, en este caso los concubinarios pueden cumplir con este requisito y tener más de la edad en mención al solicitar la adopción.

En cuanto a que sean libres de matrimonio; el concepto de concubinato que establece el artículo 1635 del Código Civil, establece como requisito inevitable para que se configure el concubinato, es que ambos estén libres de matrimonio, consecuentemente también se cumple con dicho requisito.

En pleno ejercicio de sus derechos, en este caso se presume que los concubinarios gozan del pleno ejercicio de sus derechos, obviamente se tendría que acreditar, por lo que no existe ningún problema para cumplir con los requisitos anteriormente analizados.

En el caso del mayor de edad incapacitado, también se puede cumplir con el requisito de diferencia de edad, en cuanto a que el adoptante tenga diecisiete años más que el adoptado.

Por lo que se refiere a los requisitos que deberá acreditar además de los antes analizados, diremos:

- 1.- "Que tiene medios bastantes para proveer a la subsistencia y educación del menor o al cuidado y subsistencia del incapacitado, como de hijo propio, según las circunstancias de la persona que trata de adoptar".

Al respecto se presupone la existencia de medios suficientes para la subsistencia del adoptado, puesto que al solicitarla, según los concubinarios, matrimonio o persona individual, deberán acreditarlo plenamente ante la autoridad competente, ya que de lo contrario se negaría la adopción.

En lo referente a la educación, tanto moral como escolar no se puede prejuzgar la educación que tienen los concubinarios, sin antes conocerlos como prospectos adoptantes, en otras palabras, por el hecho de que una pareja viva en concubinato, no quiere decir que no provengan de una familia constituida legalmente, inclusive de buenos recursos, o que éstos tengan un buen grado de escolaridad,

principios morales, políticos y sociales, en fin, como también se tendría que ver la educación de un matrimonio o de la persona individual que pretendiera adoptar, y terminaríamos argumentando que tanto en unos como en otros existen diferentes grados de educación, lo cual tendría que ser calificado y en su caso autorizado por la autoridad competente.

2.- "Que la adopción sea benéfica para la persona que se trata de adoptar".

Desde luego, que este requisito deberá ser plenamente acreditado por los que pretenden adoptar, sea un matrimonio, una persona individual, como también tendría que acreditarlo la pareja unida en concubinato interesados en la adopción; requisito importante pero no trascendente para que los concubinarios no puedan adoptar.

3.- "Que el adoptante es persona de buenas costumbres".

Asimismo, no debemos guiarnos por las apariencias, por el hecho de que convivan en tal situación, una pareja de concubinarios no tenga buenas costumbres, ya que si bien es cierto, que nuestro Código Civil

Vigente reconoce legalmente al matrimonio como la forma de constituir la familia; también es cierto que el mismo Código, no establece que el concubinato sea una forma o relación ilícita de conformar la familia, como tampoco señala o indica que sea un acto de malas costumbres. Ahora bien, del concepto de malas o buenas costumbres no se desprende que el concubinato sea una mala costumbre, puesto que nuestros antecesores no se unían en matrimonio, o al menos no el que regula nuestro Código, y sin embargo no se puede decir que se trataba de malas costumbres, ya que la costumbre de ellos era unirse de acuerdo a sus leyes imperantes en la época.

En cuanto a lo moral, tanto una pareja unida en matrimonio como una pareja en concubinato pueden tener conductas amorales, por ejemplo la infidelidad, conductas delictivas, etc.; de donde resulta evidente que no forzosamente de una unión en concubinato surgen malas costumbres.

En relación a este requisito, cabe hacer una observación a lo sustentado por el maestro Chávez Asencio, en el sentido que, afirma que el concubinato es una relación de facto, un hecho jurídico

