

00781 45
2g.

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

"LA ADOPCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO"

TESIS QUE PARA OBTENER EL GRADO DE DOCTOR EN

DERECHO PRESENTA EL LIC. JESÚS SALDAÑA PÉREZ

DIRECTOR DE TESIS: DR. JOSÉ DE JESÚS LÓPEZ MONROY

SEPTIEMBRE DE 1999.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

274041



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 esta 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.

Titulo de la tesis:

"La Adopción en el Derecho Comparado"

Grado y nombre del tutor o director de tesis:

Dr. José de Jesús López Monroy

Institución de adscripción del tutor o director de tesis:

Facultad de Derecho División de Estudios de Posgrado

Resumen de la tesis: (Favor de escribir el resumen de su tesis a máquina, como máximo en 25 renglones a un espacio, sin salir de la extensión de este cuadro.)

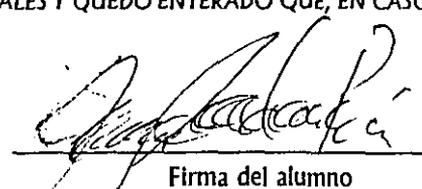
Es un estudio exhaustivo de la institución jurídica de la Adopción iniciando en el capítulo primero por los antecedentes históricos, desde los pueblos de la antigüedad, Babilonia, La India, Los Hebreos, Grecia, analizando instituciones análogas como el levirato, continuando con el Derecho Romano, el Derecho Germánico, el Derecho Español antiguo, fuero juzgo, fuero real, siete partidas, el Derecho Napoleónico, para concluir con el Derecho mexicano, desde el prehispánico, el colonial, y el México independiente, en este último analizando Códigos como el de Oaxaca de 1828, las Leyes de Reforma, los Códigos Civiles de 1870 y 1884, Ley de relaciones Familiares de 1917, para concluir con el Código Civil de 1928.

Se hace un análisis de la filiación, el parentesco y la patria potestad en el segundo capítulo, en el tercer capítulo se hace un estudio de legislación comparada, que comprende la legislación Española, Francesa e Italiana, tratando de extraer de estas legislaciones conclusiones validas para el Derecho mexicano.

En el capítulo cuarto se analiza el Código Civil vigente, después de las reformas de 28 de mayo de 1998, haciendo una valoración crítica de las mismas y un apartado de conclusiones.

LOS DATOS ASENTADOS EN ESTE DOCUMENTO CONCUERDAN FIELMENTE CON LOS REALES Y QUEDO ENTERADO QUE, EN CASO DE CUALQUIER DISCREPANCIA, QUEDARÁ SUSPENDIDO EL TRÁMITE DEL EXAMEN

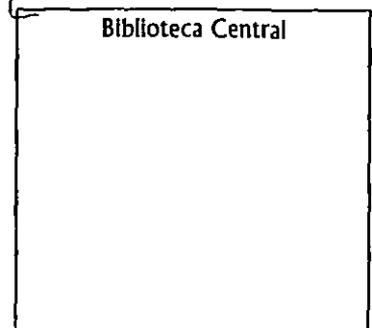
Fecha de solicitud: 14 de febrero 2000



Firma del alumno

Acompaña los siguientes documentos:

- Nombramiento del jurado del examen de grado
- Aprobación del trabajo escrito por cada miembro del jurado
- Copia de la última revisión de estudios
- Comprobante de pago de derechos por registro del grado



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
SECRETARÍA GENERAL
DIRECCIÓN GENERAL DE ADMINISTRACIÓN ESCOLAR
SOLICITUD PARA EL TRÁMITE DE EXAMEN DE GRADO DE MAESTRÍA O DOCTORADO

DATOS GENERALES

No. de cuenta 8156144-9 No. de expediente 7921001
 Nombre Saldaña Pérez Jesús
primer apellido segundo apellido nombre(s)
 Dirección Fragonard No. 27 casa 4 Colonia Insurgentes Mixcoac
 Población o ciudad México D.F. Del. o municipio B. Juárez Estado
 C.P. 03710 Tel. particular 56 11 15 17 Tel. oficina 52 86 77 46
 Nacionalidad mexicana Sexo F M
 Lugar de nacimiento México D.F. Fecha de nacimiento 18 de febrero 1957
 Dirección de origen Tiepolo No. 42 Col Nochebuena D.F.
México D.F. calle y número 03730
población o ciudad estado país código postal

ESTUDIOS ANTECEDENTES**LICENCIATURA**

Plan de Estudios Licenciatura en Derecho
 Institución UNAM Facultad o escuela Facultad de Derecho
 País México Estado México D.F.
 Promedio 9.10 Fecha de titulación (día/mes/año)

ESTUDIOS DE POSGRADO

Nivel y plan de estudios Especialidad en Derecho Privado
 Institución D.E.P. U.N.A.M. Facultad o escuela Facultad de Derecho
 País México Estado
 Fecha de diplomación o graduación (día/mes/año):
 Nivel y plan de estudios Maestría en Derecho
 Institución: D.E.P. U.N.A.M. Facultad o escuela Facultad de Derecho U.N.A.M.
 País México Estado
 Fecha de diplomación o graduación (día/mes/año)

DATOS PARA LA REVISIÓN DE ESTUDIOS

Entidad académica División de Estudios de Posgrado Facultad de Derecho UNAM
 Plan de estudios Doctorado por Investigación.
 Año y semestre de ingreso 92-1 Promedio indicado en la última revisión de estudios 8.40
 Año y semestre en que cursó su última asignatura o concluyó los requisitos del plan de estudios 99-2
 Cursó el plan de estudios con beca si no Otorgada por
 Realizó tesis si no Con beca si no Otorgada por

Abstract from The Thesis to get the Ph grade in Law presented by Jesús Saldaña Pérez.

Topic: "Adoption in The Compared Law"

This work constitutes an exhaustive study of the juridical institution of adoption, it is divided into four chapters, the first contains a historical panorama of the ancient people of Babylon, India, Hebrews, and Greece analyzing similar institutions such as the "Levirato", the "nigoyal", the "Germanic prohijamiento", its treatment and systematization in the Roman Law, antic Spanish Law "Fuero Juzgo", "Fuero Real", "Las Siete Partidas", "The Napoleonic Law", and it finally falls on Mexican Law, from prehispanic stage, going through the Independent Mexican State until these days. It analyzes Codes such as the Oaxaca Code (1828), the "Reform Laws", 1870 & 1884 Civil Codes and, The Law of Familiar Relationships. This chapter concludes with an analysis of the effective legislation, giving an special attention to the Civil Code of 1928 for the Federal District.

In the Second chapter a study of the institutions related with the adoption such as Relationship, Filiations and Paternal Power (patria potestad) is performed.

The third chapter constitutes an analysis of the compared legislation, in order to extract conclusions that could be helpful and useful to be included in the Mexican legislation in future legal Reforms. This chapter reviews the most representative legislations and those with great advances in minor protection such as the French, Italian and Spanish laws

The fourth chapter constitutes an analysis of the effective legislation, making a critical valuation and setting some conclusions. This chapter focuses specially on the Civil Code for the Federal District after the reforms in the adoption issue made on may 28th, 1998.

A MI PADRE:

Lic. Luis P. Saldaña Ramirez quien desde pequeño me inculco la pasión por el Derecho.

A MI MADRE

María del Rosario Pérez Cardenas.

A MI ESPOSA:

Barbara García de Saldaña

A MIS HIJOS:

Barbara, Rosa, Diego y Fatima

A LA SRITA. JOSEFINA SALDAÑA RAMIREZ.

A MIS HERMANOS.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

A MIS PROFESORES DE LA FACULTAD DE DERECHO:

A MI ASESOR:

Dr. José de Jesús López Monroy.

**LA ADOPCIÓN EN EL
DERECHO COMPARADO**

INTRODUCCION..... 1

CAPITULO PRIMERO

PANORAMA HISTÓRICO DE LA ADOPCIÓN

1.1 Ideas Preliminares 6

1.2 Los Pueblos de la Antigüedad 7

 1.2.1 Babilonia 8

 1.2.2 La India 9

 1.2.3 Los Hebreos 10

 1.2.2 Medio Oriente 11

 1.2.5 Grecia 12

1.3 Derecho Romano 13

 1.3.1 La Antigua Roma 13

 1.3.2 Época Justiniana 17

1.4 Derecho Germánico	21
1.5 Derecho Medieval	22
1.6 Derecho Español	23
1.6.1 Breviario de Alarico	23
1.6.2 Fuero Juzgo	25
1.6.3 Fuero Real	25
1.6.4 Las Siete partidas	28
1.6.5 Novísima Recopilación	34
1.7 Derecho Francés	35
1.7.1 Código Napoleón	35
1.7.2 Derecho Francés Moderno	38
1.8 Derecho Mexicano	44
1.8.1 Derecho Azteca	45
1.8.2 Derecho Colonial	47
1.8.3 Código Civil de Oaxaca de 1828-1829	50
1.8.4 Leyes de Reforma	52
1.8.5 Proyecto de Código Civil de Justo Sierra	54

1.8.6 Código Civil para el Distrito y Territorio de la Baja California de 1870	55
1.8.7 Código Civil para el Distrito y Territorio de Baja California y Tepic de 1884	58
1.8.8 Ley sobre Relaciones Familiares de 1917	59
1.8.9 Código Civil para el Distrito Federal de 1928	62

CAPITULO SEGUNDO

EL PARENTESCO, LA FILIACIÓN Y LA PATRIA POTESTAD

2.1 El Parentesco	65
2.1.1 Concepto	65
2.1.2 Antecedentes Históricos	68
2.1.2.1 Derecho Romano	68
2.1.2.2 Derecho Mexicano	70
2.1.3 Clases de Parentesco	71
2.1.3.1 Parentesco Consanguíneo	73
2.1.3.2 Parentesco por Afinidad	74
2.1.3.3 Parentesco Civil	76
2.1.4 Grados y Líneas de Parentesco	76
2.1.5 Consecuencias Jurídicas	79
2.2 La Filiación	81
2.2.1 Concepto	81

2.2.2 Clases de Filiación	84
2.2.2.1 Filiación Matrimonial	85
2.2.2.1.1 Concepto	85
2.2.2.1.2 Antecedentes Históricos	85
2.2.2.1.3 Determinación de la Filiación Matrimonial	87
2.2.2.1.4 Pruebas de la Filiación Matrimonial	93
2.2.2.1.4.1 El Acta de Nacimiento y Matrimonio.	94
2.2.2.1.4.2 La Posesión de Estado	94
2.2.2.1.5 Acciones de Filiación Matrimonial	97
2.2.2.1.5.1 Contradicción de la Paternidad	98
2.2.2.1.5.2 Desconocimiento de la Paternidad .	101
2.2.2.1.5.3 Reclamación de Estado	103
2.2.2.2 Filiación Extramatrimonial	105
2.2.2.2.1 Concepto	105
2.2.2.2.2 Antecedentes Históricos.....	106
2.2.2.2.2.1 Derecho Romano	106
2.2.2.2.2.2 Las Siete Partidas	108
2.2.2.2.2.3 Las Leyes de Toro	108
2.2.2.2.2.4 Derecho Francés	109
2.2.2.2.2.5 Derecho Mexicano	109
2.2.2.2.3 Determinación de la Filiación Extramatrimonial.	111
2.2.2.2.3.1 El Reconocimiento	111
2.2.2.2.3.1.1 Concepto	111
2.2.2.2.3.1.2 Naturaleza Jurídica	112
2.2.2.2.3.1.3 Características	116
2.2.2.2.3.1.4 Requisitos	117
2.2.2.2.3.1.5 Efectos	119
2.2.2.2.3.2 La Sentencia Judicial	120
2.2.2.2.3.3 Presunción de Paternidad en el Concubinato	120
2.2.2.2.4 Pruebas de la Filiación Extramatrimonial	121
2.2.2.2.5 Acciones de la Filiación Extramatrimonial	122
2.2.2.2.5.1 Investigación de la Maternidad y la Paternidad.....	122
2.2.2.2.5.2 Impugnación del Reconocimiento	125
2.2.2.3 La Filiación Adoptiva	126

2.2.2.4 La Legitimación	127
2.3 La Patria Potestad	128
2.3.1 Concepto	128
2.3.2 Antecedentes Históricos	132
2.3.2.1 El Matriarcado y el Patriarcado	133
2.3.2.2 El Pueblo Hebreo	135
2.3.2.3 Derecho Romano	137
2.3.2.4 Derecho Germánico	142
2.3.2.5 Las Siete Partidas	142
2.3.2.6 Las Leyes de Toro y el Fuero Juzgo	143
2.3.2.7 El Código Napoleón	145
2.3.2.8 Proyecto de Código Civil Español de García Goyena	147
2.3.2.9 El Código Civil de 1870	149
2.3.2.10 El Código Civil de 1884, Ley de Relaciones Familiares de 1917 y Código Civil de 1928	150
2.3.3 Características de la Patria Potestad	151
2.3.4 Sujetos de la Patria Potestad	154
2.3.4.1 Sujetos Pasivos	154
2.3.4.2 Sujetos Activos	155
2.3.5 Consecuencias Jurídicas de la Patria Potestad	157
2.3.5.1 Sujetos Pasivos	157
2.3.5.2 Sujetos Activos	158
2.3.5.2.1 En Relación a la Persona	159
2.3.5.2.2 En Relación a los Bienes	160
2.3.6 Formas de Terminación de la Patria Potestad	162
2.3.6.1 Extinción de la Patria Potestad	162
2.3.6.2 Pérdida de la Patria Potestad	163
2.3.6.3 Suspensión de la Patria Potestad	166

CAPITULO TERCERO

LA ADOPCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

3.1 Ideas Preliminares	168
3.2 Legislación Española	168
3.2.1 La Tutela de las Entidades Públicas	171
3.2.2 La Guarda Administrativa	175
3.2.3 El Acogimiento de Menores	176
3.2.3.1 El Acogimiento Familiar y Preadoptivo	180
3.2.4 La Adopción Única	182
3.2.4.1 Requisitos del Adoptante	184
3.2.4.1.1 Prohibiciones para Adoptar	185
3.2.4.2 Requisitos del Adoptado	186
3.2.4.3 La Adopción Póstuma	187
3.2.4.4 Efectos de la Adopción	188
3.2.4.5 Procedimiento de Adopción	191
3.3 Legislación Francesa	193
3.3.1 La Adopción Plena	194
3.3.1.1 Requisitos del Adoptante	194
3.3.1.2 Requisitos del Adoptado	197
3.3.1.2.1 Menores cuyos Padres o Consejo de Familia han consentido en la Adopción	198

3.3.1.2.2	Los Pupilos de Estado	200
3.3.1.2.3	Menores Declarados Abandonados en Sede Judicial	200
3.3.1.3	Emplazamiento con fines de Adopción	202
3.3.1.4	El Juicio de Adopción	204
3.3.1.5	Efectos de la Adopción Plena	206
3.3.1.6	La Adopción del Hijo del Cónyuge	209
3.3.2	La Adopción Simple	210
3.3.2.1	Requisitos del Adoptante	210
3.3.2.2	Requisitos del Adoptado	211
3.3.2.3	El Juicio de Adopción	212
3.3.2.4	Efectos de la Adopción Simple	213
3.3.2.5	Revocación de la Adopción Simple	217
3.4	Legislación Italiana	219
3.4.1	La Tutela Asistencial de Menores	219
3.4.2	La Adopción de Menores	222
3.4.2.1	La Adopción con Efectos Plenos	222
3.4.2.1.1	Requisitos del Adoptante	223
3.4.2.1.2	Requisitos del Adoptado	224
3.4.2.1.3	La Declaración en Estado de Adoptabilidad	225
3.4.2.1.4	El Acogimiento	229
3.4.2.1.4.1	El Acogimiento Familiar	229
3.4.2.1.4.2	El Acogimiento Preadoptivo	230
3.4.2.1.5	Efectos de la Adopción con Efectos Plenos	236
3.4.2.2	La Adopción con Efectos Menos Plenos	238
3.4.2.2.1	Requisitos del Adoptante	239
3.4.2.2.2	Requisitos del Adoptado	240
3.4.2.2.3	Efectos de la Adopción con Efectos Menos Plenos	241
3.4.2.2.4	Revocación de la Adopción menos Plena	243
3.4.3	La Adopción de Mayores	244
3.4.3.1	Efectos de la Adopción de Mayores	245

CAPITULO CUARTO

LA ADOPCIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL VIGENTE

4.1	Concepto	249
4.2	Naturaleza Jurídica	256
4.2.1	La Adopción como un contrato	257
4.2.2	La Adopción como un acto jurídico complejo	263
4.2.3	La Adopción como un negocio jurídico	265
4.3	Características de la Adopción	267
4.4	Clases de Adopción	269
4.4.1	La Adopción Plena	269
4.4.2	La Adopción Simple	270
4.5	Las Reformas y Adiciones al Código Civil y al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal	271
4.6	La Adopción en el Código Civil	277
4.6.1	Disposiciones Generales	277
4.6.2	Requisitos del Adoptante	277

4.6.2.1	Persona Física	277
4.6.2.2	Sexo	279
4.6.2.3	Edad Mínima	280
4.6.2.4	Edad Máxima	284
4.6.2.5	Diferencia de edad entre Adoptante y Adoptado	285
4.6.2.6	Estado Civil	287
4.6.2.7	Cualidades Morales y Económicas	289
4.6.2.8	Ausencia de Descendientes	293
4.6.3	Requisitos del Adoptado	294
4.6.3.1	Personas que pueden ser adoptadas	295
4.6.3.1.1	El <i>Nasciturus</i> y <i>Concepturus</i>	296
4.6.3.2	Edad	298
4.6.3.3	Estado Civil y Sexo	301
4.6.3.4	El Beneficio de la Adopción	304
4.6.3.5	El Número de Adoptados	305
4.6.4	Requisitos del Acto de Adopción	306
4.6.4.1	Manifestación del Consentimiento	307
4.6.4.2	La Resolución Judicial	309
4.6.4.3	La Solemnidad	310
4.6.5	Requisitos Especiales de la Adopción Plena	310
4.6.5.1	El Consentimiento del Padre o Madre	311
4.6.6	La Adopción del Hijo del Cónyuge	312
4.6.7	La Adopción de un Pariente	314
4.6.8	La Adopción del Pupilo por su Tutor	315
4.6.9	Las Adopciones Sucesivas	316
4.6.10	Las Adopciones Simultáneas	320
4.6.11	Uniformidad de las Adopciones	321
4.6.12	El Acogimiento Preadoptivo	322

4.6.13 Efectos Jurídicos de la Adopción	324
4.6.13.1 La Adopción Plena	324
4.6.13.1.1 Irrevocabilidad e inimpugnabilidad de la Adopción	325
4.6.13.1.2 El Adoptado y su Familia Anterior	326
4.6.13.1.3 El Adoptado y su Familia Adoptiva	327
4.6.13.1.4 El Parentesco	328
4.6.13.1.5 La Patria Potestad	330
4.6.13.1.6 El Nombre y Apellidos del Adoptado	331
4.6.13.1.7 Los Alimentos	332
4.6.13.1.8 Los Impedimentos Matrimoniales	332
4.6.13.1.9 Los Derechos Sucesorios	333
4.6.13.2 La Adopción Simple	334
4.6.13.2.1 Revocabilidad de la Adopción	334
4.6.13.2.2 El Adoptado y su Familia Anterior	335
4.6.13.2.3 El Adoptado y su Familia Adoptiva	336
4.6.13.2.4 El Parentesco	336
4.6.13.2.5 La Patria Potestad	337
4.6.13.2.6 El Nombre y Apellidos del Adoptado	339
4.6.13.2.7 Los Alimentos	341
4.6.13.2.8 Los Impedimentos Matrimoniales	342
4.6.13.2.9 Los Derechos Sucesorios	343
4.6.14 Procedimiento Judicial de Adopción	344
4.6.14.1 La Autoridad Competente	344
4.6.14.2 Las Partes en el Procedimiento	345
4.6.14.3 El Procedimiento Judicial	346
4.6.14.4 Disposiciones Especiales para los Extranjeros	350
4.6.14.5 Las Actas de Adopción	352
4.6.15 Conversión de la Adopción Simple a Plena	355
4.6.16 Formas de Terminación de la Adopción	357
4.6.16.1 La Impugnación	357
4.6.16.1.1 Procedimiento Judicial	359
4.6.16.2 La Revocación	360
4.6.16.2.1 Procedimiento Judicial	363
4.6.16.3 La Nulidad	364

4.6.17 La Adopción Internacional	365
CONCLUSIONES	368
BIBLIOGRAFÍA	377
LEGISLACIÓN	390

INTRODUCCIÓN

Es indudable que en la época actual es fácil observar en cualquier cruce de nuestras grandes ciudades un número cada vez mayor de menores en desamparo, algunos de ellos limpiando parabrisas, vendiendo cualquier producto, e incluso haciendo cualquier malabar para ganarse la vida, los cuales ya forman parte del paisaje urbano. Personas que sobreviven en condiciones verdaderamente lamentables, los cuales dado su estado de indefensión son objeto de todo tipo de explotación enfermedades y abusos, ya sea por parte de particulares o de las mismas autoridades.

Como contraparte a esta lamentable situación, paradójicamente existe un número muy grande de parejas sin descendencia, muchas de las cuales tienen una verdadera vocación de padres, y la ausencia de hijos les significa una forma de frustración, y una falta de realización personal.

En algunas ocasiones, estas personas están dispuestas a invertir grandes recursos para solucionar esta falta de descendencia, canalizándolos de diferentes maneras, tanto lícitas como ilícitas.

Algunas veces en mascotas, otras en costosos tratamientos médicos para remediar la infertilidad, algunas más recurriendo a métodos no solamente muy costosos sino atentatorios de la dignidad de la persona humana, tal es el caso

de algunas de las técnicas de reproducción artificial humana, en las cuales se llega a manipular en mayor o menor medida tanto el material genético, como al ser humano concebido y no nacido, algunas veces exponiéndolo a riesgos innecesarios como malformaciones congénitas, enfermedades o trastornos genéticos. Prácticas que se realizan con un marco jurídico sumamente deficiente y en algunos casos omiso; aún cuando, algunas de estas prácticas biomédicas constituyen verdaderas aberraciones científicas y graves atentados a la dignidad humana.

Por otro lado, hay otros quienes en su afán de solucionar esta falta de descendencia, recurren a prácticas ilícitas, como el tráfico de menores, respecto al cual, nuestra frontera con Estados Unidos es una de las más activas del mundo, otras, consisten en la simulación de actos del estado civil, lo cual es muy común en nuestro medio, la presentación al Registro Civil del menor como hijo propio cuando no lo es, con el objeto de evitarse trámites de adopción que les resultan costosos, burocráticos y se llevan mucho tiempo.

No es difícil observar que poco se recurre en la práctica a la adopción, aún cuando ésta, es una institución muy antigua, con fines nobles y altruistas en beneficio de la infancia en desamparo. Con fecha veintiocho de mayo de mil novecientos noventa y ocho ha sido modificado substancialmente el régimen jurídico de la adopción en el Distrito Federal, sin embargo, es claro que aún después de las reformas recientemente publicadas, prevalece una inadecuada regulación de ésta.

En este sentido, el presente trabajo tiene como finalidad hacer un estudio exhaustivo de esta figura jurídica, ya que es lamentable observar que aún cuando el número de menores en desamparo es cada vez más creciente, su utilización es escasa, debido a esta inadecuada regulación, excesivo burocratismo, falta de sensibilidad por parte de la población en general y de nuestras autoridades por este sector de la población tan vulnerable; para lo cual hemos analizado la regulación actual después de las recientes reformas en esta materia, en algunos casos criticándola, en otros proponiendo algunos cambios, con base en la realidad social actual, y en las legislaciones comparadas que hemos considerado más representativas al respecto, con el objeto de aportar algunas ideas que pudieran ser útiles para mejorar esta importante institución.

En el primer capítulo se aborda el estudio de los antecedentes históricos más relevantes, desde sus orígenes en los pueblos de la antigüedad, los cuales son tan variados que bien nos hacen pensar que se trata instituciones diferentes, prácticas tan remotas que se pierden en la obscuridad de los tiempos, debido a la preocupación que en mayor o menor medida ha acompañado al ser humano de trascender por medio de su descendencia.

Dentro de este análisis histórico veremos cómo han cambiado de manera significativa los fines de la adopción, siendo inicialmente una figura instituida en beneficio de los adoptantes, aprovechando a la persona casi como un objeto, ya sea para satisfacer necesidades hereditarias, de compañía, mano de obra; hasta convertirse en nuestros días en una verdadera forma de protección de menores e incapacitados, quienes finalmente se han convertido en el fin supremo de dicha institución.

En el capítulo segundo abordamos el análisis de las instituciones del parentesco, la filiación, la patria potestad, a la luz del Código Civil para el Distrito Federal*, toda vez que estas figuras jurídicas tienen particular incidencia en la adopción, ya que ésta es una fuente de parentesco y de filiación, además por medio de ella se adquiere el ejercicio de la patria potestad, es decir, la adopción también crea efectos en materia de parentesco, filiación y patria potestad, es por ello que nos referimos al análisis de estas tres figuras del Derecho Familiar.

En el tercer capítulo se estudia la forma en que se encuentra actualmente regulada la adopción, en algunas legislaciones extranjeras, para ello escogimos las tres que hemos considerado más representativas: la italiana, la francesa y la española, en virtud del grado de avance en beneficio de los menores en desamparo que dichas legislaciones han desarrollado, este análisis tiene por objeto extraer conclusiones que pueden ser útiles para nuestra legislación en futuras reformas.

Finalmente dentro del capítulo cuarto, nos encargamos del estudio de la figura jurídica de la adopción, según el Código Civil después de las reformas del veintiocho de mayo de mil novecientos noventa y ocho, haciendo un análisis crítico de cada uno de sus elementos, naturaleza jurídica, requisitos, características, tipos y efectos de esta figura, haciendo las respectivas reflexiones y propuestas legislativas que a nuestro juicio son necesarias para

* Nota. Es importante aclarar que dentro del presente trabajo de investigación, siempre que se haga referencia al Código Civil y Código de Procedimientos Civiles, deberá entenderse el primero, el aplicable para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en materia Federal y el segundo el aplicable al Distrito Federal.

que esta institución cumpla de manera óptima sus fines esenciales, que son por una parte, la protección y el cuidado de la persona y bienes del menor en desamparo o mayor incapacitado, y por otro lado, satisfacer la necesidad de aquellas personas deseosas de ejercer y cumplir la paternidad o maternidad con los menores o incapaces que requieren de asistencia económica, afecto, protección; facilitándoles el acceso a una forma de vida digna que les permita un desarrollo integral, armonizando los intereses de unos y otros.

Así, dentro de la presente investigación observamos el atraso que en este ámbito existe en nuestro país, en comparación con algunas legislaciones extranjeras que han logrado desarrollar incluso otras figuras jurídicas en protección del menor en desamparo, contribuyendo desde luego a su mejor regulación, con las críticas y propuestas que en el mismo se desarrollan y fundamentan, cuya finalidad en un futuro no muy lejano, sea la adopción una forma ágil, sencilla y segura de brindar protección a los menores e incapaces que la requieran.

CAPITULO PRIMERO

PANORAMA HISTÓRICO DE LA ADOPCIÓN

1.1 Ideas Preliminares

Los antecedentes históricos de la adopción son tan variados en su objeto, que van desde el propósito de suplir la falta de herederos, como política dinástica para perpetuar en el poder a la familia gobernante; para conservar el culto doméstico, el nombre y la fortuna familiar; como remedio a la paternidad o maternidad frustrada, la necesidad de mano de obra, como forma de asegurarse cuidados en la vejez e incluso oraciones para después de la muerte que quedaban a cargo del adoptado; objetivos todos estos que en la antigüedad, en general, fueron en provecho del adoptante.

Es hasta épocas recientes cuando la adopción ha modificado su estructura y fines y se ha transformado en una institución eminentemente protectora de menores en desamparo, haciendo aparecer un vínculo ficticio de filiación entre dos personas que no son a su vez padre e hijo, dando origen al llamado parentesco civil, con todos sus efectos.

Los orígenes históricos de la adopción como prohijamiento y un medio para suplir la falta de herederos son tan antiguos que se pierden en la

obscuridad de los tiempos y no se sabe a ciencia cierta, cuando se inició, ya no como institución jurídica, sino como práctica análoga. Los precedentes históricos son tan variados que bien nos pueden hacer pensar que se trata de instituciones diferentes, ya que incluso los objetivos perseguidos han sido distintos.

Gustavo A. Bossert considera que "la transformación de la estructura jurídica que la institución de la adopción ha sufrido a través del tiempo, hasta llegar a la actual, es consecuencia de la modificación que en dicho proceso evolutivo, se ha operado en cuanto a los objetivos de aquélla; vale decir, respecto a la razón de ser de la institución.

Así remontándonos a sus primeras manifestaciones históricas, la encontramos determinada por el afán de los individuos de prolongar tras su muerte el culto de los dioses domésticos, el linaje, el nombre o la fortuna familiar, o incluso, asegurar para su alma oraciones y prácticas religiosas que quedaban a cargo de adoptado."¹

En el presente capítulo hacemos una breve reseña histórica que nos habrá de permitir una mejor comprensión de esta importante institución jurídica.

1.2 Los Pueblos de la Antigüedad

¹ *"Adopción y Legitimación Adoptiva. Doctrina-Legislación-Jurisprudencia"*. Ediciones Jurídicas Orbir. Buenos Aires, Argentina, 1967, p.15.

1.2.1 Babilonia

La forma de establecer vínculo paterno filial entre adoptante y adoptado, tiene orígenes semejantes en culturas muy antiguas. En el pueblo babilonio estaba regulada jurídicamente una figura semejante, en el Código de Hammurabi, hacia los años 2285 a 2242 a.C., y al parecer desempeñaría el papel de proporcionar mano de obra a las familias necesitadas de ella. También se ha querido ver en otros pueblos primitivos, algunos contemporáneos, la existencia de la adopción con el fin de continuación del culto doméstico, y realizadas con formas que se han considerado semejantes a las medievales.²

Sin embargo, a simple vista pudiéramos pensar que no se trata de la misma institución, porque del estudio de sus cualidades, objeto y fines, vemos que éstos no son los mismos con los que le conocemos en la actualidad. No obstante, es importante el estudio de su evolución histórica para una mejor comprensión de las características que tiene actualmente, aunque los fines no sean los mismos, ya que existe una semejanza palpable.

Antiguamente se perseguía fundamentalmente el beneficio del adoptante, el interés del adoptado poco o nada importaba. Sin embargo, hay que tomar en cuenta no sólo la época sino la evolución del derecho civil, ya que en términos generales podemos decir que esta rama del conocimiento ha

² Otero Várela, Alfonso. *"Dos Estudios Histórico-Jurídicos: 1.- El Riepo en el Derecho Castellano-Leones. 2.- La Adopción en el Derecho de España"*. Ed. Cuadernos del Instituto Jurídico Español. Número 4. Roma - Madrid, 1955, p. 85.

sufrido enormes transformaciones, como ejemplo basta pensar en la esclavitud que antiguamente formó parte del orden jurídico de muchas culturas, en donde el ser humano se consideraba objeto, estaba en el comercio, su práctica fue lícita, otro ejemplo significativo es la evolución tan grande que podemos observar en el ámbito del derecho privado en lo que se refiere a la regulación de las instituciones de derecho familiar que hoy por hoy cobran autonomía con respecto al derecho civil.

1.2.2 La India

En la India, como en otros pueblos de la antigüedad, se aplicó la figura conocida como Levirato, y así, cuando el marido moría sin hijos, su hermano u otro pariente (sapinda) cohabitaba con la viuda hasta gestar un hijo que, ante la ley, sería considerado legalmente hijo del marido premuerto.

Al respecto disponían las Leyes de Manú, Libro IX, versículo. 59, 60, 62, "cuando no se tienen hijos, la progenitura deseada puede obtenerse con la unión de la esposa convenientemente autorizada, con un hermano u otro pariente (sapinda). Que, untado de mantequilla líquida y guardando silencio, el pariente encargado de esta misión, acercándose durante la noche a una viuda o a una mujer privada de hijos, engendre un solo hijo, nunca un segundo. Que una vez obtenido el objeto de esta comisión, según la ley, las dos personas, el hermano y la cuñada, se traten entre sí como un padre y una nuera."³

³ Bossert, Gustavo A., Ob. Cit., p.16.

Aun cuando es fácil concluir que se trata de institución diferente, es indudable su finalidad semejante, en virtud de que de su práctica se obtiene no sólo la descendencia de que se carece, sino además se crea un vínculo jurídico ficticio de filiación legítima reconocido y aceptado socialmente, entre dos personas que biológicamente no existe, es decir, el orden jurídico crea y reconoce una ficción jurídica al considerar al hijo así nacido como legítimo, sin serlo.

Así mismo, las Leyes de Manú reglamentaron la figura del Nigoyal, cuya diferencia con el Levirato radicaba en que la cohabitación por parte del hermano o pariente cercano del marido, para engendrar al hijo que se atribuiría a éste, se realizaba en vida del marido y no después de su muerte, constituyendo una interferencia en la vida conyugal.

1.2.3 Los Hebreos

El pueblo hebreo practicó el Levirato, aunque con diferentes matices, por lo que, esta institución, aun cuando diferente, es de especial interés dadas sus semejanzas, que sin lugar a dudas constituyen un precedente histórico en su conformación en la época precristiana, al proporcionar descendencia a personas que carecían de ella, según Bossert, “respecto a la época precristiana, merece destacarse la existencia de algunas instituciones cuyo resultado era, tal como ocurre en la adopción, establecer un vínculo jurídico de filiación legítima entre dos personas que no se hallan así vinculadas por naturaleza. Entre ellas el Levirato”⁴, entre los hebreos.

⁴ Loc. Cit.

Lo encontramos regulado en el Libro del Génesis (XXXVII, 2 a 11 y 26). Con ciertas peculiaridades respecto de la forma en que se conocía en el pueblo hindú.

Con posterioridad, en el Libro del Deuteronomio, 25,5, igualmente fue reglamentado el Levirato por Moisés, quien dispuso que "sí vivieron juntos dos hermanos, y uno de ellos muriese sin hijos, la mujer del difunto no se casará con ningún otro que con el hermano de su marido el cuál la tomará y dará sucesión a su hermano. Al primogénito que de ellos tuviere, le pondrá el nombre del otro hermano, y será reputado hijo de él, a fin de que no se borre su nombre de Israel", al respecto, Bossert comenta que quien se resistía a cumplir con dicho deber, se le sancionaba con la pena de descalzamiento. Y aún, en la era cristiana, encontramos el Levirato vigente en Israel.⁵ De este modo encontramos la ficción legal nuevamente presente.

Algunos antropólogos sociales hablan de la subsistencia del Levirato actualmente en Australia, Melanesia y algunas tribus de Norteamérica con diversas variantes.

1.2.4 Medio Oriente

En algunas culturas del Oriente Medio podemos observar ciertas prácticas semejantes, cuya finalidad era la de proporcionar hijos a quienes carecían de ellos o que hubiesen muerto sin dejar descendencia dando la

⁵ Ibidem., p.17.

posibilidad no sólo de obtenerlos, sino además, de crear un vínculo jurídico de parentesco legítimo y socialmente reconocido. Resulta interesante recordar, como lo indica Bossert que "en el antiguo Irán, podía la mujer contraer matrimonio bajo la forma del *Yoyán-Zan*, por el cual, el primer hijo que naciese no pertenecía al marido, sino al padre o al hermano de la esposa, muertos sin hijos varones; e incluso contraído el matrimonio bajo la forma de *Satar-Zan*, el primer hijo habido del matrimonio pertenecía, no al marido, sino a un tercero extraño a la familia, que abonaba por ello una suma determinada de dinero."⁶

Desde luego, es claro que, no se trata de la misma institución, pero son grandes sus semejanzas en cuanto a la finalidad de proveer descendencia, podemos observar ciertas distorsiones, pero es indudable su parecido que nos obliga pensar que constituye un precedente histórico sumamente interesante, al atribuir mediante una ficción legal, el vínculo parental o de filiación legítima.

Según Charny y W. Benedetti la adopción surgió para evitar la costumbre que existía de que cuando la mujer probablemente no podía tener hijos con su marido, los tuviera con el cuñado o con el pariente más cercano.⁷ Criterio este último que desde luego no compartimos.

1.2.5 Grecia

⁶ Ibidem., pp.17-18.

⁷ Cit. por Bossert Gustavo, Ob. Cit., p. 18.

Respecto a la antigua cultura griega, "no existen textos ni reseñas históricas que demuestren fehacientemente que la adopción habría existido en Esparta, ni en la mayoría de las ciudades griegas. Mientras que en Atenas, la institución estuvo cuidadosamente reglamentada, radicando fundamentalmente su importancia en razones atinentes al derecho sucesorio que, en principio, sólo otorgaba derechos a los parientes legítimos, y por lo tanto a quienes asimilaba a éstos mediante la adopción.

Ciertas normas precisas establecían requisitos tales como el no tener descendencia para poder adoptar, el ser hijo de atenienses para poder ser adoptado, la intervención del magistrado en el acto, se establecía la revocación por ingratitud, así como la posibilidad del adoptado de volver en ciertos casos - a su familia natural, siempre que hubiese dejado un hijo en la familia adoptiva."⁸ Lo cual indudablemente también es una ficción jurídica.

1.3 Derecho Romano.

1.3.1 La Antigua Roma

Es principalmente en el antiguo Derecho Romano, donde encontramos grandes semejanzas y claros antecedentes jurídicos y de ordenación sistemática que la convierten en una verdadera Institución, ya que las circunstancias políticas y religiosas habían hecho brotar de forma sin precedente esta institución en Roma.

⁸ Bossert, Gustavo., Ob. Cit., p.16.

Las causas religiosas se basaban principalmente en que consideraban indispensable asegurar el culto familiar, necesidad de continuación que era más patente en las familias antiguas, por ello entre la nobleza se realiza un número mayor de adopciones.

Mientras los motivos políticos tenían por objeto asegurar la continuación de la dinastía, era un acto de carácter privado, producía como consecuencia cierta y esperada la ascensión ulterior del adoptado al "*status*" político del adoptante.

En aquella época se advierten dos formas de adopción, la "*adoptio*" en sentido estricto y la "*adrogatio*". En ésta última se dan los rasgos de un régimen de vida íntima, en comunidad propia.

Sin embargo, cabe recordar que en la legislación romana, las diferencias entre el parentesco agnaticio y el cognaticio eran notables, ya que el ordenamiento civil sólo confería derechos sucesorios, de tutela, y por supuesto de adopción, a los agnados, de ahí que, "la primera causa de la notable importancia que la adopción tuvo en Roma, es el haber dado lugar a un parentesco no de cognación sino de agnación. Como consecuencia, extinguía todo vínculo civil entre el adoptado y su anterior familia de sangre. Salía aquél de la sumisión al anterior *pater familias* (o si era *sui iuris* perdía tal carácter) y quedaba sometido a la autoridad del nuevo jefe familiar."⁹ También su patrimonio, pasaba a manos del adoptante, convirtiéndose en "*alieni iuris*", quedando restringida notablemente su capacidad de ejercicio o negocial.

⁹ Ibidem., p.18.

Considera Belluscio "en el Derecho Romano se conocieron dos instituciones de tipo adoptivo: la arrogación *adrogatio*, que era la adopción de un *sui iuris*, e implicaba la incorporación en la familia del adoptante, tanto del adoptado como de las personas sometidas a su potestad, así como la transferencia de su patrimonio al del adoptante; y la adopción *adoptio*, que era -en cambio- la de un *alieni iuris*, que salía así de su familia de sangre y de la potestad de su *pater familias* para ingresar en la del adoptante".¹⁰

Es así como existieron pues en Roma dos formas de adopción: la llamada "*adrogatio*" y la "*adoptio*".

En la *adrogatio* el arrogado *sui iuris* pasaba con toda su familia y patrimonio a la potestad del arrogante, lo que le provocaba una *capitus deminutio* que lo convertía en *alieni iuris*. Es importante destacar que el arrogado entraba bajo el poder paterno del arrogante con los individuos que estaban sometidos a su potestad, es decir, se verificaba la absorción de una familia en otra. Debido a este efecto, se exigía el cumplimiento de formalidades muy especiales, ya que era en realidad la incorporación de todo un grupo familiar y la fusión de patrimonios.

En un principio la única forma de arrogación permitida era la *adrogatio per populum*, en donde el pueblo tenía una intervención importante, para su práctica era necesario la intervención de los pontífices, que previamente hacían una encuesta sobre la conveniencia de la arrogación, posteriormente y en caso

¹⁰ "Manual de Derecho de Familia." Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina. 1994, p. 254.

de resultar favorable el resultado, ante los comicios curiados se interrogaba al arrogante, al arrogado y al pueblo quienes manifestaban su aprobación del acto. Consecuentemente sólo los que tenían acceso a los comicios podían arrogar y ser arrogantes. Las mujeres e interdictos se excluían por no poder tomar parte en los comicios. Además, este acto únicamente podía tener lugar en Roma.

Posteriormente con las reformas de Diocleciano, estas solemnidades son modificadas *per principale rescriptum*, por lo que la *adrogatio per populum* cae en desuso y da origen a la *adrogatio per principale rescriptum*, la cual, ya podía verificarse también en las provincias ante el gobernador.

Por otro lado, la *adoptio o datio in adoptionem* era la otra forma en que podía tener lugar la adopción en esta época, pero en este caso, a diferencia de la arrogación, esta figura tenía la finalidad de sacar la fuerza de trabajo excedente en una familia para pasarla a otra donde estuviera escasa, de ahí su carácter exclusivamente privado, que se daba entre los padres interesados sin considerar la voluntad del adoptado.

Consecuentemente en este caso la intervención del poder público era menor, porque eran limitadas sus consecuencias jurídicas e incluso no se conoció en el derecho antiguo. Su práctica consistía en hacer cesar la patria potestad sobre el adoptado y hacerla surgir en la persona del adoptante, es decir, se daba una transmisión de la patria potestad. Según Otero Várela, "el primer efecto se conseguía por la triple venta de las XII Tablas (una sola si se trataba de hija o nieto). La segunda parte se reducía a una forma de *"in iure*

cessio", que no era otra cosa que una fingida reivindicación realizada por el adoptante, a la que no se oponía el antiguo padre o el tercero a quien había sido mancipado, en vista de lo cual era adjudicado por el magistrado como *filius* al reivindicante."¹¹

Se realizaba mediante un negocio, compuesto de dos fases, en la primera se desligaba al menor de la potestad actual, aplicándose la máxima de las doce tablas sobre la liberación del hijo por tres mancipaciones y se podía celebrar en todos los lugares en donde hubiera un magistrado romano con plena jurisdicción.

En la segunda, el adoptado *alieni iuris*, entraba sólo a la patria potestad del adoptante, pero en ambas, nacía el derecho de agnación y con él una recíproca relación sucesoria.

1.3.2 Época Justiniana.-

En el Derecho Justiniano la adopción advierte profundas reformas, toda vez que el declinar de la familia agnaticia y otras causas, hicieron que la adopción dejara de tener como principal característica, la sumisión a la patria potestad y pasara a ser un medio de colocar al adoptado en la posición de hijo.