ilícito, por ser contrario a las buenas costumbres, por lo que afirma que los concubinarios no pueden adoptar; concretamente diré que se puede aceptar que se trata de una unión de hecho, pero de ninguna manera se puede decir que se trate de un hecho o acto ilícito, puesto que de ser así, nuestra legislación nos lo indicaría, señalando una penalidad o sanción a quienes incurrieran en concubinato, cosa que no ocurre, por lo tanto nunca podrá ser un delito, ahora bien, que el concubinato sea una forma irregular de constituir la familia, de acuerdo; pero de eso a que se trate de un delito, no se puede tolerar. También el autor citado dice que el concubinato es contrario a las buenas costumbres, en óbito de mayores repeticiones, qué es una mala costumbre, pregunta el sustentante; cuando el mismo maestro Chávez, en su obra denominada "La Familia en el Derecho", específicamente en su Capítulo Décimo, relativo a antecedentes, nos habla del concubinato en México; argumentando que nuestros antecesores practicaban uniones que iban desde la monogamia a la poligamia y que los españoles en la conquista, impusieron el matrimonio religioso, prohibiendo las uniones en concubinato. De donde concluyo que la unión en concubinato no necesaria-

mente habrán de surgir malas costumbres, por ende, si no se comprueba mediante las pruebas idóneas, la mala conducta de los concubenarios, éstos a sugerencia del sustentante pueden adoptar.

A mayor abundamiento, si la adopción se encuentra plenamente regulada en nuestro Código Civil, y el concubinato también, ¿por qué no puede incluirse la opción de dar en adopción a un infante o incapacitado, a una pareja de concubenarios?

Por otro lado el artículo 391 del Código Civil Vigente, se refiere a que el marido y la mujer pueden adoptar; cuando los dos cónyuges estén de acuerdo en ello. A este respecto es necesario preguntarse, si el Legislador se refirió al matrimonio, por considerar que la pareja como tal, tendría que ser lógicamente más estable; y que de la unión en concubinato necesariamente resultaría inestable; al parecer en la actualidad existen uniones de matrimonio y en concubinato, que tienen una estabilidad y solidez como parejas, como también existen otras de las mismas uniones que reflejan lo contrario, de donde resultan un sinnúmero de divorcios y desuniones de concubinatos; pero indiscutiblemente

ocurren por un sinnúmero de motivos y circunstancias diversas.

Adentrándonos un poco más al estudio que nos ocupa, y considerando que una de las causas de divorcio o abandono de hogares conyugales, se motivan por la falta de familia propia. Si hablamos del matrimonio en primera instancia, esta pareja no tendría problemas, ya que de cumplir con los requisitos que contempla nuestro Código Civil, tendrían la oportunidad de adoptar a un niño y tomarlo como hijo propio; pero qué diríamos de los concubenarios en las mismas circunstancias, acaso no son personas, que pudieran ser responsables y a la vez pudieran reunir los requisitos establecidos en la Ley para la adopción, excepto el requisito de matrimonio, cuando la finalidad real de esta institución es que la misma sea benéfica para el adoptado. De tal manera que si una pareja de concubenarios puede dar bienestar a un menor de edad o mayor incapacitado, y estos últimos a la vez, darles alivio a los primeros, de tener un hijo que la naturaleza les ha negado; creo que es justo dar esa oportunidad a los concubenarios.

Con lo que respecta al requisito de edad a que se refiere el artículo 130 del Código Civil, en el sentido que, aunque uno sólo de los cónyuges cumpla con ello; también este requisito puede ser cubierto por los concubenarios, de tal manera que ésto no ocasionará un obstáculo para poder adoptar.

El artículo 392 del Código Civil, indica que "Nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo en el caso previsto en el artículo anterior". Precisamente el cometido de este estudio, es lograr la adopción por más de una persona y que no precisamente deba ser un matrimonio.

Independientemente, que tanto la doctrina como diversas legislaciones de países europeos (Francia, Alemania e Italia), y americanos (Estados Unidos de Norteamérica y México) no admiten la adopción por concubenarios, inclusive en algunos otros países sus leyes no reconocen al concubinato, ni siquiera lo mencionan, pero al igual que en la Legislación Mexicana, si reconocen los efectos que produce; es necesario reconocer que la realidad en las sociedades actuales existen cada vez más uniones irregulares, entre éstas las del concubinato, como también por

diversas causas, un sinnúmero de menores e incapacitados desamparados, entre estas causas primordialmente se dan por accidentes de los padres en los que pierden la vida, o simplemente por abandono de éstos hacia los primeros; pero lo que es una realidad sin duda, es que existen niños sin hogar y familia, y por ende se debe tratar de proveer a los menores e incapacitados en desgracia de una familia y un hogar, y que ésto aliviará las penas en la medida posible, es decir, lo que se necesita en un mayor número de personas interesadas en la adopción; indistintamente se hablaría de un matrimonio o de personas individuales, como también incluir a los concubenarios; ampliando de esta manera el número de interesados para adoptar, consecuentemente aumentaría el número de adopciones, y por ende, disminuiría el número de menores e incapacitados sin familia ni hogar.