Sin embargo, según Otero Várela, "se sigue distinguiendo entre *adrogatio* y *adoptio*, pero es sólo la terminología la que sobrevive ya que por los efectos se distingue *adoptio plena* y *adoptio minus plena*: la primera es la

¹¹ Ob. Cit., p. 90.

que se hace por el ascendiente paterno o materno, y la segunda la realizada en los demás casos. Sólo la *adoptio plena* produce ahora *capitis deminutio* y los otros efectos de la adopción clásica. En la *minus plena*, el adoptante no adquiere la patria potestad sobre el adoptado ni derecho alguno sobre sus bienes; el adoptado queda bajo la potestad de su padre natural y sólo se le otorga un derecho de sucesión legítima sobre los bienes del adoptante."¹²

Podemos concluir que en esta época, subsisten dos formas de adopción, la *adoptio plena* y la *adoptio minus plena*:

La *adoptio plena*, Justiniano la establece tal como había sido conocida en el Derecho Romano Antiguo la *adrogatio*, esto es, el adoptado de una manera completa ingresa como un nuevo miembro al grupo familiar del *pater familias* adoptante, adquiere derechos de éste y obligaciones de todos los que están sometidos a la potestad del jefe de familia; en consecuencia, adquiere nombre, pronombre patronimico y toma parte en las solemnidades del culto doméstico, se consideraba *agnado* en el nuevo grupo familiar.

Mientras que la *adoptio minus plena* de efectos menores, la crea Justiniano para no desvincular al adoptado de su propia familia, tampoco lo subtrae de la potestad del *pater familias* del grupo al cuál pertenecía, por lo tanto subroga al adoptado el derecho de suceder en el patrimonio del adoptante extraño, motivo por el cuál se dice que esta adopción sólo tenía efectos patrimoniales, limitados al derecho de heredar al *pater familias* adoptante.

¹² Ibidem., p. 91.

En virtud de que no se transmitía la patria potestad, ya se permitía a las mujeres adoptar *ad solacium amissorum liberorum*. En cuanto a la forma, la adopción del *sui iuris* se hace *principis auctoritate*, y la de los *alieni iuris*, *imperio magistratus*.

La *datio in adoptionem* y la *adrogatio* eran las formas típicas de adopción del *ius civile*, sin embargo, también existieron otro tipo de adopciones, de carácter privado, diferenciadas por “ser actos que se perfeccionan entre adoptante y adoptado y también entre los parientes de uno y otro, independientemente de la intervención de alguna autoridad pública, destacan la *adoptio tabulis capulata* y la *adoptio testamento*.”¹³

La *adoptio per testamentum* o *adoptio testamentaria*, consistía en la adopción del heredero instituido en el testamento, tuvo gran difusión entre las familias más antiguas y nobles. Así los emperadores se sirvieron de esta forma para conservar su linaje a través de un sucesor. La podía realizar la mujer, ya que no transmitía la potestad, y no entraba el adoptado en la familia del adoptante, pero si obtenía derechos hereditarios semejantes a los de un hijo.

Según Bonfante es sorprendente la adopción testamentaria, que la mujer, jurídicamente incapaz de realizar una adopción por actos *inter vivos* o ejercer la patria potestad, sin embargo si podía realizar una adopción testamentaria,

¹³ Ibidem., p. 92.

que se traducían no sólo en una representación patrimonial o transmisión de la patria potestad, sino en una representación de la personalidad.¹⁴

En cuanto a la *adoptio tabulis capulata*, que se practicaba paralelamente a la típica adopción romana, de ella hacen referencia las constituciones imperiales, permitiendo su práctica a los peregrinos, pero sin darle reconocimiento jurídico dentro del sistema del *ius civile*.

Resulta interesante destacar la existencia en el derecho romano de la figura jurídica del *alumnato*, respecto de la cual, Zannoni manifiesta que “junto a la *adrogatio* y la *adoptio*, instituciones que fundamentalmente tenían en cuenta el interés del arrogante o adoptante, el *alumnato* coexistió con aquéllas como verdadera institución de protección a favor de impúberes de corta edad abandonados, mediante la alimentación y la educación. El *alumnato* se diferenciaba de la adopción en que el *alumno* tenía o podía tener su propio patrimonio y era plenamente capaz de adquirir, ya que el protector no ejercía ninguna *potestas* sobre aquél, e incluso, tampoco era sucesor o heredero, ni el pretorio le acordaba la *bonorum possessio* sobre los bienes del alumno, en caso de su fallecimiento.”¹⁵

En este sentido, la figura del *alumnato* en Roma, era una institución protectora del alumno, lo que la diferencia de plano con la *adrogatio* y la *adoptio*, las cuales se instituyeron en beneficio principalmente del adoptante. El *alumnato* era un prohijamiento de hecho.

¹⁴ Belluscio., Ob. Cit., p. 93.

¹⁵ “*Derecho Civil. Derecho de Familia*”. Tomo II, 2ª edición actualizada y ampliada., Ed. Astrea. Buenos Aires, Argentina. 1989, p. 514.

1.4 Derecho Germánico.

Para los germanos, al igual que para muchos de los pueblos de la antigüedad, la continuación de la familia era indispensable, para el cumplimiento de sus deberes religiosos, y sociales, razón por la cual, desde la antigüedad, se conocieron varias formas de prolijamiento.

Al respecto sostiene Bossert, "entre los pueblos germanos, y en el periodo histórico en que impusieron su derecho, la adopción propiamente dicha no fue reconocida, sólo instituciones, en principio análogas, tendientes a dar un sucesor a quien carecía de descendencia, principalmente para que continuase la actividad guerrera de aquél, heredando su situación social y política, sus armas y su nombre; pero no acordaba derechos hereditarios no creaba verdaderos lazos de parentesco. Con algunas variantes, las formas bajo las que aparecen dichas instituciones, son las de *adoptio in hereditatem*, *adoptio fratrem*, *donatio*, unión de hijos, etc."¹⁶ Destacando por su importancia las dos primeras.

Por lo que se refiere a la *adoptio fratrem*, Pappenheim sostiene que ésta se practicó principalmente en el antiguo derecho germánico, en donde "la parentela artificial podía ser creada, además que con el matrimonio, con otros actos, ya mediante el ingreso de un extraño en la *sippe*, en el círculo

¹⁶ Ob.Cit., p. 20.

amplio de la familia gentilicia, ya mediante la constitución de un vínculo ficticio de filiación o de hermandad; esto es, por medio de una adopción o de una fraternidad artificial, con lo cual un extraño entraba a formar parte del círculo restringido de la casa."¹⁷

Mientras que la *adoptio in hereditatem*, tenía efectos preponderantemente económicos, este tipo de adopción tenía que ser realizada con intervención del poder público y siempre que no existiese descendencia, ya que el posterior nacimiento de éstos era causa de revocación.

Sin embargo, parece ser que la desaparición de estas formas de prolijamiento tiene que ver con el hecho de ser mal vistas por la Iglesia, porque consideraba que esta ficción jurídica servía para encubrir la filiación extramatrimonial, simulando por este medio la filiación ilegítima de los hijos propios *extra matrimonium*.

La figura jurídica de la adopción se regula sistemáticamente dentro del derecho germánico hasta el año de 1794.

1.5 Derecho Medieval

Lo más importante que podemos destacar en este período histórico es la escasa regulación y el desuso en que cayó la adopción durante la Edad Media porque "perdió prestigio e interés, ya que en general le fue negado al adoptado la facultad de heredar *ab intestatio* al adoptante cuando éste tenía

¹⁷ Cit. por Otero Várela, Alfonso., Ob. Cit., p. 101.

descendientes legítimos, y la porción testamentaria que podía asignársele era muy reducida."¹⁸

1.6 Derecho Español.

Durante el medievo, cayó en desuso hasta la edad moderna, España es el único país en donde se mantuvo la regulación de la adopción, bajo el nombre de prohijamiento, aunque cabe aclarar que el uso de esta figura jurídica se vio considerablemente reducido en comparación con la aplicación que tuvo en Roma.

Aun cuando fueron poco frecuentes los prohijamientos españoles, resulta interesante su estudio por constituir un claro precedente de esta institución.

1.6.1 Breviario de Alarico.

De la época visigoda la primera referencia histórica aparece en el Breviario de Alarico, en el cual, por un lado se describe la figura romana de *la adoptio*, la cual, en el Epítome de Gayo I, 5 pr. es definida como "*naturae similitudo, ut aliquis filium habere possit, quem non generaverit*". Con esta definición se pone de manifiesto que no se da relieve al sometimiento del adoptado a la patria potestad del adoptante, que es la característica esencial de

¹⁸ Bossert, Gustavo A., Ob. Cit., p. 21.

la adopción clásica, sino que se resalta lo que ya desde tiempo atrás debía de ser el significado íntimo de la adopción: el colocar en lugar de hijo a una persona que no lo es por nacimiento. Se distingue entre la *adrogatio* y la *adoptio*, pero es evidente que se hace teniendo en cuenta la persona del adoptado y no la forma como una y otra se realizaban.”¹⁹

La adoptio produce casi los mismos efectos que en el derecho romano, ya que al adoptado se le otorga la posición de hijo y sobre él, el adoptante adquiere la patria potestad con los consiguientes efectos de hacer nacer un vínculo de parentesco con los demás miembros de la familia, como efecto del vínculo agnaticio.²⁰

En cuanto a la forma de celebración, en el Breviario no se distingue específicamente una forma distinta para la arrogación y otra para la adopción, sin embargo, tampoco puede afirmarse con seguridad que la formalidades fueran completamente iguales. Lo único cierto es que la celebración de ambas tenía lugar en la curia.

Otero Várela, sostiene que aun cuando la *adoptio*, estuvo regulada en el Breviario de Alarico, en la práctica fue inexistente, ya que, no se tiene conocimiento de un solo documento de esta naturaleza celebrado en España. “Para la época romana habíamos señalado una posible justificación de la falta

¹⁹ Otero Várela, Alfonso., Ob. Cit., p. 97.

²⁰ Ibidem., p. 98.

de noticias sobre la adopción, que no hizo posible el florecimiento entre nosotros de las formas clásicas romanas.”²¹

Por otro lado, el Breviario también dio a conocer una institución semejante a la *adoptio* romana, denominada la *adfiliatio*, que en principio fue equiparada con la adopción de origen romano, ya eran instituciones afines y producían consecuencias similares, las cuales se conservan hasta las Partidas.

1.6.2 Fuero Juzgo.

En el Libro de los Jueces o Fuero Juzgo, no se encontraba regulada expresamente como figura jurídica, pero existían dispositivos que la implicaban, ya que se establecía que en caso de que los progenitores de un hijo no llegasen a reconocerlo, éste debía permanecer con quien lo recogió, como si fuera un hijo adoptivo.

Así mismo, se determinó que a nadie le estaba permitido abandonar a un hijo, si alguien lo hacía y después lo reconocía, debía dar una recompensa o un siervo, como compensación, a quien cuidó del hijo abandonado, por todo el tiempo que lo tuvo a su cuidado. El que abandonaba a un hijo debía ser castigado con la expulsión de lugar de origen.²²

1.6.3 Fuero Real.

²¹ Ibidem., p. 99.

²² “*Fuero Juzgo*”. Ed. Real Academia Española. Madrid, España. 1815, pp. 73-74.

En el Título 22, Libro IV, del Fuero Real, aparece regulada la *perfilatio*, totalmente estructurada, pero con evidente influencia del derecho romano justiniano, la cual consiste en colocar a un extraño en el carácter de hijo, pero sin hacer surgir la patria potestad en el profijador sobre el que es recibido, que permanece en la potestad y familia de origen. y “en caso de morir sin nada el que fuese recibido por hijo, deben heredarle sus parientes y no el que lo recibió o los suyos.”²³ En consecuencia por la perfiliación no surge vínculo de parentesco entre el perfiliante y la familia del perfiliador.

Por otro lado, a la mujer se le permite adoptar con autorización del Rey, o sin ésta cuando haya perdido a un hijo en su servicio. Por su parte el hombre puede profijar siempre que tenga la edad suficiente y no tenga hijos o nietos legítimos o de soltero, a excepción del hombre de orden y los castrados, los cuales necesitaban el mandato u otorgamiento del Rey .

En relación con la edad, se prohibía que un individuo pudiera adoptar a otro de la misma o mayor que él, permitiéndose únicamente la perfiliación de personas a quién por su edad pudieran haber sido sus hijos naturales. Si se recibiere a otro hijo sin tener en cuenta estas condiciones de edad el profijamiento no valía, a no ser que haya dado su consentimiento el Rey con anterioridad o posterioridad al acto.²⁴

El nacimiento de hijos legítimos después del profijamiento, daba origen a su revocación, no así cuando hubiere hijos nacidos de relaciones

²³ Otero Várela, Alfonso., Ob. Cit., p. 122.

²⁴ Ibidem., p.123.

extramatrimoniales. “Así, quedaba el profijado sin los derechos que le correspondían en los bienes del profijador, el cual sólo podía darle lo que quisiese del quinto de que podía disponer.”²⁵

Resulta interesante destacar que el profijamiento no estuvo permitido a personas morales, solo a físicas, por lo que, los monasterios, hospicios o cualquier otra institución de asistencia o beneficencia, que quisiese adoptar debía hacerlo por medio de una persona que lo representase.

“Los efectos del recibimiento de hijo son marcadamente patrimoniales. Por el recibimiento adquiere el profijado la cuarta parte de la herencia del profijador, tanto en la sucesión testamentaria como en la legítima, correspondiendo las otras tres cuartas partes a los parientes más próximos. Solamente podía ser privado de este derecho por alguna de las causas de desheredamiento o por revocación del acto que procede al sobrevenir hijos al profijador; pero en este último caso podía darle lo que quisiera del quinto libre.”²⁶

Por otro lado, cabe mencionarse que la *perfiliatio* era considerada como un acto solemne, que podía realizarse de dos maneras: ante el Rey o ante el alcalde concejaramente.

Como disposición final, se incluye en el Fuero Real, una forma de legitimación de los hijos habidos fuera del matrimonio. “El recibimiento de

²⁵ Loc. Cit.

²⁶ Ibidem., p. 125.

estos hijos debe hacerse, según la mencionada ley, ante el Rey o ante *homes buenos* con la siguiente fórmula: *este es mi fijo que he de tal muger, e desde aqui adelante quiero que sepades que es mi fijo, e que lo recibo por fijo.*"²⁷

La forma en que se recibía a los hijos naturales era distinta que la de los hijos adoptivos, al igual que los efectos, ya que al adquirir el hijo la condición social del padre, recibía los beneficios sucesorios de los hijos legítimos.

Es importante destacar el hecho de que el profijamiento, era además una forma de legitimación de los hijos extramatrimoniales, de forma similar a la que hacía el antiguo pueblo germano, quizá por está razón fue tan mal visto por la Iglesia, porque podía dar lugar a una forma de encubrir la verdadera filiación ilegítima.

1.6.4 Las Siete Partidas.

En las Partidas la adopción era “un medio de constituirse la relación paterno-filial por el cual se coloca a un extraño en la posición de hijo, atribuyéndole derechos que varían en las especies de adopción que se admiten.”²⁸

Las Siete Partidas llamaron genéricamente profijamiento o profijamiento a las dos formas romanas de arrogación y adopción. Así se

²⁷ Ibidem., p. 126.

²⁸ Ibidem., p.130

distinguió entre arrogación y adopción; la primera era el prohijamiento de una persona que no estuviera sometida a la patria potestad de otra al momento de la adopción; mientras que la segunda tenía lugar cuando se adoptaba a un individuo que estaba bajo la patria potestad de su padre natural al momento de la adopción.²⁹

Sin embargo, ambas clases de prohijamiento no sólo eran diferentes por la persona adoptada, sino también por sus formalidades, ya que, la arrogación debía hacerse con autorización del Rey mediante consentimiento expreso del arrogante y arrogado, naciendo siempre una patria potestad de aquél sobre éste.

Mientras que la adopción, debía hacerse con la intervención del juez, ante el cual, bastaba la manifestación de voluntad del adoptante y del padre natural, y la no contradicción del adoptado, para que se originara una patria potestad del padre adoptivo en la adopción plena, que no surgía en la menos plena.

En efecto la adopción se subdividía en dos clases; la plena y la *minus* plena; según que el adoptante fuera o no ascendiente del adoptado. En la adopción plena, el adoptante adquiría la patria potestad sobre el adoptado, quién tenía el carácter de hijo natural; y en la menos plena, el adoptante no tenía la patria potestad sobre el adoptado.

Es evidente que la adopción en las Siete Partidas tenía la finalidad de dar hijos a quienes no los tenían naturalmente, para constituir una relación

²⁹ López, Gregorio. “*Las Siete Partidas*”, Ed. Real Academia de Historia. Paris, Francia. 1851, pp. 142-147.

análoga a la derivada de la generación y nuevamente vemos la ficción jurídica presente.

Podía adoptar cualquier hombre libre que no estuviera bajo la potestad de su padre, aún cuando fuera hábil para la generación, siempre que tuviera dieciocho años mas del que va a tomar en adopción. En este caso y a diferencia de lo reglamentado en el Fuero Real, era posible la adopción aún cuando existieran otros hijos naturales.

Respecto a la mujer, ésta al carecer de capacidad para adquirir la patria potestad, no podía ser adoptante, sin embargo, podía hacerlo por otorgamiento del Rey en caso de haber perdido algún hijo en su servicio o en el servicio del consejo.

Otero Várela, refiere que “de carácter relativo eran las prohibiciones que pesaban sobre el que quisiera adoptar a otro al que no excediera en dieciocho años, y sobre los tutores, los cuales no pueden adoptar al pupilo hasta que éste haya cumplido veinticinco años y concluya la guarda, y aún en este caso sólo puede ser adoptado con otorgamiento del Rey, para evitar el daño que de este prohijamiento podía derivarse.”³⁰

Carecían de capacidad para ser adoptadas, las personas que no cumplían los requisitos de edad respecto al adoptante, los pupilos, los esclavos y los libertos, porque éstos estaban condenados, aún cuando se les diera la libertad al servicio del señor, a obedecerle y ser su criado; por lo tanto, el criado no

³⁰ Ob. Cit., p. 133.

podía ser hijo de quién fue su amo. Si el señor adoptaba a su siervo, también quedaba reducido a la servidumbre.

En relación con la arrogación, no podían ser arrogados, los menores de siete años, al ser incapaces para manifestar su consentimiento validamente. Por el contrario, los mayores de siete años y menores de catorce, podían ser arrogados con consentimiento del Rey, para evitar que los menores fueran defraudados por su corta edad, además cumpliendo determinados requisitos, tales como: “El Rey, antes de autorizar la arrogación, debía ordenar una información sobre determinados extremos para averiguar si la adopción era o no conveniente al impúber; así debían examinarse las condiciones, fortuna, moralidad, existencia de hijos o posibilidad de tenerlos, e intención del arrogante, además de la cuantía de la fortuna del menor y cuantos otros datos pudieran obtenerse para determinar si el acto era o no favorable al que se pretendía arrogar y evitarle así cualquier perjuicio.”³¹

En este sentido, en caso de que la información resultase favorable al arrogante, éste debía otorgar una fianza en beneficio de los sucesores del arrogado, a fin de garantizar que la sucesión testamentaria o intestamentaria había de cumplirse en el caso de que el arrogado falleciese antes de llegar a la pubertad, sin que fuera obstáculo la arrogación realizada. Por su parte, el arrogante tenía la obligación de elaborar un documento público en el cual se hiciera constar su obligación de restituir los bienes del arrogado, a los que por derecho les perteneciera, en caso de que éste muriera antes de los catorce años.

³¹ Ibidem., p. 134.

En cuanto a los efectos, existían diferencias en los distintos tipos de prohijamiento regulados por las Partidas, la arrogación, tenía como consecuencia el nacimiento de una patria potestad del arrogante sobre el arrogado, sus hijos cuando los hubiera y sus bienes. Es decir, la arrogación “origina para el arrogado una *capitis deminutio*, convirtiéndole de *sui iuris* que era, en *alieni iuris*, y produce los efectos que lleva consigo la condición de hijo,”³² tales como el derechos de suceder por vía testamentaria o intestada al padre arrogante.

Por otro lado, en el supuesto de que se emancipara o se desheredara sin justa causa al arrogado, el arrogante tenía la obligación de restituir todos los bienes que por la arrogación hubiera recibido, con todas las ganancias - excepto el usufructo devengado como administrador-, y a darle la cuarta parte de sus bienes al arrogado.

En lo que respecta a los efectos de la adopción, estos se distinguían según se tratase de la plena o la menos plena.

La plena, tenía como consecuencia la extinción de la patria potestad del padre natural y el nacimiento de esta facultad sobre el padre adoptivo. “En virtud de esta adopción, el adoptado perdía todos los derechos que como hijo tenía en la familia natural para adquirir iguales derechos en el seno de la familia adoptiva.”³³ Por lo tanto, el adoptado tenía derecho de concurrir a la sucesión testamentaria e intestamentaria del adoptante, en virtud de que esta

³² Ibidem., p. 135.

³³ Ibidem., p. 136.

adopción era realizada por un ascendiente, por lo tanto el derecho a heredar nacía por dos razones: Una por el derecho que derivaba de la adopción, es decir el parentesco legal y otra, por el parentesco natural que había entre adoptante y adoptado.

En caso de que el adoptado fuese emancipado por su ascendiente, quedando fuera de la familia natural por virtud de la adopción y de la civil por la emancipación, se disponía que debía regresar a la familia del padre natural.

Por el contrario, la adopción menos plena, produjo efectos mucho más limitados, ya que no transmitía la patria potestad, y esta seguía siendo ejercida por el padre natural, por lo que, el adoptado sólo tenía derecho a heredar del adoptante *ab intestato*, en todos sus bienes siempre que no existieran más descendientes, y en caso de que los hubiese concurría a la sucesión legítima en una porción igual a ellos.

Vale la pena destacar que en Las Partidas, tanto adopción como arrogación daban origen a un parentesco que era impedimento para contraer matrimonio. “Así, no se podían casar adoptante y adoptada, o bien la adoptante con el adoptado, ni el adoptado con los otros hijos del adoptante, aunque podían hacerlo los adoptados entre si en caso de que fueran varios. El impedimento entre adoptante y adoptada o la adoptante y adoptado subsiste siempre, mientras que el que se origina entre el adoptado y los hijos del adoptante desaparece por la emancipación del adoptado; dura tanto cuanto dure la adopción.”³⁴

³⁴ Ibidem., p. 137.

1.6.5 Novísima Recopilación.

En materia de adopción, tanto la Nueva Compilación de 1567, como la Novísima Recopilación de 1805, toman la forma de regulación de estas figuras en Las Siete Partidas, y sólo se introducen algunas variantes a saber.

Se admite la clasificación del prohijamiento en arrogación y adopción, sin embargo, modifican la forma de realizar dichos actos y se dispone que en la República la adopción debe realizarse por el Presidente respecto de los vecinos del Distrito y Territorios, y respecto de los Estados por sus gobernadores, que son los que ejercen el supremo poder ejecutivo, ya que la adopción no envolvía ningún acto legislativo ni judicial.³⁵

Se sigue considerando al mayor de catorce años capaz de otorgar su consentimiento para la arrogación, y se exigen los mismos requisitos que debe cubrir el arrogante; como son la fama, las buenas costumbres, solvencia económica, y la existencia o inexistencia de parentesco.

Los hombres podían adoptar a cualquier persona que se encontrara fuera de la potestad de su padre, siempre que existiera entre ellos una diferencia de dieciocho años de edad. Las mujeres, sólo podían adoptar cuando hubiesen perdido a un hijo en batalla, en servicio público, en cualquier otro caso estaba expresamente prohibido.

³⁵ Dublan D. Manuel y D. Luis Méndez. *“La Novísima Recopilación”*. Edición corregida y Aumentada, México, 1870, pp. 147-150.

Por último, tanto la arrogación como la adopción plena daban origen a la patria potestad, que tenía el adoptante respecto del adoptado, la que no se originaba en la adopción menos plena.

1.7 Derecho Francés

Como consecuencia, de la gran trascendencia que se atribuyó en la época moderna a los vínculos consanguíneos, y el hecho de haber dejado de ser mal visto, el morir sin dejar descendencia* , la adopción dejó de tener importancia, aún cuando se siguió regulando en los códigos civiles contemporáneos, de manera análoga a la filiación natural, pero estableciendo vínculos jurídicos mucho más débiles que los producidos por la sangre, ya que su función se redujo a ser el medio legal para que quién carecía de descendencia pudiera tenerla ficticiamente.

1.7.1 Código Napoleón.

La regulación en el derecho napoleónico es de especial importancia para este trabajo, en vista de que constituye clara influencia en el Código Civil para el Distrito Federal, que comentaremos más adelante.

* Resulta interesante destacar que "dentro del sistema romano era de tal trascendencia la institución de heredero que se llegó a considerar heredero forzoso al esclavo, quien no podía rehusar la herencia, y además se generalizó la sustitución de heredero para el caso de que el primer heredero instituido no quisiera ó no pudiera heredar". Baqueiro Rojas, Edgard y Rosalía Buenrostro Báez. *"Derecho de Familia y Sucesiones"*, Ed. Harla, S.A., México. 1990, p. 300.

Es durante la Revolución francesa, cuando la adopción se pone de manifiesto, en los redactores del Código Napoleón para introducir esta institución, con apoyo del Consejo del Estado y por interés del primer cónsul, quién a través de ésta, pretendía asegurar la dinastía imperial.

La comisión redactora originalmente proponía una forma de adopción semejante a la *adoptio plena*, de la última etapa evolutiva del derecho romano. En su contra aparece la opinión del primer cónsul y la de Cambaceres; y así el Consejo de Estado modificó radicalmente dicho proyecto, puesto que introdujo una adopción parecida a la *adoptio minus plena*, limitando sus efectos e introduciendo en ella un derecho a alimentos entre adoptante y adoptado, dando lugar a la vocación hereditaria entre quién adopta y quién es adoptado pero dejando subsistente el vínculo de parentesco natural.

El Código Napoleón reglamentó tres tipos de adopción: la ordinaria, la remuneradora, y la testamentaria.

En general se reglamentó la adopción ordinaria de manera específica y con grandes restricciones, ya que, se requería cincuenta años para el adoptante, tener quince años más que el adoptado y haberlo atendido durante su minoridad por un término no menor de seis años, tratando con ello de que pudiera uno u otro arrepentirse posteriormente; también tenía carácter contractual, ya que resultaba de un acuerdo de voluntades entre adoptante y adoptado, que debía otorgarse ante un Juez de Paz, y después ante el Tribunal Civil debía oírse a los interesados y al Ministerio Público, además el contrato

debía ser revisado por el Tribunal de Apelación, quien ordenaba la transcripción de la sentencia ante el Registro Civil.

Se admite la adopción remuneratoria, sometida a las mismas formalidades que la ordinaria, la cual, podía tener lugar cuando el adoptando había salvado la vida al adoptante; en un combate, incendio o naufragio y siempre que se cumplieran las siguientes condiciones: que el adoptante fuera mayor de edad, que tuviera mayor edad que el adoptado; que no tuviera hijos ni descendientes legítimos y que, de estar casado consintiera en ello su cónyuge.

La adopción testamentaria, sólo podía tener lugar después del ejercicio de la tutela oficiosa, que era una institución de beneficencia por la cual una persona se hacía cargo de un menor de menos de quince años a efecto de alimentarlo, educarlo e instruirlo en un oficio y se establecía para el caso de que el tutor falleciere antes de la mayoría de edad del pupilo y lo hubiere cuidado cuando menos por cinco años.³⁶

Por las estrictas formalidades complicadas, onerosas, y efectos restringidos que se le atribuían a la adopción en este cuerpo legal, es por lo que se afirmaba que la misma más que una filiación, era un medio para transmitir el apellido y la fortuna, lo que hicieron decaer su práctica en aquella época.³⁷

³⁶ Baqueiro Rojas, Edgard. *La Adopción: Necesidad de Actualizar la Institución en Nuestro País*. En "Jurídica". Anuario de la Escuela de Derecho de la Universidad Iberoamericana. Tomo II, No. 2, Julio 1970, México, p. 28.

³⁷ Lloveras, Nora. *La Adopción*, Ed. Depalma., Buenos Aires, Argentina. 1994, p. 92.

Tanto, en la introducción de esta institución en el Código Civil Francés, como en la forma en que ésta se reguló, tuvo una notable influencia Napoleón Bonaparte, quien, según Bossert, "pretendía llevar la adopción a tal extremo, que no quedasen diferencias entre un hijo natural y uno adoptivo; lo movía para ello, indudablemente, su inquietud de no haber obtenido descendencia legítima en su matrimonio con Josefina de Beauharnais; y si bien, no prosperó esta pretensión en toda su magnitud, fue estructurada la institución de tal manera, que pudo dar base a la futura legislación en los países que recibieron la influencia de la legislación civil francesa,"³⁸ como lo son varias de las legislaciones latinoamericanas y europeas .

Resulta interesante comentar, que la adopción tal como se reguló en el Código Napoleón, resultó un fracaso, ya que al permitirse sólo de mayores, dejaba al margen precisamente a los menores, quiénes necesitaban más de una protección, y cuyo bienestar las legislaciones modernas consideran el objetivo primordial.

1.7.2 Derecho Francés Moderno.

Coincide la doctrina francesa en el sentido de que la adopción regulada en el Código Napoleón tuvo poca aplicación, sin embargo los defectos de esta legislación se hicieron más notorios después de la Primera Guerra Mundial (1914-1918). Así "los huérfanos de guerra eran numerosos y muchos los hogares en que los padres fueron muertos por el enemigo, entonces pareció a muchos como un medio de reparar parcialmente estas desgracias; pero era

³⁸ Ob. Cit., p. 23.

necesario que la adopción de menores fuera posible y que las condiciones y formalidades de la misma se simplificaran. De ahí nació la nueva legislación de adopción.”³⁹

Con las reformas establecidas después del Código Civil, en el año de 1923, como consecuencia de la Primera Guerra Mundial que dejó miles de huérfanos en el continente europeo, el mismo "fue totalmente reformado en materia de adopción por la ley del 19 de junio de 1923 que reemplazó el contenido napoleónico de los artículos 343 a 370, constitutivos del título VIII del libro I. El legislador se propuso ampliar el dominio y aplicación de la adopción, autorizando la adopción de los menores y simplificando el mecanismo de la institución",⁴⁰ con el objeto de fomentar su utilización para remediar el hueco que dejaba la pérdida, ya sea por muerte de los padres o extravío de los menores, en los movimientos migratorios a consecuencia del conflicto bélico, que constituyó un verdadero problema social de urgente solución.

Con el contenido del artículo 346 que eliminó los requisitos de la edad del adoptado se dejó abierta la posibilidad para la adopción de menores, que antes de las reformas en el Código Civil se exigía con excepción de la tutela oficiosa y la adopción testamentaria que el adoptado fuera mayor.

³⁹ Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, Tomo. II La Familia, Traducción Leonel Pereznieta Castro, Ed. Harla, México, 1997, p. 787.

⁴⁰ Bonnecase, Julien. *Elementos de Derecho Civil. Nociones Preliminares, Personas, Familia, Bienes.* Tomo I, Traducción José M^o Cajica Jr., Ed. Cárdenas., Tijuana, Baja California, México. 1985, p. 261.

Siguiendo la reseña de Bonnacase⁴¹, podemos afirmar que en dichas reformas se contemplaron condiciones prejudiciales, que se traducen en la existencia de justos motivos y ventajas para el adoptado, y en el antiguo artículo 355 del Código Civil sólo se mencionaba la "buena reputación" del adoptante.

En cuanto a la edad, las reformas de referencia, disponían en su artículo 344 una edad disminuida para el adoptante de 40 años en lugar de 50 que exigía el artículo 343 del Código Civil, lo cual significaba casi que la adopción era una institución para ancianos y el mismo mínimo de 15 años de edad entre adoptante y adoptado, y no se contemplaba restricción alguna en relación a la edad del adoptado, abriendo así la posibilidad a la adopción de menores, ya que según el antiguo Código Civil en su artículo .346, el adoptado debía ser mayor.

En relación al consentimiento, en primer lugar por parte del adoptante, éste presenta la particularidad de que sólo se exigía al momento de ser recibida la solicitud por el notario o Juez de Paz, y si con posterioridad moría el adoptante habiendo ya presentado la solicitud, continuaba el procedimiento, dejando a salvo los derechos de los herederos del adoptante.

Por lo que respecta al consentimiento del adoptado, el antiguo Código Civil exigía siempre el consentimiento de éste, porque sólo contemplaba la adopción de mayores, y con las reformas, cuando el adoptado era mayor o menor pero mayor de dieciséis años lo otorgaba el mismo, y tratándose de un menor de dieciséis años, el consentimiento lo otorgaba su representante, quien

⁴¹ Ob. Cit., pp. 261-263.

ANEXO NO.12

LITOGRAFIA RAUL, S.A. DE C.V.
ESTADO DE RESULTADOS EL 1 DE ENERO DE 1998 AL 31 DE DICIEMBRE DE 1998

VENTAS NETAS	\$ 48,680,697
COSTO DE VENTA	<u>\$ (32,613,525)</u>
UTILIDAD BRUTA	\$ 16,067,172
GASTOS DE OPERACION - GASTOS DE VENTA Y DE ADMINISTRACION	<u>\$ (4,411,967)</u>
UTILIDAD DE OPERACION	\$ 11,655,205
PRODUCTOS Y GASTOS FINANCIEROS NETOS	\$ (1,061,062)
OTROS INGRESOS	<u>\$ 3,881</u>
UTILIDAD ANTES DE I.S.R. Y P.T.U	\$ 10,598,024
I.S.R.	\$ (2,459,472)
P.T.U.	<u>\$ (1,357,673)</u>
	\$ (3,817,145)
UTILIDAD DEL EJERCICIO	<u><u>\$ 6,780,879</u></u>

debía aceptar la adopción por el menor. Representaban al menor para la prestación del consentimiento, los padres, si ambos vivían y lo habían reconocido, o quien lo hubiese reconocido, y si estaban separados o divorciados lo otorgaba únicamente quien tenía la guarda, al igual que si hubiese muerto uno de ellos.

En cuanto al consentimiento del cónyuge, antes de las reformas sólo se preveía el del cónyuge del adoptante, y después de las reformas también se contempló el del cónyuge del adoptado, con excepción de que estuviese imposibilitado para otorgarlo o existiese separación de cuerpos.

En relación al consentimiento del adoptante, en caso de muerte de éste el consentimiento lo otorgaba el cónyuge supérstite, en caso de divorcio o separación de cuerpos lo otorgaba quien tuviera la custodia; en caso de imposibilidad de uno de los cónyuges era suficiente el consentimiento del capaz.

Esta legislación contemplaba la innovación del consentimiento del consejo de familia, que interviene: "a).- Cuando el adoptado menor, hijo legítimo o natural reconocido es huérfano de padre y madre y cuando éstos están imposibilitados para manifestar su voluntad; b).- Cuando el adoptado menor es hijo natural no reconocido, art. 350. Bajo el imperio del código civil, el consejo de familia ninguna intervención tenía por la fuerza misma de las cosas; por ello el código civil no se refería a él."⁴²

⁴² Ibidem., p. 262.

También contemplaba la ausencia de hijos o descendientes en el adoptante en la época de la adopción, y ausencia de adopción anterior en favor del adoptado, prohibiendo la adopción acumulativa, salvo por parte de los cónyuges.

Suprime algunas condiciones contempladas en el Código Napoleón como el requisito de que el adoptante hubiese cuidado al adoptado en su minoridad, o por lo menos durante seis años, al abrir la posibilidad de adopción de menores, y el requisito de la nacionalidad francesa del adoptante y del adoptado.

En cuanto a los requisitos de forma, en primer lugar, relativos al consentimiento por parte del adoptante y del adoptado, este último se suple por su representante si es menor de dieciséis años y con las reformas que comentamos éstos pueden manifestar su consentimiento no sólo ante el Juez de Paz del domicilio del adoptante o de la residencia de los ascendientes o ante notario, y que pueden ser suplidos por el funcionario de la intendencia o comisariado, y en el extranjero ante los agentes diplomáticos o consulares franceses. Se trata de un acto jurídico solemne, y el consentimiento de los padres se otorga en el mismo acto o por separado.

En el derecho reformado se contempla el consentimiento del consejo de familia que deberá darse en sus deliberaciones, en cuanto a la intervención de la autoridad judicial, el acto de adopción deberá ser homologado ante las autoridades judiciales del domicilio del adoptante, la sentencia debe ser publicada, y conforme a los artículos 366 y 367 deberán transcribirse los

puntos resolutive de la sentencia en los registros del estado civil del adoptado, por medio de anotaciones marginales en su acta de nacimiento.

Con todo esto podemos observar una clara mejoría en cuanto a su regulación, que tuvo amplias repercusiones en diversas legislaciones, tanto europeas como americanas que han recibido una clara influencia del derecho francés.

En los años 1957, 1958, 1960, y 1963 se dieron reformas en materia de adopción cuya finalidad fue solucionar los conflictos derivados de la adopción, en especial lo relativo a las controversias entre los adoptantes y los padres biológicos del adoptado.

Sin embargo fue hasta el año de 1966 en que se modificó globalmente la regulación de la adopción en el Código Civil francés y en donde el interés del menor fue el objetivo principal. “Por esta ley se admiten dos clases de adopción, plena y simple, siendo la plena la que sustituye a la anterior legitimación adoptiva, y se autoriza en la nueva normativa la adopción plena por personas solteras.”⁴³

Esta ley a su vez fue reformada en el año de 1976, en donde de modo expreso se permitió la adopción aún cuando existiesen descendientes del adoptante, destacando nuevamente como objetivo primordial de esta figura jurídica el amparo y protección del menor .

⁴³ Lloveras, Nora., Ob. Cit., p. 94.

En cuanto al derecho francés actual, en el capítulo de la adopción en el derecho comparado, habré de analizar las principales innovaciones que ofrece el derecho francés después de las reformas del 9 de enero de 1993, que resultan de especial importancia, ya que la legislación francesa en la actualidad se encuentra a la vanguardia en lo que se refiere a la protección de menores y resulta interesante en cuanto nos permite observar y extraer experiencias y conclusiones válidas que pueden ser aplicables a su regulación en nuestro país en futuras reformas.

1.8 Derecho Mexicano

Respecto de la evolución que ha tenido la figura jurídica de la adopción, en nuestro derecho, cabe decir en primer término que por lo que se refiere al derecho indígena anterior a la Conquista es realmente muy poco lo que se conoce, “debido fundamentalmente a tres factores: a su carácter de sistema jurídico consuetudinario, lo cual, hace si no se pone por escrito, que el mismo tienda a perderse con el paso del tiempo; la destrucción de la mayor parte de fuentes de conocimiento y demás testimonios originales, precisamente en la Conquista; y porque, a medida que avanzó la dominación española en nuestra patria, los indios se vieron en la necesidad de ir abandonando sus costumbres para adoptar las europeas, que si bien aquéllas no las perdieron totalmente - aún hoy en día persisten algunas- la mayor parte sí se abandonó. Por todo ello

es difícil conocer el derecho indígena anterior a la Conquista, lo que sabemos es mínimo, y esto es una pena para nosotros.”⁴⁴

Sin embargo, haremos unas breves referencias en lo relativo al derecho azteca que por ser una de las culturas más desarrolladas en la zona del altiplano central, es de las que se cuenta con mayores vestigios.

1.8.1 Derecho Azteca.

Al respecto Gayosso y Navarrete menciona que "de los trabajos historiográficos resulta claramente que el derecho azteca estructuró instituciones y conceptos como el parentesco, la familia, el matrimonio, la filiación, y aún otros tan exclusivos y peculiares como la mancería; todo ello regulado en armonía con la estratificación social y la concepción religiosa, política y económica del pueblo."⁴⁵

Además de la línea de parentesco habían otras condiciones que podían hacer llegar a la elección de sucesor. Según Torquemada, "aunque los reinos y señoríos entre los indios de la Nueva España venían a heredar por línea recta y sucesión de padres a hijos, con todo eso, para saber el hijo que había de heredar tenían muchos respetos. Lo primero se miraba si el señor que moría

⁴⁴ Soberanes Fernández, José Luis. *Historia del Derecho Mexicano*, 4ª edición, Ed. Porrúa, S.A. México, D.F. 1996, p. 29.

⁴⁵ "Causas que determinan la ausencia de la adopción en el Derecho Azteca" En Boletín Informativo N° 20-I, Enero-Junio, 1987, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana, Jalapa Veracruz, México, p. 118.

tenía hijo procedente de alguna de las tres casas reales (México, Tezcucó y Tlacupán) conforme era el señorío y reino donde se hacía la elección y nombramiento. En el Tezcucó se miraba si había hijo de alguna señora mexicana, como si dijéramos infante de aquél reino o yerno infante de dicha casa, y en las provincias sujetas a Tezcucó, si había de la misma casa y de aquél señor, aunque hubiese otros primeros hijos habidos en otras mujeres. Además de ésta tenían respeto entre los hijos, viendo que el primero no era tan idóneo, para elegir a sólo aquél que entre los demás se había aventajado en las guerras y había sido más animoso, y había emprendido peligros grandes, y vencido batallas y contiendas inciertas y peligrosas a éste elegían."⁴⁶

De esto podemos deducir que la sucesión hereditaria se daba de padres a hijos en línea recta, que el hijo pudiendo ser de cualquiera de las casas reales, lo que ampliaba mucho la posibilidad sucesoria, y no existió un orden de prelación para adquirir por herencia respecto a los hijos aunque fuesen de la misma mujer, porque lo que predominaba para determinar sucesor eran las cualidades o el haberse destacado en actividades guerreras para tener vocación hereditaria, el matrimonio tenía vinculación a intereses políticos.

"En el linaje reinante de Tenochtitlán durante el período de su preponderancia imperial predominan los casamientos dentro del mismo linaje. Esto parece guardar relación con el sistema colateral cuando un señor se casa con la hija de su antecesor. Sin embargo, cuando predomina la sucesión lineal de padre a hijo no se practica el matrimonio con una agnada, es decir mujer del mismo linaje, sino que se establece una alianza

⁴⁶ Cit. por Gayosso y Navarrete, Mercedes., Ob. Cit., pp. 134-135.

con una princesa de otro señorío de rango igual o superior, es claro que hasta donde alcanzan los datos tenía mayor importancia la conexión (sic) por vía de varón pero también tenían derechos por la ascendencia materna."⁴⁷

De tal manera que siendo la adopción una institución que tenía por objeto el obtener un sucesor *mortis causa*, no sólo en el ámbito patrimonial, sino en la continuación -como en el derecho romano- del culto doméstico, principalmente como una política dinástica de conservación de la familia gobernante o del clan, "en el Derecho Azteca no se hizo necesaria ya que la vía de sucesión *mortis causa* con los mismos efectos es más amplia, incluye a los colaterales, y fundamentalmente porque resultó fácil encontrar sucesor varón a través de dos instituciones: la poligamia y la mancebía."⁴⁸

1.8.2 Derecho Colonial

México ingresó al mundo occidental con la conquista y dominación española, "proceso de asimilación que va a cuajar durante los 300 años que duró el coloniaje para lograr consolidar finalmente la incorporación a la cultura occidental".⁴⁹

En consecuencia se impuso por los conquistadores el sistema romano canónico, y paralelamente se elaboró un ordenamiento legal propio para las

⁴⁷ Ibidem., pp.135-136.

⁴⁸ Loc. Cit.