En conclusión la adopción de menores o incapacitados por matrimonio o persona individual es adecuada y necesaria, para aliviar el dolor de las personas referidas, también con la incursión del concubinato en la adopción, ayudaría a disminuir las situaciones antes descritas de las personas relacionadas,

claro está, que tanto unos como otros tendrían previamente que cumplir con los requisitos previstos en la Ley para que se de la adopción.

- 1.- Necesidad de reformar y adicionar el Código Civil, en el capítulo referente a la adopción, para incluir la posibilidad de que ésta se lleve a cabo por personas unidas en concubinato.

Por las circunstancias y razones expuestas con anterioridad, en el sentido que el concubinato resultaría una forma complementaria y necesaria con relación al matrimonio y a las personas individuales para llevar a cabo una adopción, y de esa manera lograr un mayor número de adopciones y consecuentemente reducir el número de menores o incapacitados carentes de familia y hogar propio; en tal virtud el sustentante cree conveniente adicionar y reformar el Código Civil, en el capítulo referente a la adopción.

Estas, de ninguna manera tratan de alterar substancialmente lo que plasmaron los legisladores en las disposiciones contenidas en los artículos 391 y 392 del Código Civil Vigente; sino sólo trato de

aumentar las posibilidades de que después del matrimonio, se le de la oportunidad a los concubenarios de adoptar un menor o incapacitado, de tal manera que el sustentante ve la posibilidad de adicionar el artículo 391 Bis, para que con las consideraciones anotadas con atelación quedara de la siguiente manera:

Artículo 391 Bis.- La pareja unida en concubinato, podrá adoptar, siempre y cuando demuestre fehacientemente que cumple con los requisitos previstos en los artículos 390, 391 y 1635 del presente ordenamiento. En caso contrario no habrá excepción alguna para que se lleve a cabo la adopción.

También será necesario reformar el artículo 392, en su parte final, ya que se refiere al matrimonio como única excepción de adoptar, cuando no fuere una sola persona. De donde resulta lógico, que tendría que decir en su texto: salvo los casos previstos en los artículos 391 y 391 Bis. Concretamente el artículo 392 quedaría así:

Artículo 392.- Nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo en los casos previstos por los

artículos 391 y 391 Bis.

Convencido está el sustentante que logrando esta adición y reforma planteada, se lograría dar una mayor felicidad a los menores e incapacitados del país, que sufren por carecer de una familia y un hogar. Quizá logrando también la felicidad por dar un hijo a una pareja que no lo tiene, trátase de un matrimonio o un concubinato; siempre y cuando cumplan con los requisitos establecidos en nuestro ordenamiento civil, para la adopción.

2.- Consecuencias jurídicas resultantes de la adopción por personas unidas en concubinato.

Las consecuencias jurídicas resultantes, no son otras que las derivadas de los concubinarios con respecto a sus hijos naturales, aplicadas al adoptado por una pareja de concubinarios; en otras palabras son los mismos efectos inherentes de la adopción cuando ésta es realizada por pareja sea de matrimonio o concubinato.

En consecuencia los efectos son los siguientes:

- a) Da lugar al parentesco civil, es decir la relación surge solo entre el adoptante (concubinarios) y adoptado.

- b) El adoptado tendrá para con la persona o personas que lo adopten, los mismos derechos y obligaciones que los hijos legítimos (Art. 395 C.C.V.), consecuentemente el padre y la madre adoptivos, tendrán el cuidado y representación del adoptado dentro y fuera de juicio; al adoptante le corresponderá la administración de los bienes del adoptado, si lo tiene y la mitad del usufructo de los bienes en este caso.

- c) La obligación de dar alimentos entre el adoptante y adoptado es recíproca; como también lo es el derecho a heredar.

- d) El adoptante tiene derecho a corregir y castigar al adoptado (Arts. 395 y 396 C.C.V.), como el adoptado tiene obligación de respetar y honrar al adoptante.