⁴⁹ Soberanes Fernández, José Luis., Ob. Cit., p. 35.

tierras conquistadas, denominadas Leyes de Indias, es decir el derecho indiano coexistió con el derecho castellano, “uno como norma general y otro como norma especial; de tal manera que el régimen jurídico castellano resulta indispensable para conocer nuestro derecho colonial y su posterior influencia en el derecho de la época independiente.”⁵⁰

Durante la época de la colonia, la conquista española se vio ayudada por la iglesia como grupo de poder, quien se encargó de la evangelización de los indígenas, facilitando su dominio, por lo que en consecuencia ésta les impuso la monogamia como única forma de fundar una familia y el modelo monoteísta católico.

De tal manera que a los naturales, al imponérseles el matrimonio monogámico, y la religión católica, se vio modificado el esquema tradicional de la familia prehispánica en el que se conocieron prácticas poligámicas que a partir de la evangelización se les hizo saber que era necesario contraer matrimonio en la iglesia católica y abandonar estas prácticas, lo que trajo como consecuencia que todos aquellos que tenían dos o más mujeres con hijos deberían de escoger solo una y consecuentemente abandonar a las demás, que al ser también solteras podían contraer matrimonio con quien desearan, lo cual origino un sin número de abandono de menores.

Este hecho dio lugar a la necesidad de fundar innumerables instituciones de beneficencia en donde se daba alojamiento a los niños huérfanos y

⁵⁰ Ibidem., pp. 35-36.

expósitos. La forma en que funcionaron estas instituciones se encontraba regulada por las Leyes de Indias.

José María Álvarez refiere que los expósitos eran aquéllos niños que eran abandonados por sus padres o por otras personas a las puertas de las iglesias, de las casas y otros parajes públicos. Estos podían ser adoptados o prohijados por cualquier persona con tal de que fuera decente y honesta y de quien se pudiera esperar les diera buena educación y destino.

Continua exponiendo el autor que “no es pues impedimento, el que el adoptante no sea capaz de engendrar, ni se pone reparo en que sea hombre o mujer, casado o soltero; y como en ella no se tiene más objeto que el bien de la humanidad, no se exigen solemnidades algunas. Basta para hacerla que el vecino a cuyas puertas fuera expuesta alguna criatura, lo manifieste al párroco de donde sean feligreses, expresando que quiere quedarse con ella para criarla por caridad, y el mismo párroco debe darle la licencia por escrito, siendo el tal vecino persona de buenas costumbres y de familia honesta, y teniendo algunas facultades por las cuales se haga juicio que el expósito será bien educado (Real Cédula del 11 de Diciembre de 1790) el expósito que se quiere adoptar fuere sacado de alguna de las casas de caridad, la licencia deberá de ser dada por el rector o administrador de ella (Real Cédula del 2 de Junio de 1788).”⁵¹

Por otro lado, resulta interesante mencionar la referencia que hace Sahagún, en el sentido de que en la época colonial existían entre los indígenas

⁵¹ Álvarez, José María. “*Instituciones de Derecho Real de Castilla y de las Indias.*” Ed. Universidad Autónoma de México, México, 1984, pp. 161-170.

los entenados; así, “entenido o entenada, o ondado o ondada, es aquel que le faltó su padre o su madre, y que está en poder de su padrastro o madrastra. El buen entenido o entenada, es humilde, recogido, tiene acatamiento, y reverencia; el entenido travieso y bellaco es atrevido y presuntuoso, hace del grave cuando le mandan, o achacasejes, murmurador o detraedor, a todos menosprecia y tiene en poco.”⁵²

De esta manera era como estaba regulado el prohijamiento o adopción durante la época colonial, haciendo hincapié en que durante este tiempo también resultaban aplicables las leyes españolas tales como la novísima recopilación y las siete partidas que en su oportunidad se analizaron.

1.8.3 Código Civil de Oaxaca de 1828-1829.

El Código Civil para el Gobierno y Estado Libre de Oaxaca que tuvo vigencia de 1828 a 1829⁵³, reguló ésta figura jurídica, con la particularidad de que en el mismo cuerpo legal se incluían las normas adjetivas.

En cuanto a las normas sustantivas establecía que la adopción se encontraba permitida para cualquier hombre o mujer que tuviera mas de cincuenta años de edad, sin descendientes legítimos al momento de adoptar, y que por lo menos tuvieran quince años más que los adoptados.

⁵² Sahagún, Fray Bernardino de. *Historia General de las Cosas de Nueva España*, 8ª edición, Ed. Porrúa, S.A., México, 1992, p. 549.

⁵³ Ortiz Urquidí, Raúl. *Oaxaca, cuna de la codificación Iberoamericana*, 1ª edición, Ed. Porrúa, S.A., México, 1973, pp. 145-147.

Por otro lado podía ser adoptado cualquier individuo a quién en su minoría de edad y por seis años cuando menos, se le hubieran dado auxilios no interrumpidos, o bien, quien le hubiese salvado la vida al adoptante en un combate o sacándole de las llamas; en este último caso, bastaba que el adoptante fuera mayor que el adoptado, que no tuviera descendientes legítimos, y si era casado que su cónyuge consintiera.

Por medio de la adopción se confería derecho al adoptado a llevar el apellido del adoptante, así como daba origen a la obligación alimentaria reciproca entre adoptante y adoptado, sin embargo, el adoptado conservaba esta misma obligación para con su familia natural, con quien no perdía ningún derecho o deber.

En cuanto al Derecho Sucesorio el adoptado no tenía derecho para suceder sobre los bienes de los parientes del adoptante, pero si sobre los del mismo en la misma proporción de un hijo de matrimonio, aún cuando el adoptante tuviera otros descendientes.

En el caso que el adoptado falleciere sin descendientes legítimos las cosas que le fueron dadas por el adoptante o los herederos de este y que existiesen en la misma especie al momento de su muerte volverían al adoptante o a sus descendientes y el resto de sus bienes los sucederá sus parientes naturales.

En cuanto al procedimiento se establecía que la persona que quería adoptar y el presunto adoptado se debían presentar al alcalde del domicilio del

adoptante a hacer la solicitud y a entregar la declaración del consentimiento del adoptado por escrito, esta solicitud permanecía fijada por un mes en la alcaldía, y concluido este término, el alcalde certificaba al calce del documento el haberse hecho la fijación los remitía al juez de primera instancia del domicilio del adoptante para que se iniciaran las diligencias de adopción.

Una vez que llegaba este documento al Juez, éste tenía obligación de averiguar si concurrían todos los requisitos de ley para la adopción, y si el adoptante gozaba de buena reputación, hecho lo anterior, sin mas formalidad se pronunciaba la sentencia concediendo o negando la adopción.

Se concedía a los herederos del adoptante acción para oponerse a la adopción mediante la presentación de sus observaciones y documentos ante el juez del conocimiento.

1.8.4 Leyes de Reforma

En los primeros años de la vida independiente de México se aplicaban innumerables leyes provenientes de España, lo que provocó una confusión legal que agravó de modo extraordinario la legislación de las Indias. Las disposiciones que se dictaron para la época de la Colonia no guardaban congruencia, e incluso algunas leyes se contradecían completamente convirtiendo el régimen jurídico de aquella época en un verdadero caos.

Fueron las Leyes de Reforma dictadas por Don Benito Juárez las que pretendían subsanar radicalmente todas estas deficiencias, a fin de que todos

los ciudadanos sin distinción de clases sociales disfrutaran de los derechos y garantías que fueran compatibles con el buen orden de la sociedad.

Subsisten las casas de beneficencia que albergaban a los niños expósitos en donde se podían estos adoptar, con fundamento en lo establecido por la ley del 10 de agosto de 1857, que textualmente determinaba “Que no existiendo bajeza en los oficios que se permiten ejercer en la República, ninguno impedirá, la adopción; y que no siendo el capellán de expósitos árbitro, sino dependiente de la Beneficencia Pública encargada del Ayuntamiento de México, el que quiera prohijar algún huérfano del mismo establecimiento, deberá entenderse con la comisión municipal respectiva, y efectuar la adopción ante el Juez en los términos ya indicados”⁵⁴.

Otra de las consecuencias de la expedición de las Leyes de Reforma fue la separación del estado y la iglesia y como consecuencia la creación del Registro Civil, con lo cual se le quito al clero la exclusividad en la función de registro en los principales actos de la vida de la población.

Al respecto son de destacarse los artículos primero y cuarto de la ley de 28 de julio de 1859 ⁵⁵ que textualmente disponen:

“Art. 1o.- Se establecen en toda la República funcionarios que se llamarán Jueces del Estado Civil, y que tendrán a su cargo la averiguación y

⁵⁴ Gutiérrez Flores Alatorre, Blas José. “*Código de la Reforma*”. Publicaciones desde el año 1855 al de 1870. Formada y anotada . Tomo II. Parte III, México, p. 61.

⁵⁵ “*Boletín de las Leyes del Supremo Gobierno de la Unión*”, Ed. Tipografía del Gobierno a cargo de Antonio de P. González ., Guadalajara, México, 1860, p. 249.

modo de hacer constar el estado civil de todos los mexicanos y extranjeros residentes en el territorio nacional, por cuanto concierne a su nacimiento, adopción, arrogación, reconocimiento, matrimonio y fallecimiento”.

“Art. 4o.- Los jueces del estado civil llevarán por duplicado tres libros que se denominarán: Registro Civil, y se dividirán en 1.- Actas de nacimiento, adopción, reconocimiento y arrogación. 2.- Actas de matrimonio 3.- Actas de fallecimiento. En uno de estos libros se asentarán las actas originales de cada ramo, y en el otro se irán haciendo copias del mismo”.

De lo anterior podemos concluir que el único cambio importante que se introdujo en las Leyes de Reforma en lo relativo a la adopción, fue en cuanto a las autoridades ante las que se debía celebrar el acto para que tuviera la validez oficial necesaria.

1.8.5 Proyecto de Código Civil de Justo Sierra

El proyecto de Código Civil Mexicano realizado por orden del Supremo Gobierno por el Dr. Justo Sierra no contempló la adopción, únicamente se limitó a determinar los requisitos para que un menor fuera considerado hijo legítimo o natural.

Se estableció que la filiación legítima se probaba con la partida del nacimiento o en su defecto por la posesión constante de estado de hijo legítimo, en la cual debían transcurrir determinadas circunstancias tales como

el uso constante del apellido del padre con su aprobación y el trato que como hijo haya recibido del presunto padre, de su familia y de la sociedad.

Los hijos naturales únicamente podían ser legitimados por el subsiguiente matrimonio de sus padres, los que desde ese momento se consideraban hijos legítimos con todos los derechos que esta calidad les otorgaba.

1.8.6 Código Civil de 1870.

En el Código Civil de 1870, no encontramos disposición alguna en relación a la adopción, ya que solo reconoce como formas de parentesco la consanguinidad y afinidad.

En este sentido en sus comentarios respecto al Código Civil de 1870, el profesor Baqueiro Rojas señala: "Es de hacerse notar que en el código se suprime la institución de la adopción como forma de integrar el parentesco, concretándose al matrimonio y a la filiación las fuentes de la relación familiar.

No obstante que en el modelo de código francés que por confesión propia de la comisión se tomó en cuenta y que desde la Revolución Francesa había sido restablecida, se prefirió suprimirla por las razones siguientes:

El derecho de adoptar se apoya en fundamentos igualmente sólidos. La adopción entre los romanos tenía un carácter muy diverso del que pudiera tener

entre nosotros. Por lo mismo no es necesario examinarla en sus fundamentos originarios, sino en su aplicación práctica a nuestra sociedad".⁵⁶

Como podemos observar la comisión redactora en su exposición de motivos sólo toma en consideración las características de la adopción como se conocieron en la antigua Roma, como un derecho patrimonial donde prevalecía de manera preponderante el interés del adoptante por ello consideró no solo innecesario su establecimiento sino hasta pernicioso, cuando su criterio fue que, nada pierde ésta en verdad porque un hombre que no tiene hijos declare suyo al que lo es de otro. Es un acto voluntario y que acaso puede producir algunos buenos efectos, ya en favor del adoptante, a quien puede proporcionar un objeto que llene el vacío de su vida doméstica; ya en favor del adoptado a quien proporciona una buena educación y una fortuna.

Pero ¿se necesita precisamente de la adopción para obtener esos bienes? se preguntaba el legislador, en la exposición de motivos en comento, contestándose que, sin duda que no, y es seguro que, contando con la gratitud puede un hombre recibir grandes consuelos de aquel a quien beneficia sin necesidad de contraer obligaciones, que tal vez le pesen después, ni de dar derechos que acaso le perjudiquen.

⁵⁶ "El Derecho de Familia en el Código Civil de 1870". En : Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, Tomo XXI, Núm. 83-84, Julio-Diciembre, México, 1971, p. 391.

Claramente dicha exposición de motivos, denota una marcada preferencia al interés del adoptante en relación al del adoptado, ya que además sostiene que, "sin la gratitud y la moralidad del adoptado, la posición del adoptante es fatal. Se ha impuesto las obligaciones de padre y ha otorgado los derechos de hijo; y cuando después de cumplir fielmente por su parte ve que no es correspondido; cuando sus sacrificios son no ya estériles, sino perniciosos, cuando en pago de sus beneficios recibe desengaños y acaso positivos males. ¿No es cierto que puede justamente quejarse de la autorización que le concedió la ley? Ésta no le forzó; su acto fue espontáneo; y sin embargo las consecuencias fueron funestas. ¿A qué fin, pues, sostener un principio que puede ser fuente de terribles desgracias, y cuyos bienes pueden obtenerse de otras maneras? ¿No será más digno de gratitud el hombre que ampare a un huérfano sin que le ligen obligaciones de ningún género y cuyos beneficios son por lo mismo más grandes, porque son más libres? ¿Y no será mucho más estimable el que corresponda debidamente a esos beneficios, sin tener derechos algunos y guiado únicamente de la gratitud?"⁵⁷

Podemos claramente observar que en este código se pretende proteger más a la persona del adoptante y a su patrimonio que a la persona del adoptado. "Además: la adopción entre nosotros ha sido sólo un principio teórico; y si alguna vez se ha practicado acaso habrá sido para realizar los males que quedan bosquejados. La comisión cree que los mexicanos pueden hacer el bien durante su vida y después de su muerte, sin necesidad de contraer esas relaciones artificiales que sin llenar cumplidamente el lugar de las de la naturaleza, abren la puerta a disgustos de todo género, pueden ser causa aún de

⁵⁷ Loc. Cit.

crímenes, que es necesario evitar y siembran ordinariamente el más completo desacuerdo en la familia."⁵⁸

Es claro que de la exposición de motivos en comento podemos evidenciar un marcado interés por parte del legislador de proteger los intereses del adoptante, incluso podemos pensar que la institución se consideraba preponderantemente en interés del adoptante, dejando al lado el interés del adoptado, lo cual es explicable tomando en consideración que la tendencia legislativa de la época favorecía los intereses del adoptante.

1.8.7 Código Civil de 1884

Este cuerpo legal siguió los lineamientos del de 1870, y por lo tanto no contiene disposición alguna relativa a la adopción, no reconociendo más parentesco que los de consanguinidad y afinidad.

Sin embargo este código contenía dentro del capítulo del Registro Civil, tres disposiciones legales relativas al registro de niños expósitos, los cuales textualmente dicen:

“Art. 81.- Toda persona que encontrare un niño recién nacido, o en cuya casa o propiedad fuera expuesto el niño deberá presentarle al juez del estado civil, con los vestidos, papeles o cualesquiera otros objetos encontrados con él,

⁵⁸ Ibidem., p. 392.

y declarará el tiempo y lugar en que lo haya encontrado, así como las demás circunstancias que en el caso contrario hayan ocurrido”.

“Art. 82.- La misma obligación tienen los jefes, directores y administradores de las prisiones y de cualquier casa de la comunidad, especialmente los de los hospitales, casas de maternidad e inclusas, respecto de los niños nacidos o expuestos en ellas”.

“Art. 83.- En las áctas que se levantaran en estos casos, se expresarán con especificaciones todas las circunstancias que define el artículo 81, la edad aparente del niño, su sexo, el nombre y apellido que se le ponga, y el nombre de la persona o casa de expósitos que se encargue de él.”

De los preceptos legales antes transcritos podemos concluir que la ley disponía que se asentaría en el acta el nombre de la persona que se encargará del expósito, lo que se puede asemejar a la figura jurídica de que nos ocupamos sin que formalmente se le haya reconocido, el resultado era similar.

1.8.8 Ley de Relaciones Familiares de 1917

La citada ley restablece ésta institución jurídica en México ocupándose de ella, en un capítulo especial en donde la define como “El acto legal por el cual una persona mayor de edad, acepta a un menor como hijo, adquiriendo respecto de él todos los derechos que un padre tiene y contrayendo todas las

responsabilidades que el mismo reporta, respecto de la persona de un hijo natural,”

Podía adoptar toda persona mayor de edad, hombre o mujer, siempre que estuviese libre de matrimonio, en caso contrario solo se podía adoptar a un menor con el consentimiento de ambos cónyuges, sin embargo el hombre podía adoptar sin el consentimiento de su mujer, pero se le negaba el derecho de llevar al hijo adoptivo a vivir al domicilio conyugal.

Para que la adopción tuviera lugar, debían consentir en ella de manera excluyente: 1.- El menor si tuviere doce años cumplidos; 2.- el que ejerza la patria potestad sobre el menor, o la madre, en el caso de que se trate de un menor que viva con ella; 3.- el tutor del menor; 4.- el juez de la residencia del menor cuando no tenga padres conocidos y carezca de tutor.

En cuanto a los efectos estableció que el menor adoptado tendría los mismos derechos y obligaciones para con el adoptante, como si se tratara de un hijo biológico, el padre y la madre de un hijo adoptivo tendrían respecto del menor los mismos derechos y obligaciones que respecto a los hijos biológicos estos efectos se daban solamente entre adoptante y adoptado, a menos que al hacer la adopción el adoptante declarara que el menor es hijo biológicamente suyo, en cuyo caso se consideraba este como natural. Consecuentemente regulaba la figura de la adopción simple, ya que se limitaban los efectos al adoptante y al adoptado.

La persona que quisiera adoptar debía presentar su solicitud por escrito ante el juez de primera instancia de la residencia o del domicilio del menor. Esta solicitud debería ir suscrita además por la persona a cuya guarda o tutela se encontrare el menor, así como por el mismo adoptado si ya tuviere mas de diez años.

El juez del conocimiento que reciba la solicitud de adopción citará a las personas que la suscriban, así como al ministerio público; hecho lo cual decretará o no la adopción tomando en cuenta la protección a los intereses morales y materiales del menor.

El juez que hubiese autorizado la adopción tendrá obligación de remitir copia de las diligencias al juez del estado civil, con la finalidad de que se levante el acta correspondiente y en la que se inserte de manera literal dichas diligencias.

La adopción voluntaria podía dejarse sin efecto siempre que así lo solicitare el adoptante y consientan todas las personas que dieron su autorización para la realización del acto. El juez tomando en cuenta la conveniencia del menor dejará sin efecto la adopción.

Se reconocía además la abrogación, la cual dejaba sin efecto la adopción y restituía las cosas al estado que guardaban hasta antes de que esta se verificase. La demanda de abrogación debía presentarse ante el juez de primera instancia del domicilio del adoptante y acompañar con ella los documentos exigidos para la adopción. Así mismo las resoluciones que dictasen los jueces

aprobando una abrogación debía comunicarse al juez del estado civil del lugar en que aquélla se dictó, para que cancelara el acta de adopción.

1.8.9 Código Civil de 1928

Este código que actualmente sigue vigente en el distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal reproduce algunas disposiciones de la anterior ley de relaciones familiares, con adecuaciones tomadas del código francés de 1923.

Sin embargo, a pesar de la tendencia internacional del interés supremo del menor, y de diversas convenciones internacionales en materia de adopción suscritas por México, por las que nuestro país se compromete a permitir adopciones plenas, y que por tratarse de tratados internacionales, constituyen parte del derecho positivo, sin embargo el Código Civil para el Distrito Federal de 1928 en comento había ignorado las transformaciones sociales, la dinámica de las costumbres e incluso los compromisos internacionales en materia de adopción, es decir antes de las reformas de veintiocho de mayo de 1998 no había habido la mas mínima actualización del código civil en esta materia.

Se ocupan de la materia el título séptimo, capítulo V, en los artículos del trescientos noventa al cuatrocientos diez, cuyo análisis se realizará en un capítulo especial.

Del estudio de los antecedentes históricos de la adopción, podemos concluir que el realce del interés del sujeto adoptado como elemento

primordial de la adopción aparece hasta después de la primera guerra mundial y se consolida tras la segunda hacia 1945, toda vez que ambos sucesos fueron determinantes para la consolidación de ésta institución por sus consecuencias catastróficas, especialmente para los menores, que precipitaron la necesidad social de proteger a millones de huérfanos en el abandono, por haber perdido a sus progenitores durante el conflicto, o haberse extraviado en los grandes movimientos migratorios, igualmente para los padres como medida tendiente a remediar la muerte o extravío de sus hijos por el conflicto.

Sin embargo, la evolución ha continuado su proceso transformador hasta nuestros días, convirtiéndose en la actualidad en una institución eminentemente altruista, de alto contenido social y familiar, donde el interés fundamental de la misma se ha centrado cada vez mas en el beneficio del menor, y la tendencia legislativa internacional, tiende a desestimar cualquier otro interés por parte del adoptante que no sea el beneficio del menor ya que poco a poco va cayendo en desuso la adopción de mayores, en vista de que existen otras alternativas protectoras del mayor, como lo es la posibilidad de otorgarle derechos hereditarios, a través de disposiciones testamentarias concretas, o bien tratándose de mayores incapacitados, instituciones como la tutela.

En conclusión, podemos observar de los antecedentes históricos comentados y apoyándonos en el criterio sostenido por D' Antonio, que "no obstante ser disímil la fundamentación de la adopción resulta con claridad que

en todo instante campea en ella la ficción mentira técnica- que hace suponer a una persona hija de otra que en realidad no es su progenitor".⁵⁹

⁵⁹ D' Antonio, Daniel Hugo. " *Derecho de Menores*", Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1986, p. 253.

CAPITULO SEGUNDO

EL PARENTESCO, LA FILIACIÓN Y LA PATRIA POTESTAD

2.1.- El Parentesco

2.1.1 Concepto

Etimológicamente la palabra parentesco, tiene su raíz en el latín *parens-entis* que significa familia o pariente. Rojina Villegas lo define como “un estado jurídico por cuanto que es una situación permanente que se establece entre dos o más personas por virtud de la consanguinidad, del matrimonio o de la adopción, para originar de manera constante un conjunto de consecuencias de derecho.”⁶⁰

Dentro de la doctrina clásica del derecho Planiol y Ripert definen al parentesco como “la relación que existe entre dos personas de las cuales una desciende de la otra, como el hijo y el padre, el nieto y el abuelo, o que descienden de un autor común, como dos hermanos, dos primos. Al lado de

⁶⁰ “*Compendio de Derecho Civil*”. Tomo I, Introducción, Personas y Familia., 23ª edición, Ed. Porrúa S.A., México, D.F. 1989, p. 97.

este parentesco real, que es un hecho natural y que se deriva del nacimiento, la ley admite un parentesco ficticio, establecido por un contrato particular, llamado adopción. El parentesco adoptivo es una imitación del parentesco real.”⁶¹

En este sentido, la doctrina divide el concepto de parentesco, por un lado, como el hecho biológico que se deriva de la procreación y que es establecido por la propia naturaleza, y por el otro, como el nexo jurídico ficticio que es determinado por la ley, derivado del acto jurídico de la adopción.

Sin embargo, para que este parentesco pueda efectivamente atribuir a una persona un estado de familia, debe estar declarado y reconocido por el ordenamiento legal, ya que, en la medida en que los vínculos jurídicos, biológicos o ficticios, estén reconocidos por la ley, le serán atribuidas las consecuencias legales que este estado les impone.

Es decir, es precisamente la ley, quien determina quienes son los sujetos vinculados por los lazos de parentesco, lo cual nos parece correcto, porque si el orden jurídico no reconoce ese vínculo, éste legalmente no existe, porque es precisamente un nexo jurídico, que sólo tiene existencia dentro del orden normativo, ello sin olvidar que existen también vínculos biológicos o afectivos derivados de la relación paterno filial que son independientes del

⁶¹ Planiol, Marcel y Georges Ripert. *“Tratado Elemental de Derechos Civil”*, Tomo I, Introducción, Familia, Matrimonio. Traducción José M^a Cajica Camacho, Ed. Cajica, S.A., Puebla, Puebla, México, 1983, p. 347.

reconocimiento o desconocimiento por el orden normativo, ya que estas relaciones tienen su origen en los lazos de sangre que se derivan de la reproducción.

Podemos entonces considerarle como aquel nexo jurídico que existe entre los descendientes de un progenitor común, entre un cónyuge y los parientes del otro, entre adoptante y adoptado y en el caso de la adopción plena, además, entre los parientes del adoptante y los descendientes del adoptado. Vínculo jurídico que desde luego implica el reconocimiento del estado de familia, a través del orden jurídico que se traduce en la adscripción de una persona a determinada familia.⁶²

Existe entonces una estrecha vinculación en todo lo relativo al parentesco con la filiación, la doctrina estudia primero la procreación y su tratamiento jurídico derivado de la trascendencia que este hecho tiene en el orden jurídico, pero siguiendo el criterio de Vidal Martínez, “la relación de filiación no acaba con la culminación del hecho biológico, al nacer un nuevo ser humano, sino más bien cabría decir que comienza en ese instante, pues aunque el hombre manifiesta su naturaleza específica y singular, incluso en los actos más simples de su vida animal, será a partir de ese momento cuando surgirá claramente la diferenciación.”⁶³

⁶² Galindo Garfias, Ignacio. *“Derecho Civil. Parte General. Personas. Familia”*. 11ª edición, Porrúa S.A., México, 1991, pp. 445 - 446.

⁶³ *“El hijo legítimo su concepto y determinación en el Código Civil Español”*. Ed. Monte Corvo, S.A, Madrid, 1974, p. 37.

2.2 Antecedentes Históricos

2.1.2.1 Derecho Romano

En el antiguo derecho romano, se le consideraba como “las relaciones de alianza o lazos de consanguinidad que se establecían entre varias personas.”⁶⁴

En este sentido, en Roma se conocieron dos clases de parentesco: La agnación y la cognación. La agnación era el parentesco civil establecido entre las personas que se encontraban bajo la autoridad del mismo *pater familias*. Este vínculo subsistía a la muerte del jefe de familia, lo mismo entre los hijos que hechos *sui iuris*, después de muerto el padre son jefes a su vez de nuevas familias o domus; que entre los miembros de los cuales están formadas. Este parentesco daba origen a la familia civil. Es importante destacar que este parentesco sólo se establecía por la línea masculina, por lo que quedaba suspenso por vía de mujeres.

Petit sostiene que es complicado dar una definición completa de los agnados, sin embargo, se puede decir que eran “los descendientes, por vía de varones, de un jefe de familia común, colocados bajo su autoridad, o que estuvieren sometidos, si aún viviera. Hay que poner también entre los agnados a la mujer *in manu*, que es *loco filiae*”.⁶⁵ En consecuencia, el parentesco agnaticio podía desenvolverse hasta lo infinito.

⁶⁴ Lemus García, Raúl. “*Derecho Romano (Sinopsis Histórica)*”, 2ª edición, Ed. LIMSA México, D.F., 1977, p. 96

⁶⁵ Petit, Eugene. “*Tratado Elemental de Derecho Romano*”. Traducción José Fernández González, 6ª edición, Ed. Porrúa, S.A., México, 1990, p. 97.

Por su parte, la cognación era el parentesco consanguíneo que unía a las personas que descendían unas de otras, sin distinciones de sexo, sin embargo, este parentesco no daba origen a la familia, ya que, para pertenecer a ésta debían ser agnados, por lo que podía haber cognados que no formaban parte de la familia, en virtud de que se hubiera “extinguido la *potestas* del *pater familias*, como en la *emancipatio* -emancipación-, la dación de la hija mujer en matrimonio *in manu*, o del descendiente en adopción, etcétera. Al cesar la sujeción a la jefatura familiar cesaba la *agnación*, y los vínculos determinados por la *cognación* durante mucho tiempo sólo tuvieron escasa trascendencia. Su consideración, al principio, sólo importaba en materia de *impedimentos matrimoniales*.”⁶⁶

Es decir, los efectos que se concedían a cada forma de parentesco eran distintos, ya que, a diferencia de la actual legislación, el derecho romano otorgaba importantes prerrogativas al parentesco agnaticio sobre el cognaticio; lo más importante era el derecho de pertenecer a la familia, el cual se adquiría sólo por vía agnaticia, además de los derechos de tutela, curatela y sucesión.

Ambas clases de parentesco en Roma, podían establecerse en línea recta ascendente (*parentes*) o descendente (*liberi*), línea colateral (por medio de hermanos propios o de hermanos de ascendientes o descendientes); o entre afines, es decir, entre un cónyuge y los parientes en línea recta o colateral del otro. Así mismo, para la computación de grados se aplicaba la máxima de:

⁶⁶ Zannoni, Eduardo A. “*Derecho Civil. Derecho de Familia*”, Tomo I, 2ª edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1989, p. 72.

quot generationes, toto gradus, esto es, había tantos grados como generaciones.⁶⁷

Paulatinamente como consecuencia de que la familia y la *gens* fueron perdiendo prestancia, y sus atribuciones fueron asumidas por el Estado y las Magistraturas, los vínculos consanguíneos fueron adquiriendo importancia, y gracias a la acción del pretor se concedió derechos hereditarios a los cognados, los que hasta ese entonces sólo se reservaban para los agnados; “entrando más tarde por la misma vía los senadoconsultos y las Constituciones Imperiales, aunque sólo fue bajo Justiniano, y después de las *Novelas* 118 y 127, cuando desaparecieron definitivamente los privilegios de la agnación y cuando la cognación fue suficiente en lo sucesivo para conferir los derechos de familia.”⁶⁸

Al respecto Zannoni manifiesta, “que si en el derecho feudal resurgió la agnación como fundamento de privilegios y mayorazgos, debe tenerse en cuenta que, tanto por influencia del derecho canónico, como por la del derecho romano y, finalmente, por el poderoso influjo de las ideas de la Revolución Francesa, la familia natural, basada en la consanguinidad, es la que definitivamente ha quedado plasmada en el derecho moderno.”⁶⁹

2.1.2.2 Derecho Mexicano

⁶⁷ Floris Margadant, Guillermo. “*El Derechos Privado Romano*”, 21ª edición, Ed. Esfinge, S.A. de C.V, Naucalpan, Edo. de México, 1995, p.196.

⁶⁸ Petit, Eugene., Ob Cit., p. 98.

⁶⁹ Ob. Cit., p. 72.

Por lo que respecta al derecho mexicano, desde la época precortesiana la cultura mexicana había reglamentado el estado de familia y de ciudadanía. El estado civil de las personas se hacía constar por medio de jeroglíficos, “eligiéndose para ello a todos los hombres casados, con lo cual se formaba una especie de censo que servía no solamente para la ordenación de los grupos guerreros, sino para las cargas pecuniarias del estado. Las inscripciones de esos censos contenían el nombre, la profesión, la ascendencia y descendencia del ciudadano, así como todas las personas de su parentesco, mediante unos curiosos cuadros genealógicos en que las líneas estaban representadas por caminos que comprendían los parientes más inmediatos y más lejanos. La meticulosidad con que los mexicanos trazaban sus árboles genealógicos indica que importancia daban a la organización jurídica de la familia.”⁷⁰

El parentesco en línea recta era ilimitado, mientras el colateral era restringido a los hermanos de abuelos y a los hijos de los tíos. En relación al parentesco por afinidad, debido a que imperaba la poligamia, éste se multiplicó de manera exuberante con diversas denominaciones.

Dentro de la primera época de la colonización tuvieron aplicación las leyes españolas, las cuales tenían una clara influencia del derecho canónico y del derecho romano, también estuvieron vigentes las llamadas Leyes de Indias. En el México Independiente se siguió la tradición del Código Napoleón y tanto los Códigos Civiles de 1870 y de 1884, como, la Ley de Relaciones Familiares de 1917, reconocieron como únicas formas de parentesco el consanguíneo y

⁷⁰ Muñoz Salvador Castro, Luis. “Comentario al Código Civil”, Tomo I, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, D.F. 1983, p. 320.

por afinidad, con la particularidad de que éste último tenía su origen no sólo en el matrimonio, sino también en el concubinato, antes conocido como cópula lícita. Y fue hasta el Código Civil de 1928 en donde se incluye al parentesco civil derivado de la adopción.

Sin embargo con las últimas reformas que se hicieron a este Código, se equiparó al parentesco consanguíneo el derivado de la adopción plena, y se estableció como única fuente de parentesco civil la adopción simple.

2.1.3 Clases de Parentesco

En atención a las fuentes del parentesco, el consanguíneo se deriva de la procreación y de la adopción plena, de afinidad derivado del matrimonio y civil derivado de la adopción simple.

Las fuentes constitutivas del parentesco, lo son a su vez de la familia, aunque la familia puede tener otras fuentes (como por ejemplo el concubinato); sin embargo es importante destacar que -a reserva de hacer un estudio más profundo con posterioridad- la adopción simple no es fuente extensa de parentesco, ya que sus efectos se limitan al adoptante y adoptado, en consecuencia sólo se crean lazos de filiación entre éstos.

En el derecho canónico se conoció también el parentesco espiritual, que se establecía por virtud del bautismo y la confirmación cuya consecuencia

principal era establecer un impedimento para contraer matrimonio entre padrino y ahijado.

2.1.3.1 Parentesco consanguíneo

Lo podemos definir como “el vínculo existente entre las personas que pertenecen a la misma estirpe: descienden unas de otras o, al menos, tienen un tronco común.”⁷¹

Por su parte Montero Duhalt define al parentesco por consanguinidad “como la relación jurídica que surge entre las personas que descienden de un tronco común.”⁷²

Este tiene su origen en la naturaleza, por lo tanto no puede extinguirse, ni se puede renunciar a él. En consecuencia este vínculo de sangre puede manifestarse de dos maneras: Por razón de la procreación entre padres e hijos y por razón de la congeneración entre hermanos y descendientes de éstos. Desde luego, ésta doble visión esta impuesta por la propia naturaleza, en realidad el derecho lo que hace es reconocer este hecho jurídico y plasmarlo en la ley para darle efectos legales, es decir, el parentesco por consanguinidad surge por el hecho biológico de la procreación y el estado únicamente lo reconoce, sin embargo, puede formalmente coincidir o no.

⁷¹ Peña Bernaldo de Quiroz, Manuel. “*Derecho de Familia*”, Ed. Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones de la Universidad de Madrid. Madrid, España, 1989, p. 622.

⁷² “*Derecho de Familia*”. 4ª edición, Ed. Porrúa, S.A., México, 1990, p. 47.

Por otro lado, según el código civil vigente se equipara al parentesco consanguíneo el que se deriva de la adopción plena, y es precisamente el que existe entre el adoptado, el adoptante, los parientes de éste y los descendientes de aquél, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo.

Esto desde luego no es mas que una ficción jurídica porque considero que la naturaleza jurídica de la adopción debe considerarse como parentesco civil, porque surge por un acto jurídico, aún cuando por razones particulares se le den efectos de manera análoga al parentesco por consanguinidad, pero nunca serán iguales, ya que el parentesco consanguíneo es por naturaleza el derivado de la procreación, razón por la cual este nuevo parentesco formal, es sólo equiparable al consanguíneo, pero no puede ser idéntico, porque es contrario a su naturaleza.

2.1.3.2 Parentesco por afinidad

Galindo Garfias sostiene que el “parentesco por afinidad (en el lenguaje corriente parentesco político), imita al parentesco consanguíneo, existe el vínculo de parentesco entre cada uno de los cónyuges y los parientes del otro (yerno, nuera, cuñado, cuñada).”⁷³

Este vínculo tiene su fuente en el matrimonio, por lo tanto el concubinato no da origen a esta clase de parentesco, aunque erróneamente la mayoría de la gente lo emplea de manera indistinta.

⁷³ Ob. Cit., p. 449.

Sin embargo es importante destacar que este parentesco se encuentra limitado exclusivamente a los cónyuges, por lo que entre los parientes consanguíneos de uno y otro, no existe ningún vínculo parental, como tampoco lo existe entre los cónyuges, ya que el matrimonio no es fuente de parentesco entre ellos.

Al respecto Montero Duhalt opina que con el matrimonio las personas, se convierten en cónyuges, fundan una familia, y se encuentran estrechamente unidas por el derecho, así como por lazos afectivos y morales, más no son parientes.⁷⁴

Normalmente podría pensarse que al tener esta clase de parentesco su origen en el matrimonio, una vez disuelto éste, se extinguiría la relación parental, aplicándose la máxima de origen romano, "*morte ma fille, mort mon gendre*" lo que significa muerta mi hija muerto mi yerno, sin embargo, esto no se aplica de manera absoluta, ya que existen algunas consecuencias jurídicas derivadas de este tipo de parentesco, que toman vigencia precisamente a partir de que se ha disuelto el vínculo matrimonial. Como por ejemplo, el impedimento para contraer matrimonio entre parientes afines en línea recta y sin limitación de grado (Art. 156 fracción IV del Código Civil).

El Código Civil otorga consecuencias jurídicas a esta clase de parentesco muy restringidas, pues no existe derecho a alimentos entre afines, - como sucede en la legislación francesa por ejemplo- ni vocación hereditaria.

⁷⁴ Ob. Cit., p. 47.

2.1.3.3 Parentesco civil

Es el vínculo que la ley establece entre el adoptante y el adoptado como consecuencia de la filiación adoptiva simple.

Este es una ficción legal que atribuye la paternidad de un hijo a quienes no lo son de manera natural. Sólo surte efectos entre el adoptante y el adoptado en forma simple, por lo tanto el parentesco consanguíneo que une al adoptado simple con su familia de origen no se extingue, ya que éste conserva todos sus derechos familiares, patrimoniales y sucesorios respecto de su familia natural.

2.1.4 Grados y Líneas de Parentesco

Grado es el vínculo que existe entre dos personas de generaciones sucesivas. Cada generación forma un grado y la serie de grados constituye la línea de parentesco,

Una misma línea de parentesco, puede a su vez ser ascendente o descendente según el punto de partida y la relación a que se atiende; la primera es la que liga a una persona a su progenitor o tronco común, mientras que la segunda es la que vincula a una persona con los que de él proceden.

Igualmente la línea puede ser recta o transversal, la primera comprende a los parientes que descienden unos de otros, por ejemplo, el abuelo, el padre y el hijo; mientras que la segunda, comprende a los parientes que sin descender

unos de otros, tienen un progenitor común, como por ejemplo el tío y el primo. Esta última línea puede a su vez ser igual o desigual.

Respecto del cómputo de los grados de parentesco, dentro de la doctrina existen dos sistemas para realizarlo:

Por un lado se encuentra el sistema civil o romano; en donde en la línea recta los grados se cuentan por el número de personas o de generaciones excluyendo al progenitor. Por ejemplo, entre el abuelo y el nieto hay dos generaciones, por lo tanto el parentesco será de segundo grado en línea recta descendente.

En el parentesco en la línea colateral, los grados se cuentan por el número de generaciones, subiendo por una de las líneas y descendiendo por la otra, o bien por el número de personas que haya de uno a otro extremo, excluyendo al progenitor. Por ejemplo, entre los hijos de dos hermanos existe un parentesco de cuarto grado en línea colateral igual, mientras que entre el tío y el sobrino hay un parentesco de tercer grado en línea colateral desigual.

En el parentesco colateral el derecho reconoce efectos jurídicos sólo hasta el cuarto grado, mientras en la línea recta habrá parentesco sin limitación de grado. El Código Civil vigente, siguiendo la tradición romana ha seguido este sistema para el cómputo de grados en el parentesco.

Por otro lado, existe el sistema germano-canónico, en donde en la línea recta se cuentan tantos grados como generaciones, mientras que en la línea

colateral se cuenta el parentesco por una sola línea, la más larga si son desiguales, o cualquiera de ellas en caso contrario. Este sistema lo adoptó algún tiempo el Código Canónico, sin embargo, hoy se encuentra superado y los canonistas aplican el sistema civil.

Así mismo, las líneas de parentesco pueden ser unilaterales o bilaterales, según que dos parientes entre sí puedan referir su origen a uno o a ambos progenitores. En caso de que el progenitor común sea la madre, la línea será materna, si es el padre la línea será paterna, en consecuencia, toda persona tiene forzosamente dos líneas de parentesco derivadas del hecho biológico de la procreación. Así los hermanos son entre sí bilaterales cuando tienen progenitores en común y serán unilaterales o medios hermanos cuando procedan del mismo padre pero de madres distintas -lo que comúnmente se llama hermanos carnales- o consanguíneos, cuando procedan de la misma madre pero de padres distintos -lo que comúnmente se conoce como hermanos uterinos-.

Las consecuencias jurídicas que produce el parentesco, son distintas respecto de los hermanos y medios hermanos, tanto en materia sucesoria, como en la obligación alimentaria y el derecho de tutela.

Es importante destacar, que el cómputo de grados y líneas adquiere relevancia en el parentesco consanguíneo, ya que es en función de esto, como se van a determinar los distintos efectos jurídicos; lo que no sucede en el parentesco civil, donde no existen grados ni líneas, en virtud de que el vínculo jurídico se limita al adoptante y al adoptado en forma simple; mientras que el

parentesco por afinidad toma los mismos grados y líneas del parentesco consanguíneo.

2.1.5 Consecuencias Jurídicas del Parentesco.

El ordenamiento legal reconoce parentesco entre las personas, con la finalidad de dar origen de manera más o menos constante, a un conjunto de consecuencias jurídicas, mismas que se traducen en derechos, obligaciones, facultades y potestades. Estas consecuencias jurídicas van a ser el resultado de la aplicación de todo el derecho familiar, y no se originan de manera aislada ni momentánea, sino que algunas de ellas, se mantienen de manera constante durante toda la vida del individuo, independientemente de su voluntad, por lo que se considera al Parentesco como una institución de derecho familiar, entendida ésta como conjunto de normas afines entre si.

Sin embargo, los efectos jurídicos que se derivan del parentesco, difieren según se trate de la forma especial del mismo, así como de la proximidad del grado.

Dentro de los derechos y obligaciones que se derivan del parentesco consanguíneo encontramos el derecho a recibir alimentos y la obligación recíproca de otorgarlos, a los parientes en línea recta sin limitación de grado y a los colaterales hasta el cuarto grado (Arts. 303, 304, 305, 306 del Código Civil); vocación hereditaria para concurrir a la sucesión legítima de los parientes en línea recta sin limitación de grado y de los colaterales hasta el

ESTI
TENR
NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

cuarto grado (Art. 1602 del Código Civil); origina los derechos, deberes, facultades y potestades inherentes al ejercicio de la patria potestad, determinando imperativamente en quien recae su ejercicio, a través de disposiciones de orden público de carácter irrenunciable, donde prima el interés estatal por encima de la voluntad de los particulares (Art. 414 del Código Civil) y finalmente, impone la obligación de desempeñar el cargo de tutor legítimo (Arts. 483 y 487 del Código Civil).

Así mismo, este tipo de parentesco constituye un impedimento para contraer matrimonio, en línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado, y en línea colateral desigual, el impedimento sólo abarca a los tíos y sobrinos, siempre que estén en el tercer grado y no hayan obtenido dispensa (Art. 156 fracción III del Código Civil).

Además, “otro tipo de prohibiciones establece la ley en razón del parentesco, dispersas en diversos ordenamientos jurídicos, que pueden generalizarse como prohibiciones para intervenir en ciertos actos jurídicos en los que esté involucrado un pariente, o en el mayor o menor rigor de la ley, sobre todo en materia penal.”⁷⁵

Por otro lado, la consecuencia jurídica más importante que se deriva del parentesco por afinidad, es de tipo negativo, y consiste en el impedimento para contraer matrimonio con los parientes afines en línea recta sin limitación de grado (Art. 156 frac. IV del Código Civil).

⁷⁵ Iglesias, Juan. “*Derecho Romano. Historia e Instituciones*”, 10ª edición, Ed. Ariel, S.A. Barcelona, España. 1992, p. 52.

Adicionalmente, del parentesco por afinidad se derivan efectos negativos, que se traducen en prohibiciones para la intervención de parientes afines, en ciertos actos en que expresamente lo determine la ley.

Finalmente, el parentesco civil, sólo produce consecuencias jurídicas entre el adoptante y el adoptado en forma simple, las cuales son equiparables a las producidas por el parentesco por consanguinidad en línea recta en primer grado, con la diferencia de que este parentesco constituye un impedimento para celebrar matrimonio entre el adoptante y el adoptado o sus descendientes, sólo mientras subsista el vínculo de la adopción simple, por lo que una vez disuelto éste, el impedimento desaparece (Arts. 157 y 402 del Código Civil).

2.2 La Filiación

2.2.1 Concepto

Doctrinalmente la filiación tiene dos connotaciones distintas. La primera en sentido amplio o natural, en donde es el vínculo jurídico existente entre ascendientes y descendientes en línea recta sin limitación de grado; “de esta manera puede hablarse de filiación, no solamente referida en la línea ascendente a los padres, abuelos, bisabuelos, tatarabuelos etc., sino también en línea descendente, para tomar como punto de relación los hijos, nietos, bisnietos, tataranietos, etc.”⁷⁶

⁷⁶ Rojina Villegas, Rafael., Ob. Cit., p. 461.

En su acepción jurídica o estricta, la filiación es la relación jurídica inmediata que existe entre el padre y la madre para con el hijo. En este caso la filiación va a implicar una situación permanente, reconocida por el derecho y derivada de la procreación.

La filiación da origen al parentesco consanguíneo en línea recta en primer grado, al respecto Galindo Garfias afirma que, “la fuente primordial de la familia es la filiación, es el parentesco más cercano y más importante: el que existe entre los padres y los hijos.”⁷⁷

La filiación se conforma de ciertos hechos jurídicos dados en la naturaleza (fecundación, gestación y nacimiento), sin embargo, estos acontecimientos naturales son recogidos, reconocidos y regulados por los ordenamientos legales, con la finalidad de vigilar o salvaguardar los intereses no sólo del hijo, sino de la comunidad misma.

Para el Código Civil es indudable que todo nacimiento tiene su origen en la relación carnal de los padres, en consecuencia desde un punto de vista meramente biológico todo ser humano tiene necesariamente un padre y una madre, sin embargo, habrá filiación entre ellos en la medida en que éste vínculo natural sea reconocido por el ordenamiento jurídico, por lo tanto, para el derecho la filiación es un concepto formal.*

⁷⁷ Galindo Garfias, Ignacio., Ob. Cit. p. 619.

* El ordenamiento jurídico recoge un hecho jurídico derivado de la naturaleza, biológico y lo reconoce sociológicamente a través de considerarlo un concepto formal en virtud de que, biológicamente todos los seres humanos provienen de la conjunción de dos células

En este sentido, “para que podamos hablar de filiación, esta realidad biológica tiene que haber sido trasladada al plano jurídico, puesto que si ello no ha ocurrido no se han generado los derechos subjetivos familiares que se derivan de ese vínculo; sólo surgirá en ese caso, el derecho a reclamar esa filiación o a ser reconocida, pero todavía no hay emplazamiento filial.”⁷⁸

En consecuencia, la filiación implica la coexistencia del vínculo biológico y el vínculo jurídico -excepto en el caso de la filiación adoptiva-, sin embargo, puede haber procreación sin filiación reconocida legalmente, como por ejemplo, cuando no consta en el acta de nacimiento el nombre del padre y se asienta que se trata de padre desconocido; o bien, puede haber filiación sin procreación, como por ejemplo, en el caso de que el padre o la madre reconozcan o presenten al Registro Civil a un menor que biológicamente no

sexualmente opuestas. Es decir, "Todos los seres humanos poseen en cada una de sus células nucleadas 46 cromosomas. Los cromosomas contienen en su estructura ácido desoxirribonucleico (ADN) y llevan toda la información genética transmitida por los progenitores. De los 46 cromosomas 44 son llamados autosómicos o somáticos y se encargan de todas las funciones no sexuales del individuo. Los cromosomas restantes, X e Y, son los cromosomas sexuales y diferencian a mujeres (XX) de hombres (XY). Los 46 cromosomas conforman 23 pares. Este ordenamiento de pares se debe al origen paterno y materno de cada par. El espermatozoide y el óvulo tienen veintitres cromosomas sin formar pares, 22 somáticos y 1 sexual, X ó Y en el caso del espermatozoide y siempre X en el del óvulo. Al producirse la fertilización se juntan los cromosomas de ambas gametas (espermatozoide y óvulo) constituyendo en el embrión 23 pares. Si el espermatozoide que penetró en el óvulo porta el cromosoma sexual X el nuevo ser será mujer, por el contrario, si el espermatozoide porta el cromosoma sexual Y será varón. Es decir, el espermatozoide es la gameta que confiere el sexo. Verruno, Luis y Emilio J.C. Haas. *Manual para la Investigación de la Filiación*", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina. 1985, p. 14.

⁷⁸ Azpiri, Jorge Osvaldo. *Enciclopedia de Derecho de Familia*", Tomo II, Directores Carlos A. Lagomarsino y Marcelo V. Salerno, Ed. Universidad S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1992, p. 361.

sea su hijo, en este caso existirá vínculo formal, pero no coincidirá con la realidad biológica.

Por otro lado, resulta importante precisar que los términos filiación, paternidad y maternidad, no son sinónimos, aún cuando participan de la misma relación jurídica entre procreante y procreado, y así, cada una tomará importancia dependiendo del punto de referencia que se analice, por ejemplo, paternidad se referirá a la relación del padre con el hijo, maternidad al vínculo de la madre con el hijo, y filiación al nexo del hijo con su padre o madre.

Sin embargo, Puig Peña afirma que, “ello no es más que cuestión de palabras; se trata de dos ideas que constituyen una relación lógica y necesaria, pues la una supone y lleva consigo a la otra, ya que el padre supone al hijo y no puede existir hijo sin su padre.”⁷⁹

2.2.2 Clases de Filiación

El Código Civil clasifica a la filiación en matrimonial, extramatrimonial y adoptiva, pero no precisamente con un criterio discriminatorio, sino para efectos de determinar y acreditar la filiación con sus padres, no así en cuanto a los derechos y obligaciones derivados de la filiación, ya que en este campo existe igualdad absoluta.

⁷⁹ Citado por Pina Vara, Rafael de. “*Elementos de Derecho Civil Mexicano*”, Vol. I. Introducción -Personas - Familia, 17ª edición, Ed. Porrúa, S.A., México, 1992, p. 349.

La filiación matrimonial y extramatrimonial forman parte del grupo de la filiación consanguínea, ya que tienen su origen en el hecho biológico de la procreación; mientras que la filiación adoptiva, pertenece al grupo de la filiación civil, ya que tiene su origen en el acto jurídico de la adopción.

2.2.2.1 Filiación matrimonial

2.2.2.1.1 Concepto

Es el vínculo jurídico que se crea entre el hijo concebido y sus padres unidos en matrimonio. Es importante destacar que en el derecho civil vigente, la filiación es determinada por la época de la concepción del hijo y no por la del nacimiento, sin embargo, como veremos más adelante, también son considerados matrimoniales, los hijos concebidos con antelación a la celebración del matrimonio de sus padres, o los nacidos después de disuelto el mismo, siempre que concurren las circunstancias previamente determinadas en la ley.

2.2.2.1.2 Antecedentes Históricos

En el antiguo derecho romano dada la primacía que tenía el parentesco agnado sobre el cognado, la paternidad de un hijo era atribuida a un hombre, siempre y cuando éste lo reconociera y aceptara, aún cuando biológicamente no fuese su descendiente, en virtud de que, los que formaban la familia romana

de aquella época eran los que se encontraban sometidos a la patria potestad del mismo *pater familias*.

En el derecho romano clásico, consolidado el parentesco cognaticio como forma de determinación de la familia, se reconoció a los *iusti liberi*, que eran los hijos concebidos en *iustas nuptias* de sus padres y en esta categoría se incluían a los adoptados.

“La paternidad sólo quedaba establecida en esta clase de filiación, y para regularla el derecho romano post-clásico aceptó el criterio de Hipócrates fijándose a la gestación un plazo mínimo de ciento ochenta días y máximo de trescientos.”⁸⁰ Términos que subsisten hasta nuestros días.

Por su parte, la maternidad era un hecho cierto que se determinaba por medio del parto de la madre, mientras que la paternidad era un hecho incierto y de difícil demostración, por lo que su determinación se basaba en presunciones legales, aplicándose la máxima de Paulo “*pater vero in est quem justae nuptiae demostrant*”, es decir, padre es aquél que demuestren las nupcias.

El derecho canónico, sigue la tradición romana y aplica las presunciones legales de paternidad para determinar la filiación paterna de los hijos, admitiendo pruebas en contra y reservándose la facultad de dirimir las controversias derivadas de la filiación legítima.

⁸⁰ Vidal Martínez, Jaime., Ob. Cit., p. 44.

En México los Códigos Civiles de 1870 y 1884 determinan el establecimiento de la filiación matrimonial por medio de presunciones legales, de forma semejante al derecho romano.

2.2.2.1.3 Determinación de la Filiación Matrimonial

La filiación legítima no es una relación jurídica simple sino compleja, la más compleja de las relaciones de filiación; ya que no sólo presupone el hecho biológico de la procreación (paternidad y maternidad), sino que debe ir precedido o acompañado de la existencia del matrimonio entre los progenitores. En consecuencia, resulta que los requisitos o presupuestos de este tipo de filiación son: matrimonio de los progenitores, maternidad de la esposa, concepción o nacimiento en matrimonio y paternidad del marido.⁸¹

En este orden de ideas, para que una persona pueda pretender la filiación matrimonial, es presupuesto indispensable la concurrencia de las siguientes circunstancias: El matrimonio de sus pretendidos padres; el parto de la pretendida madre; su identidad con el hijo que ha dado a luz la supuesta madre, y finalmente, la procreación del hijo por el marido de la pretendida madre, es decir por el presunto padre.

La maternidad matrimonial se determina legalmente, por el sólo hecho del nacimiento (Art. 360 del Código Civil), aplicándose la máxima romana

⁸¹ Rivero Hernández, Francisco. *“La Presunción de Paternidad Legítima. Estudio de Derecho Comparado y Derecho Español”*, Ed. Tecnos, S.A. Madrid, España. 1971, p. 57.

“*partus sequitur ventrem*”, es decir el parto sigue al vientre, por lo tanto, la maternidad es un hecho conocido y susceptible de prueba directa.

Los presupuestos para determinar la filiación materna dentro de matrimonio -al igual que la filiación extramatrimonial- son el parto y la identidad del hijo.

El parto como habíamos mencionado, es un hecho susceptible de prueba directa, que permite conocer a ciencia cierta la filiación. Pero además, es necesario determinar la identidad del hijo, es decir establecer si el hijo que ostenta o reclama la filiación es realmente de la mujer que lo dio a luz.

Respecto a las formas de establecer la identidad del hijo, el artículo 55 del Código Civil impone la obligación a los padres de declarar el nacimiento de sus hijos, dentro de los seis meses siguientes al parto, la misma obligación tienen los abuelos paternos o maternos. Igualmente los médicos cirujanos o matronas que hubieren asistido al parto, tienen obligación de dar aviso del nacimiento al Juez del Registro Civil, dentro de las veinticuatro horas siguientes al nacimiento. La misma obligación tiene el jefe de familia en cuya casa haya tenido lugar el alumbramiento, si éste ocurrió fuera de la casa paterna.

Por otro lado y a fin de que conste de manera indubitable la identidad del menor, el artículo 54 del Código Civil, obliga a la presentación del niño al momento de su registro ante el Juez del Registro Civil, mientras que el artículo 58 del mismo ordenamiento legal, determina que, para el levantamiento del acta, será necesario la presencia de dos testigos, así como señalar el día, lugar

y hora del nacimiento, el sexo, nombre, apellidos e impresión digital del menor presentado.

En consecuencia, cuando el parto y la identidad del hijo, son confesados o probados, la filiación materna matrimonial quedará legalmente establecida, y el vínculo jurídico que se establece, deberá coincidir -cuando menos en la mayor medida posible- con la verdad biológica.

Respecto de la forma de determinar la filiación paterna matrimonial, cabe decir que nuestro Código se rige por un sistema de presunciones legales, y así, establecida la maternidad en favor de una mujer casada, simultáneamente queda determinada la paternidad en favor de su marido.

El Código Civil, establece que la paternidad matrimonial quedará establecida por medio de la combinación de dos presunciones: Por un lado, la de la época de concepción legal, tomando como referencia la fecha de nacimiento del hijo; y por otro, la de paternidad del marido de la madre.

El artículo 324 del Código Civil dispone que: Se presumen hijos de los cónyuges:

I.- los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio;

II.- Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial;

Estas presunciones encuentran su fundamento en la fidelidad y exclusividad sexual que se deben los cónyuges, al respecto Montero Duhalt, afirma que “el marido y la mujer tienen entre sí, legalmente el débito carnal, sólo el uno con el otro. En base a ello, la ley otorga crédito a la mujer casada respecto a la paternidad de su hijo. Padre es el que demuestran las nupcias decían los romanos: *pater is est quem justae nuptiae demostrant*, el marido de la mujer es el padre de los hijos que la misma dé a luz durante el matrimonio.”⁸²

En consecuencia, la paternidad es un hecho incierto y de difícil comprobación, por lo que las presunciones legales para su determinación son *iuris tantum*, es decir, admiten prueba en contrario, pero en casos muy limitados. Así el artículo 325 del Código Civil dispone que "contra la presunción legal de paternidad, no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento".

La redacción del anterior precepto legal nos parece desafortunada, ya que constituye una prueba negativa que resulta en ocasiones imposible demostrar, ya que, aún cuando el propio marido sepa que no es su hijo, le será sumamente difícil probar la imposibilidad física de haber tenido acceso carnal con su mujer durante los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento. Por ejemplo un trabajador indocumentado en el extranjero.

⁸² Ob. Cit., p. 268.

Más absurdo resulta cuando analizamos el siguiente precepto: El marido no podrá desconocer a los hijos, alegando adulterio de la madre, aunque ésta declare que no son hijos de su esposo, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o demuestre que durante los diez meses que precedieron al nacimiento, no tuvo acceso carnal con su esposa. (Art. 326 del Código Civil).

Primero, porque aunque lo declare ante la presencia judicial no será considerada como válida, si no se le ocultó el nacimiento y segundo, porque el legislador absurdamente se refiere de manera escueta a los diez meses que precedieron al nacimiento, que incluyen el día anterior, una semana antes, etc., lo cual amerita mejorar su redacción.

Los hijos nacidos fuera de estos términos legales, tendrían en principio el carácter de extramatrimoniales, sin embargo, por lo que se refiere al hijo nacido dentro de los primeros ciento ochenta días siguientes al matrimonio, su filiación paterna en favor del marido de la madre quedará establecida legalmente, si se prueba que: I.- Supo antes de casarse del embarazo de su futura consorte; para esto se requiere un principio de prueba por escrito; algo frecuente que sin embargo, nadie tiene la precaución de obtener la prueba por escrito; II.- Que concurrió al levantamiento del acta de nacimiento y ésta fue firmada por él, o contiene su declaración de no saber firmar; lo cual constituye una aceptación voluntaria; III.- Que ha reconocido expresamente como suyo al hijo de su mujer; IV.- Que el hijo no nació capaz de vivir, porque el legislador lo ha considerado irrelevante para el derecho.

En estos supuestos no existe presunción de paternidad, sino un reconocimiento tácito o expreso por parte del padre de su filiación con el hijo.

Respecto a los hijos nacidos después de trescientos días contados desde que judicialmente y de hecho tuvo lugar la separación provisional prescrita para los casos de divorcio y nulidad, son considerados hijos matrimoniales, siempre y cuando el progenitor no ejercite la acción de desconocimiento dentro del plazo legal de sesenta días; pero la mujer, el hijo, o el tutor de éste pueden sostener en tales casos que el marido es el padre. (Art. 327 del Código Civil).

Criterio que hoy por hoy sabemos que es fácil comprobar a través de las pruebas biológicas, y que pueden fácilmente destruir en forma idubitable el criterio del legislador, independientemente de la posibilidad de los hijos concebidos *post mortem* o que han sido objeto de alguna técnica de reproducción artificial humana, que pueden nulificar estos criterios, por lo cual considero que el legislador debiera incluir de manera expresa las pruebas biológicas, especialmente la de compatibilidad inmunogenética.

En caso de matrimonios sucesivos de la madre, en contravención a los plazos establecidos por el artículo 158 del Código Civil, la filiación del hijo que nazca después de celebrado el nuevo matrimonio, se establecerá conforme a las reglas siguientes:

I.- Se presume que el hijo es del primer matrimonio, si nace dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del primer matrimonio y antes de ciento ochenta días de la celebración del segundo;

II.- Se presume que el hijo es del segundo matrimonio, si nace después de ciento ochenta días de la celebración del segundo matrimonio, aunque el nacimiento tenga lugar dentro de los trescientos días posteriores a la disolución del primer matrimonio.

El que negare las presunciones establecidas en las dos fracciones que preceden, deberá probar plenamente la imposibilidad física de que el hijo sea del marido a quien se atribuye.

III.- El hijo se presume nacido fuera de matrimonio, si nace antes de ciento ochenta días de la celebración del segundo matrimonio y después de trescientos días de la disolución del primero.

En este sentido, una vez que hemos determinado la forma de establecer la filiación de un hijo dentro del matrimonio, pasemos ahora al estudio de las formas en que éste hecho puede probarse.

2.2.2.1.4 Pruebas de la Filiación Matrimonial

Legalmente los medios para probar la filiación matrimonial son el acta de nacimiento del hijo, junto con la de matrimonio de sus padres, o en su defecto, con la posesión constante de estado de hijo de matrimonio, y en la ausencia de todas las anteriores, es admisible cualquier medio de prueba, con la salvedad de que para que sea admitida la testimonial es indispensable que exista un principio de prueba por escrito, indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión (Art. 340 y 341 del Código Civil).

2.2.2.1.4.1 El Acta de Nacimiento y Matrimonio

El acta de nacimiento acredita tanto la existencia del parto como la identidad del hijo, sin embargo, Planiol afirma que “el acta de nacimiento no prueba completamente la filiación: Únicamente da fe, lo que es muy diferente del hecho de la maternidad, es decir del parto. ... De ninguna manera prueba ella la identidad del hijo.”⁸³

En consecuencia las actas del Registro Civil son prueba de dos hechos: Que los progenitores se encuentran unidos en matrimonio y que una persona es hijo de ambos cónyuges. Por lo tanto, si una persona pretende que es hijo de matrimonio, su filiación sólo quedará establecida legalmente por medio de dichas actas siempre que se compruebe, que los datos que contienen dichos documentos se refieren precisamente a la persona cuya filiación se trata de establecer. Esto es, desde luego en el campo jurídico formal, que no necesariamente puede ser coincidente con la realidad biológica.

Si uno de los registros faltare o estuviera inutilizado y existe duplicado, de éste deberá tomarse la prueba, sin admitir de otra clase.

2.2.2.1.4.2 La Posesión de Estado

⁸³ Ob. Cit., p. 113.

La posesión de estado de hijo de matrimonio probará supletoriamente la filiación matrimonial del hijo, cuando las actas del Registro Civil sean defectuosas, incompletas o falsas. Se dice que una persona se haya en posesión de estado de hijo de matrimonio, cuando ostenta públicamente de una manera regular y constante, un estado civil que puede o no coincidir, con el que jurídicamente le pertenece, es decir, el trato y la fama le confieren y crean derechos.

La posesión de estado de hijo de matrimonio es el goce y ejercicio de un estado civil determinado, en su manifestación en los hechos, independientemente de la existencia o inexistencia del título legal.⁸⁴

La posesión de estado se acredita con el reconocimiento constante que como hijo de matrimonio se haga por la familia del marido y en la sociedad. Es lo que la doctrina llama la fama. Pero además de la fama deben concurrir las siguientes circunstancias :

- a.- Que el hijo haya usado constantemente el apellido del pretendido padre, con autorización de éste. “*nomen*”
- b.- Que el padre haya tratado al hijo como nacido de matrimonio, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento. “*tractus*”
- c.- Que el presunto padre tenga la edad exigida para contraer matrimonio, más la edad del hijo.

⁸⁴ Arias, José. Citado por Fueyo Lanieri, Fernando. “*Derecho Civil*”, Tomo VI. Derecho de Familia. Volumen III, Editorial Platense, La Plata, Argentina, 1982, p. 471.

Cicu opina que, debiera exigirse para acreditar la posesión de estado de hijo de matrimonio, todos los elementos constitutivos de ésta y no sólo algunos, ya que es la única forma de asegurar que la filiación no sea un estado artificial creado por los presuntos padres.⁸⁵

La posesión de estado de hijo de matrimonio es prueba subsidiaria, ya que sólo será aplicable cuando no existan actas del Registro Civil, se trata de una prueba por sí misma, ya que no necesita declaración judicial, y para el hijo tiene el carácter de título de filiación, haciéndolo acreedor a todos los derechos y obligaciones que este estado le impone, los cuales no podrá perderlos sino por sentencia ejecutoriada. (Art. 352 del Código Civil).

Por otro lado probada la posesión de estado, se acredita no sólo que una mujer ha dado a luz a su hijo, y que tal hijo ha sido engendrado por su marido, sino también ha quedado probada la identidad de la persona que ostenta ese estado civil.

Con la posesión de estado de hijo de matrimonio se resuelve la llamada adopción de hecho, es decir, que cierta persona sea incorporada de hecho en una familia y nunca se realice trámite alguno de adopción, éste podrá obtener derechos de forma supletoria en caso de que los que los hayan adoptado de hecho estén casados, no así en tratándose de solteros o concubinos.

⁸⁵ *“La Filiación”*, 1ª edición, Traducción. Faustino Jiménez Arnau y José Santacruz Teijeiro, Ed. Imprenta Helénica. En Revista de Derecho Privado, Madrid, España. 1930, pp. 32 - 33.

2.2.2.1.5 Acciones de Filiación Matrimonial

Las acciones que pueden derivarse de la filiación legítima son, por un lado las que van dirigidas a impugnar el estado de filiación que un hijo tiene o cree tener, genéricamente son acciones de desconocimiento o desplazamiento de estado; por otro lado se encuentran las que tienen por finalidad reivindicar ese estado por quién de hecho no lo ostenta, son las llamadas acciones de reclamación o emplazamiento de estado.

Específicamente las acciones de impugnación derivadas de la filiación matrimonial, son las de desconocimiento y contradicción de la paternidad, que tiene a su favor el padre en contra del pretendido hijo. Dentro de las acciones de emplazamiento se encuentra únicamente la acción de reclamación de estado de hijo de matrimonio que tiene a su favor el hijo en contra de los supuestos padres.

Chávez Asencio sostiene que, aún cuando no se encuentren específicamente reguladas en el Código Civil, la madre puede ejercitar la acción inominada de impugnación de la maternidad legítima, para desplazar al hijo de matrimonio de su actual *status*, por no corresponder a la realidad biológica, o bien, demostrando la suposición de parto o sustitución de infante.⁸⁶

⁸⁶ “*La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales*”. 2ª edición actualizada, Ed. Porrúa, S.A. México, 1992, p. 90.

Es importante destacar que con el ejercicio de estas acciones de filiación, no entra en controversia la existencia o validez del matrimonio de los padres, sino únicamente la filiación del hijo, para considerarlo o no procreado por los integrantes de la pareja.

Las acciones derivadas de la filiación matrimonial presuponen, la existencia de un título de filiación oponible al reclamante o al impugnante, como al nacimiento o la viabilidad del hijo, y para los efectos legales sólo se reputa nacido al feto que desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil. Faltando alguna de estas circunstancias, nunca ni nadie podrá reclamar o entablar demanda sobre paternidad. (Art. 337 del Código Civil). Este criterio encuentra su razón de ser en la intrascendencia de la determinación de la filiación del hijo que no nazca viable.

2.2.2.1.5.1 Contradicción de la Paternidad

La acción de contradicción de paternidad procede contra la presunción legal de filiación legítima que tienen a su favor los hijos nacidos después de ciento ochenta días de celebrado el matrimonio y dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del mismo, por nulidad, divorcio o muerte del marido.

En este caso, la carga de la prueba la asume el marido de la madre en virtud de que, “la concepción del hijo se efectuó durante el matrimonio, en un

momento en que nada dispensaba a los esposos su deber de cohabitación; la presunción de paternidad del marido tiene toda su fuerza, la cual es muy grande. En consecuencia, esta presunción sólo puede destruirse mediante una prueba cierta de la no paternidad.”⁸⁷

Esta acción procederá únicamente en la hipótesis contenida en el artículo 325 del Código Civil, es decir, cuando en la época legal de la concepción -ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento- al marido le haya sido físicamente imposible tener acceso carnal con su mujer; Dicha imposibilidad pudo haber tenido su origen en la falta de cohabitación de los cónyuges, o en la impotencia del marido, sobrevinida a la celebración del matrimonio.

Por otro lado, el marido no podrá desconocer a los hijos, ni aún en caso de adulterio de la madre, a menos que haya mediado ocultación del nacimiento, o que demuestre que durante los diez meses que precedieron al nacimiento, no tuvo acceso carnal con su esposa. En consecuencia, para la procedencia de ésta acción el marido deberá probar además del adulterio de la esposa, la ocultación del nacimiento, o en su defecto la imposibilidad física del acceso carnal durante los diez meses anteriores al nacimiento.

De los preceptos legales antes analizados “(mucho habría que comentar respecto a ellos) sólo nos interesa ahora, aquello de “no se admite otra prueba”

⁸⁷ Planiol, Marcel y Georges Ripert. *“Tratado Elemental de Derecho Civil”*. Tomo I, 2 Divorcio, filiación incapacidades, Traducción José M^a Cajica Camacho, Ed. Cajica, S.A., Puebla, Pue., México, 1984, p. 132.

(Art. 325) y “no podrá desconocer a los hijos... a no ser que” (Art. 326); esto es, nos importa destacar lo cerrado que son, lo limitantes que resultan para el infortunado supuesto progenitor, que aún conociendo de cierto que los “hijos” que se le atribuyen no son suyos (la esposa incluso podría haber confesado el adulterio), está impedido de destruir la presunción porque la ley restringe, hasta el estrangulamiento, los medios de prueba”⁸⁸

En este sentido, la legislación actual, en materia de determinación de las relaciones paternos filiales, ha ignorado los avances científicos que se han dado en materia de genética humana, ya que, hoy por hoy es posible, tanto la reproducción sin conjunción carnal (con la ayuda de las técnicas de reproducción artificial humana), como la posibilidad de determinar con absoluta certeza el vínculo biológico entre padres e hijos por medio de la prueba de compatibilidad inmunogenética.*

⁸⁸ Barroso Figueroa, José. “*Maternidad, Paternidad y Genética*”, Estudios Jurídicos que en homenaje a Antonio de Ibarrola Aznar presenta el Colegio de Profesores de Derecho Civil de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1ª coedición, Ed. por Filiberto Cárdenas Uribe/ Cárdenas Editor y Distribuidor y Facultad de Derecho de la UNAM, México, D.F. 1996, p. 33.

* La llamada prueba de compatibilidad inmunogenética es de capital importancia en virtud de que, gracias a ella con los índices combinados (probabilidad acumulada de exclusión e inclusión presentan una certeza aún mayor que si el progenitor dejara huellas digitales grabadas en el niño. Esta prueba requiere “una simple extracción de sangre, equivalente a cualquier extracción indicada para los análisis comunes de laboratorio bioquímico, inocua, indolora, no invasora y atraumática, es el único material biológico necesario para llegar a un diagnóstico de asignación de filiación con una certeza de aproximadamente 100%. La extracción efectuada siguiendo las reglas normales de asepsia en breves segundos termina con las tribulaciones, angustias, inseguridades y deterioro anímico que significan a veces años de recolección de pruebas, testimonios, fotografías, comprobaciones sociales etcétera.” Por otro lado, “la prueba de compatibilidad inmunogenética se compone de cuatro partes fundamentales: determinación de los grupos sanguíneos eritrocitarios y los subgrupos (ya se incluían en las determinaciones clásicas), de los antígenos humanos leucocitarios o antígenos del sistema HLA, de las proteínas del suero sanguíneo (proteínas sericas) como por ejemplo las inmunoglobinas, transferina, haptoglobina y muchas más y de los alelos de las enzimas, también ubicadas en el suero sanguíneo o dentro de las células

A través de las pruebas biológicas se puede determinar con exactitud la procedencia de una persona analizando los antecedentes genéticos e inmunológicos de una persona que constituyen el código genético

2.2.2.1.5.2 Desconocimiento de la Paternidad

Por su parte, la acción de desconocimiento de la paternidad procede cuando el hijo nazca dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, siempre y cuando no concurra ninguna de las causas de improcedencia establecidas por el artículo 328 del Código Civil; cuando el hijo nazca después de los trescientos días siguientes a la separación judicial y de hecho de los padres por virtud de mandato judicial; y cuando el hijo nazca después de trescientos días de disuelto el matrimonio.

Para la procedencia de esta acción, basta la sola negación del marido, es decir, son la madre y el hijo quienes tendrán la carga de la prueba, en virtud de que, "la concepción del hijo se coloca en un momento en que la cohabitación no era un deber para los esposos, ya sea por haberse realizado antes del matrimonio, o durante éste, en un momento en que los esposos vivían regularmente separados, es mucho mas débil la fuerza de la presunción de la paternidad del marido. Le hace falta su fundamento ordinario; la cohabitación de los esposos. Sin embargo, la ley la mantiene en principio; pero es muy frágil, puesto que se destruye mediante una simple negativa del marido; salvo

como son la glioxalasa, la fosfoglucomutasa, etcétera." Ver. Verruno, Luis y Emilio J.C. Haas., Ob. Cit., pp. 13-17.

el derecho de sus adversarios para oponerle ciertas causas de improcedencia previstas y determinadas por la ley.”⁸⁹

Las acciones de contradicción y desconocimiento de la paternidad pueden ser ejercitadas únicamente por el marido, mientras este vivo y sea capaz, dentro del plazo de sesenta días, contados desde el nacimiento, si ésta presente; desde el día en que llegó al lugar, si estuvo ausente; o desde el día en que descubrió el fraude, si se le ocultó el nacimiento. (Art. 330 del Código Civil).

En caso de que el marido de la madre se encuentre en estado de interdicción, el ejercicio de la acción corresponde a su tutor, pero si éste no ejercita la acción, podrá hacerlo el marido después de haber salido de la incapacidad, dentro del plazo de sesenta días, que se contarán desde el día en que legalmente se declare haber cesado su estado de interdicción. Los herederos del marido, pueden ejercitar las acciones de desconocimiento y contradicción de la paternidad en los casos en que podría hacerlo el padre, cuando éste teniendo o no tutor, haya muerto sin recobrar la razón. (Arts. 331 y 332 del Código Civil).

Hay que recordar que el tutor legal del cónyuge es el otro cónyuge, quien no podrá ejercitar acción alguna, contra sí mismo, por lo que en este caso será necesario nombrar un tutor especial al marido de la madre.

⁸⁹ Planiol, Marcel y Georges Ripert. “*Tratado Elemental de Derechos Civil*”, Tomo I y II, Ob. Cit., p. 132.

Cuando el marido haya muerto siendo capaz, pero sin hacer reclamación dentro del término hábil, los herederos podrán ejercitar las acciones de desconocimiento y contradicción, dentro del término de sesenta días, contados desde aquél en que el hijo haya sido puesto en posesión de los bienes del padre, o desde, que los herederos se vean turbados por el hijo en la posesión de la herencia, excepto, en el caso de los hijos nacidos dentro de los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, en cuyo caso, será indispensable que el marido haya comenzado el ejercicio de la acción. (Art. 333 del Código Civil.)

2.2.2.1.5.3 Reclamación de Estado

Por su parte la acción de reclamación de estado de hijo de matrimonio, es aquella que se otorga a los hijos y a otros interesados, para demostrar su filiación matrimonial, por carecer de la misma o por ser inexacta la existente, en cuyo caso, será necesario impugnar la filiación contradictoria.

Rojina Villegas, sostiene que esta acción resulta procedente en los siguientes casos: a) Cuando le faltan al hijo sus actas del Registro Civil que lo acrediten como hijo de matrimonio y además no cuente con la posesión de estado de hijo legítimo; b) Cuando falte el acta de nacimiento, pero tenga la posesión de estado de hijo de matrimonio; c) Cuando tenga el acta de nacimiento, pero no la posesión de estado de hijo de matrimonio; y, d) Cuando

exista contradicción entre el acta de nacimiento y la posesión de estado de hijo de matrimonio.⁹⁰

La acción de reclamación de estado de hijo de matrimonio, compete principalmente al hijo y a sus descendientes, para quienes es imprescriptible. Los demás herederos del hijo podrán ejercitarla en caso de que el hijo haya muerto antes de cumplir veintidós años o haya caído en demencia antes de cumplir los veintidós años y muerto después en ese estado, en este caso, la acción prescribe en cuatro años, contados desde el fallecimiento del hijo. (Arts. 347 y 348 del Código Civil)

En caso de que el hijo antes de fallecido hubiese iniciado la acción de reclamación, los herederos podrán continuarla, a no ser que éste se hubiere desistido formalmente de ella o nada hubiere promovido judicialmente durante un año, contado desde la última diligencia. También podrán contestar toda demanda que tenga por objeto disputarle la condición de hijo nacido de matrimonio. (Art. 349 del Código Civil.)

La acción de reclamación de estado de hijo de matrimonio, también podrá ser ejercida por los acreedores, donatarios, o legatarios; en caso de que el hijo no haya dejado bienes suficientes para pagarles.

El derecho concedido a los herederos que no sean descendientes directos para continuar la acción iniciada por el hijo fallecido, así como las que

⁹⁰ Ob. Cit., p. 482.

competen a los acreedores, legatarios y donatarios, prescribe en cuatro años, contados desde la fecha de fallecimiento del hijo.

2.2.2.2 Filiación Extramatrimonial

2.2.2.2.1 Concepto

Mazeaud la define como “el lazo que une al hijo nacido de las relaciones de personas que no están unidas por matrimonio, bien sea con su madre (filiación natural materna) bien sea con su padre (filiación natural paterna).”⁹¹

La filiación extramatrimonial es la que corresponde al hijo que fue concebido cuando su madre no estaba unida en matrimonio; en este caso se vuelve a tomar en cuenta el momento de la concepción, el cual es determinante del *status* jurídico del hijo, por lo tanto, la filiación es extramatrimonial cuando entre la madre y el padre no existe vínculo matrimonial, por esta razón, la filiación se establece independientemente por vía paterna y materna, o por ambas, ya que la relación jurídica entre los progenitores y el hijo no surge por una presunción legal, sino por el reconocimiento voluntario realizado por los padres o por sentencia judicial que atribuya la filiación.

⁹¹ Mazeaud, Henry. Citado por Ibarrola, Antonio de. “*Derecho de Familia*”, 3ª edición, Ed. Porrúa, S.A., México, 1984, p. 422.

Este tipo de filiación, es también llamada natural o ilegítima, este último término criticado por Calixto Valverde -con quién coincidimos- que sostiene que el calificativo de hijos ilegítimos es totalmente impropio, en virtud de que el hijo no tiene ninguna intervención ni en la gestación ni en el nacimiento, por lo que en consecuencia, él no es culpable ni ha violado la ley, sino sus padres son los verdaderos responsables, por lo que en todo caso habrá padres ilegítimos, pero no hijos.⁹²

Por su parte Rojina Villegas, igualmente sostiene que el término de hijos ilegítimos es desafortunado, en virtud de que, no todos los hijos extramatrimoniales nacen de una relación ilegítima de sus padres, como es el caso del concubinato, que constituye una forma sino idónea, si legal, reconocida y aceptada socialmente de fundar una familia.⁹³

Por nuestra parte consideramos que el término de filiación ilegítima debe desaparecer, toda vez que es discriminatorio, y la tendencia legislativa internacional es en este sentido.

2.2.2.2 Antecedentes Históricos

2.2.2.2.1 Derecho Romano

⁹² Citado por Montero Duhalt, Sara., Ob. Cit., p. 284.

⁹³ Ob. Cit., p. 451.

En el antiguo derecho romano no se concedía mucha importancia a la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, en virtud de que para esa época, era del parentesco civil o agnaticio de donde derivaban las consecuencias jurídico-familiares, de manera que el hijo nacido fuera de matrimonio no se ligaba ni al padre ni a la madre; en consecuencia la distinción entre paternidad legítima y natural careció de sentido.

Para la época de Justiniano, el parentesco cognado adquiere relevancia y se distinguen las siguientes categorías de hijos nacidos fuera de matrimonio: “los *liberi naturali*, hijos de concubina; los *liberi espuri* hijos de mujer de baja condición o de vida deshonesta; los *liberi adulterini* y los *liberi incestuosi*, nacidos de una unión prohibida por razón de ligamen o parentesco. Sólo los *liberi naturali* gozaban de ciertos derechos, por ejemplo hereditarios, eran considerados parientes de sus padres y podían ser legitimados, habiéndoseles admitido a la adopción por el progenitor desde el Emperador Anastasio, adopción vedada posteriormente por Justino y por Justiniano. Este Emperador amplió sus derechos de manera que el desfavor con que se les trataba antes de la codificación fue mitigado durante su imperio hasta haberse convertido en herederos legitimarios.”⁹⁴

El derecho germánico se distinguió por la forma tan severa con que eran discriminados los hijos ilegítimos, pero, este trato fue disminuyendo con la influencia del cristianismo, que pugnó por una igualdad de todos los individuos, pero sin restar valor a la institución del matrimonio como la única forma legítima de fundar una familia. No obstante, con la aparición del

⁹⁴ Ibarrola, Antonio de., Ob. Cit., p.15.

cristianismo, la situación de los hijos nacidos fuera de matrimonio conservó caracteres de inferioridad durante la Edad Media.

2.2.2.2.2 Las Siete Partidas

Las Siete Partidas conservaron la distinción de hijos legítimos e ilegítimos; los primeros eran los que nacían de padre y madre casados verdaderamente según mandaba la Iglesia, mientras que los ilegítimos eran los que no nacían de casamiento según la Iglesia, éstos a su vez se subclasificaban en simplemente *naturales*, los que nacían de concubinato; *fornezinos*, los que nacían de una relación adulterina; *manceres*, los que nacían de mujer de vida deshonesto y los *notos* nacidos de mujer casada pero adúltera y que aparentan ser hijos del hombre que la tiene en casa pero en realidad no lo son.

La condición de hijos naturales era inferior a la de los legítimos, sin embargo, “con excepción de los hijos simplemente naturales, los otros llamados ilegítimos en sus diversas designaciones no podían tener honores y dignidades, y si las lograban, una vez descubierto su origen las perdían. No tenían tampoco derecho hereditario de sus padres y, con mayor razón de ninguno de sus demás parientes. Parentesco, por otro lado, que no podían adquirir en forma legal, al serles negada su calidad de hijos a través de la legitimación.”⁹⁵

2.2.2.2.3 Las Leyes de Toro

⁹⁵ Montero Duhaltl, Sara., Ob. Cit., p. 287.

Posteriormente la Ley número Once de Toro que pasó a la Nueva y a la Novísima Recopilación Española, comprendió dentro de la categoría de los hijos naturales, a todos aquellos cuyos padres en la época de la concepción no se encontraban impedidos para casarse, siempre que el padre los reconociera. Estos hijos, en caso de ser reconocidos por el padre tenían derecho a recibir alimentos y podían ser legitimados.

2.2.2.2.2.4 Derecho Francés

La equiparación hereditaria entre los hijos legítimos y naturales apareció por primera vez en la ley francesa, por decreto del 12 Brumario del Año II, en plena época revolucionaria, sin embargo, el Código Napoleón de 1804 restableció las desigualdades pero con menos severidad, manteniendo la prohibición de la investigación de la paternidad, ya que para ellos la relación de filiación comportaba derechos y obligaciones que sólo podían tener origen en la manifestación de la voluntad de los procreantes.

Sin embargo a principios de siglo, principalmente durante los años cincuenta, comenzó un intenso movimiento favorable a la igualdad de las filiaciones en cuanto a sus efectos jurídicos, el cual se ha plasmado prácticamente en la mayoría de las legislaciones civiles contemporáneas, eliminándose en gran medida la diferenciación resultante de la situación legal de los progenitores al momento de la concepción, o nacimiento del menor.

2.2.2.2.2.5 Derecho Mexicano

En México, los Códigos Civiles de 1870 y 1884 para el Distrito y Territorios Federales, conservaron la distinción respecto de los hijos legítimos e ilegítimos, y a estos últimos se les clasificó como naturales y espurios, naturales eran aquéllos cuyos padres en el momento de la concepción, no tenían impedimento para contraer matrimonio y espurios, eran todos los demás hijos nacidos de una relación extramatrimonial. Sin embargo, los hijos ilegítimos reconocidos tenían derecho a llevar los apellidos de sus padres, a ser alimentados por éstos y a recibir porción hereditaria, en notoria inferioridad los hijos espurios respecto de los naturales, y ambos respecto de los legítimos.

La Ley de Relaciones Familiares de 1917 suprimió la distinción entre hijos ilegítimos y espurios, denominando ilegítimos a ambas especies, sin hacer distinción entre ellos, pero limitó los derechos de los hijos naturales a extremo máximo, ya que sólo les concedió el derecho a llevar el apellido de su progenitor, eliminando el derecho a la sucesión legítima y a los alimentos.

Finalmente el Código Civil de 1928, elimina completamente las discriminaciones de los hijos por su origen, así como la forma de denominarlos, por lo que cambia la denominación de hijos legítimos e ilegítimos por la de hijos nacidos dentro o fuera de matrimonio, distinguiéndolos únicamente para efectos de la determinación y prueba de la filiación, igualando en todo los derechos y obligaciones derivadas de su filiación.

Así, en la exposición de motivos del propio Código se señaló que “por lo que toca a los hijos, se comenzó por borrar la odiosa diferencia entre los hijos legítimos y los nacidos fuera de matrimonio; se procuró que unos y otros

gozasen de los mismos derechos, pues es una irritante injusticia que los hijos sufran las consecuencias de las faltas de los padres, y que se vean privados de los más sagrados derechos, únicamente porque no nacieron de matrimonio, de lo cual, ninguna culpa tienen; se ampliaron los casos de investigación de la paternidad, porque los hijos tienen derecho de saber quiénes los trajeron a la vida, y de pedir que los autores de su existencia les proporcionen los medios de vivir; pero se procuró que la investigación de la paternidad no constituyera una fuente de escándalo y de explotación por parte de mujeres sin pudor que quisieran sacar provecho de su prostitución.”⁹⁶ Criterio que hoy en día nos parece folklórico.