- e) Crea o transmite la patria potestad al que adopta (Art. 403 C.C.V.), aunque no se extinguen por la

adopción los derechos y obligaciones que resulten del parentesco natural, esto es, se crea la patria potestad cuando el menor o incapacitado no estaba previamente a la adopción sujeto a patria potestad, y en razón de ésta, queda bajo la patria potestad del adoptante; y se transfiere cuando el padre o abuelos consienten en dar al menor o incapacitado en adopción, y la transmiten al padre o padres adoptivos.

- f) Los derechos y obligaciones derivados del parentesco civil creados por la adopción entre el adoptante y adoptado, tienen restricciones dado que el adoptado no entra a formar parte de la familia del adoptante, en los casos cuando el adoptado tiene familia consanguínea, está seguirá como tal, independientemente de la adopción; es aquí cuando se ve la necesidad de legislar sobre la adopción plena, ya que el adoptado no se integra totalmente al grupo familiar de los adoptantes, cuando la finalidad primordial de esta institución es de dar una familia al menor o incapacitado que carece de ella.

Existe también en la adopción impedimentos para la celebración del matrimonio entre el adoptante y

adoptado, y sus descendientes (Art. 157 C.C.V.). Esta prohibición no es absoluta, puesto que si se extinguen previamente los lazos de adopción que los une, éstos pueden casarse.

La adopción no entraña para el adoptado el cambio de nacionalidad (Art. 43 de la Ley de Nacionalidad y Naturalización), cuando es solicitada por extranjeros.

Aún cuando le sobrevengan hijos al adoptante, seguirá produciendo efectos la adopción (Art. 404 C.C.V.).

Con lo que respecta al nombre, el adoptante debería darle su apellido al adoptado, pero como se desprende del artículo 395 del Código Civil Vigente, no es una obligación.

Para finalizar, el vínculo de la adopción puede terminar en vida de los que en él intervinieron, puesto que se trata de una filiación civil, misma que puede ser distinguida de la filiación consanguínea, ya que este vínculo sigue existiendo dentro o fuera del matrimonio, por ende nunca se extingue en vida de los sujetos.

C O N C L U S I O N E S

1.- La adopción como figura jurídica es sin duda alguna la institución caritativa, que da felicidad a los menores o incapacitados carentes de familia y hogar, como también a las parejas que carecen de un hijo propio.

2.- Es necesario legislar en México, respecto a la adopción plena, ya que la adopción simple es limitada, porque frustra la finalidad de la adopción en sí, que consiste en proveer o integrar plenamente al menor o incapacitado a una familia, por lo que nuestra legislación limita al adoptado a entrar como miembro de la familia del adoptante.

3.- En otras legislaciones se maneja simultáneamente la adopción simple y plena, en su caso, debiera tratarse en nuestra legislación mexicana, a la institución de la adopción de la misma manera; según las obligaciones o alcances que quisieran darle los que intervienen en ella.

4.- El concubinato en México se crea cuando una pareja unida, no precisamente en matrimonio, ha vivido en común, sosteniendo relaciones por más de cinco años, o en su caso, que han tenido hijos; tratándose así de una relación

continua y estable.

5.- Es claro nuestro ordenamiento civil, al establecer sólo dos posibilidades con respecto a las personas que quieren adoptar, estas son: ser mayor de veinticinco años o una pareja unida en matrimonio.

6.- En la realidad social de nuestro país, existe una gran demanda de niños y mayores incapacitados, que carecen de familia y hogar, aún más cuando los interesados sean personas individuales o matrimonio, estos son mínimos en cuanto al número necesario para cubrir la demanda de adopciones en el país.

7.- El sustentante ve como una necesidad primordial para resolver esta problemática de nuestra realidad social, el dar oportunidad de adoptar a las parejas unidas en concubinato. Logrando con esto ampliar el objeto real de la adopción; que es dar felicidad y bienestar a un mayor número de menores o incapacitados, proveyéndoles de una familia y un hogar; dando de esta manera también felicidad a la pareja que lo solicita.