2.2.2.2.3 Determinación de la Filiación Extramatrimonial

La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio, queda legalmente establecida respecto de la madre por el sólo hecho del parto y respecto del padre por medio del reconocimiento voluntario o por sentencia judicial que declare la paternidad o la maternidad, y en caso de concubinato, por las presunciones de paternidad establecidas en la ley. (Arts. 360 y 383 del Código Civil).

2.2.2.2.3.1 El Reconocimiento

2.2.2.2.3.1.1 Concepto

⁹⁶ García Tellez, Ignacio. *Motivos, Colaboración y Concordancias del Nuevo Código Civil Mexicano*, Ed. Porrúa, S.A. México, D.F., 1965, p. 47.

El reconocimiento se define como “el acto jurídico unilateral y solemne de admitir la propia paternidad (o maternidad), al que la ley atribuye el efecto de determinación legal de la filiación.”⁹⁷

2.2.2.2.3.1.2 Naturaleza Jurídica

La doctrina se ha dividido en numerosas corrientes, para tratar de explicar la naturaleza jurídica del reconocimiento, las más significativas han sido las siguientes:

a.- Reconocimiento Confesión.- Esta teoría ha sido sustentada por Planiol principalmente y sostiene que el reconocimiento es un medio de prueba, una confesión del carácter de padre o madre extramatrimonial, y en ese sentido afirma que “el reconocimiento de un hijo natural es un acto eminentemente personal; una filiación que solo puede emanar del padre respecto de la filiación paterna; y de la madre por lo que hace a la materna, o del mandatario de éstos.”⁹⁸ En conclusión el reconocimiento es la confesión de la filiación natural existente.

Esta teoría ha sido desvirtuada en primer lugar por que la confesión como medio de prueba, solo tiene valor en perjuicio del confesante, no así el

⁹⁷ Peña Bernaldo de Quiroz, Manuel., Ob. Cit., p. 427.

⁹⁸ Planiol, Marcel y Georges Ripert. “*Tratado Elemental de Derecho Civil*”, Tomo I y II., Ob. Cit., p.154.

reconocimiento que tiene efectos *erga omnes*; en segundo lugar la confesión como prueba solo puede ser judicial directa y expresa, y el reconocimiento, según el Código Civil vigente tiene diversas formas de realizarse.

b.- Reconocimiento Admisión.- Esta teoría sostiene que es un acto por medio del cual el padre o la madre quiere admitir y admite al hijo como suyo y le otorga el beneficio de los derechos inherentes a la filiación. En este caso el reconocimiento no es un simple medio de prueba, sino un verdadero acto jurídico, “por cuanto que hay en su autor la intención de crear efectos de derecho al afirmar que ha engendrado al hijo, al transformar la posible relación simplemente biológica, en una relación jurídica cierta, y en un estado jurídico que va a originar múltiples consecuencias de derecho.”⁹⁹

Esta teoría ha sido objetada, en virtud de que el reconocimiento es impugnabile, por lo tanto no basta la voluntad de quien reconoce para atribuir el estado jurídico, ni para atribuirse el carácter de padre o madre con los derechos y obligaciones consiguientes.

c.- Reconocimiento Confesión - Admisión.- Frente a las anteriores tesis, Ambrosio Colín crea una teoría que pretende ser una mezcla de las dos anteriores. Según Colín el reconocimiento tiene una doble naturaleza, es por un lado una confesión, porque es un medio de prueba y como consecuencia irrevocable, y por otro lado es una admisión, por que es un acto de voluntad por medio del cual el padre admite al hijo como suyo, y como acto de

⁹⁹ Colín, Ambrosio. citado por Rojina Villegas Rafael., Ob. Cit. p. 507.

voluntad tiene el carácter *erga omnes* y esta sujeto a la teoría de las nulidades.¹⁰⁰

d.- Reconocimiento como Acto de Poder Familiar.- Esta tesis sostenida por Antonio Cicu postula que el reconocimiento no es un simple medio de prueba, en virtud de que sus efectos son producidos independientemente del juicio, pero tampoco es un acto jurídico, en virtud de que la filiación de las personas no es susceptible de transacción entre las partes, en consecuencia el reconocimiento se considera como un acto de poder familiar, ejercido por el padre o la madre, quienes son los órganos de familia capacitados para exteriorizar su voluntad y crear el estado legal del hijo.¹⁰¹

e.- Reconocimiento como acto próximo al negocio jurídico.- Este teoría es sostenida por Albaladejo García y Puig Brutau, quienes afirman que, el reconocimiento no es un negocio jurídico, la declaración de la voluntad de los progenitores no origina la relación filial, en virtud de que no se trata de una materia susceptible de regulación privada, sino que esta legalmente predeterminada, por lo tanto, la declaración de paternidad o maternidad se limita a determinar la relación que ya existe como resultado de la generación. En consecuencia, el reconocimiento es la afirmación de paternidad o maternidad, cuyos derechos y obligaciones se producen quiéralos o no el autor de la declaración. El reconocimiento crea una superestructura al servicio de la relación jurídica de la filiación, lo que provoca que se le aplique el régimen

¹⁰⁰ Belluscio, Cesar Augusto., Ob. Cit., p. 232.

¹⁰¹ Ob.Cit., pp. 212-213.

legal de los negocios jurídicos, como lo relativo a la capacidad y las nulidades.¹⁰²

f.- Reconocimiento como acto jurídico.- Para la mayor parte de la doctrina nacional y extranjera, el reconocimiento es un verdadero acto jurídico, ya que nace de la voluntad de los que reconocen, independientemente de que este hecho coincida o no con la realidad biológica derivada de la procreación, es decir, la voluntad en este caso es la que otorga el carácter de acto jurídico al reconocimiento, ya que la sola realidad biológica no implica la existencia del vínculo jurídico filial, sino que es necesario que este integrada por el reconocimiento o por la declaración judicial de la filiación, e inversamente, el reconocimiento produce efectos aún cuando no concuerde con la realidad biológica.

Por otro lado, aún cuando en la ley estén predeterminadas las formas de realizar el reconocimiento, así como sus consecuencias jurídicas, ello no **(obsta)** para que se siga considerando como un acto jurídico, ya que lo mismo sucede con otros actos jurídicos, como por ejemplo el matrimonio.¹⁰³

Ahora bien, queda claro que el reconocimiento tiene la naturaleza de ser un acto jurídico, sin embargo, coincido con el criterio de Chávez Asencio, en el sentido de que “solo se deben entender como actos jurídicos los modos de reconocimiento que se hagan con posterioridad al levantamiento del acta de

¹⁰² Puig Brutau., Ob. Cit., p. 200.

¹⁰³ Belluscio., Ob. Cit., pp. 233-234.

nacimiento.”¹⁰⁴ La fracción I del artículo 369 del Código Civil señala como forma de reconocimiento el registro en la partida de nacimiento ante el Juez del Registro Civil, lo que es simple y sencillamente “una declaración hecha ante una autoridad administrativa que produce efectos de reconocimiento”¹⁰⁵, pero no es un acto jurídico ya que, en el levantamiento del acta no se requiere la manifestación expresa de la voluntad de reconocer; mientras que el reconocimiento realizado en acta especial, en escritura pública, testamento o por confesión judicial, necesariamente entrañan la expresión de la voluntad de los progenitores de reconocer, y como consecuencia la existencia de un acto jurídico.

2.2.2.2.3.1.3 Características

El reconocimiento tiene las siguientes características:

1º.- Es unilateral, por que basta la sola voluntad del progenitor, sin el concurso de ninguna otra para que el reconocimiento quede perfeccionado y surta sus efectos legales.

2º.- Es declarativo, porque no crea el vínculo biológico, sino que únicamente lo fija o hace constar, por lo que sus efectos se retrotraen hasta el momento de la concepción.

3º.- Es individual, porque sólo surte efectos respecto de la persona que lo hace y no respecto del otro progenitor.

¹⁰⁴ Ob. Cit., p.146.

¹⁰⁵ Ibidem., p.148.

4o.- Es personalísimo, porque no puede provenir sino de los progenitores de la persona cuya filiación se trata, sin embargo, el artículo 44 del Código Civil permite el reconocimiento por medio de un mandatario con poder especial otorgado en escritura o en escrito privado ante dos testigos y ratificado ante notario público o juez.

5o.- Es puro y simple, porque al ser un acto de familia constitutivo del estado civil, no puede ser sometido a término, plazo o condición que altere sus consecuencias jurídicas.

6o.- Es irrevocable, porque establecido el estado civil de la persona de cuya filiación se trata, no se puede revocar, mas aún cuando el reconocimiento se haga por medio de testamento (siendo éste revocable en todo tiempo por naturaleza) y éste se revoque, no se tendrá por revocado el reconocimiento.

7o.- Es solemne, en virtud de que la ley exige que se realice exclusivamente de alguno de los modos siguientes: En la partida del nacimiento ante el juez del Registro Civil; por acta especial ante el mismo juez; por escritura pública; por testamento y por confesión judicial directa y expresa.

2.2.2.2.3.1.4 Requisitos

Los requisitos del reconocimiento son, en cuanto a los sujetos activos; podrán reconocer el padre o la madre, separada o conjuntamente, con la salvedad de que si lo hacen de forma separada, el progenitor no podrá revelar en el acto del reconocimiento el nombre del otro progenitor, ni exponer

ninguna circunstancia con que pueda ser identificado. (Arts. 370 y 371 del Código Civil.)

El cónyuge podrá reconocer al hijo habido antes de su matrimonio sin el consentimiento del otro cónyuge; pero no tendrá derecho a llevarlo a vivir al hogar conyugal sino con autorización expresa de éste. (Art. 372 del Código Civil)

La madre no tiene derecho a dejar de reconocer a su hijo, y está obligada a que su nombre figure en el acta de nacimiento, sin embargo, en caso de abandono del menor o que se desconozca quién es la madre, será posible el reconocimiento materno.

El hombre puede o no reconocer a sus hijos extramatrimoniales, pero cuando el hijo ya haya sido reconocido por su madre, ésta podrá contradecir el reconocimiento hecho sin su consentimiento.

En cuanto a los sujetos pasivos, pueden ser reconocidos, todos los hijos nacidos fuera de matrimonio, que no tengan una filiación legalmente establecida, sin perjuicio de que pueda impugnarse la filiación contradictoria.

Puede reconocerse al hijo no nacido pero concebido y al que ya ha fallecido, siempre y cuando haya dejado descendencia, ya que de esta manera pueden aprovechar el reconocimiento póstumo y suceder a sus abuelos naturales. Así mismo pueden reconocerse a los hijos mayores de edad, con su

consentimiento y a los menores con el consentimiento de su tutor. (Art. 364 del Código Civil)

El hijo de una mujer casada, no podrá ser reconocido como hijo de un hombre distinto a su marido, sino cuando éste lo haya desconocido y exista sentencia ejecutoriada que declare que el hijo no es suyo. (Art. 374 del Código Civil). En este caso, para el reconocimiento se necesitará el consentimiento de la madre y del hijo si es mayor de edad.

2.2.2.2.3.1.5 Efectos

El reconocimiento como todo acto jurídico crea derechos y obligaciones entre el que reconoce y el reconocido. Así el artículo 389 del Código Civil dispone que el hijo reconocido por el padre o la madre o por ambos, tiene derecho:

1º.- A llevar el apellido paterno de sus progenitores, o ambos apellidos del que lo reconozca, en caso de que sólo se trate de uno.

2º.- A ser alimentado por los progenitores que lo reconozcan.

3º.- A percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la ley.

Además, el reconocimiento otorga al reconocido la calidad de hijo de los progenitores que lo reconocen, por lo que automáticamente entra bajo su patria potestad, o bien, se origina la tutela legítima, cuando ésta tenga que ser constituida.

2.2.2.2.3.2 La Sentencia Judicial

Por otro lado, la filiación extramatrimonial de un hijo puede ser determinada por medio de una sentencia judicial que se dicte como resultado de un juicio de investigación de maternidad o paternidad.

La doctrina clásica distingue entre el reconocimiento voluntario, en donde espontáneamente los padres reconocen ser progenitores del hijo reconocido y el reconocimiento forzoso que surge como resultado de una sentencia judicial que declara la paternidad o maternidad. Sin embargo, considero que el reconocimiento forzoso, no es propiamente un reconocimiento, ya que no existe la voluntad de reconocer por parte del progenitor, sino es una declaración judicial producto del ejercicio de una acción de investigación, que surte efectos de reconocimiento voluntario.

2.2.2.2.3.3 Presunción de Paternidad en el Concubinato

Finalmente, en el caso del concubinato el artículo 383 del Código Civil establece una presunción legal para determinar la filiación de los hijos nacidos dentro de esta relación, así textualmente dispone que: 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 en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que la presunción de la paternidad derivada del concubinato, opera de pleno derecho sin necesidad de que medie juicio, es decir se trata de una filiación natural legalmente establecida, de forma análoga a la presunción de la paternidad matrimonial.¹⁰⁶

2.2.2.2.4 Pruebas de Filiación Extramatrimonial

La maternidad extramatrimonial es susceptible de prueba directa, ya que para la madre el reconocimiento de un hijo es forzoso.

Galindo Garfias opina que para determinar la filiación extramatrimonial, deben quedar acreditados sucesivamente los siguientes hechos: “a) el parto de la madre; b) la identidad del hijo. Para probar el hecho del nacimiento, son admisibles toda clase de pruebas. La prueba fehaciente del parto, es el acta de nacimiento si en ella figura el nombre de la madre o el acta de reconocimiento hecho por la madre. A falta de estos elementos probatorios, por medio de la sentencia que declara la maternidad. La identidad del hijo puede quedar establecida por medio de testigos. Empero debe tenerse presente, que la huella digital de la persona que es presentada ante el juez del Registro Civil, figura impresa en el acta de nacimiento.”¹⁰⁷

¹⁰⁶ Galindo Garfias, Ignacio., Ob. Cit., p. 639.

¹⁰⁷ Ibidem., p. 638.

La filiación extramatrimonial paterna, no es susceptible de prueba directa , toda vez que a excepción del concubinato, no existen presunciones legales que atribuyan la paternidad, por lo que ésta quedará acreditada únicamente por medio del acta de reconocimiento voluntario o con la sentencia judicial que declare la filiación.

2.2.2.2.5 Acciones de Filiación Extramatrimonial

Las acciones que se derivan de la filiación extramatrimonial son: Por un lado las acciones de investigación de filiación, que puede ser tanto de maternidad como de paternidad, cuya finalidad es atribuir a determinado progenitor la filiación del hijo que la reclama, siempre y cuando se acrediten los extremos determinados en la ley.

Por otro lado se encuentran las acciones de contradicción del reconocimiento, cuya finalidad es impugnar el reconocimiento hecho indebidamente o en perjuicio de un menor.

2.2.2.2.5.1 Investigación de la Maternidad y Paternidad

Cuando una persona nace fuera de matrimonio, ante la omisión del progenitor de reconocerlo voluntariamente, la ley le otorga el derecho de solicitar la imputación de la paternidad al sujeto que sea su progenitor. Este

derecho del hijo se manifiesta mediante el ejercicio de una acción llamada investigación de la filiación, que puede ser tanto materna como paterna.

Castán Tobeñas define a la acción de investigación de la filiación como “la facultad que tienen los hijos ilegítimos en ciertos casos y bajo ciertas condiciones, de acudir a los tribunales para aportar las pruebas de su filiación, a fin de que ésta sea declarada por los mismos e impuestas a los padres las consecuencias legales que la relación paterno filial lleva consigo.”¹⁰⁸

De acuerdo con el artículo 388 del Código Civil, las acciones de investigación de paternidad o maternidad sólo pueden intentarse en vida de los padres, pero si éstos fallecen durante la minoría de edad de sus hijos, tienen éstos el derecho de intentar la acción antes de que se cumplan cuatro años de su mayoría de edad, es decir, hasta antes de que cumplan veintidós años de edad.

En tanto el artículo 387 del Código Civil dispone que el hecho de dar alimentos no constituye por sí sólo prueba, ni aún presunción de paternidad o maternidad. Tampoco puede alegarse como razón para investigar ésta. Un criterio contrario desestimaría la ayuda humanitaria a menores.

La investigación de la paternidad, se encuentra permitida en los siguientes supuestos:

1.- En los casos de raptó, estupro o violación, cuando la época del delito coincida con la de la concepción;

¹⁰⁸ Castán Tobeñas, José. “*Derecho Civil Español y Foral*.” Tomo IV (Derecho de familia), 6ª edición revisada, Instituto Ed. REU. Madrid, España, 1944, p. 21.

2.- Cuando el hijo se encuentre en posesión de estado de hijo del presunto padre;

3.- Cuando el hijo haya sido concebido durante el tiempo en que la madre habitaba bajo el mismo techo con el pretendido padre, viviendo maritalmente;

4.- Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre.

Es importante destacar que estas cuatro hipótesis constituyen el presupuesto indispensable para el ejercicio de la acción de investigación de la paternidad, pero no acreditan la misma, ya que quedará al criterio del juzgador otorgar el valor probatorio que corresponda a las pruebas rendidas por las partes en la secuela procedimental, siendo admisible en el juicio todos los medios ordinarios de prueba.

Por su parte, respecto de la investigación de la maternidad, cabe aclarar que en principio la madre no tiene derecho a dejar de reconocer a sus hijos y tiene además la obligación de que su nombre figure en el acta de nacimiento, sin embargo, en caso de exposición o abandono del recién nacido, o de que se haya registrado falsamente a un menor como hijo de otra mujer, procederá la investigación de la maternidad, la cual, podrá ser ejercitada, tanto por el hijo como por sus descendientes, excepto cuando tenga por objeto atribuir la maternidad a una mujer casada. Sin embargo, se podrá atribuir la maternidad a una mujer casada, cuando ésta se deduzca de una sentencia civil o criminal.

En la investigación de la maternidad existe un sistema abierto de prueba, ya que la relación filial se puede acreditar por cualquier medio ordinario de prueba. “Es así como incluso dentro del juicio sucesorio, sin necesidad de un juicio especial, se puede acreditar mediante testigos a quiénes les conste el hecho del parto y la identidad del hijo, la maternidad que da derecho a heredar al hijo natural.”¹⁰⁹

2.2.2.2.5.2 Impugnación del Reconocimiento

Así mismo, de la filiación extramatrimonial se deriva la acción de impugnación del reconocimiento, que tiene la finalidad de destruir el vínculo filial que se ha establecido por medio del reconocimiento, ya sea porque no coincida con el vínculo biológico, o bien, cuando éste se realice en perjuicio del menor.

La impugnación del reconocimiento, procede en los siguientes casos:

1.- Cuando el reconocimiento de un menor de edad se efectúe en su perjuicio; en este caso el Ministerio Público, tiene acción contradictoria para impugnar el reconocimiento. El ejercicio de esta acción caduca cuando el menor llega a la mayoría de edad.

2.- Cuando el progenitor reclame para sí el carácter de padre o madre con exclusión de quién hubiere hecho el reconocimiento indebidamente o sólo para efecto de la exclusión.

¹⁰⁹ Rojina Villegas, Rafael., Ob. Cit., p. 503.

3.- Cuando un tercero se vea afectado por obligaciones derivadas del reconocimiento ilegalmente efectuado, quién puede contradecirlo por vía de excepción. En este caso el demandado tendrá que probar que quién reconoció no es la madre o padre del reconocido.

4.- Contra el reconocimiento que un hombre haya hecho o pretenda hacer de un niño que haya estado al cuidado de una mujer que le haya dado su nombre o permitido que lo lleve, que públicamente lo haya presentado como hijo suyo y proveído a su educación y subsistencia. El término para que la mujer impugne este reconocimiento es de sesenta días contados desde que tuvo conocimiento del mismo.

5.- Cuando el reconocimiento de un menor se realice por el padre sin el consentimiento de la madre, en caso de que ésta lo haya reconocido previamente, quedando desde el momento de la contradicción, sin efecto el reconocimiento paterno, el cual tendrá que resolverse en el juicio contradictorio correspondiente.

6.- Cuando el hijo reconocido siendo menor de edad, llegue a la mayoría. El término para deducir esta acción es de dos años, contados a partir de la mayoría de edad del hijo, si antes de serlo tuvo noticia del reconocimiento, y si no la tenía, desde la fecha en que se enteró del mismo.

2.2.2.3 La Filiación Adoptiva

La filiación adoptiva corresponde a los hijos que “no siéndolo por la sangre, adquieren la condición de tales en virtud de un especial acto

jurídico”¹¹⁰ denominado adopción. Sin embargo, el análisis detallado de este tipo de filiación, lo reservaremos para el capítulo siguiente.

2.2.2.4 La Legitimación

La legitimación se puede definir como “aquella situación jurídica por virtud de la cual mediante el subsecuente matrimonio de los padres, se atribuye a los hijos naturales el carácter de hijos legítimos con todos los derechos y obligaciones que corresponden a esta calidad.”¹¹¹

Originalmente la legitimación era una figura jurídica por la cual, se beneficiaba a los hijos naturales, para que adquirieran el carácter de legítimos, con el subsecuente matrimonio de sus padres, con todos los beneficios que este nuevo carácter les otorgaba. Actualmente y dada las reformas legislativas en esta materia, resulta poco práctica la legitimación de los hijos naturales, toda vez que, tanto los hijos matrimoniales como los extramatrimoniales gozan de igualdad jurídica.

El artículo 354 del Código Civil dispone que el matrimonio subsecuente de los padres hace que se tengan como nacidos de matrimonio a los hijos habidos antes de su celebración. Sin embargo, para que surta efectos la legitimación, además del matrimonio subsecuente de los padres, debe mediar reconocimiento expreso de los progenitores, ya sea antes de la celebración del

¹¹⁰ Castán Tobeñas., Ob. Cit., p. 6.

¹¹¹ Rojina Villegas, Rafael., Ob. Cit., p. 355.

matrimonio, en el acto mismo de celebrarlo o durante él; el reconocimiento puede hacerse conjunta o separadamente por los progenitores.

Pueden ser legitimados, no sólo los hijos vivos, sino los que ya hubieren fallecido al momento de la celebración del matrimonio de los padres; siempre y cuando hayan dejado descendencia; y aún los concebidos, si el padre al casarse declara que reconoce al hijo de quién la mujer está encinta, o que lo reconoce si aquélla lo estuviera.

En caso de que el reconocimiento del hijo se haga con posterioridad a la celebración del matrimonio, el hijo adquiere todos sus derechos desde el día en que se celebró el matrimonio de sus padres, es decir, el reconocimiento posterior tiene efectos retroactivos al momento del casamiento de los padres, pero sólo respecto de los progenitores, y no respecto de los demás parientes.

2.3 La Patria Potestad

2.3.1 Concepto

La conjunción sexual y la procreación, constituyen dos hechos biológicos básicos, de las relaciones jurídicas familiares. “La unión intersexual institucionalizada es la fuente de las relaciones matrimoniales; la procreación determina la filiación. A su vez la filiación importa el establecimiento de un complejo de relaciones entre padres e hijos que, en el ámbito de la familia,

satisfacen requerimientos de asistencia, protección y representación jurídica de éstos, mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado.”¹¹²

Este complejo de derechos y deberes recibe la denominación tradicional de patria potestad, la cual, como institución de derecho, tiene especial relevancia, en virtud de que de su correcta reglamentación y ejercicio dependerá en gran medida la buena formación de los menores sujetos a ella.

“Es por ello que la nota preponderante de la patria potestad en el derecho moderno está dada por una cada vez mayor intervención del poder público en su regulación legal y en el control de la forma en que la misma se desempeña.”¹¹³

Planiol define a la patria potestad como “el conjunto de deberes y facultades que la ley concede al padre y a la madre, sobre la persona y los bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales.”¹¹⁴

Por su parte, Colín y Capitant sostienen que la patria potestad es “el conjunto de derechos que la ley concede a los padres sobre la persona y los bienes de sus hijos, mientras son menores no emancipados, para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento, de alimentación y educación a que están obligados.”¹¹⁵

¹¹² Zannoni, Eduardo A. “*Derecho Civil. Derecho de Familia*”. Tomo II, Ob. Cit., p. 641.

¹¹³ Cámpora Héctor. “La Patria Potestad”. En *Revista Mexicana de Justicia* 86 N° 4. Vol IV, Oct-Dic 1986, PGR. PGJDF, México, p.15.

¹¹⁴ “*Tratado Elemental de Derecho Civil*”. Tomo I y II., Ob. Cit., p. 251.

¹¹⁵ “*Curso Elemental de Derecho Civil*”. Traducción D. De Buen, Ed. Reus, S.A. Madrid, España, 1922, p. 20.

Para Daniel Hugo D'Antonio la patria potestad es "la institución protectora de la minoridad, natural y legalmente puesta a cargo de los progenitores a los fines de lograr el pleno desarrollo y la formación integral de los hijos."¹¹⁶

Ruggiero sostiene que la patria potestad es una verdadera institución jurídica, más que una potestad o un derecho en interés de quien la ejerce, ya que tiene una función protectora de los hijos durante su minoridad, que promueve el desarrollo físico e intelectual de éstos y la salvaguarda de sus bienes materiales y morales y una carga impuesta a quien debe ejercitarla. Además de que en la patria potestad los principios éticos son los dominantes. "Hay deberes como los de mutuo afecto, de reverencia, de asistencia, que son, más que jurídicos morales, obedecen a dictados de la conciencia y del sentimiento y son acogidos, no creados por la ley; algunos son tan esencialmente éticos, que la ley, al traducirlos a preceptos jurídicos, no consigue hacerlos coercibles. Tal, por ejemplo, el deber que incumbe al hijo de honrar y respetar a los padres, ... su observancia se confía a la conciencia del obligado y al influjo que sobre su ánimo pueda ejercer la pública reprobación."¹¹⁷

Borda sostiene que la patria potestad es "un complejo indisoluble de deberes y derechos. Se le legisla teniendo en mira al hijo y al padre, a la familia y a la sociedad"¹¹⁸

¹¹⁶ Ob. Cit., p. 165.

¹¹⁷ "Instituciones de Derecho Civil". Ed. Reus, Madrid, España. 1931, p. 890.

¹¹⁸ "Tratado de Derecho Civil Familia". Tomo II, 8ª edición, Ed. Perrot, Buenos Aires, Argentina. 1992, p. 459.

De los anteriores conceptos, se desprende la existencia de elementos constantes en la formulación de las definiciones sobre patria potestad. Unos se limitan a precisar que ella se integra de un conjunto de derechos y deberes, mientras que otros agregan también la finalidad de la institución. Están aquéllos que destacan su fuente, refiriéndola a la ley o el derecho natural, y finalmente quiénes no dan un concepto de la misma, limitándose a caracterizarla como un complejo indisoluble de derechos y deberes.

Sin embargo, el rasgo común de casi todas las definiciones sobre patria potestad, es sin duda, la existencia de derechos y deberes concedidos por el ordenamiento legal a los progenitores, a fin de que se de cumplimiento a la educación y formación del hijo.

Por mi parte, considero que la patria potestad, es una institución jurídica que consiste en un conjunto de derechos, deberes, facultades y potestades que la ley concede a los padres sobre la persona y bienes de sus hijos menores, que no han sido emancipados, para facilitarles el cumplimiento de las obligaciones de educación, sostenimiento, alimentación y protección, que les corresponde como tales, conforme a la ley.

Por otro lado, muchos son los doctrinarios que no están de acuerdo con que la mayoría de las legislaciones actuales, sigan nombrando a esta institución como patria potestad, toda vez que, esta denominación corresponde más a la tradición que a su verdadero espíritu, “ya que no es “patria” ni es “potestad”. Patria potestad significó el poder del padre y los datos históricos confirman la correspondencia de esta terminología con lo sucedido en épocas pretéritas en

las que, efectivamente, la organización familiar se sustentaba sobre el poder del padre, que era ejercido no sólo sobre sus descendientes, sino sobre todo el grupo, normalmente extenso, que componía en otro tiempo el núcleo familiar.

Actualmente la patria potestad, dejó de ser “patria”, pues no es exclusiva del padre, sino compartida por igual con la madre, o a veces exclusiva de ella, o ejercida por los otros ascendientes, por parejas o por uno sólo de los abuelos o abuelas. Tampoco es “potestad” que significa poder. Esta institución no otorga poder sino que se manifiesta en una serie de facultades de quien la ejerce en razón directa de los deberes que deben cumplirse con respecto a los descendientes.”¹¹⁹

Por tales motivos algunas legislaciones modernas, han modificado la expresión tradicional por otra más acorde a su actual contenido, así como a la extensión hacia la madre de los derechos y deberes derivados de la patria potestad. “Así, ha sido sustituida por “potestad parental” en Alemania Federal, “autoridad parental” en Francia y Suiza, “potestad de los genitores” en Italia, “autoridad de los padres” en Bolivia, y “autoridad del padre y la madre” en la República Dominicana. En Yugoslavia se le denomina “tutela paterna”, y en Alemania Oriental “derecho parental de educar.”¹²⁰ En México se sigue utilizando el término patria potestad en los Códigos Civiles.

2.3.2 Antecedentes Históricos

¹¹⁹ Montero Duhalt, Sara., Ob. Cit., p. 340.

¹²⁰ Belluscio, Augusto Cesar., Ob. Cit., p. 289.

La institución jurídica de la patria potestad, tiene su origen en las costumbres generales del hombre y en la naturaleza del mismo, ya que, es en la evolución histórica de su comportamiento donde encuentra su origen, por lo que, “en términos generales, puede sostenerse que la transformación sufrida por la patria potestad en el curso de la historia, es testimonio de la evolución operada en la estructura y las funciones sociales de la familia misma.”¹²¹

2.3.2.1 El Matriarcado y Patriarcado

Respecto al origen de la autoridad primitiva de los padres sobre los hijos, existen dos corrientes: La primera sostiene que fue el matriarcado la etapa inicial de la formación de la familia, mientras que la segunda afirma que siempre existió una primacía natural del varón en la conformación del grupo familiar.

La teoría del matriarcado, sostenida principalmente por Bachofen, Morgan y Giraud-Teulon, sostiene que en los pueblos de la antigüedad más remota, la promiscuidad sexual y la hostilidad continúa de los grupos, provocó enfrentamientos y con ello el alejamiento de los varones, por lo que la filiación materna, sentó las bases del matriarcado.

En estas condiciones, los hijos se criaron al amparo de las madres, ya que el padre ocupaba un lugar incierto y secundario; la educación, todo lo precaria que fuera, era impartida por la madre y ella era la que ejercía la

¹²¹ Zannoni, Eduardo A. “*Derecho Civil. Derecho de Familia*”. Tomo II, Ob. Cit., p. 642.

autoridad. El hombre adulto, por su parte, no formaba parte de la familia ni ejercía sobre ella autoridad, sin embargo, podía ejercer poder sobre su hijo pero no como padre, sino como jefe de la tribu.

Sin embargo, esta autoridad materna no se extendía más allá de la adolescencia, ya que, una vez que el hijo contaba con la edad suficiente, dejaba su casa y se unía a los grupos viriles, para la caza o para la guerra. Pero con el sedentarismo, cuando la agricultura predomina sobre las actividades guerreras y de caza, se consolida el hogar con la presencia masculina, y aparece el patriarcado como forma de organización. Criterio que no comparto, ya que no existe evidencia en ninguna cultura contemporánea de tal estado y este punto de vista es únicamente especulativo.

Por su parte la teoría patriarcalista, sostiene que desde que surge el género humano sobre la tierra, por la superioridad física se dió una imposición lógica de supremacía autoritaria del varón sobre la mujer, e indudablemente existió un hogar en donde la mujer y los hijos estaban sometidos a la autoridad paterna.

El matriarcado pudo haber existido, pero no como el origen de la familia humana, sino, en todo caso, como la degradación de un orden patriarcal. Quizá esta degeneración tuvo lugar en el período prediluviano, al que se refiere la Biblia, cuando los placeres carnales consumieron a los hombres; pero aún en este período se conservó la tradición del patriarcado.

“La organización patriarcal era el resultado necesario de las circunstancias. Constituido el varón en autoridad, sus hijos le estaban sometidos. Trabajaban en la agricultura y en el pastoreo para aumentar la riqueza común y sólo excepcionalmente se separaban de la casa paterna. Cuando los hijos contraían matrimonio seguían viviendo bajo la autoridad del padre, ellos y sus hijos.

En la primitiva organización patriarcal no es ninguna monstruosidad el derecho que tiene el patriarca sobre la vida y muerte de los hijos, puesto que es el supremo poder constituido dentro de la familia. Es juez de los suyos y seguramente sólo en un caso extremo aplicará todo el rigor de la justicia.”¹²²

En este sentido, y tomando en consideración la constitución de la familia en la antigüedad, la cual se encuentra fuertemente influenciada por el patriarcado, podemos decir que la organización natural de la familia era precedida por el padre, hasta el momento en que surge una verdadera organización social y junto con ella el derecho, que limita la autoridad paterna y fija los deberes y derechos del padre para con sus hijos, de una manera formal, dando origen así a la institución jurídica y formal de la patria potestad.

2.3.2.2 El Pueblo Hebreo

¹²² León, Gabriel. *“Antecedentes y Evolución de la Patria Potestad en la Legislación Mexicana”*. Ed. Escuela Libre de Derecho., México, D.F. 1949, p.10.

La institución jurídica de la patria potestad nace paralelamente con la creación de la vida estatal, “cuando el interés familiar fue superado por el interés de la comunidad ciudadana, la autoridad judicial y administrativa del padre vino a ser sustituida por el poder delegado o conquistado del jefe de la Ciudad.”¹²³

En el pueblo hebreo antes de la aparición de la ley mosaica, el padre “era al mismo tiempo magistrado, sacerdote y señor de vida y haciendas de sus hijos, con poder absoluto y omnímodo que se suaviza posteriormente mediante leyes que limitaron el ajusticiamiento del hijo por el consentimiento requerido a la madre, así como la venta, que en el caso de la hija, solamente se autorizaba si era menor de doce años.”¹²⁴

En este sentido, cuando desapareció su organización patriarcal y se creó el gobierno teocrático, se aplicaron las enseñanzas bíblicas, las cuales contenían disposiciones acerca de la patria potestad. Así el cuarto mandamiento de la Ley de Mosaica, expresaba: “Honrarás a tu padre y a tu madre.”

En efecto, “el mandato de la ley presupone la existencia de deberes que los padres deben cumplir; tanto el padre como la madre, puesto que el mandamiento pedía honra para uno y para otra. La educación de los hijos en la

¹²³ Ibidem., p. 13.

¹²⁴ D'Antonio, Daniel Hugo., Ob. Cit., p.167.

sabiduría divina, en el temor de Dios y en las tradiciones de familia es cosa innata, por decirlo así, en los judíos.”¹²⁵

Desde la aparición del derecho mosaico, el patriarcado que imperaba en el pueblo hebreo se vio seriamente debilitado, en virtud de que, el padre ya no tenía el derecho sobre la vida y muerte de sus hijos, sino que este derecho era ejercido por el pueblo representado por lo ancianos.

En este sentido, la ley mosaica, determinaba que “si un hombre tuviera un hijo contumaz o protervo, que no oiga el mandato del padre o de la madre y después de castigado rehusase con desprecio a obedecerles, préndale y llévenle a los ancianos de aquella ciudad y a las puertas del juzgado y les dirán. Este hijo nuestro es protervo y contumaz y no oye sino con desprecio nuestras amonestaciones y pasa la vida en glotonerías, disoluciones y banquetes y lo apedreará el pueblo de la ciudad.”¹²⁶

Es importante destacar que en esta cultura, aún cuando se estatuye la superioridad del hombre sobre la mujer, se iguala la calidad de padre y de madre, sin preferencia ni distingo.

2.3.2.3 Derecho Romano

¹²⁵ León, Gabriel., Ob. Cit., p.13.

¹²⁶ Ibidem., p. 14.

En el derecho romano la patria potestad -una institución del *ius civile*-, “era el poder que correspondía y ejercía el jefe de familia sobre todos sus descendientes legítimos o legitimados, por vía de varones, e incluso sobre quienes ingresaban a la familia por adopción.”¹²⁷

La fuente natural de la patria potestad eran las *justae nuptiae*, sin embargo, la adopción y la legitimación también daban origen a ella. Únicamente el que contraía matrimonio civil *justae nuptiae* podía gozar de los derechos de la patria potestad, puesto que los hijos que nacían del matrimonio eran *alieni iuris*, mientras que los hijos nacidos de cualquier otra unión, nacían *sui iuris*, es decir, libres por lo que no se encontraban sometidos a la patria potestad de su padre.

“La característica de la patria potestad en Roma es que está instituida exclusivamente en beneficio del padre, éste tiene autoridad absoluta, por lo menos en los primeros tiempos, sobre la persona y bienes del hijo que es parte de su propiedad, por lo que alguien llamó *jus seminis*”¹²⁸

Entre los rasgos característicos de la patria potestad en Roma destacan los siguientes: La mujer en ningún caso podía ser titular de la patria potestad; la patria potestad era perpetua y no terminaba con la mayoría de edad del menor sometido; era una potestad que otorgaba derechos a su titular sobre la persona y sus bienes. El padre podía abandonar a sus hijos o darlos en *mancipium*, es decir, cederlos a un tercero para su servicio a cambio de un

¹²⁷ Lemus García, Raúl., Ob. Cit., p. 99.

¹²⁸ León, Gabriel., Ob. Cit., p. 16.

precio y por un tiempo determinado; la potestad de hacer dar muerte a su hijo también estaba en manos del padre.

Así, “el padre o el abuelo tenían un poder disciplinario, casi ilimitado, sobre el hijo; hasta podía matarlo (*ius vitae necisque*), aunque, en caso de llegar a ese extremo, sin causa justificada, el *paterfamilias* se exponía a sanciones por parte de las autoridades gentilicias o del censor.”¹²⁹ En consecuencia, el padre podía matar, vender, exponer, abandonar a sus hijos o entregarlos a las víctimas del delito que hubieran cometido o darlos en garantía.

En el aspecto patrimonial, los sujetos a la patria potestad, no podían tener bienes propios, por lo que todo lo que adquirieran correspondía a la propiedad del *paterfamilias*. “Consecuencia lógica del control absoluto sobre la persona, de la absorción de la personalidad del hijo por la del padre, es el dominio completo sobre los bienes de aquél.

Cualquier cosa que adquiriera el hijo la adquiere para el padre, porque no es sino un instrumento de adquisición; pero el hijo forma, por decirlo así, parte de la personalidad del padre, por lo que participa en una especie de copropiedad y así, cuando heredan lo hacen a título de *heredes sui*, es decir herederos de lo suyo.”¹³⁰

Todas estas disposiciones tuvieron su aplicación durante la época del antiguo derecho romano, donde se abusó de tal manera de este poder, que el

¹²⁹ Margadant, Guillermo Floris., Ob. Cit., p. 200.

¹³⁰ León, Gabriel., Ob. Cit., p. 18.

gobierno se vio obligado a intervenir en las relaciones familiares, para poner límite a tanta crueldad y así la concepción sobre la patria potestad cambia, ya que, durante el Imperio Romano es hasta la época justiniana, donde la legislación sobre patria potestad se suavizó.

Así en la parte final del Imperio de Constantino, con la llegada del cristianismo, se dictó una ley que prohibía a los padres dar muerte a sus hijos, independientemente de los motivos, castigando al infractor con la expatriación.

“El poder del padre se humaniza. Los hijos que siguen sometidos a la patria potestad a pesar de haber alcanzado la plena edad, consiguen cierta independencia jurídica a través de la doctrina de los peculios. Los peculios son masas patrimoniales respecto de los cuales, se reconocen al hijo especiales derechos o facultades.”¹³¹

Así se reconocieron los siguientes clases de peculios: a) El *profecticio*, que se integraba con los bienes que pasan al hijo procedentes del padre, es decir, la propiedad seguía siendo del padre pero la administración correspondía al hijo; b) El *adventicio*, que se integraba con las bienes que pasaban al hijo procedentes de la madre o de cualquier otra persona que no sea el padre; en este caso, la propiedad es del hijo pero el padre conserva la administración y usufructo de los bienes; c) El *castrense*, que se integraba con los bienes adquiridos por el hijo en la milicia, los cuales en propiedad y administración correspondía al hijo; y c) El *cuasicastrense*, que se integraba

¹³¹ Peña Bernaldo de Quiroz, Manuel., Ob. Cit., p. 509.

con los bienes del hijo que hubieran sido adquiridos en ciertos cargos y profesiones, sobre el cuales el hijo tenía la administración y propiedad.¹³²

El usufructo legal que tenía el *paterfamilias* sobre los bienes del hijo, no debía ser garantizado, por lo que recibía una condición privilegiada en comparación con los usufructuarios comunes y corrientes. Así mismo, “el *paterfamilias* era responsable de las consecuencias patrimoniales de los delitos cometidos por el *filusfamilias*, pero podía recurrir al ‘abandono *noxal*’, entregando al culpable para que expirara su culpa mediante trabajo.”¹³³

También hubo restricciones sobre los derechos que ejercía el padre sobre la persona del hijo, y así, se suprimió el derecho de vida y muerte sobre los hijos, se limitó el derecho del *paterfamilias* de vender a sus hijos a casos de extrema miseria y necesidad, se facultó al hijo para reclamar alimentos al *paterfamilias*, se reconoció el derecho del hijo de quejarse judicialmente en contra del *paterfamilias*, se limitó el derecho del *paterfamilias* para disolver el matrimonio de sus hijos mediante el divorcio, y bajo Constantino se prohibió al *paterfamilias* abandonar a sus hijos.

La patria potestad podía terminar por acontecimientos fortuitos, tales como, la muerte del *paterfamilias*, por pérdida de su libertad, por pérdida de su ciudadanía, por la *capitis deminutio minima* del *paterfamilias* cuando era arrogado, por la exaltación del hijo de familia a funciones públicas, por la *capitis deminutio minima* del hijo cuando era dado en adopción, o por la

¹³² Loc. Cit.

¹³³ Margadant, Guillermo Floris., Ob. Cit., p. 201.

emancipación del hijo. “La emancipación se obtenía en tiempos primitivos por un procedimiento indirecto; en efecto la Ley de las Doce Tablas prevenía que el padre que vendiese tres veces a su hijo perdía sobre él la patria potestad, para la emancipación de una hija o un nieto bastaba una venta, según interpretación de los jurisconsultos.”¹³⁴

2.3.2.4 Derecho Germánico

El derecho germánico era distinto al romano, ya que el derecho del padre no tenía el mismo carácter perpetuo, toda vez que el hijo obtenía independencia jurídica por el matrimonio y por entrar al servicio de las armas. Así mismo, se concebía a la “patria potestad como un derecho y un deber orientado hacia la protección del hijo como parte de una protección más general proyectada hacia todo el grupo familiar.”¹³⁵

El *mund*, se caracterizaba por una participación materna, no sólo por delegación del padre, sino por reconocerle derechos y deberes para el ejercicio de la patria potestad. También “el padre, al acoger al hijo de su mujer, lo incorporaba a la comunidad doméstica, y, consiguientemente, el hijo quedaba sometido a la potestad protectora de la *Sippe*. El *mund* solo cesaba al ser acogido el hijo en las asambleas comunales -*Thingverband*- o, respecto de las hijas, al emanciparse por matrimonio.”¹³⁶

2.3.2.5 Las Siete Partidas

¹³⁴ Lemus García, Raúl., Ob. Cit., p. 103-104.

¹³⁵ D’Antonio, Daniel Hugo., Ob. Cit., p. 167.

¹³⁶ Zannoni, Eduardo A., “*Derecho Civil. Derecho de Familia*”. Tomo II, Ob. Cit., p. 642.

La Ley de Partidas en el título XVII partida IV define a la patria potestad como el poder y señorío que han los padres sobre los hijos, el poder es el ligamento de reverencia sujeción y castigamiento que debe haber del padre sobre el hijo.

La patria potestad se extendía a los nietos y a todos los que descendían por línea paterna, pero no podía ser por la materna, ya que las mujeres no ejercían la patria potestad sobre sus hijos. Sólo estaban sujetos a patria potestad los hijos nacidos de legítimo matrimonio, pues los ilegítimos no debían ser llamados hijos, porque se concebían en pecado.

El padre tenía derecho a castigar al hijo con mesura y piedad, sin embargo podía venderlo o devorarlo en el caso de que existiere extrema pobreza o por motivos de lealtad a la corona española en la defensa de algún castillo o fortaleza.

La patria potestad terminaba por muerte del padre, por corromper éste a sus hijos, o por abandonarlos, resulta interesante destacar que en las partidas el matrimonio era una extensión de la patria potestad.

Finalmente en cuanto a las consecuencias sobre los bienes del hijo, se aplicaron las disposiciones de origen romano, con la diferencia de que el hijo tenía derecho a dar parte de su peculio a su madre, sus hermanas, o a quien le enseñase un arte o menester.¹³⁷

2.3.2.6 Las Leyes de Toro y El Fuero Juzgo

¹³⁷ León, Gabriel., Ob. Cit., pp. 19-21.

En las Leyes de Toro la patria potestad se perdía con el matrimonio del hijo y lo mismo sucedía si el hijo emitía votos religiosos.

Por su parte el Fuero Juzgo producto de la cristianización del derecho romano y del germánico, introdujo grandes cambios en materia de patria potestad.

En primer lugar deroga el derecho de los padres para dar muerte a sus hijos y estatuye pena de muerte o de ceguera al abortador. El que abandonaba a su hijo estaba obligado a recogerlo, so pena de ser desterrado del reino. Se encontraba prohibido vender o empeñar a un hijo, estableciéndose como pena para los que lo compraban, la pérdida del precio, para el que vendía la pérdida de todo el poder sobre el hijo.

Una de las grandes innovaciones de esta ley, es que reconoce la igualdad de poder del padre y de la madre, otorgándole por primera vez a ésta, patria potestad sobre sus hijos, en ausencia o imposibilidad del padre.

Los hijos estaban bajo la autoridad de los padres hasta que contraían matrimonio. Si el hijo se veía privado de uno de los padres por muerte, el que sobreviviera respondería por él, en consecuencia la patria potestad terminaba con el matrimonio.

Los fueros de Cuenca, Baeza y Plasencia, permitían a los padres castigar a sus hijos, aún con la cárcel, pero nunca con castigos crueles o peligrosos. Les niegan el derecho sobre la vida de sus hijos así como su venta, se castigaba con pena de muerte la venta de un hijo hecha a los moros.

Se impone la obligación a los padres del cuidado y educación de los hijos, y además el deber de reparar los daños que hagan aquéllos que estén bajo su autoridad.

“De la civilización bárbara quedan restos en aquéllas leyes en que se permite antes devorar al hijo que rendir por hambre la fortaleza. De la romana, sobre todo en las partidas, se conserva el espíritu rígido y justiciero que más ve a la utilidad del padre que al bien del hijo de la cristiana deriva la piedad, la desaparición de los grandes castigos y sobre todo la adquisición por la mujer de la patria potestad.”¹³⁸

2.3.2.7 El Código Napoleón

El Código Napoleón de 1803, establece una obligación para los hijos, de afecto y respeto hacia sus padres, que no sólo dura el tiempo en que estén sometidos a la autoridad de éstos, sino toda su vida, el hijo en cualquier edad debe respeto a sus padres.

Establece como límite temporal de la patria potestad la mayoría de edad del hijo o su emancipación. La finalidad de la patria potestad es la educación de los hijos, ya que el derecho de guarda crea un ambiente propicio para su formación, por lo tanto el hijo no puede abandonar la casa paterna, sin autorización de su padre, quien tiene derecho de corrección sobre sus hijos, los

¹³⁸ Ibidem., p. 24.

medios de corrección que autorizaba la ley eran el encierro hasta por un mes siempre que el hijo tuviera hasta dieciséis años, más de esta edad, el encierro se podía solicitar hasta por seis meses, teniendo el padre siempre la posibilidad de abreviar la duración del encierro por él pedido.

El padre no podía ejecutar por sí mismo este tipo de castigos, sino que tenía que acudir a las autoridades estatales, so pena de caer bajo la acción de la ley penal, con lo que se evidencia una clara intervención de orden público sobre la voluntad privada.

Respecto de los derechos que tenían los padres sobre los bienes de los hijos, el Código Napoleón estableció que durante el matrimonio, el padre tenía derecho al usufructo de los bienes de sus hijos hasta que éstos cumplieran dieciocho años, o bien hasta que fueran emancipados. Disuelto el matrimonio por muerte, el padre o madre sobreviviente, gozaría de tal derecho.

El usufructo legal que pertenecía al padre o a la madre, tenía todas las cargas de los usufructos a título universal, entre las que estaban el inventario, el pago de deudas y los gastos de sostenimiento de los bienes.

Los alimentos, el sostenimiento y educación del hijo se restaban a los ingresos totales del usufructo, sin embargo el padre o la madre estaban obligados al sostenimiento del hijo cuando éste no tenía bienes propios.

El usufructo era en beneficio del padre o la madre en contra del cual se hubiese dictado sentencia de divorcio. Exclusivamente para la madre cesaba la patria potestad en caso de segundas nupcias.

Quedaban excluidos del usufructo legal de los padres, los bienes adquiridos por el hijo por su propio trabajo, en industria separada, o los adquiridos por donación o legado.

2.3.2.8 Proyecto de Código Civil Español de García Goyena

Este proyecto de Código comienza su regulación sobre la patria potestad estableciendo que, los hijos cualquiera que sea su estado, edad o condición debían honrar y respetar a sus padres.

La patria potestad duraba mientras la minoridad de los hijos (20 años), pero podía acabarse antes de esta edad por emancipación.

El padre estaba encargado de la educación de sus hijos, y era su legítimo representante en juicio y fuera de él, por lo que el hijo mientras estaba bajo su potestad, no podía abandonar la casa sin su consentimiento. Así mismo, el padre tenía el poder de castigar moderadamente a los hijos y de hacerlos castigar con el encierro, sin embargo, él mismo podía levantar en cualquier momento el castigo.

Respecto de los derechos que tenía el padre sobre los bienes del hijo, el proyecto en comento establecía que por la incapacidad del hijo pequeño para la administración de sus bienes, la incapacidad real o legal del hijo que está a punto de alcanzar la mayoría de edad y la conveniencia de que el hijo que tiene bienes propios contribuya con el fruto de ellos a sus propios gastos, era necesario que el padre fuera el administrador de los bienes de sus hijos menores.

Los bienes que el hijo menor adquiere con el caudal del padre mientras está bajo la patria potestad, pertenecen a éste en propiedad, salvo la facultad que tiene el padre, en todo caso de hacer al hijo alguna donación de estos bienes o de señalarle alguna parte de sus utilidades.

Los bienes que pertenecen al hijo en propiedad y usufructo son los mandados o donados para seguir una carrera, los que adquiere por su trabajo independiente del padre, o por sueldo devengado en un empleo.

En relación a las formas en que cesaba el ejercicio de la patria potestad, se establecía que ésta se acababa naturalmente por dos causas: La mayoría de edad del hijo o su muerte; voluntariamente se extinguía por emancipación y adopción. Así mismo, se perdía por condena privatoria, por declaración de culpabilidad en una sentencia de divorcio y se suspendía por ausencia, incapacidad del que la ejerce o por sentencia que así lo declaraba.

La madre podía ejercer la patria potestad del hijo, únicamente cuando el padre por cualquier motivo hubiese dejado de ejercerla. El padre en su

testamento podrá nombrar uno o mas consejeros, a quiénes debía oír la madre antes de realizar sus determinaciones o establecer un castigo.

La madre no perdía la patria potestad por segundas nupcias, pero sí el derecho para administrar los bienes del hijo, el cual podía recuperarlo una vez que enviudara.

2.3.2.9 El Código Civil de 1870

La forma en que este Código reguló la patria potestad, se inspiró tanto en el Código Napoleón como en el Código García Goyena, no sólo en la tendencia ideológica, sino en la redacción misma; y desde entonces y hasta la fecha no han variado mucho las disposiciones legales, es decir “en materia de patria potestad no hay nada nuevo; a lo más hay combinaciones nuevas de preceptos viejos.”¹³⁹

Se concedía la patria potestad a la mujer, así como la libre administración de los bienes de su hijo y se extendió su ejercicio a los abuelos y abuelas, a los que se concedió la facultad de poder renunciar a ella cuando en bien de sus descendientes creían prudente hacerlo.

El hijo tenía la obligación de permanecer en la casa del padre mientras estaba bajo su potestad, salvo que existiera decreto de la autoridad pública que lo autorizara, mientras que el padre tenía la facultad de corregirle

¹³⁹ Ibidem., p. 44.

mesuradamente, las autoridades tenían obligación de auxiliar a los padres en el ejercicio de esta facultad cuando fueran requeridos para ello.

2.3.2.10 Código Civil de 1884, Ley de Relaciones Familiares de 1917 y Código Civil de 1928

El Código Civil de 1884 regula esta institución de forma idéntica que la anterior legislación de 1870, sin modificar en nada el texto legal.

Por su parte la Ley de Relaciones Familiares de 1917 siguió la misma línea de las legislaciones anteriores, transcribiendo íntegramente la mayoría de los artículos, sin embargo, se introdujeron las siguientes innovaciones:

Determina que la patria potestad se ejercería no sólo sobre los hijos legítimos, sino también sobre los naturales, legitimados o no y los adoptivos, así como el ejercicio de este derecho, se llevaría a cabo de manera conjunta por el padre y la madre, y a falta de éstos, por el abuelo y abuela. La importancia de esta modificación radica en el reconocimiento de los derechos de la madre sobre el hijo aún en vida del esposo.

En consecuencia la madre gozaba de los beneficios económicos de la patria potestad independientemente de la existencia del padre.

Por su parte el Código Civil de 1928, continua con las innovaciones consagradas en la Ley de Relaciones Familiares y los demás artículos

transcritos de 1870 y de 1884 y además introdujo algunos cambios, como: “Los artículos nuevos que introdujo el Código de 1928 no tienen otro objeto que determinar claramente el modo de ejercer la patria potestad respecto de las personas, de los hijos naturales reconocidos y de los hijos adoptivos.”¹⁴⁰

2.3.3 Características de la Patria Potestad.

Del complejo funcional de derechos y deberes que constituyen la patria potestad, se derivan las siguientes características:

a).- Cargo de interés público.- El derecho, que es un instrumento de convivencia, recoge los valores mínimos de las relaciones humanas, entre ellos el de protección a los desvalidos y los eleva a la categoría de conductas de interés público. Así la obligación que la ley impone a quienes ejercen la patria potestad, de educar a los menores convenientemente y el resguardo de dicho deber, así como de observar una conducta que sirva de buen ejemplo, hace evidente que se trata de un cargo de interés público, que regula las relaciones entre padres e hijos por medio de una subordinación del menor, mientras llega a la mayoría de edad, se manifiesta como un conjunto de deberes, derechos, facultades y potestades.

b).- Irrenunciable.- El artículo 448 del Código Civil, establece que la patria potestad no es renunciable y su ejercicio sólo puede ser excusable por las causas específicamente determinadas en la ley. Así mismo, el artículo 6º

¹⁴⁰ Ibidem., p. 62.

del cuerpo legal antes invocado, establece que sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de terceros. La patria potestad, como analizamos anteriormente, es de interés público, de ahí que expresamente se le considere irrenunciable, y además tampoco puede ser objeto de abandono, ya que, tanto la renuncia como el abandono, implicaría el incumplimiento de los deberes de protección y cuidado que la ley le otorga a los titulares del derecho.

c).- Intransferible.- “Los derechos y deberes que integran la patria potestad considerándola exclusivamente desde el punto de vista de las facultades que confiere a su titular, está constituida por un conjunto de derechos personalísimos, inherentes a la persona misma del progenitor o del ascendiente a quién corresponde el ejercicio de ella.”¹⁴¹ Sin embargo, la patria potestad admite de manera excepcional una forma de transmisión, por medio de la adopción. Cuando un menor de edad está sujeto a la patria potestad y los que la ejercen dan su consentimiento para el acto de adopción, transmitiendo a través de éste, el ejercicio de la patria potestad a los padres adoptantes.

También, “se señala al respecto que cabe la posibilidad de que el padre delegue en un tercero derechos concretos derivados de la patria potestad, como cuando interna al hijo en un colegio, supuesto en el cual se vale de terceros para ejercer el derecho y el deber de educarlo y custodiarlo, operándose un desmembramiento práctico, no jurídico, de la institución.”¹⁴²

¹⁴¹ Galindo Garfias, Ignacio., Ob. Cit., p. 677.

¹⁴² Cámpora, Héctor., Ob. Cit., p. 28.

d).- Imprescriptible.- La patria potestad lo es por naturaleza, ya que los deberes, derechos y facultades que se derivan de ella no se adquieren ni se extinguen por el transcurso del tiempo; quién está obligado a su ejercicio y de hecho no lo hace, no se libera por ello de su obligación o derecho de ejercerla, lo mismo sucede con la persona que sin ser ascendiente del hijo lo protege y representa durante mucho tiempo, no por ello adquiere derechos de patria potestad sobre el menor.

e).- Temporal.- El ejercicio recae únicamente sobre los hijos menores de edad que no hayan sido emancipados; en consecuencia la patria potestad tiene una vigencia en el tiempo, y se extingue cuando el hijo cumple dieciocho años o contrae matrimonio antes de esta fecha -emancipación-.

Se ha sostenido que aún después de extinguida subsisten algunos efectos, como el deber de respeto de los hijos y la obligación alimentaria.¹⁴³ Sin embargo, considero que los deberes de respeto y honra no se derivan propiamente de la patria potestad, sino de la filiación, por lo tanto, no se limitan por la edad o condición de los obligados, además de que la obligación alimentaria tiene su fuente en el parentesco.

f).- Excusable.- El artículo 448 del Código Civil determina que a quiénes corresponde el ejercicio de la patria potestad pueden excusarse de su desempeño, cuando tengan sesenta años cumplidos, o cuando por su mal estado habitual de salud no puedan atender debidamente a su desempeño. “La

¹⁴³ Castán Vázquez, José María. “*La Patria Potestad*”, Ed. Reus. Madrid, España. 1960, p. 46.

excusa, de acuerdo con las circunstancias señaladas, es una facultad que otorga la ley, pero no es un deber. Quiere decir que los padres o abuelos, aunque rebasen la edad de sesenta años o su salud sea habitualmente precaria, pueden continuar ejerciendo la patria potestad si su desempeño es benéfico para el descendiente,¹⁴⁴ ya que hay personas que tiene más de sesenta años de edad y que gozan de absoluta lucidez y otros con padecimiento crónicos que en nada afectan su buen desempeño.

2.3.4 Sujetos de la Patria Potestad

Galindo Garfias sostiene que “en el complejo de relaciones jurídicas que forma el contenido de la patria potestad, encontramos una situación de autoridad de los padres y de correlativa subordinación de los hijos. Este estado de sumisión en que se encuentran los hijos menores de edad respecto de quienes ejercen la patria potestad, comprende el deber de *respeto y obediencia*, el deber de *atención y socorro* hacia los padres y el deber de *convivencia*.”¹⁴⁵

En consecuencia dentro de la patria potestad existen dos tipos de sujetos, activos y pasivos, los primeros son los encargados de desempeñar el cargo, y los segundos sobre quienes recae su ejercicio.

2.3.4.1 Sujetos Pasivos

¹⁴⁴ Montero Duhalt, Sara., Ob. Cit., p. 344.

¹⁴⁵ Ob. Cit., p. 679.

Según la legislación civil vigente los sujetos pasivos de la patria potestad son exclusivamente los hijos o nietos menores de edad, siempre que no hayan sido emancipados por matrimonio. No existe patria potestad sobre los mayores de edad, ya que aún cuando estén incapacitados, serán sujetos de tutela, así mismo, los menores de edad que no tengan padres o abuelos sobre quien recaiga el ejercicio de la patria potestad se les deberá nombrar un tutor.

No esta de más aclarar que, estos sujetos pasivos pueden ser hijos matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos.

La doctrina discute sobre el hecho de que respecto de los concebidos pueda o no ejercerse la patria potestad, al respecto, consideramos imposible su ejercicio respecto al *nasciturus*, ya que, “un hombre que sea llamado para el futuro a la patria potestad sobre el concebido, como padre legítimo o natural, podrá asegurarse de la realidad del parto e identidad del hijo a fin de resguardar sus derechos, pero sin que ejerza la misma durante la gestación y sin que sean admisibles otros actos de poder sobre el concebido, que, o serían imposibles físicamente, o habrían de ser sufridos por la madre.”¹⁴⁶

2.3.4.2 Sujetos Activos

Por otro lado, y respecto de los sujetos activos de la patria potestad, el Código Civil vigente consagra un sistema compartido, ya que, la patria potestad se ejerce en forma conjunta por ambos progenitores y se extiende a los abuelos de manera subsidiaria.

¹⁴⁶ Castán Vázquez, José María., Ob. Cit., pp. 165-166.

Así el artículo 414 del Código Civil, establece que, sobre los hijos de matrimonio, la patria potestad se ejerce de forma excluyente, en primer lugar por el padre y la madre, en su defecto, por el abuelo y la abuela paternos, y a falta de éstos, por el abuelo y la abuela maternos, haciendo injustificadamente el legislador una preferencia hacia los abuelos paternos, respecto de los maternos.

Respecto de los hijos extramatrimoniales, la patria potestad se ejercerá por ambos progenitores, cuando hayan reconocido al hijo y vivan juntos, en caso de que vivan separados y lo reconozcan en el mismo acto, ambos progenitores serán los titulares de la patria potestad y únicamente convendrán cual de los dos tendrá la custodia, en caso de que no lo hicieren, el juez resolverá lo mas conveniente a los intereses del menor.

En caso de que no vivan juntos y el reconocimiento se efectúe sucesivamente por los padres, ambos ejercerán la patria potestad sobre el menor, pero la custodia corresponderá al que primero lo haya reconocido, salvo convenio en contrario por los padres y siempre que el juez no crea necesario modificar dicho acuerdo por causa grave.

A falta de los padres ejercerán la patria potestad sobre el menor los abuelos paternos o maternos, en el orden que determine el juez, según las circunstancias del caso y el beneficio del menor, lo cual nos parece mas razonable y menos discriminatorio, que el caso de los hijos matrimoniales, donde absurdamente se otorga preferencia a los abuelos paternos.

Respecto de los hijos adoptivos en forma simple, la patria potestad se ejerce únicamente por la persona o personas que lo adopten, excluyendo en caso de fallecimiento del o de los adoptantes la posibilidad de transmitir su ejercicio a los ascendientes del adoptante.

Mientras que los hijos adoptivos en forma plena, la patria potestad se ejerce por el o los adoptantes y en caso de imposibilidad o fallecimiento de éstos, el derecho será transmitido a los ascendientes del o de los adoptantes, de forma análoga a los hijos consanguíneos.

2.3.5 Consecuencias Jurídicas de la Patria Potestad

Para estudiar las consecuencias jurídicas que se derivan de la patria potestad, es necesario distinguir al igual que en el apartado anterior entre los que la ejercen y en quienes recae su ejercicio.

2.3.5.1 Sujetos Pasivos

Ya habíamos mencionado que la institución jurídica de la patria potestad tiene contenido moral, y la observancia de algunos deberes quedan al arbitrio de los obligados, el caso más patente de este hecho es lo dispuesto por el artículo 411 del Código Civil que establece: “Los hijos cualquiera que sea su estado, edad, y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes.”

Sobre este precepto Galindo Garfias, opina que los deberes de honra y respeto son “el fundamento ético de las relaciones paterno filiales de la patria potestad misma y de la consolidación de la familia. Es la contrapartida por así decirlo, del principio en que descansa la autoridad paterna, que sólo se justifica y se funda en la abnegación y sacrificio de los padres.”¹⁴⁷

El segundo deber de los hijos para con los padres es el de permanecer en la casa de los que ejercen sobre ellos la patria potestad, y además no podrán abandonar ésta, sin su permiso o decreto de una autoridad competente. (Art. 421 del Código Civil) Aunque en realidad esto es difícil de lograr, ya que existen ocasiones en que el menor sin el consentimiento de sus padres abandona su domicilio.

Así, el menor sujeto a patria potestad tiene el deber de vivir y convivir con los que ejercen sobre él la patria potestad, y en el lugar o sitio que ellos le designen, ya que incluso el domicilio legal de los menores de edad es el de los que ejercen sobre él la patria potestad o la tutela.

2.3.5.2 Sujetos Activos

Como ya habíamos mencionado la patria potestad se ejerce sobre la persona y bienes del menor, por lo tanto, en relación con las consecuencias jurídicas que esta institución produce, su estudio deberá hacerse en este orden.

¹⁴⁷ Ob. Cit., p. 679.

2.3.5.2.1 En Relación a la Persona

Respecto de la persona del menor, los que ejercen la patria potestad, “para el cumplimiento de la función protectora y formativa del hijo, la patria potestad produce los siguientes efectos: a) Impone a los ascendientes que la ejercen el deber de suministrar *alimentos* a los descendientes que se encuentran sometidos a la autoridad paterna (Art. 303 del Código Civil); b) De *educarlos* convenientemente (Art. 422 del Código Civil); c) Otorga a quienes ejercen la patria potestad, la facultad de *corregir y castigar* a sus hijos mesuradamente (Art. 423 del Código Civil); d) Quienes ejercen la autoridad paterna, son los legítimos *representantes* de los menores que están bajo ella (Art. 425 del Código Civil); e) El *domicilio* de los menores no emancipados sujetos a la patria potestad es el de las personas a cuya patria potestad están sujetos (Art. 432 fracc. I del Código Civil).”¹⁴⁸

En conclusión, los deberes y derechos de los que ejercen la patria potestad sobre la persona del menor son, el de representación legal en juicio y fuera de él, designación de domicilio, guarda y custodia, vigilancia, alimentación, educación, corrección y castigo, así como el derecho a nombrar tutor testamentario.

El deber de vigilancia sobre los menores, tiene por objeto, por un lado, protegerlos de cualquier peligro, y por otro, impedir que los menores puedan causar daños a terceros, ya que es responsabilidad de los que ejercen la patria

¹⁴⁸ Galindo Garfías, Ignacio., Ob. Cit., p. 681.

potestad los daños y perjuicios que causen los menores que estén bajo su poder y habiten con ellos. (Art. 1919 del Código Civil).

2.3.5.2.2 En Relación a los Bienes

Respecto de los bienes del menor la patria potestad produce dos efectos principales, que son: La administración legal de sus bienes y el usufructo legal.

Antes que nada habrá que distinguir la clase de bienes que puede tener un menor de edad. Por un lado se encuentran aquéllos bienes que adquiera por su trabajo, y por otro lado los bienes que adquiera por cualquier otro concepto. Los primeros le pertenecen en propiedad, administración y usufructo, mientras que los segundos le pertenecen en propiedad, pero su administración le corresponde a quienes ejercen la patria potestad y su usufructo pertenece por mitad al menor y a quienes ejercen la patria potestad.

Como el menor carece de capacidad legal, los que ejercen la patria potestad serán sus representantes legales y administradores, pero no podrán efectuar actos de dominio sobre los bienes inmuebles y los muebles preciosos que correspondan al hijo, sino sólo por causas de absoluta necesidad o de evidente beneficio para el menor, previa autorización judicial.

Cuando la patria potestad se ejerza conjuntamente por el padre y la madre o por el abuelo y la abuela, o por los adoptantes, el administrador de los bienes será nombrado de común acuerdo, pero el designado deberá consultar

en todos los negocios al otro titular y le pedirá su consentimiento expreso para los negocios importantes de la administración.

Respecto del usufructo legal que corresponde a los que ejercen la patria potestad sobre el menor, cabe decir que, de los bienes que el hijo haya adquirido por causa distinta de su trabajo: “herencia, legado, donación o don de la fortuna”, corresponde en un cincuenta por ciento a quienes ejercen la patria potestad sin embargo, si los hijos obtienen los bienes por herencia legado o donación, y el testador o donante ha dispuesto que el usufructo pertenezca exclusivamente al hijo o que se destine a un fin determinado se estará a lo dispuesto.

Los padres podrán renunciar por escrito o de manera indubitable a su derecho a la mitad del usufructo, esta renuncia hecha en favor de un hijo se considerará como donación. En caso de que el juez conceda autorización a los que ejercen la patria potestad para enajenar un bien inmueble o un mueble precioso perteneciente al menor, deberá vigilar que el producto de la venta se dedique al objeto para el que se autorizó y que el resto se invierta en la adquisición de un inmueble o se imponga con segura hipoteca en favor del menor, para lo cual el precio de la venta se depositará en una institución de crédito y la persona que ejerce la patria potestad no podrá disponer de él sin orden judicial.

El usufructo de los bienes concedido a los padres que ejercen la patria potestad, produce las consecuencias del usufructo en general, con excepción de la obligación de dar fianza, salvo cuando los que ejerzan la patria potestad

hayan sido declarados en quiebra o estén concursados, cuando contraigan ulteriores nupcias y cuando su administración fuese notoriamente ruinosa para los hijos.

2.3.6 Formas de Terminación de la Patria Potestad

Ya habíamos mencionado que la patria potestad tiene un carácter de irrenunciable, sin embargo, existen formas por medio de las cuales este derecho puede suspenderse temporalmente o acabarse por razón natural o por sentencia que declare su pérdida.

Por lo que habrá que distinguir entre extinción, pérdida y suspensión de la patria potestad. La primera, se presenta cuando ella se acaba de un modo absoluto, mientras que la segunda, ocurre en los casos en que ella desaparece en cabeza de quien es privado de la misma, pero subsiste en la de otra persona a quien corresponde ejercerla; y la tercera, ocurre cuando por una causa temporal natural o legal se deja de ejercer.

2.3.6.1 Extinción de la Patria Potestad

El artículo 443 del Código Civil, dispone que la patria potestad termina totalmente tanto para el sujeto activo como para el pasivo, en los siguientes supuestos:

1.- Con la muerte del que la ejerce, en caso de que no haya nadie en quien pueda recaer su ejercicio legalmente;

2.- Por la emancipación derivada del matrimonio y por mayoría de edad del hijo.

“El cumplimiento de la mayoría de edad, obviamente, produce la extinción de la patria potestad, toda vez que significa que el menor ha alcanzado la edad hasta la cual la ley ha considerado necesario brindarle la protección que ella implica.”¹⁴⁹

Según la legislación vigente, la mayoría de edad en México, comienza a los dieciocho años, y conlleva la libre disposición de la persona y de los bienes. Y la emancipación derivada del matrimonio, hace incompatible la sujeción a la patria potestad, con el estado civil del menor.

Así mismo, la muerte de la persona que la ejerce, la extingue, siempre que no haya otra persona en quién pueda recaer su ejercicio.

2.3.6.2 Pérdida de la Patria Potestad

“La pérdida de la patria potestad consagra, como se ha dicho, la concepción que hace de ella un deber, que de no ser cumplido acarrea su privación.

¹⁴⁹ Càmpora, Héctor., Ob. Cit., p. 86.

Esta importa una sanción de tal gravedad que las causas que la originan deben encontrarse expresamente señaladas en la ley.”¹⁵⁰

Así, el artículo 444 del Código Civil, contempla, como causas de pérdida de la patria potestad:

1.- Cuando el que la ejerce es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves.

Este supuesto puede darse por ejemplo, en el caso de la violación cometida por un ascendiente en contra de su descendiente, o la corrupción de menores o del que cometa el delito de abandono de personas.

También la condena de dos o más veces por delitos graves, debe constar en una sentencia ejecutoriada, y la consideración de la gravedad del delito, queda al arbitrio judicial.

2.- En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283.

El artículo 283 del Código Civil, establece que la sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, para lo cual el juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos, debiendo obtener los elementos de juicio necesarios para ello. El juez observará las normas del

¹⁵⁰ Ibidem., p. 87.

Código para los fines de llamar al ejercicio de la patria potestad a quien legalmente tenga derecho a ello, o en su caso, designar tutor.

En ese sentido, se otorgan amplias facultades a los juzgadores para decidir sobre todo lo relativo al ejercicio de la patria potestad.

Por otro lado, es importante destacar, que, si bien el divorcio necesario puede provocar la pérdida de la patria potestad, el hecho de contraer segundas nupcias no la produce, así lo establece el artículo 455 del Código Civil, “el que no obstante referirse solamente a la madre o abuela debe ser entendido también con relación al padre o al abuelo”.¹⁵¹ Así mismo el nuevo cónyuge no ejercerá la patria potestad sobre los hijos del matrimonio anterior, o extramatrimoniales que no sean suyos.

3.- Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de los deberes pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aún cuando estos hechos no cayeren en la sanción de la ley penal.

Respecto de este supuesto, cabe comentar que no basta con la existencia de las costumbres depravadas en los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes, sino que es indispensable que alguna de estas conductas pueda comprometer la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, debiendo en todo caso estar configurados estos dos elementos, para que se origine la pérdida de la patria potestad.

¹⁵¹ Galindo Garfias, Ignacio., Ob. Cit., p. 686.

Las costumbres depravadas deben ser actuales; los malos tratamientos abarcan tanto el daño físico como toda acción denigrante para la persona del hijo y el abandono de los deberes se refiere al incumplimiento de la obligación de guarda, educación, vigilancia, educación y asistencia.

4.- Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos, o porque los dejen abandonados por más de seis meses.

Borda define a los expósitos como “los hijos de corta edad dejados por sus padres en la puerta de un establecimiento público, de una iglesia o en la vía pública, guardando el incógnito que impide la identificación.”¹⁵²

La abdicación total de los deberes derivados de la patria potestad, debe ser en primer lugar intencional, y en segundo, debe prolongarse por más de seis meses.

2.3.6.3 Suspensión de la Patria Potestad

El artículo 437 del Código Civil establece que el ejercicio de la patria potestad se suspende por incapacidad declarada judicialmente; por ausencia declarada en forma y por sentencia que imponga como pena esta suspensión.

¹⁵² Ob. Cit., p. 527.

En caso de incapacidad, es presupuesto indispensable que exista sentencia que declare el estado de interdicción del sujeto que ejerce la patria potestad.

En estos supuestos de suspensión del ejercicio de la patria potestad, no se extingue, sino que su ejercicio recae en el otro progenitor, o en su defecto en los ascendientes de ulterior grado en línea recta.

“Estas tres causas de suspensión pueden extinguirse en un momento dado; si el incapacitado recobra su capacidad de ejercicio; el ausente regresa, y al sancionado se le extingue su condena. En estos casos se requerirá también la intervención judicial para que declare que a quién se le había suspendido su derecho, ha recobrado de nuevo el ejercicio de la patria potestad.”¹⁵³

¹⁵³ Montero Duhalt, Sara., Ob. Cit., p. 353.

CAPITULO TERCERO

LA ADOPCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

3.1 Ideas Preliminares

En el presente capítulo haremos un breve análisis únicamente de las legislaciones extranjeras más representativas para nuestro estudio y que guardan afinidad con la legislación mexicana.

3.2 Legislación Española.

Resulta de especial interés esta legislación, ya que ha tenido similitudes con la nuestra. El derecho español como la mayoría de las legislaciones europeas, ha sufrido importantes cambios en materia familiar, en especial lo referente a la figura jurídica de la adopción, cuya finalidad esencial ha sido la protección de los menores en desamparo, facilitando los procedimientos de adopción y flexibilizando los requisitos para que ésta pueda llevarse a cabo.

Las reformas al Código Civil español por las Leyes de trece de mayo y trece de julio de 1981, fueron de gran alcance, sin embargo no se estimaron

adecuadas para el momento histórico actual que vive el pueblo español, por tal motivo la figura jurídica de la adopción fue nuevamente reformada por la Ley 21-1987 de fecha once de noviembre de 1987, la cual hasta esta fecha se encuentra vigente en este país.¹⁵⁴

En esta nueva ley, es donde tuvo origen la profunda reforma al derecho de familia, la cual modificó entre otras instituciones, el régimen personal y patrimonial del matrimonio, los sistemas de filiación, la patria potestad, la tutela, así como el acogimiento y la adopción de menores.

Es importante destacar, que en la legislación en comento, la adopción se presenta “como una de las modalidades de protección de los menores, junto a la tutela de los menores desamparados atribuida a las entidades públicas, la guarda y el acogimiento.”¹⁵⁵

En consecuencia la regulación de la adopción en el derecho español vigente se haya en el Código Civil, en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en las normas legales y reglamentarias de las entidades públicas.

El Código Civil, en capítulo V del título VII del libro I, regula el derecho sustantivo de la filiación adoptiva, en los artículos 172 al 180.

Por su parte la Ley de Enjuiciamiento Civil, estatuye el procedimiento judicial que debe seguirse para la adopción, en los artículos 1815 a 1832, los

¹⁵⁴ Lloveras, Nora., Ob. Cit., p. 2.

¹⁵⁵ Ibidem., p. 3.

cuales fueron ajustados al nuevo régimen de filiación que introdujo la ley 21-1987.

Por último, las normas legales y reglamentarias estatales y autónomas, se encargan de regular las funciones de las entidades públicas encargadas de la protección de menores en sus respectivas competencias territoriales.

A pesar de la variedad de normas, la adopción en el derecho español se encuentra regulada por un sistema organizado, en donde las normas procedimentales y reglamentarias se encuentran subordinadas a las disposiciones del Código Civil, en consecuencia el sistema central de la adopción se encuentra precisamente contenido en el Código Civil, razón por la cual será precisamente este cuerpo legal el que a continuación se analizará.

En la nueva regulación española de la adopción, el interés primordial es la protección del menor, por lo que la adopción se ha legislado principalmente como una filiación protectora, incluyéndola dentro del capítulo de las normas que se destinan a la protección de menores, de las que destacan, las relativas a la tutela automática de la entidad pública, la guarda y el acogimiento.

“Las disposiciones que procuran satisfacer la protección de los menores desamparados que abarcan la tutela del estado, la guarda y el acogimiento, son verdaderamente novedosas en el Código Civil español, que no había prescrito normas análogas en dicho cuerpo legal con anterioridad a 1987.”¹⁵⁶ En consecuencia las normas sobre tutela, guarda y acogimiento principalmente,

¹⁵⁶ Ibidem., p. 82.

instauran un sistema de intervención y control administrativo para lograr la protección del adoptado, ya que es precisamente el interés del adoptado el que deberá prevalecer sobre los demás intereses en juego en la adopción.

3.2.1 La Tutela de las Entidades Públicas

El artículo 172.1 del Código Civil español establece que las entidades públicas, a las que este encomendada la protección de menores, tienen por ministerio de ley la tutela de los que se encuentran en situación de desamparo. Considerándose como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos sean privados de la necesaria asistencia moral y material.

Dentro de la doctrina española se denomina a este tipo de tutela atribuida a entidad pública, como tutela automática, tutela institucional, tutela ex art. 172.1, tutela *ope legis* o tutela *ministerio legis*.¹⁵⁷

La tutela atribuida a las entidades públicas es una tutela administrativa y excepcional, sin embargo se encuentra sometida a las reglas generales de la tutela ordinaria que regula el propio Código Civil, salvo las normas que puedan no resultar compatibles.

¹⁵⁷ La Cruz Berdejo, José Luis, Francisco Sancho Rebullida, Agustín Luna Serrano, Jesús Delgado Echeverría y Francisco Rivera Hernández. “*El Nuevo Régimen de la Familia*”. Tomo IV. Acogimiento y Adopción., Ed. Civitas, Madrid, España. 1988, p. 41.

La tutela administrativa de la entidad pública, se asigna exclusivamente a los organismos públicos que tengan competencia en el territorio para la protección de los menores ahí radicados. Así mismo esta tutela nace automáticamente, ya que para que se origine basta la comprobación del estado de desamparo del menor, no requiriéndose otra formalidad.

Sin embargo, esta tutela de la entidad pública es provisoria ya que sólo tiende a resolver la necesidad de amparo requerida por el menor en un momento determinado, pero esta protección tiene la finalidad de reintegrar al menor a su propia familia si fuera ello posible, o bien en un núcleo familiar extraño, por lo que la finalidad de este tipo de tutela no es institucionalizar el desamparo, sino proteger al menor.

El Código Civil español también impone a los parientes que tienen la guarda del menor, la obligación de promover la constitución de la tutela, haciéndoles responsables de los daños y perjuicios que se le pudieran ocasionar por esta omisión.

Cabe destacar que la tutela de la entidad pública es subsidiaria de la tutela ordinaria, ya que los menores desamparados entrarán bajo la tutela de la entidad pública, pero cuando existan personas que por sus relaciones con el menor puedan ejercer la tutela en su beneficio, el Juez puede designar tutor del menor.

La tutela automática o de la entidad pública, atribuye la guarda de los menores en su contenido personal, excluyéndose el derecho de representación

del menor, así como el de administrar sus bienes, los cuales no son asumidos por dicha entidad .¹⁵⁸

Por otro lado la tutela automática es delegable y personal, ya que se atribuye a una persona concreta; por ejemplo el director de la casa o establecimiento público o privado en que el menor estuviere internado. En los supuestos de acogimiento, el tutor será la persona a quién se hubiera entregado al menor en el régimen de acogimiento personal. Y el ejercicio de la guarda de los menores, puede ser llevado a cabo por el director del establecimiento donde el menor esté internado, o por medio de instituciones colaboradoras autorizadas o por los particulares que lo reciban en el régimen de acogimiento familiar. En todos los casos la guarda se ejerce bajo el control de la entidad pública.

Una gran parte de la doctrina española considera que en el Código Civil español, se comete un grave error al omitir la necesidad de declaración o comprobación judicial del desamparo, para la procedencia de la tutela automática, ya que, puede resultar peligroso e inexacto, que la ley atribuya la apreciación del desamparo del menor a la entidad pública, sin contemplar la vía judicial simultánea o posterior, que permita garantizar los derechos tutelados.

Al respecto Pérez Alvarez opina que “en la medida en que la ley no ha previsto que la intervención administrativa de la entidad pública se acompañe

¹⁵⁸ Pérez Alvarez, Miguel Ángel. “*La Nueva Adopción.*” Ed. Civitas, Madrid, España. 1989, p. 94.

de una actividad judicial coetánea o inmediatamente posterior, crea una inseguridad a las entidades públicas al no verse amparadas por la actuación judicial oportuna, así como la relevancia de los derechos que resultan afectados por la asunción de la tutela ex art. 172, acaso motivará el que la administración se vea en la necesidad de ponderar excesivamente su intervención en los casos de desamparo y de abstenerse de intervenir en los supuestos de semidesamparo.”¹⁵⁹

Por otro lado, el efecto más importante de la tutela automática, es precisamente que el menor es apartado de su familia de origen por una decisión administrativa, y que la tutela de la entidad pública puede desembocar en la adopción del menor.

Sin embargo esta tutela automática de la entidad pública, se ejerce bajo la vigilancia del fiscal, por lo que para tal efecto, la entidad pública le dará noticia inmediata de los nuevos ingresos de menores y remitirá copia de los escritos de formalización de acogimiento. Por su parte, el fiscal habrá de comprobar, al menos semestralmente, la situación del menor y promoverá ante el Juez las medidas de protección que estime necesarias. La vigilancia del ministerio fiscal no eximirá a la entidad pública de su responsabilidad para con el menor y de su obligación de poner en conocimiento del ministerio fiscal las anomalías que observe. (Artículo 174 del Código Civil Español).

En conclusión, “el sentido de la tutela automática de la entidad pública se orienta a la reinserción del menor en su propia familia, de la que ha sido

¹⁵⁹ Ibidem., p. 54.

alejado por una decisión administrativa, y puede desembocar posteriormente en el recurso subsidiario de la adopción en función del desamparo sistemático del menor, cumplidos los pasos pertinentes.”¹⁶⁰

3.2.2 La Guarda Administrativa

La entidad pública no solamente puede asumir la tutela automática de un menor, sino también su guarda, cuando quiénes tienen la patria potestad sobre él lo solicitan por razones justificadas o cuando así lo decida el Juez, en los casos en que proceda legalmente, como una medida preventiva del eventual desamparo.

La guarda puede ser solicitada a la entidad pública por los padres, el tutor, o el guardador de hecho, quiénes deben justificar los motivos que les impiden atender al menor, recayendo a esta solicitud una resolución administrativa o bien jurisdiccional.

Cabe destacar que es importante la función de asistencia a la comunidad y a los menores mismos, que realiza la entidad pública al atender la petición de los ciudadanos que tengan dificultades para hacerse cargo de sus menores, a fin de que transitoriamente dicha entidad tenga que hacerse cargo de alimentarlos, educarlos, y procurarles un desarrollo integral. Sin embargo la guarda que ejerce en estos casos la entidad pública, es a instancia de los ciudadanos que atraviesen por dificultades para atender al menor o por

¹⁶⁰ Lloveras, Nora., Ob. Cit., p. 25.

decisión del Juez, pero no es automática, a diferencia de la tutela por ministerio de ley que se da en función del desamparo del menor, la cual ya fue analizada con anterioridad.

En consecuencia la guarda de la entidad pública es administrativa, delegable, provisional y surte efectos sólo respecto de la persona del menor. En ese sentido, es importante comentar que “la nota de provisoriedad de la guarda de la entidad pública es decididamente más clara que en la tutela automática, pues los padres o quien tenga potestad sobre el menor han solicitado frente a dificultades transitorias que atraviesan, la asunción de la guarda del menor por la entidad pública, y de ello se deriva que el menor será reintegrado en su propia familia cesadas las circunstancias que la ocasionaron. Esta afirmación es extensible a las decisiones judiciales que puedan haberla ordenado.”¹⁶¹

Tanto la tutela de la entidad pública como la guarda de la misma entidad, se pueden solicitar por quienes ejercen la patria potestad sobre el menor, o decretarla el Juez, pueden desembocar en acogimiento preadoptivo y en la adopción del menor cuando no sea posible su reinscripción a su familia de origen.

3.2.3 El Acogimiento de Menores

Precisamente una de las grandes novedades de la Ley 21/1987, fue la de introducir en el Código Civil español por primera vez la regulación de la figura del acogimiento de menores. Estas reformas, en virtud del acogimiento

¹⁶¹ Ibidem., p. 33.

familiar ha “pretendido -al decir del preámbulo- dar rango legal de primer orden a una situación hasta hoy regulada por dispersas normas administrativas.”¹⁶²

El acogimiento produce la plena participación del menor en la vida familiar e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una educación integral. Sin embargo, el acogimiento no crea vínculo de parentesco entre acogedores y acogido, ya que el menor acogido no tiene el carácter de hijo de los acogedores, sino solamente se le integra a la familia prestada o acogedora, la cual cumple con la función de cuidarlo y protegerlo.

Corresponde a la entidad pública la vigilancia del acogimiento, e incumbe al fiscal la superior vigilancia de la tutela, el acogimiento o la guarda de los menores.

En virtud de que el menor acogido no adquiere parentesco con la familia acogedora, sus padres biológicos conservan el derecho de visitarlo y convivir con él, y dicho derecho, sólo podrá ser restringido o suspendido por el Juez, atendiendo a las circunstancias y al interés del menor, y así, en caso de que fuera necesario el Juez podrá suspender la comunicación entre los padres biológicos y el menor acogido.