8.- Finalmente, con la adición y reforma propuesta, nadie podrá ser adoptado por más de una persona, salvo que

se trate de parejas unidas en matrimonio o en concubinato; reuniendo los requisitos y previa comprobación de los mismos, que para tal efecto previene nuestro Código Civil.

BIBLIOGRAFIA GENERAL

ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, J. A., "Derecho Romano", 14a. edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1977.

BANDRY, G. y LACANTINERIE, "Tratte Theorique et Practique de Droit Civil", Chapitre Rimier, D' L' Adoption, Deuxieme Edition, Tome Cuatrieme, Edit. L. Larose Fomel, Paris.

BARBERO, Doménico "Sistema de Derecho Privado II", Tomo II, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1967.

BONNECASE, Julien, "Elementos de Derecho Civil", Tomo I, Cárdenas Editor y Distribuidor, Tijuana B.C., 1985

BRANCA, Giuseppe, "Instituciones de Derecho Privado", 6a. Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1978.

CARBONIER, Jean, "Derecho Civil", Traducción de la Primera Edición Francesa, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1960.

CASTAN TOBEÑAS, Jose, "Derecho Civil Español, Común y Floral", Tomo VI "Derecho de Sucesiones", Instituto Editorial Reus, S.A., 1979.

COLIN, Ambrosio y CAPITANT H. "Curso Elemental de Derecho Civil", Tomo I, Instituto Editorial Reus, S.A., Madrid, 1952.

CHAVEZ ASENCIO, Manuel F., "La Familia en el Derecho" "Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares", Editorial Porrúa, S.A., México, 1984.

DALLOZ, M. D., "Jurisprudence Generale Du Royaume Repertoire Methodique et Alphabétique de Legislation", Nouvelle Edition, Tome Troisième, Paris, 1846.

DE IBARROLA, Antonio, "Derecho de Familia", 1a. y 3a. Ediciones 1978 y 1984, Editorial Porrúa, S.A.

ENNECCENUS, Ludmig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin, "Tratados del Alemán por Blas Pérez González y José Riguer, 1952.

GALINDO GARFIAS, Ignacio, "Derecho Civil" "Parte General, Personas, Familia", Cuarta y Séptima Edición, 1985, Editorial Porrúa, S.A.

IGLESIAS, Juan, "Instituciones de Derecho Privado", 6a. Edición, Ediciones Ariel, Barcelona, 1972.

KUNKEL, Tors, "Derecho Privado Romano", Ediciones Labor, 1937.

MARGADANT S., Guillermo Floris, "El Derecho Privado Romano", 14a. Edición, Editorial Esfinge, S.A., México, 1986.

MESSINED, Francesco, "Manual de Derecho Civil y Comercial", Tomo III, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971.

MONTERO DUHALT, Sara, "Derecho de Familia", Segunda Edición, Editorial Porrúa, S.A., 1985.

MORTON L., Leavy y Roy D. WEIMBERG, "La Adopción", Oceana Publications, Inc. New York, 1979.

PETIT, Eugène, Tratado Elemental de Derecho Romano", 2a. Edición, Editorial Porrúa, S.A., 1985.

PUIG BRUTAU, Jose, "Fundamentos de Derecho Civil", Tomo IV, Vol. II, "Familia, Patria Potestad, Adopción, Alimentos y Tutela", Madrid, 1970.

PUIG PENA, Federico, "Tratado de Derecho Civil", Tomo II, Vol. II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971.

PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge, "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés", Tomo II, "La Familia, Matrimonio, Divorcio y Filiación", Editorial Cultural, S.A., Habana, 1946.

RIPERT, Georges y BOULANGER, Juan, "Tratado de Derecho Civil", Segundo Tratado de PLANIOL, Tomo I, "Parte General, El Derecho-Instituciones Civiles", Ediciones La Ley, Buenos Aires.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, "Derecho Civil Mexicano", Tomo II, "Derecho de Familia", Vol. I, 3a. Edición, Cárdenas Editores y Distribuidores.

VENTURA SILVA, Sabino, "Derecho Romano", 4a. y 8a. Ediciones, 1978 y 1985, Editorial Porrúa, S.A.

ZACHARIAR K. S., "Le Droit Civil Francais", Tome Cinqüieme, Edition Cinqüieme, Auguste Durand, Libraire, Editeur, Paris, 1860.