Sostiene la doctrina española que el acogimiento como institución de derecho familiar es totalmente compatible con la patria potestad y la tutela.¹⁶³

¹⁶² La Cruz Berdejo, José Luis et.al., Ob. Cit., p. 60.

En este sentido, el acogimiento es una medida de protección para los menores, que consiste en entregarlos a una familia o a una persona, que esté dispuesta a recibirlos, asumiendo su guarda en su contenido personal .

En consecuencia el acogimiento puede ser practicado por una sola persona o por una familia, derivada de una relación matrimonial o de concubinato. Sobre este aspecto cabe señalar que “si bien la ley no prevé expresamente para el acogimiento que las personas de los acogedores puedan estar unidos en forma permanente por vínculos análogos a los conyugales, la aceptación de dicha posibilidad para los acogedores surge de la autorización para los adoptantes unidos en forma permanente por vínculos análogos a los conyugales, que se extiende al acogimiento.”¹⁶⁴

Es importante resaltar que el acogimiento, si bien es cierto es un instrumento de protección legal de los menores privados de modo transitorio o permanente de un ambiente familiar idóneo, también lo es, que no es un requisito previo y obligatorio para la adopción, por lo tanto pueden constituirse acogimientos cuya finalidad no sea la adopción, sino la reinserción del menor en su propia familia. En este sentido, puede acogerse a un menor sin que se trate de una preadopción y puede adoptarse a un menor sin un previo acogimiento.

¹⁶³Ruiz-Rico Ruiz, José Manuel. “*Acogimiento y Delegación de la Patria Potestad*”. Ed. Comares., Granada, España. 1989, p. 163.

¹⁶⁴Lloveras, Nora., Ob. Cit., p. 36.

Respecto a la forma en que se constituye el acogimiento, éste puede ser constituido por la entidad pública en una decisión administrativa o por decisión judicial. “La diferencia sustancial entre el acogimiento administrativo y el acogimiento judicial radica en la comparecencia o no comparecencia u oposición de los padres -o del tutor- que no estuvieren privados de la patria potestad. Si comparecen los padres y no se oponen, el acogimiento podrá constituirlo la entidad pública. En cambio, si los padres no comparecen o se oponen, el acogimiento deberá ser constituido judicialmente.”¹⁶⁵

En consecuencia, el acogimiento puede ser constituido por la entidad pública en todos los supuestos en que medie el consentimiento de los padres del menor no privados del ejercicio de la patria potestad, o cuando los padres del menor no fueran conocidos o estuvieren privados de la patria potestad. Mientras que el acogimiento por decisión judicial se constituye cuando los padres del menor no privados de la patria potestad, o el tutor, no hubieren comparecido ante la entidad pública o se hubieren opuesto al acogimiento administrativo decretado por la entidad pública.

Tanto el acogimiento administrativo como el judicial deben ser consentidos por la entidad pública, por los menores que tuvieren doce años y por el o los acogedores. Los padres del menor que no estuvieren privados de la patria potestad, o el tutor, también deberán consentir el acogimiento dispuesto por la entidad pública, y para el caso de que los padres se opusieren o no comparecieren, el acogimiento será decidido por el Juez en interés del menor.

¹⁶⁵ Loc. Cit.

Igualmente el acogimiento puede terminar por decisión judicial o extrajudicial, en este último caso por decisión de las personas que lo tienen acogido, previa comunicación a la entidad pública o a petición del tutor o de los padres que tengan la patria potestad y reclamen su compañía, será precisa la resolución judicial de cesación cuando el acogimiento haya sido constituido por el Juez.

El principal efecto del acogimiento es precisamente el incorporar al niño a un grupo familiar idóneo de modo transitorio, ejerciendo los acogedores la guarda de los menores en su contenido personal. Sin embargo el acogimiento no produce la atribución de la patria potestad al acogedor, ni la representación sobre el menor acogido, ni la administración de sus bienes, sino únicamente atribuye la guarda y los derechos personales que de ella se derivan.

En este sentido el acogimiento familiar, es en el derecho español, una institución familiar destinada a la guarda de los menores, en donde los vínculos con la familia del menor no se extinguen, sino sólo se restringen o suspenden por resolución judicial atendiendo a las circunstancias y al interés del menor.

3.2.3.1 El Acogimiento Familiar y Preadoptivo

Por otro lado el Código Civil español no establece clasificaciones del acogimiento, sin embargo, la doctrina lo ha dividido en acogimiento familiar y acogimiento preadoptivo, según sea la situación del menor que lo origina.

El acogimiento familiar es transitorio, dispone la integración del menor a una nueva familia a causa de la situación transitoria por la que atraviesa la familia de origen, que lo imposibilite para proteger al menor. El acogimiento familiar en general se resolverá con la reinserción del menor en su propia familia.

Por su parte, el acogimiento preadoptivo, integra al menor a una nueva familia de manera permanente, debido a la situación de desamparo por la que atraviese el menor. Este acogimiento en general se resolverá con la adopción del menor, es decir, el acogimiento preadoptivo se presenta como el paso inmediato anterior a la adopción.

En consecuencia y aún cuando la ley no distinga las clases de acogimiento, deberá diferenciarse el acogimiento que tenga como antecedente la tutela o guarda de la entidad pública en función de una situación provisional del menor, o bien, el acogimiento en función de un desamparo, en el primer caso estaremos en presencia del acogimiento familiar y en el segundo del acogimiento preadoptivo.

Por lo tanto el acogimiento no necesariamente desembocará en la adopción del menor, sino sólo en caso de que el menor se encuentre abandonado y convenga más a sus intereses ser integrado a una familia que no sea la propia y que es precisamente la familia de los acogedores.

En relación a la adopción, el acogimiento del menor después de un año permite promover el expediente de adopción sin necesidad de la opinión de la entidad pública.

3.2.4 La Adopción Única

La pretensión de la reforma de 1987, “es basar la adopción en dos principios fundamentales con el necesario equilibrio: La configuración de ella como instrumento de integración familiar referido esencialmente a quienes más la necesitan, y el beneficio del adoptado que se sobrepone a cualquier otro interés legítimo subyacente en el proceso de constitución de la adopción”¹⁶⁶

Una de las más importantes modificaciones que se introdujo en la nueva ley española fue la regulación de la adopción como una forma subsidiaria de protección a los menores, toda vez que, se regularon otros efectos jurídicos que con anterioridad a la adopción pueden lograr el objetivo planteado, tal es el caso de la tutela o guarda de la entidad pública y el régimen de acogimiento.

Por otro lado, se reglamenta exclusivamente la adopción única la cual extingue todo vínculo del adoptado con su familia de origen, en consecuencia se instaure una categoría única de adopción, derogándose las antiguas clasificaciones de simple y plena, con lo que se ha consolidado la igualdad de los hijos.

El tipo de adopción que regula esta nueva ley, es semejante a la antigua figura de la adopción plena, sin embargo, admite excepcionalmente la subsistencia de los vínculos del adoptado con su familia de origen en dos supuestos de adopción unipersonal: la adopción del hijo del cónyuge y la adopción de un menor que tenga la filiación determinada respecto a uno sólo de los progenitores.

¹⁶⁶ Ibidem., p. 85.

La adopción única en esta nueva ley española tiene el carácter de general y extingue los vínculos del menor con su familia anterior. La finalidad para establecer un sólo tipo de adopción fue el evitar diferencias entre los hijos adoptivos.

Esta regla general prevé dos hipótesis generales, en donde los vínculos con la familia genética quedan subsistentes, sin embargo, en este supuesto sigue llamándose adopción, aún cuando se le reconocen efectos distintos de los que produce la adopción única.

Se establecen dos supuestos de adopción, donde el adoptado conserva sus vínculos familiares anteriores: El primero se refiere a cuando el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante, aunque el consorte hubiere fallecido; el segundo se refiere, cuando sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado y el adoptante sea persona de distinto sexo al de dicho progenitor, siempre que tal efecto hubiese sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el padre o madre cuyo vínculo haya de persistir.

En ambos casos existen los vínculos con la familia anterior si se trata de adopciones unipersonales, es decir, adopciones en que el adoptante es una persona individual y nunca cónyuges o concubinos.

Las excepciones a la regla general de adopción única revisten importancia por los efectos que la subsistencia de los vínculos biológicos

tienen sobre el parentesco, la patria potestad, las obligaciones alimenticias, el apellido del adoptado y los derechos sucesorios.

Al respecto Nora Lloveras afirma que, aún cuando la finalidad del legislador fue la de igualar a los hijos adoptivos, no se logró superar tales diferencias, ya que en los dos supuestos excepcionales de adopción en que subsisten los vínculos del adoptado con la familia anterior, se asemejan a la adopción simple, mientras que la adopción única es una figura muy semejante a la adopción plena.¹⁶⁷

3.2.4.1 Requisitos del Adoptante

Dentro de los requisitos que la ley española exige a los adoptantes, podemos decir en primer lugar que, se admite la adopción unipersonal, cuando se trata de un sólo adoptante, o la dual, cuando se trata de dos adoptantes unidos en matrimonio o concubinato. En este sentido los requisitos para adoptar varían en ambos supuestos.

La adopción requiere que el adoptante tenga por lo menos más de veinticinco años. En la adopción por ambos cónyuges, basta que uno de ellos haya alcanzado dicha edad. En todo caso, el adoptante habrá de tener por lo menos catorce años más que el adoptado. No se ha previsto edad máxima del adoptante.

¹⁶⁷ Ibidem., p. 86.

La adopciones unipersonales se permiten a todas aquellas personas que hayan cumplido veinticinco años de edad, y que satisfagan individualmente los requisitos de idoneidad exigidos por la ley, sin discriminación alguna.

Igualmente en la unipersonal se permite la adopción por parte de uno sólo de los cónyuges, requiriéndose únicamente el asentimiento del otro, quién no se vinculará con el adoptado. En consecuencia pueden adoptar unipersonalmente, personas solteras, viudas, divorciadas, separadas, e incluso casadas.

Por otro lado la adopción dual, se encuentra reservada para las parejas unidas en matrimonio o para el hombre y la mujer integrantes de una pareja unida en forma permanente por una relación de afectividad análoga a la conyugal, en cuyo caso se deberá acreditar no sólo la convivencia, sino la permanencia de la unión.

La norma exige que la pareja estable sea heterosexual, es decir, que esté constituida por un hombre y una mujer, desautorizando a las parejas homosexuales, a pesar de lo cual la doctrina española se pregunta sobre la admisión de la calidad de adoptante en parejas en que uno de los compañeros sea transexual.¹⁶⁸

3.2.4.1.1 Prohibiciones para Adoptar

¹⁶⁸ Felío Rey, Manuel Ignacio. *“Comentarios a la Ley de Adopción”*, Ed. Tecnos, Madrid, España, 1989, p. 130.

En consecuencia, las prohibiciones para adoptar en este nuevo Código Civil español, quedan reducidas a los siguientes casos:

a).- Nadie puede ser adoptado por dos personas que no sean cónyuges o integrantes de una pareja estable.

b).- El tutor no puede adoptar a su pupilo sin estar aprobadas las cuentas generales de la tutela. Esta es una prohibición de carácter transitorio, ya que, una vez que dichas cuentas se aprueben, el impedimento desaparece.

c).- No puede adoptarse a un descendiente, ni a un pariente en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad. Es decir, no pueden adoptar los abuelos a los nietos, ni los padres a sus hijos, así como tampoco, un hermano a otro hermano, ni un cuñado a otro cuñado.

3.2.4.2 Requisitos del Adoptado

Respecto a los sujetos pasivos de la adopción, la legislación española, preceptua que como regla general sólo pueden ser adoptados los mayores de edad no emancipados, ya que son precisamente a los menores a quienes se encuentra destinada la protección otorgada por la adopción.

En consecuencia, la edad máxima para adoptar a un menor es de dieciocho años, pero la ley no ha establecido edad mínima, ni ha admitido la posibilidad de adoptar al *nasciturus*, y menos aún al *concepturus* o no concebido.

Sin embargo existe una excepción a esta regla general, y es precisamente que es posible la adopción de un mayor de edad o de un menor emancipado,

siempre y cuando, inmediatamente antes de la emancipación, hubiere existido una situación no interrumpida de acogimiento o convivencia, iniciada antes de que el adoptado hubiera cumplido catorce años de edad.

La excepción de la adopción de un mayor de edad o un menor emancipado exige que se acredite fehacientemente, la existencia de un vínculo duradero entre adoptante y adoptado, que este vínculo sea anterior a la fecha en que el menor haya cumplido catorce años, y que dicho vínculo se mantenga con posterioridad a la emancipación o a la mayoría de edad del adoptado.

3.2.4.3 La Adopción Póstuma

Esta ley también regula la adopción póstuma, siempre que el adoptante hubiere prestado su consentimiento ante el Juez, antes de su muerte. En este sentido el artículo 176 del Código Civil español establece que en caso de tratarse de un huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad, de ser hijos del consorte del adoptante o de llevar más de un año acogido legalmente por el adoptante o haber estado bajo su tutela por el mismo tiempo, podrá constituirse la adopción, aunque el adoptante hubiere fallecido, siempre que éste hubiese prestado ante el Juez su consentimiento. Los efectos de la resolución judicial en este caso se retrotraerán a la fecha de prestación del consentimiento.

En la adopción *post mortem*, el Juez tendrá la obligación de valorar el interés del menor para declarar la misma y siempre decidirá en favor de la protección del adoptado.

3.2.4.4 Efectos de la Adopción

Respecto de los efectos de la adopción, podemos mencionar que como regla general, implican la extinción de los vínculos jurídicos existentes entre el adoptado y su familia anterior o biológica; en consecuencia los efectos más relevantes de la adopción se centran en las relaciones del adoptado y la familia precedente, y en las relaciones del adoptado y la familia adoptiva.

Las relaciones del adoptado y la familia anterior se extinguen como consecuencia de la adopción, independientemente de que estos lazos hayan sido biológicos o adoptivos, es decir, el adoptado pierde el apellido familiar así como sus derechos sucesorios respecto de sus parientes anteriores.

“Con posterioridad a la adopción, el progenitor que no hubiese estado determinado con respecto al adoptado al resolverse la adopción, podrá obtener la determinación de la filiación, pero ella no otorgará vínculo jurídico alguno: la adopción no se extingue ni la filiación determinada luego de la adopción crea vínculos jurídicos con la familia ahora determinada.”¹⁶⁹

¹⁶⁹ La Cruz Berdejo, José Luis et. al., Ob.Cit., pp. 107 y 110.

En consecuencia con la sentencia de adopción, los padres del adoptado sufren la extinción de la patria potestad, así como del deber alimenticio y del derecho sucesorio respecto del adoptado. Sin embargo, subsisten los impedimentos matrimoniales del adoptado con sus parientes consanguíneos anteriores.

Por su parte las relaciones entre el adoptado y la familia adoptiva son idénticas a las de un hijo biológico, ya que la adopción produce la integración plena del adoptado como hijo en la familia de los adoptantes, en igualdad de condiciones que los hijos biológicos, en consecuencia los hijos adoptivos y los naturales son iguales ante la ley.

Por otro lado, aún cuando no se establezca de manera expresa el surgimiento del parentesco adoptivo, por efecto de la adopción se origina una relación parental entre el adoptado y sus descendientes, con el adoptante y su familia. Así el nuevo vínculo adoptivo instituye al adoptante como padre del adoptado y abuelo de sus descendientes, y al adoptado como hijo del adoptante y nieto de sus ascendientes, así como hermano de los hijos del adoptante.

Consecuentemente el adoptante adquiere la patria potestad sobre el adoptado como efecto de la sentencia que recae en el juicio de adopción. En caso de que se trate de una adopción dual, el ejercicio de la patria potestad se rige igual que en el régimen legal de los hijos biológicos.

Así mismo el adoptado llevará los apellidos del adoptante o adoptantes, salvo en la adopción excepcional en que se declaren subsistentes los vínculos con la familia anterior del adoptado.

Respecto de los alimentos, por virtud de la adopción se extingue la obligación recíproca del pago de alimentos entre el adoptado y su familia anterior, pero se origina la obligación alimentaria entre el adoptado y el adoptante, y entre los descendientes del adoptado y la familia del adoptante, la cual se regirá por las normas ordinarias consagradas para la filiación natural.

Respecto de los impedimentos matrimoniales, cabe mencionar que, los dichos impedimentos subsisten con respecto de la familia anterior, pero en virtud de los vínculos parentales que se originan con la adopción, existe impedimento para contraer matrimonio entre adoptante y adoptado, los parientes en línea recta por adopción y los colaterales hasta el tercer grado.

Por último, en relación a los derechos sucesorios, el Código Civil español no establece nada expresamente, sin embargo, toda vez que existe una igualdad absoluta entre los hijos naturales y los adoptivos, se les aplica el mismo régimen, por consiguiente, existen derechos hereditarios recíprocos entre el adoptante y el adoptado, entre el adoptado y la familia del adoptante y entre los descendientes del adoptado y el adoptante y su familia.

Por otro lado, la adopción en el sistema jurídico español, tiene carácter irrevocable, sin embargo, puede extinguirse a petición del padre o de la madre que, sin su culpa, no hubieren intervenido en el juicio de adopción, debiendo interponerse esta demanda dentro de los dos años siguientes a la adopción.

La extinción de la adopción se encuentra condicionada a que la solicitud no perjudique gravemente al menor. Esta extinción no causa la pérdida de la

nacionalidad, ni de la vecindad civil adquiridas, ni alcanza los efectos patrimoniales producidos con anterioridad, sin embargo, la extinción de la adopción provocará el cese de todos los efectos que nacieron de ella.

3.2.4.5 Procedimiento de Adopción

Por último, respecto del procedimiento de adopción podemos resaltar que, la adopción dentro del orden jurídico español es una decisión del Juez, que se emite valorando el interés del menor. “La resolución judicial que declara la adopción es independiente en la decisión de admitir o rechazar la adopción, de los consentimientos, asentimientos u opiniones, que hayan recaído a su respecto de los adoptantes, del adoptado, de los padres del menor, del cónyuge del adoptante, del cónyuge del adoptado, del tutor, del guardador.”¹⁷⁰

Es decir, la filiación adoptiva en el derecho español, no nace en función de las voluntades manifestadas por todas las personas involucradas en el acto, sino únicamente por la resolución judicial, sin perjuicio, de la valoración que de ellas haga la autoridad judicial y del respeto a los derechos implicados en la decisión.

En consecuencia en el Código Civil español, la adopción se presenta como la etapa final y definitiva del juicio, en donde se otorga la protección total al menor integrándolo a la familia adoptiva.

¹⁷⁰ Lloveras, Nora., Ob. Cit., p. 74.

Nora Lloveras, sostiene que esto es un gran acierto de la legislación española ya que, “la regulación jurídica de ese ‘antes’ de la adopción, permite arribar al juicio de adopción como parte del camino de protección del menor, y el ‘después’ de la adopción que declara la filiación adoptiva no aparece sino como la necesaria integración del niño a la familia, a la cual ya pertenece en el sentido de la integración que en general asume.”¹⁷¹

Para la adopción es necesario que consientan la misma ante el Juez, el adoptante o adoptantes y el adoptado mayor de doce años. Así mismo, deberán asentir la misma, el cónyuge del adoptante -salvo que exista separación legal o de hecho-, los padres del adoptado -salvo que estén privados legalmente del ejercicio de la patria potestad, o que sean emancipados. El asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido treinta días desde el parto-. Y finalmente deberán ser simplemente oídos por el Juez, los padres que hayan sido privados de la patria potestad, el tutor, o en su caso guardador y el adoptado menor de doce años, si tuviere suficiente juicio.

Como regla general no se puede solicitar la adopción de una persona si la entidad pública no avala con su propuesta la adopción, es decir, la entidad pública es la que tiene la facultad de iniciar un juicio de adopción por medio de la propuesta que haga. Así mismo la iniciación del expediente de adopción debe ser acordado por la entidad pública.

¹⁷¹ Ibidem., p. 75.

Sin embargo hay casos en que excepcionalmente no se requiere la propuesta de la entidad pública para el inicio de la adopción. Tales como: cuando el adoptado sea huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad; cuando el adoptado es hijo del consorte del adoptante; cuando el adoptado tiene más de un año acogido legalmente por el adoptante o bajo su tutela por el mismo tiempo; y ser mayor de edad o menor emancipado.

Una vez que ha sido establecida la filiación adoptiva, el adoptante está obligado a desempeñar su rol paterno, dirigido al logro de la protección integral del menor, de la misma forma que los padres biológicos. En el supuesto de que el adoptante no cumpla con las funciones del progenitor, será excluido de sus funciones tuitivas y sus derechos. Esta exclusión puede ser solicitada al Juez por el ministerio fiscal, el adoptado o su representante legal.

3.3 Legislación Francesa

El Derecho francés es uno de los que más ha tenido influencia en las legislaciones de todo el mundo, de ahí su importancia. La figura jurídica de la adopción ha ido evolucionando en este orden jurídico, desde su origen como un medio destinado a satisfacer necesidades sucesorias, hasta una institución protectora de los menores desamparados e integrativa a núcleos familiares distintos de su origen.

Actualmente se encuentra regulada en el Título VIII del libro I del Código Civil francés, dentro del apartado denominado “De la filiación adoptiva” que comprende los artículos 343 al 370.

El título antes mencionado se divide en dos capítulos, el primero dedicado a la adopción plena y el segundo a la adopción simple.

Bajo esta panorámica tenemos en primer lugar que el Código Civil francés regula la adopción como una especie de filiación, en segundo lugar, se autorizan dos clases de adopción, la plena y la simple.

3.3.1 La Adopción Plena

Respecto de la adopción plena el derecho francés la destina a los menores desamparados principalmente, es decir un menor es adoptable si consta el consentimiento expreso o tácito de los padres biológicos, o una declaración judicial de abandono.

La plena confiere al adoptado los mismos derechos y obligaciones de los hijos biológicos legítimos.

3.3.1.1 Requisitos del Adoptante

Respecto de los requisitos del adoptante, el legislador francés determina que, tienen capacidad para adoptar plenamente, los cónyuges o una persona

sola, denominándose a la primera, adopción conjunta o dual y a la segunda individual o unipersonal.

La adopción unipersonal puede ser solicitada por el hombre o la mujer solteros, casados, separados, viudos o divorciados que tengan treinta años de edad. En el supuesto de que se trate de una persona casada y no separada de hecho, será necesario el consentimiento de su cónyuge para la adopción.

La adopción dual o conjunta exige como requisitos que los adoptantes no estén separados y que tengan cinco años de matrimonio como mínimo, no exigiéndose el requisito de la edad de treinta años ni que se justifique la existencia de una edad mínima.

La adopción dual se encuentra reservada exclusivamente para matrimonios, por lo que las personas que vivan en concubinato se encuentran impedidas para adoptar de manera conjunta, ya que nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo que sean cónyuges.

Así mismo se podrá pronunciar una segunda adopción en el supuesto de que uno o ambos adoptantes hayan muerto, o también frente a la muerte de uno de los dos esposos adoptantes si la adopción es pretendida por el nuevo cónyuge del supérstite.

Como regla general, la diferencia de edad entre adoptante y adoptado debe ser de quince años tanto en la adopción unipersonal como en la conjunta, excepto el caso de adopción del hijo del cónyuge, en que la diferencia de edad entre adoptante y adoptado debe ser de diez años, o en todos los casos que el

Tribunal resuelva que existen motivos fundados para no considerar la diferencia de edad y declarar la adopción.

Nora Lloveras opina que “esta flexibilización de la regla importa un debilitamiento de ella consagrando potencialmente una menor diferencia de edad entre el adoptante y la persona que pretende adoptar, sujeta a la apreciación judicial, de los motivos que se califiquen como justos para otorgarla.”¹⁷²

No es impedimento u obstáculo para la adopción la existencia de descendientes del adoptante, sin embargo, es una circunstancia que debe tomar en cuenta el Juez para admitir la misma, verificando si la adopción no es de tal naturaleza que comprometa la vida familiar.

Una característica realmente innovadora dentro del Código Civil francés, en materia de adopción, es que no existen en la ley prohibiciones para adoptar en razón de los vínculos de parentesco entre adoptante y adoptado, por lo que se puede adoptar a un pariente afín como lo es el hijo del cónyuge, así también pueden adoptar los hermanos a sus propios hermanos, los abuelos a sus nietos, los tíos a sus sobrinos, e incluso al propio hijo.

Sin embargo la adopción del propio hijo natural, ha perdido interés, en virtud de la igualdad jurídica que existe entre los hijos legítimos y naturales, no

¹⁷² Ibidem., p. 101.

obstante la adopción del hijo adulterino si es provechosa, ya que sirve para liberarle de las prohibiciones impuestas en materia sucesoria.¹⁷³

3.3.1.2 Requisitos del Adoptado

Pueden ser sujetos pasivos de la adopción plena, todos los menores de quince años, exigiéndose su consentimiento si tienen más de trece años y previamente debe haberse cumplido el acogimiento en el hogar de los adoptantes por un plazo no menor de seis meses.

Junto a esta regla general, existen dos excepciones, en donde se admite que los menores que cuenten con más de quince años de edad puedan ser adoptados plenamente, siempre que se cumplan con los requisitos de la adopción plena durante la minoría de edad, en los siguientes supuestos: a) cuando el menor ha estado acogido antes de alcanzar los quince años por las personas que no cumplen las condiciones legales de adoptar; y b) cuando el menor ha sido adoptado en forma simple por los adoptantes, antes de haber alcanzado los quince años de edad.

Por lo tanto, los menores de edad, para poder ser adoptados en forma plena, es necesario que hayan estado acogidos en el hogar de los adoptantes durante seis meses como mínimo. El carácter obligatorio de esta guarda previa del menor, es por lo que se le denomina a esta situación acogimiento

¹⁷³ Ibidem., p. 103.

preadoptivo. El acogimiento preadoptivo es un requisito indispensable para la adopción plena, pero por si solo no produce ningún efecto jurídico.

Las personas que pueden ser adoptadas son: a) los menores respecto a los que el padre y la madre o el Consejo de Familia han consentido la adopción; b) Los pupilos del estado; y c) Los menores declarados abandonados en sede judicial.

3.3.1.2.1 Menores cuyos Padres o el Consejo de Familia han Consentido la Adopción

El derecho para consentir la adopción corresponde a ambos progenitores si la filiación se halla legalmente establecida con respecto a los mismos, independientemente de que se trate de un hijo legítimo o natural reconocido por los dos padres. Corresponderá a uno sólo de ellos consentir en la adopción si el otro ha muerto, si está imposibilitado para manifestar su voluntad, o haya perdido el ejercicio de la patria potestad, y finalmente en el supuesto de que la filiación del menor sólo se haya determinado respecto a un sólo progenitor.

Sin embargo cuando el menor no tenga filiación legalmente determinada respecto de ninguno de sus progenitores, sea huérfano o bien, ambos padres hayan perdido el ejercicio de la patria potestad, corresponderá al Consejo de Familia designado por el Juez consentir en la adopción.

Respecto a la forma para manifestar el consentimiento en la adopción, el Código Civil francés establece que debe otorgarse por acta auténtica firmada

delante del Juez, o ante un notario francés o extranjero, o ante los agentes diplomáticos de consulados franceses, o bien, ante el servicio de ayuda social a la infancia cuando el menor le ha sido enviado.

Este consentimiento es revocable durante los tres primeros meses después de otorgado. La revocación debe ser hecha por carta certificada con demanda de aviso de recepción dirigida a la persona o al servicio que ha recibido el consentimiento para la adopción.

Concluido el término de tres meses para la revocación del consentimiento, sin que se haya dado el mismo, los padres podrán aún requerir la restitución del hijo a condición de que él no haya sido emplazado en vías de adopción. La restitución hace caducar el consentimiento que se hubieren prestado para la adopción.

Sin embargo, es importante destacar que, al igual que en la legislación española los consentimientos otorgados por los padres o el Consejo de Familia para la adopción e incluso la ausencia de dichos consentimientos, no son determinantes para que la adopción se pronuncie o se rechace.

Cuando el derecho de revocación de los padres o del Consejo de Familia ha caducado, el menor puede ser emplazado en vías de adopción plena y este emplazamiento excluye toda posibilidad de restitución del menor a sus padres, con lo que se evita toda controversia posterior entre los padres biológicos y los adoptantes y habilita el juicio de adopción propiamente dicho. Aún cuando el

derecho de los padres y del Consejo de Familia para consentir la adopción del menor no es renunciable ni delegable en ningún caso.

3.3.1.2.2 Los Pupilos de Estado

Por otro lado los pupilos del estado son también adoptables; la legislación francesa considera pupilos de estado a los menores desamparados, es decir, a los menores huérfanos, menores cuyos padres han sido privados de la patria potestad, menores enviados al servicio de ayuda social después de un año de ser admitidos como pupilos del estado, y menores cuya filiación no ha sido establecida o es desconocida.

Los pupilos de estado son adoptables sin necesidad de declaración de desamparo, y el consentimiento para la adopción debe ser otorgado por el Consejo de Familia de esos pupilos, salvo que hayan sido los padres quienes hayan enviado a los menores al servicio de ayuda social, en cuyo caso éstos otorgarán el consentimiento.

3.3.1.2.3 Menores Declarados Abandonados en Sede Judicial

Finalmente son adoptables plenos, los menores cuyos progenitores no hayan consentido la adopción, ni se registren como pupilos de estado, pero que sean declarados abandonados en sede judicial.

En esta categoría se comprenden todas las situaciones en que los padres del menor han abandonado sus funciones derivadas de la patria potestad, estableciendo el consentimiento tácito de los progenitores del hijo y garantizando sus derechos, mediante la constatación del estado de abandono; la declaración judicial de abandono la dicta el Juez, a solicitud de un particular o del servicio de ayuda social o la institución de asistencia privada que haya acogido al menor, esta declaración presupone el total desamparo del menor por parte de sus padres, basado en su manifiesto desinterés.

Al respecto el Código Civil francés determina que los padres que no han mantenido con el hijo las relaciones necesarias para conservar los lazos afectivos, se considerarán como manifiestamente desinteresados por él.

La simple retractación del consentimiento de la adopción, el preguntar por las novedades o la intención expresada pero no seguida del efecto de recuperar al hijo, no es una señal de interés suficiente para motivar de pleno derecho el rechazo de una demanda de declaración de abandono. (Art. 350 del Código Civil Francés).

Los efectos de la declaración judicial de abandono son muy importantes, ya que se delega al servicio de ayuda social, a la institución de asistencia privada o al particular que ha acogido al menor, los derechos derivados de la patria potestad como por ejemplo, guarda, custodia, educación, convivencia y alimentación.

Cuando un menor ha sido judicialmente declarado abandonado puede ser emplazado en vías de adopción plena, y al igual que en los supuestos

anteriores, dicho emplazamiento impide que los padres biológicos puedan solicitar la restitución del hijo.

3.3.1.3 Emplazamiento con fines de Adopción

El procedimiento de adopción en la legislación francesa tiene distintas etapas previas, las cuales varían en función de la forma en que el menor haya sido entregado a los adoptantes, toda vez que recibe un tratamiento legal distinto, la entrega directa del menor a los adoptantes por los padres biológicos, o la entrega realizada por el servicio de ayuda social a la infancia o la que hacen las instituciones privadas de asistencia.

La diferencia en el tratamiento legal radica en la organización del proceso de integración del adoptado a la familia que lo acoge y a la preparación del juicio de adopción, en donde será primordial proteger el interés del menor.

En este sentido se plantean dos supuestos previos al juicio de adopción, los cuales determinarán si el emplazamiento en vías de adopción debe o no ser cumplido.

En primer lugar cuando los progenitores biológicos entreguen al menor directamente a los presuntos adoptantes, expresando su consentimiento en la forma y términos previstos en la ley, lo que hace expedita la vía hacia la adopción plena, y no es necesario el emplazamiento del menor con fines de

adopción, en este caso los adoptantes podrán concurrir directamente a juicio a demandar la adopción plena del menor.

En segundo lugar, cuando el menor ha sido entregado a los presuntos adoptantes por el servicio de ayuda social o por una institución de asistencia privada autorizada, el menor deberá ser emplazado en vías de adopción, por lo que los adoptantes no pueden concurrir directamente ante el Juez a demandar la adopción plena del menor, en este supuesto es obligatorio el emplazamiento del menor con fines de adopción, ya que es el presupuesto indispensable para el juicio de adopción propiamente dicho y con el cual se garantiza la no intervención de los progenitores en el mismo.

En consecuencia el emplazamiento del menor con fines adoptivos “es la entrega oficial y definitiva del niño por el servicio de ayuda social o de una obra privada de adopción autorizada, a los futuros adoptantes. Y ésta es la diferencia con el simple acogimiento del menor en una familia, que es un acto puramente material.”¹⁷⁴

En consecuencia pueden ser emplazados en vías de adopción, los menores cuyos padres o el Consejo de Familia han consentido en la adopción, los pupilos de estado y los menores declarados abandonados.

Este emplazamiento no puede ser efectuado antes de los tres meses posteriores al otorgamiento del consentimiento de los padres ya que en este

¹⁷⁴ Morin, Michel. “*L’adoption*” Cit. por Lloveras, Nora., Ob. Cit., p. 118.

período es cuando éstos pueden hacer efectivo su derecho de revocación del consentimiento para la adopción.

En este sentido el emplazamiento en vías de adopción define la adoptabilidad del menor, ya que, en virtud del mismo, el menor es entregado a los futuros adoptantes e incorporado a su nuevo hogar.

Las consecuencias que produce el emplazamiento en vías de adopción, son obstaculizar toda restitución del menor a su familia de origen y declarar la ineficacia de la determinación de la filiación del menor o de su reconocimiento posterior al emplazamiento mencionado. (Art. 352 del Código Civil Francés).

La razón de la denominación del emplazamiento con fines de adopción, es precisamente por el hecho de que delimita el camino hacia el juicio de adopción, evitando que los progenitores puedan interferirlo, cuestionando, requiriendo, demandando o de cualquier modo pretendiendo ejercer sus derechos con respecto al menor.

3.3.1.4 El Juicio de Adopción

En el sistema jurídico francés, al igual que en el español, la filiación adoptiva se origina con la declaración judicial de la adopción, por lo que, el juicio de adopción en el derecho francés, es la etapa final que declara la filiación adoptiva, para el supuesto de admitirla.¹⁷⁵

¹⁷⁵ Ibidem., p. 120.

La etapa judicial de la adopción no es un requisito más a cumplir para la adopción plena, sino la etapa decisiva en que el Juez tiene que cumplir una doble función importante, en primer lugar, debe controlar la legalidad de la adopción, es decir, verificar si todos los requisitos exigidos a los adoptantes y al adoptado se han cumplido; en segundo lugar, debe verificar si el interés del menor se ve satisfecho con la adopción plena, para lo cual, dispondrá el Juez de todas las medidas e investigaciones que sean necesarias.

Consecuentemente la sentencia que se dicte en el juicio de adopción, puede admitir o rechazar la adopción plena, o en su caso, admitir la simple en lugar de la plena, si estima el Juez que esta última es más conveniente para los intereses del menor.

Cuando el adoptante fallece después de haber recibido al menor con fines de adopción, se podrá declarar la adopción plena en su nombre, si la demanda es presentada por el cónyuge supérstite o uno de sus herederos. (Art. 363 Código Civil Francés).

Una vez decretada la adopción plena por la sentencia judicial, ésta comienza a surtir efectos desde la fecha de presentación de la demanda y la transcripción en el Registro Civil de la sentencia que declara la adopción plena tendrá el carácter de acta de nacimiento del hijo adoptado pleno. Esta transcripción no podrá contener ningún antecedente de la filiación original del adoptado, y por su parte, el acta de nacimiento original tendrá inserta la mención de la adopción, y desde ese momento será considerada como nula.

“Por consiguiente, el acta de nacimiento adoptiva no es un acta nueva de nacimiento, sino la transcripción de la sentencia de adopción plena que adquiere la calidad jurídica de acta de nacimiento del adoptado; por su parte, el acta de nacimiento originaria no se destruye, quedando ligada con la mención de ‘adopción’ al nuevo estado del hijo adoptado pleno.”¹⁷⁶

En consecuencia, al adoptado pleno, aún cuando sea mayor de edad, le será imposible obtener una copia de su acta de nacimiento original, y lo único que podrá duplicar es la sentencia de adopción que no es secreta, y de esta manera podrá conocer la verdad de su nacimiento.

3.3.1.5 Efectos de la Adopción Plena

El efecto más importante que produce la adopción plena a la luz del Código Civil francés es el conferir al adoptado una filiación irrevocable que sustituye a la de origen, dejando el adoptado de pertenecer a su familia biológica e integrándose completamente a la familia de los adoptantes.

En consecuencia la adopción plena es irrevocable e inimpugnable, toda vez que otorga al menor una filiación adoptiva que no puede ser modificada a futuro.

Por lo tanto, el adoptado deja de pertenecer a su familia de sangre, y se incorpora en adelante, en forma absoluta a la familia de los adoptantes, lo que

¹⁷⁶ Ibidem., p. 122.

implica la extinción del parentesco en todas sus líneas y grados, así como el derecho alimentario y la vocación hereditaria recíproca respecto de su familia original.

Además, el adoptado pleno, deja de ser hijo de sus padres biológicos, por lo que en adelante no podrá ser reconocido, ni objeto de una acción de reclamación de maternidad o paternidad.

Sin embargo, el único antecedente que queda de la filiación original, es la subsistencia de los impedimentos matrimoniales con los parientes biológicos de la familia anterior.

Por su parte, el adoptado pleno pasa a la familia de los adoptantes en una situación idéntica a la de los hijos legítimos, por lo que el adoptante asume las funciones derivadas de la patria potestad, las cuales se asimilan a las que son conferidas por la autoridad paterna natural.

Por otro lado, la patria potestad que ejercen los adoptantes, si el caso lo amerita podrá ser suspendida en todo o en parte, e incluso el adoptante puede ser privado de manera absoluta de ese derecho. Sin embargo, “la ley francesa no prevé que las conductas desarregladas e incluso contrarias a las funciones paternas del adoptante puedan permitir la extinción de la filiación adoptiva ni su revocación.”¹⁷⁷ Así mismo, la patria potestad adoptiva en el derecho Civil francés no retorna a los padres biológicos del menor adoptado pleno, cuando mueren los adoptantes.

¹⁷⁷ *Ibidem.*, p. 121.

Por lo tanto, con la adopción, el adoptado se convierte en un hijo legítimo del adoptante, en un pariente de los parientes del adoptante en iguales condiciones que el hijo legítimo, con todas las consecuencias jurídicas que este hecho produce.

El adoptado y sus descendientes adquieren los mismos derechos hereditarios que los hijos de sangre, a la muerte del adoptante y sus descendientes, y recíprocamente el adoptante y sus parientes tienen los mismos derechos que un progenitor biológico y sus parientes en caso de muerte del adoptado.

Así mismo, la adopción plena también confiere al adoptado el apellido del adoptante, y en caso de que los adoptantes sean cónyuges, además el apellido de la pareja, sin embargo, el Tribunal puede modificar los nombres del menor, si lo demandan los adoptantes.

Por otro lado, cuando el adoptante sea una mujer casada, el Tribunal al dictar la sentencia de adopción, tendrá la facultad para decidir con el consentimiento del marido de la adoptante, que el apellido de éste sea conferido al adoptado pleno; pero si el cónyuge ha fallecido o se encuentra en imposibilidad de manifestar su consentimiento, el Tribunal apreciará de modo soberano, luego de haber consultado a los herederos del marido o sus sucesores más cercanos, sobre la conveniencia de conferir dicho apellido al adoptado.

En el derecho civil francés, el nombre no es un elemento del estado de las personas y cumple sólo una función civil respecto de la identidad de ella, que parece desconocerse cuando el legislador ignora tales consecuencias.¹⁷⁸

3.3.1.6 La Adopción del Hijo del Cónyuge

La adopción plena del hijo del cónyuge está permitida sólo cuando el hijo tiene filiación legalmente establecida únicamente con respecto a ese cónyuge. (Art. 345 del Código Civil Francés). Es decir, cuando el progenitor sea viudo o divorciado con hijos cuya filiación esté determinada con respecto a la madre y el padre, no se podrá realizar la adopción plena por el nuevo cónyuge del progenitor, salvo que existan otras razones o fundamentos excepcionales para la adopción plena.

En consecuencia, la adopción realizada por un cónyuge respecto del hijo de otro esposo, siempre deja subsistente la filiación de origen respecto a ese cónyuge y su familia, produciendo por lo demás los efectos de una adopción hecha por los dos esposos.

Este tipo de adopción es integradora del menor a la familia existente constituida por el progenitor determinado y su cónyuge, en cuyo caso, no puede la adopción ser una filiación que sustituye a la de origen, sino un

¹⁷⁸ Ibrahim, Fadlallah. *“La famille légitime en droit international privé”*. Cit. Lloveras, Nora., Ob. Cit., pp. 126-127.

complemento a la misma, pues ella sólo está determinada en uno sólo de sus polos, el paterno o el materno.

3.3.2 La Adopción Simple

En el derecho Civil francés, la adopción simple tiene efectos mucho menos amplios que la plena, y se caracteriza principalmente por la subsistencia de los vínculos del adoptado con la familia biológica, y por ser una filiación revocable.

3.3.2.1 Requisitos del Adoptante

La adopción simple puede ser demandada, por una sola persona o por ambos cónyuges; pero cuando se trate de una sola, ésta deberá tener más de treinta años, y si la persona es casada, su cónyuge deberá consentir en la adopción.

Cuando la adopción simple sea solicitada por un matrimonio, éstos deben tener cuando menos cinco años de casados, sin que sea indispensable que acrediten una edad mínima. Así mismo, si el adoptante tiene descendientes, el Tribunal decretará la adopción siempre que verifique que ésta no sea causa de perturbación de la paz familiar.

La diferencia de edad entre adoptante y adoptado debe ser de quince años, salvo cuando se trate de la adopción del hijo del cónyuge, donde la

diferencia de edad exigida es diez años, sin embargo, el Tribunal estará facultado para declarar la adopción, si existen motivos fundados para no tomar en cuenta la diferencia de edad.

3.3.2.2 Requisitos del Adoptado

Por otro lado, pueden ser adoptados simples, los menores y mayores de edad. Las personas mayores de edad son las que han cumplido dieciocho años y pueden ser adoptados únicamente en forma simple.

Los menores de edad pueden ser adoptados en forma simple o plena, sin que sea necesario que el menor esté necesariamente en una de las categorías de adoptable para declarar la adopción simple.

En consecuencia pueden ser adoptados en forma simple todos los menores de edad, así como los menores cuyos padres o el Consejo de Familia hayan consentido en la adopción, los pupilos de estado, y los menores declarados abandonados en sede judicial. Los menores de edad que han cumplido quince años sólo pueden ser objeto de adopción simple.

En relación a las formas de manifestar el consentimiento para la adopción, la posibilidad de su revocación y las demás cuestiones relativas al consentimiento, analizadas en relación a la adopción plena, resultan aplicables a este tipo de adopción.

Así mismo, el emplazamiento en vías de adopción, no es obligatorio en la simple, por lo que los padres del menor que no hayan revocado su consentimiento en el plazo de tres meses, pueden demandar la restitución del menor hasta el juicio de adopción.

Por otro lado, la adopción simple requiere del consentimiento del adoptado, cuando éste sea mayor de trece años. Si el adoptado simple es menor no emancipado, la adopción debe ser consentida por quien lo represente legalmente, pero si el adoptado es mayor de edad, será suficiente la expresión de su propio consentimiento.

Otra diferencia importante de la adopción simple con respecto de la plena, es que no es necesario que el menor haya estado acogido por los adoptantes, es decir no es necesario el acogimiento preadoptivo.

3.3.2.3 El Juicio de Adopción

Al juicio de adopción simple, le son aplicables las reglas establecidas y analizadas en la adopción plena; sin embargo; es importante destacar que aún cuando el acogimiento preadoptivo no sea obligatorio, ello no implica que el Juez al momento de otorgar la adopción simple no deba verificar las razones y la conveniencia del menor en la adopción.

En conclusión, el Tribunal además de valorar el cumplimiento de los requisitos exigidos para la adopción simple, deberá de observar que el interés

del adoptado se vea satisfecho con el pronunciamiento de la adopción simple, siempre que se trate de un menor de edad.

3.3.2.4 Efectos de la Adopción Simple

El efecto más representativo es su carácter revocable, es decir, la adopción simple produce efectos que no son definitivos, ya que se mantendrán mientras la adopción no sea revocada.

En este sentido, la adopción simple no extingue los vínculos de parentesco entre el adoptado y sus padres o parientes biológicos, por lo que la filiación adoptiva simple no sustituye a la filiación biológica, sino que se añade a la misma, a consecuencia de lo cual el adoptado se encuentra en una doble pertenencia familiar: La adoptiva y la biológica.

En consecuencia al subsistir los vínculos de parentesco del adoptado con su familia de origen, ya que éste conserva sus derechos sucesorios respecto a sus parientes biológicos; así mismo subsiste la obligación alimentaria entre el adoptado y sus padres, sin embargo, estos últimos no están obligados más que a darle al adoptado los alimentos que el adoptante no puede otorgarle. En este caso la obligación alimentaria de los padres biológicos es subsidiaria a la que tienen los padres adoptivos.

El derecho sucesorio reconocido al adoptado, no es recíproco, ni de igual contenido para la familia biológica, que para la adoptiva, toda vez que si

ocurre la muerte del adoptado simple sin que existan descendientes, la familia de origen recibe la mitad de los bienes del adoptado, y la otra mitad corresponderá a la familia adoptiva, excluyéndose los bienes recibidos por el adoptado de su familia biológica o del adoptante.

Por otro lado, los impedimentos matrimoniales subsisten siempre entre el adoptado y su familia consanguínea. Así mismo, el Juez debe conceder un derecho de visita a la familia biológica respecto del menor y la filiación original puede ser determinada después de la adopción simple, por el reconocimiento del progenitor o por resolución judicial, sin perjuicio de lo cual, la adopción conserva todos sus efectos.

En este sentido, la adopción simple crea un vínculo de parentesco entre el adoptado y el adoptante, el cual se extiende a los hijos legítimos del adoptado que devienen parientes del adoptante, pero no se vinculan jurídicamente el adoptado y la familia del adoptante.

Por consiguiente, existe un derecho sucesorio limitado del adoptado en la sucesión de la familia del adoptante, que puede ser suprimido por voluntad de los parientes del adoptante.

En relación con la patria potestad, cuando la adopción simple recae sobre un menor de edad, la patria potestad se transfiere al adoptante y se ejerce en las mismas condiciones que respecto a un hijo legítimo, es decir se transfieren al adoptante los derechos de guarda, custodia, educación y consentimiento para contraer matrimonio.

El efecto sobre la patria potestad transferida al adoptante es independiente de la subsistencia de los vínculos del adoptado con su familia de origen, ya que, mientras subsista la adopción simple la patria potestad transferida no puede ser retornada a los padres biológicos; excepto, cuando se trate de la adopción simple del hijo del cónyuge, en cuyo caso, la patria potestad se ejercerá conjuntamente por el cónyuge y progenitor del menor, y el adoptante será titular de la autoridad paterna con el progenitor biológico.

En conclusión, cuando la adopción sea unipersonal, exclusivamente el adoptante será quien ejerza la patria potestad sobre el menor, y cuando la adopción sea dual, la patria potestad será ejercida por los esposos aplicándose las normas ordinarias.

Las normas relativas a la administración legal de los bienes de los menores y la tutela del hijo legítimo, son aplicables para la adopción simple, por lo que cuando los adoptantes mueran antes de la mayoría de edad del adoptado, se les deberá asignar un tutor, pero en ningún caso la patria potestad se revierte en favor de sus progenitores originales.

Por otro lado, la adopción simple confiere al adoptado el apellido del adoptante, al cual podrá agregársele el apellido del adoptado, sin perjuicio de la facultad del Juez de ordenar la atribución exclusiva del apellido del adoptante.

Así mismo, el adoptado mayor de trece años debe consentir en la sustitución del apellido. La modificación del apellido del adoptado deberá

hacerse por medio de una demanda, la cual podrá entablarse con posterioridad a la adopción.

El Código Civil francés no admite en la adopción simple la modificación de los nombres del adoptado y permite la posibilidad de atribuir el apellido del esposo de la adoptante casada al adoptado, supuesto que es aplicable también en caso de muerte del cónyuge del adoptante.

Al respecto Lloveras sostiene que, “la regulación del apellido como efecto de la adopción simple especialmente en personas mayores, cobra importancia, pues los hijos del adoptado simple -sean mayores o menores- en caso de sustitución de patronímico de su progenitor, podrán ver sustituido el propio apellido, lo que se desprende de la vinculación de su progenitor adoptado simple con el adoptante.”¹⁷⁹

Otro de los efectos que produce la adopción simple, es la prohibición para celebrar matrimonio entre el adoptante, el adoptado y sus descendientes, entre el adoptado y el cónyuge del adoptante y recíprocamente entre el adoptante y el cónyuge del adoptado; entre los hijos adoptivos de un mismo individuo, y entre el adoptado y los hijos del adoptante.

Sin embargo, el impedimento matrimonial entre los hijos adoptivos de una misma persona, y entre el adoptado y los hijos del adoptante, puede ser dispensado por el Presidente de la República; y el impedimento existente entre el adoptado y el cónyuge del adoptante y entre el adoptante y el cónyuge del

¹⁷⁹ Ibidem., p. 143.

adoptado, también puede ser dispensado, si ha muerto la persona que ha creado el parentesco por afinidad.

Por otro lado, la adopción plena también produce efectos sucesorios, entre los que destacan, el que el adoptado y sus descendientes tienen los mismos derechos que los hijos y descendientes legítimos en la sucesión del adoptante.

En lo que respecta al adoptado y sus descendientes, en la sucesión de la familia del adoptante tienen un derecho sucesorio igual al de los hijos legítimos, pero respecto de los ascendientes no se les considera legitimarios, por lo cual, los ascendientes del adoptante tienen la posibilidad de excluirlos, legando todos sus bienes, o privándoles de todo derecho sobre los mismos.

Por otro lado, si el adoptado muere dejando descendientes, sus bienes se adjudicarán a éstos, sin distinción alguna en relación al origen de los bienes. Pero si el adoptado muere sin dejar descendencia, se debe efectuar la distinción entre los bienes recibidos a título gratuito por el adoptante, los cuales regresarán al mismo, o a sus descendientes; y los bienes recibidos a título gratuito de su familia de origen, los que igualmente regresan a los padres del adoptado o a sus descendientes.

3.3.2.5 Revocación de la Adopción Simple

En sentido opuesto a la adopción plena, la adopción simple es revocable a solicitud del adoptante o del adoptado mayor de edad, siendo indispensable que medie una resolución judicial.

Sin embargo, en el derecho francés, la revocación de la adopción no constituye un acto consensual entre el adoptante y el adoptado, sino que debe fundarse en graves motivos que impidan sostener o continuar con la filiación adoptiva simple legalmente establecida; motivos que deberán expresarse y que el Juez valorará de manera discrecional al dictar la resolución correspondiente.

En el Código Civil francés la revocación de la adopción simple puede ser solicitada por el adoptante, por el adoptado y por los padres y parientes del adoptado, con la salvedad de que el adoptado necesitará contar cuando menos con la mayoría de edad; y el adoptante, sólo podrá demandar la revocación de la adopción simple, si el adoptado es mayor de quince años.

Por otro lado si el adoptado es menor de edad, sus progenitores biológicos o incluso algún pariente consanguíneo hasta el cuarto grado, puede demandar la revocación de la adopción.

Los efectos de la revocación de la adopción simple son hacer cesar hacia el futuro las consecuencias jurídicas que nacieron con la sentencia de adopción; en consecuencia, el adoptante pierde la patria potestad sobre el adoptado, así como la administración de sus bienes -en caso de ser menor-; el adoptado recobra su apellido; el adoptado y adoptante pierden mutuamente los derechos sucesorios recíprocos; cesa la obligación alimentaria y los

impedimentos matrimoniales, así mismo, se extingue el parentesco entre el adoptante, el adoptado y sus descendientes y en general todos los efectos derivados de la adopción.

3.4 Legislación Italiana

El Derecho Italiano aborda el tema de la adopción en la ley 184 de 4 de mayo de 1983, la cual se encarga de la regulación de la adopción y el acogimiento de menores. El Código Civil Italiano fue reformado en el año de 1983, en lo que se refiere a la adopción de personas mayores. En consecuencia estudiaremos el sistema jurídico italiano de adopción de mayores y menores, a la luz de la ley 184/1983 y el Código Civil Italiano.

La actual legislación italiana garantiza la protección de los derechos del menor, creando un sistema de protección Civil de la infancia privilegiado. Es decir el legislador italiano se preocupa por la infancia desvalida.

3.4.1 La Tutela Asistencial de Menores

Una de las formas en que Italia enfrenta el desamparo de numerosos niños, es la tutela asistencial, institucional o los poderes tutelares sobre los menores desprotegidos atribuidos a entidades públicas o privadas autorizadas.

La ley italiana atribuye poderes tutelares a las instituciones privadas y públicas, donde el menor está internado o asistido, hasta el momento en que se proceda al nombramiento de un tutor y en todos los casos en los cuales el ejercicio de la patria potestad de los padres o de la tutela estén impedidos. La institución de asistencia tiene los poderes y las obligaciones del acogedor.

En este sentido, la institución en que el menor está internado debe recibirlo, proveer para su manutención, educación e instrucción, considerando las recomendaciones de los padres, siempre y cuando éstos no hayan sido privados de la patria potestad, o del tutor en su caso, facilitando además la relación entre el menor y su familia de origen, con la finalidad de lograr la reinserción del mismo en el seno de su familia.

La internación del menor presupone una resolución judicial en donde se especifique la forma en que se ejercerán los poderes tutelares de la institución, así como la duración del internado y la forma en que la autoridad judicial vigilará dicho internamiento.

Es importante destacar que las instituciones públicas y privadas que tienen al menor a su cargo, ejercen funciones de tutela, pero no son tutores. Únicamente se les atribuyen poderes tutelares de forma automática, ya que en tanto ocurre la internación o asistencia del menor, dichas instituciones asumirán sus funciones tutelares sin necesidad de declaración judicial o administrativa.

Las instituciones de asistencia pública o privada deben procurar que el menor sea confiado o acogido por una familia transitoriamente, en caso contrario podrán ordenar su internación, en cuyo supuesto, dicho instituto ejercerá los poderes tutelares sobre el menor, hasta en tanto se le designe un tutor.

Resulta evidente, que la internación del menor es el último recurso para su asistencia, toda vez que tiene carácter subsidiario al hecho de que el menor esté privado de un ambiente familiar sano y que además no pueda ser acogido por otras personas; en consecuencia, el principal recurso que la ley prevé ante el desamparo del menor o la inexistencia de un medio familiar idóneo, es el acogimiento en una familia extraña que propicie un ambiente favorable para el crecimiento del menor, en defecto de este recurso, se encuentra precisamente la internación del menor en instituciones públicas o privadas.

Por otro lado, el Juez tendrá la facultad de designar tutor a la institución asistencial que venía ejerciendo los poderes tutelares sobre el menor. Se puede designar tutor al ente asistencial de la región en que se halle el menor desamparado, o al ente en que está internado. La administración del ente asistencial podrá delegar en uno de sus miembros el ejercicio de las funciones tutelares. (Artículo 354 del Código Civil Italiano).

Si los inconvenientes transitorios de la familia de origen del menor, son superados, éste debe ser reintegrado a su núcleo familiar original y en caso contrario, cuando la prolongada internación del menor revele el estado de

abandono en que se haya, se podrá declarar su emplazamiento en vías de adopción.

3.4.2 La Adopción de Menores

Según la legislación italiana son menores de edad aquéllas personas que no han cumplido dieciocho años. Éstos pueden ser objeto de adopción plena y menos plena, sin embargo, es importante aclarar que la legislación italiana no se refiere a estas denominaciones en su articulado, pero por las características y efectos que producen, podemos concluir que se trata de estas dos figuras.

En este sentido, la ley italiana regula bajo el Título, “De la adopción”, de modo general, el tipo de adopción que produce todos los efectos de la adopción plena, y se denomina adopción con efectos plenos.

Por otro lado, bajo el título “De la adopción en casos particulares”, se regula un tipo de adopción con efectos restringidos, que en la doctrina en general se conoce como adopción simple.

En conclusión, la legislación italiana admite dos clases de adopción de menores con diferentes efectos: Por un lado, una forma general de adopción que establece una filiación distinta a la de origen; y por otro lado, una forma específica destinada a algunos casos particulares en que la adopción es sólo una relación adoptiva con alcances limitados.

3.4.2.1 La Adopción con Efectos Plenos

Este tipo de adopción, sustituye a la filiación biológica y es la regla general para todo tipo de adopciones, es decir, todas las adopciones de menores que se realicen tendrán sus características, salvo los supuestos taxativamente enumerados en la ley como casos particulares, en donde, la adopción tendrá efectos menos plenos.

3.4.2.1.1 Requisitos del Adoptante

La adopción con efectos plenos se encuentra reservada de modo exclusivo para las parejas unidas en matrimonio, por un mínimo de tres años, excluyéndose a los cónyuges separados de hecho o legalmente. Así mismo, para poder ser adoptante con efectos plenos es requisito indispensable acreditar la capacidad para educar, instruir y mantener económicamente al menor que se pretenda adoptar.

Por otro lado, la diferencia de edad entre los adoptantes y el adoptado debe ser como mínimo de dieciocho años y como máximo de cuarenta. Al respecto es importante comentar que resulta novedoso en el derecho italiano el establecimiento de una diferencia de edad máxima de cuarenta años entre adoptantes y adoptado, ya que la mayoría de las legislaciones sólo establecen un mínimo de edad y no un límite máximo, además que esa diferencia máxima de edad, es absolutamente inflexible y no admite ninguna excepción.

Los cónyuges que tengan cuando menos tres años de casados y no se encuentren separados de hecho ni jurídicamente pueden presentar la demanda de adopción y en todos los casos se impone la obligación a los adoptantes de manifestar la eventual disponibilidad para adoptar varios hermanos; es decir, los cónyuges pueden presentar al mismo tiempo varias demandas de adopción ante diferentes Tribunales, pero será necesario que éstos se lo comuniquen entre ellos.

Una de las características interesantes de la legislación italiana en relación con los adoptantes, es precisamente el hecho de que reserve de modo exclusivo a los cónyuges la adopción con efectos plenos, excluyendo las adopciones unipersonales y a las parejas unidas por concubinato.

Al respecto un sector de la doctrina italiana opina a favor de esta disposición, en virtud de que, se debe privilegiar el interés del menor por sobre el de los concubinos, especialmente cuando la filiación adoptiva crea un vínculo de parentesco legítimo que transformaría los efectos de la unión de hecho por vía de la adopción.¹⁸⁰

3.4.2.1.2 Requisitos del Adoptado

Puede ser adoptado con efectos plenos, el menor que ha sido declarado en estado de adoptabilidad por el Tribunal de menores, siendo necesario su

¹⁸⁰ Pérez Alvarez, Miguel Ángel., Ob. Cit., p. 168.

consentimiento para la adopción cuando haya cumplido catorce años, y si ha cumplido doce, tiene derecho a ser escuchado personalmente en el juicio.

En consecuencia, la adopción de menores con efectos plenos se admite en favor de aquellos que han sido definidos positivamente como sujetos posibles de adopción, antes de que ésta suceda.

3.4.2.1.3 La Declaración en Estado de Adoptabilidad

La declaración en estado de adoptabilidad de un menor que constituye la antesala a la adopción, requiere que el presunto adoptado se encuentre abandonado, y privado de asistencia moral y material por parte de sus padres o parientes responsables de proveérselas, siempre que la falta de asistencia no se deba a causa de fuerza mayor de carácter transitorio. (Artículo 8 de la ley 184/1983).

La dificultad de acreditar el abandono radica en que es necesario la comprobación simultánea de la falta de asistencia material y moral, y que además esta privación de asistencia provenga de los progenitores o de los obligados a prestar alimentos.

En este sentido, es difícil que el abandono de un menor se presente en la realidad de modo que pueda contemplarse de forma tan estricta en el plano moral y material, es decir, el menor puede estar abandonado en la medida en que esté privado de la protección necesaria, sin que esta privación deba necesariamente referirse simultáneamente al aspecto material y moral de la

vida personal del menor, por lo que este criterio para tipificar el abandono se encuentra fuera de la realidad.

Por otro lado, de la forma en que se encuadra el abandono se infiere que éste se configura aún cuando el menor esté asistido por parientes no obligados a proveerle asistencia, es decir, que se encuentre asistido por terceros extraños o por instituciones públicas o privadas dedicadas a la protección de menores.

Excepcionalmente se excluye la declaración de adoptabilidad del menor abandonado cuando sus padres o parientes obligados no les presten la asistencia moral y material por causas de fuerza mayor de carácter transitorio, las cuales deberán de ser valoradas por el Juez.

Al respecto es importante comentar que en la legislación italiana se consigna la obligación para los padres y parientes a aceptar la ayuda razonable que les ofrecen los servicios sociales, con la finalidad de evitar el abandono de sus hijos y superar las dificultades transitorias que puedan afectar su asistencia, por lo que, si los padres no aceptan esa ayuda de modo injustificado, el Juez deberá considerar que no subsiste la causa de fuerza mayor transitoria que puedan invocar los progenitores para impedir la declaración de adoptabilidad de su hijo.

En esta lógica, cuando un menor se encuentra en situación de abandono procede la declaración judicial del estado de adoptabilidad del mismo, resuelta por el Tribunal de menores, el cual podrá actuar de oficio o a instancia de una demanda judicial.

Al respecto cabe comentar que además del Juez tutelar cualquier persona está facultada para señalar y para denunciar la situación de abandono de los menores, como por ejemplo, los oficiales públicos, los encargados de servicios públicos, los que ejercen un servicio de bien público, así como los institutos de asistencia pública o privada, de todas estas fuentes, el Juez tutelar se proveerá de información, para que pueda actuar de oficio en cuanto conozca la situación legal de abandono del menor.

Una vez que es abierto el procedimiento de declaración de adoptabilidad, el Tribunal tendrá amplias facultades para ordenar las medidas provisionales tendientes a proteger al menor, entre las que destacan, la suspensión del ejercicio de la patria potestad de sus padres, la designación de un tutor provisional, y las investigaciones, pruebas e informes sobre la situación actual del niño.

La legislación italiana establece dos procedimientos para declarar la adoptabilidad de un menor, dependiendo de la situación jurídica del abandonado, en este sentido, existe un procedimiento abreviado y un procedimiento ordinario.

Los procedimientos abreviados para declarar en estado de adoptabilidad a un menor, proceden cuando éste carezca de progenitores y parientes, ya sea, porque hayan muerto o porque no lo hayan reconocido.

Pero cuando se trate de un menor que tenga padres o parientes, procederá el procedimiento ordinario para declarar o no en estado de adoptabilidad del menor.

Este procedimiento es mucho más complejo toda vez que implica la citación a juicio de los progenitores y parientes, la celebración de una audiencia judicial, la existencia de medidas provisionales que toma el Juez para que los padres y parientes aseguren la asistencia del menor, la implantación de visitas de acercamiento y la promoción de la acción de alimentos a cargo del ministerio público, que puede ser solicitada por el Juez.

En consecuencia, una vez que ha sido acreditado el abandono como resultado de las investigaciones judiciales, el Juez declarará el estado de adoptabilidad del menor, en los siguientes casos:

- a) Cuando los progenitores o parientes convocados no se hayan presentado a juicio sin justificación alguna;
- b) Cuando en la audiencia judicial se haya demostrado la persistencia de la falta de asistencia moral y material y la no disponibilidad para superarla; y,
- c) Cuando las sugerencias señaladas hayan sido impedidas o incumplidas por los padres.

Para emitir la declaración de estado de adoptabilidad del menor, el Juez previo a la resolución deberá escuchar al ministerio público, al representante del instituto público o privado en el cual haya estado internado el menor, o en su defecto a la persona que le haya acogido, el tutor si existe, y el menor que haya cumplido doce años.

Los efectos más importantes de la declaración de adoptabilidad del menor, son, por un lado suspender el ejercicio de la patria potestad a sus progenitores, lo que no significa la extinción de sus vínculos jurídicos con

ellos, sino únicamente cerrar la posibilidad de reclamación del ejercicio de la patria potestad de los padres en cuanto subsista la declaración de adoptabilidad; por otra parte, ésta declaración judicial de adoptabilidad permite declarar el acogimiento preadoptivo, que es la etapa previa para la apertura de la adopción del menor con efectos plenos.

La declaración del estado de adoptabilidad del menor, puede terminar por que el menor alcance la mayoría de edad o por revocación de tal adoptabilidad, cuando el interés del menor así lo requiera, sin embargo no procederá esta revocación si se ha producido el acogimiento preadoptivo.

3.4.2.1.4 El Acogimiento

En la legislación italiana existen dos clases de acogimiento: el acogimiento familiar y el acogimiento preadoptivo. Genéricamente el acogimiento es el apartamiento del menor de su familia de origen y su incorporación a un núcleo extraño con carácter transitorio o permanente, según el tipo de acogimiento.

3.4.2.1.4.2 El Acogimiento Familiar

El acogimiento familiar se da cuando por razones circunstanciales la familia del menor se encuentre imposibilitada para proporcionarle la protección necesaria, es decir, el menor que temporalmente este privado de un

ambiente familiar idóneo, puede ser acogido por otra familia que preferentemente tenga hijos menores, por una sola persona, o por una comunidad de tipo familiar con la finalidad de darle subsistencia, educación e instrucción. (Art. 2 de la Ley 184/1983)

Cuando no sea posible un adecuado acogimiento familiar se permite la internación del menor en un instituto asistencial público o privado que deberá encontrarse preferentemente en la zona o región en que resida el menor.

El acogimiento familiar consiste en la entrega del menor a una familia, persona o comunidad de tipo familiar extraña, cuando el mismo este temporalmente privado de un ambiente familiar idóneo, es decir, se trata de una carencia momentánea u ocasional, lo que infiere que sea esencialmente provisional y tienda a la reinserción del menor a su propia familia.

3.4.2.1.4.2 El Acogimiento Preadoptivo

La legislación italiana, dispone que cuando la causa de privación de un ambiente familiar idóneo para el menor no fuera temporal, no se puede hacer uso del acogimiento familiar, sino que se debe denunciar al Juez la situación de abandono del menor a fin de que se realice la declaración de adoptabilidad que desemboque en el acogimiento preadoptivo.

El acogimiento preadoptivo implica la separación del menor de su familia de origen y su integración a otra familia con fines permanentes. Este acogimiento tiende a desembocar en la adopción del menor acogido.

El tiempo de acogimiento adoptivo es de un año, cuya finalidad es comprobar la compatibilidad entre los adoptantes y el adoptado para llegar después del período de prueba a la adopción.

Los cónyuges que pretendan adoptar deben solicitar el acogimiento preadoptivo y deben además cumplir con todos los requisitos que la adopción exige. Con esta demanda comienza el procedimiento judicial real de adopción con efectos plenos.

El Acogimiento preadoptivo se realiza bajo la vigilancia del Tribunal de menores, el cual puede solicitar asistencia del Juez tutelar y de los servicios locales.

En consecuencia, el acogimiento preadoptivo en la legislación italiana es la etapa previa a la adopción con efectos plenos, por lo que sólo pueden ser acogidos preadoptivamente los menores de edad abandonados y declarados en estado de adoptabilidad, y solamente pueden ser acogedores los cónyuges que cumplan todos los requisitos para ser adoptantes.

En consecuencia, los cónyuges que pretendan adoptar deben presentar su demanda al Tribunal de menores especificando la eventual disponibilidad para adoptar varios hermanos. La legislación italiana no permite la elección

por los adoptantes del adoptado, es decir, en la demanda de acogimiento preadoptivo, los adoptantes no podrán individualizar al menor que solicitan en adopción.

El Tribunal de menores tendrá amplias facultades discrecionales, para elegir entre las parejas adoptantes, aquélla que mejor convenga al adoptado. Si el Tribunal estima que los requisitos de los adoptantes se han cumplido, ordenará la recolección de pruebas e informes y elegirá entre las parejas presentadas la que más convenga a la situación del menor, a acoger y posteriormente a adoptar con efectos plenos.

El Tribunal del menor, una vez que ha elegido a la pareja adoptante, señala las fechas de audiencia en que escucha al ministerio público, a los ascendientes de los adoptantes, al menor que ha cumplido doce años, si considera necesario, también al menor que no alcanza esta edad, y hecho lo cual, resuelve sobre el acogimiento preadoptivo del menor.

El menor que ha cumplido catorce años debe manifestar su consentimiento expresamente al acogimiento por la pareja de adoptantes seleccionada. El Tribunal de menores tiene obligación de informar a los presuntos adoptantes sobre los hechos relevantes relativos al menor, que se deriven de las investigaciones efectuadas.

Por otro lado, como regla general, cuando se encuentren en estado de adoptabilidad todos los hermanos, no podrá ser dispuesto el acogimiento de uno sólo de ellos, salvo por razones graves, ya que la finalidad de esta

disposición es precisamente no separar a los hermanos, intentando conservar el vínculo fraterno que los une.

Una vez que es decretado el acogimiento preadoptivo, el Tribunal del menor tendrá la obligación de vigilar el buen desarrollo del acogimiento, ya sea directamente, o bien con la ayuda de los jueces tutelares y de los servicios de asistencia locales.

Cumplido un año del acogimiento preadoptivo, se podrá decidir la adopción de los menores acogidos, sin embargo, si durante el acogimiento la relación entre los acogedores y el menor acogido, presentare serias dificultades de convivencia, el acogimiento podrá revocarse por resolución judicial, dictada de oficio, a instancia del ministerio público, del tutor o de cualquiera que ejerza la vigilancia sobre el acogimiento.

En caso de revocación, el Tribunal de menores deberá adoptar las provisiones temporales necesarias para proteger los intereses del menor.

Los efectos que produce el acogimiento preadoptivo son: Establecer entre acogedores y menor acogido una relación jurídica que tiene efectos entre ellos y también respecto a terceros, es decir, los acogedores tienen la guarda y custodia del menor acogido, de forma similar a los padres biológicos, y además tiene el derecho de exclusión de los terceros que pretendan intervenir en la vida diaria del menor acogido; la relación de acogimiento preadoptivo se encuentra protegida por la ley italiana, y existe una obligación de secreto para toda

persona que tenga conocimiento sobre la relación de acogimiento preadoptivo; las penas para quién incumpla esta obligación son económicas y corporales.

Con el acogimiento preadoptivo, los acogedores gozan de prestaciones asistenciales y asignaciones familiares durante el tiempo del acogimiento, lo que implica una ayuda económica por parte del estado. Así mismo, una vez que es declarado el estado de adoptabilidad y el acogimiento preadoptivo, el reconocimiento hecho por los progenitores naturales, no tendrá efectos jurídicos, es decir, se suspende el juicio de declaración de maternidad o paternidad o se extingue cuando la sentencia de adopción definitiva causa estado.

En este sentido los efectos del acogimiento preadoptivo son de marcada importancia, ya que es la etapa inmediata anterior a la adopción con efectos plenos, lo que implica el comienzo de la ruptura de los vínculos del menor con su familia biológica, que se traducen en la suspensión de las acciones emergentes de la filiación consanguínea.

Finalmente, la declaración de adopción del menor con efectos plenos es la etapa final del acogimiento preadoptivo. Transcurrido un año del acogimiento preadoptivo, corresponderá al Tribunal declarar o rechazar la adopción con efectos plenos del menor, para lo cual, será necesario que hayan sido celebradas las audiencias de ley, en donde se haya escuchado a los presuntos adoptantes, al menor que haya cumplido catorce años, o si es oportuno, al de edad inferior, al tutor, al Juez tutelar, y a los servicios locales encargados de la vigilancia. El menor de doce años debe ser escuchado y si

tiene menor edad que la indicada, el Juez tiene amplias facultades para escucharlo si lo estima conveniente.

Para el mayor de catorce años, el consentimiento es obligatorio, ya que una vez que ha sido acogido por la pareja seleccionada, luego de la experiencia vivida durante el acogimiento con los presuntos adoptantes, deberá prestar su consentimiento para la adopción, sin embargo, este consentimiento podrá ser revocado hasta antes de que sea dictada la sentencia de adopción, en cuyo caso, el Tribunal se encontrará impedido para pronunciar la adopción, es decir, la revocación del consentimiento es un acto indiscutible, ya que no podrá ser valorado por el Juez a modo de declarar la adopción a falta del mismo.

Por otro lado, si durante el acogimiento preadoptivo fallece uno de los cónyuges o surge una discapacidad, salvaguardando el interés del adoptado, la adopción podrá ser igualmente dispuesta a instancia del otro y en representación de ambos, con efecto, para el cónyuge fallecido, a partir de la fecha de su deceso. Si en el transcurso del acogimiento preadoptivo se produjera la separación de los cónyuges, la adopción podrá disponerse para uno sólo de ellos o para ambos en exclusivo interés del menor, en el caso de que el cónyuge o cónyuges así lo solicitaren. (Art. 25 de la ley 184/1983)

En esta lógica el Tribunal de menores puede denegar o admitir la adopción del menor. En el primer caso caducará el acogimiento preadoptivo que se haya llevado a cabo respecto a los acogedores que fueran seleccionados por el Tribunal, y el Juez podrá dictar todas las medidas provisionales que

estime convenientes y favorables al menor, luego de que el decreto quede firme.

Sin embargo, aún cuando la adopción es denegada, los efectos de la declaración de adoptabilidad no se modifican, es decir, aún cuando se rechace la adopción para determinada pareja de adoptantes, el menor continúa en estado de adoptabilidad, por lo que será posible que posteriormente se de en adopción a otra pareja, además el ejercicio de la patria potestad de los padres biológicos continuará suspendido, y únicamente el tutor que se le designará como efecto de la declaración de adoptabilidad reasumirá sus funciones.

3.4.2.1.2.5 Efectos de la Adopción con Efectos Plenos

Según la legislación italiana, cuando sea admitida la adopción con efectos plenos el adoptado adquirirá el estado de hijo legítimo de los cónyuges solicitantes, atribuyéndosele el apellido del esposo y desapareciendo las relaciones del adoptado con su familia biológica, así mismo, surgirá parentesco con los parientes de los adoptantes y desaparecerá con la familia de sus progenitores.

Así mismo, una vez declarada la adopción del menor con efectos plenos, éste adquirirá vocación hereditaria respecto a su nueva familia y correlativamente la perderá en la familia biológica.

Sin embargo, esta desvinculación del adoptado con su familia original, tiene una excepción, que consiste precisamente en el impedimento para contraer matrimonio con su familia de sangre.

En consecuencia, una vez que es decretada la adopción y que el adoptado adquiere el apellido del adoptante, éste lo transmite a su descendencia, pero en el supuesto de que los adoptantes se hayan separado en el transcurso del acogimiento preadoptivo, el adoptado tendrá el apellido de la mujer separada, siempre y cuando el menor sea adoptado por ella.

Por otro lado, en el acta de nacimiento del adoptado, se anotará marginalmente la resolución judicial que decreta la adopción. Así mismo, el encargado del Registro Civil estará impedido para proporcionar información, noticias, certificaciones, extractos o copias, de las cuales se pueda deducir la relación de adopción, salvo autorización judicial expresa.

Sobre esta prohibición, cabe decir que, “la ley se ha preocupado de garantizar al hijo adoptado contra cualquier intrusión de la familia de origen, estableciendo que cualquier certificación del estado Civil del adoptado deberá ser redactada con la sola indicación del nuevo apellido, y con la exclusión de cualquier referencia a la paternidad y a la maternidad del menor, así como la exclusión de las anotaciones del decreto de adopción.”¹⁸¹

¹⁸¹ Ledda Jeanfranca, Thomás Roberto y Bruno Maurizio. “*Le adozioni*”. Cit. por Lloveras, Nora., Ob. Cit., p. 217.

Resulta interesante destacar que a pesar de la meticulosidad con que la legislación italiana regula la figura de la adopción, no se prevea expresamente la revocación de la adopción de un menor con efectos plenos, sin embargo la doctrina opina que frente al silencio de la ley y tomando en cuenta que existe un interés sobre la permanencia y estabilidad del vínculo de la filiación adoptiva, semejante al de la filiación legítima, debe considerarse a la adopción con efectos plenos no revocable.

La legislación italiana no prevé el derecho del menor adoptado para conocer a su familia de origen, y por el contrario prohíbe que se revele por cualquier modo el estado de hijo adoptivo, salvo que exista autorización judicial expresa.

Es decir, sólo el Juez puede autorizar expresamente al oficial del Registro Civil a dar información sobre la adopción, lo que permite concluir que es a través de este mecanismo como el menor puede acceder a conocer sus antecedentes biológicos.

3.4.2.2 La Adopción con Efectos Menos Plenos

La legislación italiana regula un tipo de adopción para casos particulares en donde el vínculo de filiación no se asemeja al del hijo legítimo; es decir, estas adopciones de menores para casos particulares no crean una relación de filiación plena, ya que no extingue los vínculos biológicos del adoptado con su familia de origen, razón por la cual no es indispensable que el adoptado haya sido declarado en estado de adoptabilidad y además puede ser sujeto de este

tipo de adopción un menor de edad que no este privado de asistencia material y moral respecto de sus progenitores o parientes.

Antes que nada es importante dejar claro que la legislación italiana no distingue expresamente en su texto, la adopción plena de la menos plena, sin embargo, esto puede desprenderse de la propia normatividad.

La adopción con efectos menos plenos denominada adopción para casos particulares resulta procedente para los supuestos taxativamente mencionados en la propia ley, los cuales son:

a) La adopción de un menor huérfano de ambos padres por las personas unidas a él por un vínculo de parentesco hasta el sexto grado;

b) La adopción de un menor huérfano de ambos padres por las personas unidas a él por una relación permanente que preexiste a la muerte de sus padres;

c) La adopción del hijo del cónyuge; y,

d) La adopción de un menor respecto al cual se compruebe la imposibilidad de insertarle en el sistema de acogimiento preadoptivo. (Art. 44 de la ley 184/1983)

3.4.2.2.1 Requisitos del Adoptante

Dentro de los requisitos del adoptante en la adopción para casos especiales o adopción con efectos menos plenos, es importante tener en cuenta

los supuesto en que ésta es procedente. Así tenemos que podrán ser adoptantes para el supuesto de menores huérfanos, sus parientes dentro del sexto grado o las personas ligadas a él por una relación permanente que preexiste a la muerte de sus padres; o el cónyuge del progenitor biológico o adoptivo; o las personas extrañas que se postulen frente a la imposibilidad comprobada de incorporar al menor a una familia por medio del acogimiento preadoptivo.

Así mismo, en la adopción con efectos menos plenos puede adoptar una persona sola, o bien dos personas unidas en matrimonio o por una relación de hecho, lo que diferencia de plano este tipo de adopción con la adopción de menores con efectos plenos, en donde sólo es posible cuando los adoptantes sean cónyuges.

3.4.2.2.2 Requisitos del Adoptado

Los requisitos para que sea decretada la adopción con efectos menos plenos son los siguientes:

a) Debe tratarse de un menor de edad que se encuentre en alguno de los supuestos taxativamente enunciados en la ley;

b) Debe otorgar su consentimiento para la adopción el adoptante y el adoptado, respecto de este último cabe decir que el adoptado que ha cumplido catorce años de edad, debe otorgar su consentimiento directamente y además debe prestarlo también su representante legal. Cuando el adoptado haya cumplido doce años de edad, el consentimiento para la adopción debe

otorgarlo su representante legal, pero el menor debe ser oído, y cuando el adoptado no haya cumplido doce años de edad, podrá ser escuchado si el Tribunal estima que su presencia en la audiencia es conveniente.

c) Debe prestar el asentimiento, los progenitores biológicos del menor y el cónyuge del adoptado en caso de que éste sea casado. Cuando es negado este asentimiento el Tribunal, una vez que haya escuchado a los interesados, a petición del adoptante puede, cuando estime injustificada la negación o contraria a los intereses del adoptado, decretar la adopción, salvo cuando el asentimiento sea negado por los padres en ejercicio de la patria potestad o por el cónyuge conviviente del adoptado. Igualmente el Tribunal puede pronunciar la adopción cuando sea imposible obtener el asentimiento por incapacidad o imposibilidad de encontrar las personas llamadas a expresarlo. (Art. 46 de la ley 184/1983)

d) La existencia de una diferencia mínima de edad de dieciocho años entre adoptante y adoptado, sin que sea posible la admisión de excepciones de ninguna naturaleza sobre este requisito.

e).- La verificación por parte del Tribunal del cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley y de que efectivamente la adopción se realice en favor de los intereses del menor, lo que implica la apreciación de la aptitud para educar al menor, la situación personal y económica, la salud y el ambiente familiar del adoptante o de los adoptantes, así como los motivos que se dieron para la adopción.

3.4.2.2.3 Efectos de la Adopción con Efectos Menos Plenos

Los efectos jurídicos que produce la adopción menos plena son más limitados que en relación a la plena, destacan los siguientes:

a) No extingue los vínculos biológicos del adoptado con su familia original, ni le crea una nueva filiación, por lo tanto, el adoptado continúa gozando de los derechos y obligaciones derivados del parentesco con su familia biológica, incluidos los de tipo sucesorio.

b) Establece un vínculo jurídico únicamente entre adoptante y adoptado, sin embargo, en lo que respecta al ejercicio de la patria potestad sobre el adoptado, en relación a la persona, la ejerce de modo pleno el adoptante, en cuanto a su contenido patrimonial tiene facultades muy limitadas, es decir el adoptante tiene el deber de mantener, instruir y educar al adoptado, pero no tendrá el usufructo legal de sus bienes, toda vez que, su única obligación será el emplear las rentas en el cuidado y educación del adoptado, debiendo invertir el excedente y rindiendo al Juez un inventario de los bienes del menor.

c) El adoptado adquiere el apellido del adoptante y lo antepone al propio.

d) Este tipo de adopción no origina relación parental entre el adoptado y la familia del adoptante ni entre el adoptante y los parientes del adoptado.

e) No atribuye al adoptante vocación hereditaria respecto a la sucesión del adoptado, pero el adoptado tendrá derechos sucesorios con respecto al adoptante.

f) Es revocable.

3.4.2.2.4 Revocación de la Adopción menos plena

Por regla general el ministerio público puede solicitar la revocación de la adopción cuando el adoptante incumpla con los deberes que le impone la adopción. Sin embargo el adoptante también puede solicitar la revocación de la adopción, cuando el adoptado mayor de catorce años haya atentado contra su vida o la de su cónyuge, de sus descendientes o ascendientes, o si el adoptado es culpable por la comisión de delitos que ameriten pena corporal no inferior a tres años, y que se hayan cometido en agravio del adoptante; así mismo, si el adoptante muere a consecuencia del atentado, la revocación de la adopción podrá ser reclamada por las personas que heredarán en ausencia del adoptado o de sus descendientes.

Por otro lado, el adoptado o el ministerio público, pueden solicitar la revocación de la adopción cuando el adoptante haya atentado contra la vida del adoptado o de su cónyuge, de sus descendientes o ascendientes o bien, si el adoptante es declarado culpable de la comisión de delitos que ameriten pena privativa de la libertad no menor de tres años.

El Juez que pronuncie la sentencia de revocación, deberá tomar las precauciones necesarias en caso de que el adoptado sea menor de edad, pudiendo resolver acerca de la guarda y custodia del menor, su representación y la administración de sus bienes, y en caso de que lo estime conveniente podrá incluso ordenar que sus padres retomen el ejercicio de la patria potestad.

En todo caso cuando la sentencia de revocación cause estado hará cesar los efectos de la adopción.

3.4.3 La Adopción de Mayores

El Código Civil italiano regula la adopción de mayores de edad, la cual no crea derechos ni deberes para el adoptante, y el adoptado conserva todos los derechos y deberes con su familia consanguínea, pero recibe tratamiento legal de descendiente del adoptante.

Para la adopción de mayores, es necesario que el adoptante haya cumplido treinta y cinco años de edad y supere con dieciocho años mínimo al adoptado. Además, el adoptante no deberá tener hijos legítimos o naturales reconocidos, de donde se infieren los claros fines sucesorios de esta adopción.

El hijo nacido fuera de matrimonio no puede ser adoptado por sus progenitores, ni el tutor puede adoptar a su pupilo, hasta que sean aprobadas las cuentas de su administración, efectuada la consignación de bienes y se

hayan extinguido las obligaciones a su cargo, o bien, haya otorgado las garantías suficientes para su cumplimiento.

La adopción de mayores requiere el consentimiento expreso del adoptante y del adoptado, quienes deben manifestarlo expresamente ante el Tribunal. Así mismo, la adopción debe ser asentida por los padres del adoptado, el cónyuge del adoptado y el cónyuge del adoptante, sin embargo, este consentimiento puede ser otorgado por una persona que tenga poder especial para ello.

Cuando se niegue el asentimiento, el Tribunal deberá escuchar a los interesados, y cuando considere injustificado el rechazo o contrario a los intereses del adoptado, a solicitud del adoptante puede decretar la adopción, salvo que se trate del asentimiento de los progenitores o del cónyuge conviviente del adoptante o del adoptado. Paralelamente el Tribunal puede pronunciar la adopción cuando sea imposible obtener tal asentimiento por incapacidad o imposibilidad de localizar a las personas llamadas a expresarlo.

El Tribunal luego de la etapa de indagación, procederá a verificar si los requisitos de ley están cumplidos y si la adopción conviene al adoptado, hecho lo cual decretará la procedencia o improcedencia de la adopción.

3.4.3.1 Efectos de la Adopción de Mayores

Dentro de la legislación italiana, este tipo de adopción produce los siguientes efectos:

El adoptado mayor de edad conservará sus derechos y obligaciones con su familia de origen, pero su tratamiento legal será como descendiente del adoptante, lo que le hará acreedor a derechos sucesorios.

Con la adopción de mayores se crea una relación adoptiva entre adoptante y adoptado, que no implica derechos y deberes expresos para el adoptante, pero que otorga al adoptado vocación hereditaria respecto del adoptante.

La adopción de mayores no crea una relación civil entre el adoptante y la familia del adoptado, ni entre el adoptado y la familia del adoptante, es decir, el vínculo adoptivo que surge no otorga al adoptante vocación hereditaria con respecto al adoptado, pero atribuye al hijo adoptado los mismos derechos en la sucesión hereditaria que tendría un hijo legítimo.

La adopción de personas mayores no obliga a la sustitución del apellido del adoptado por el del adoptante, sin embargo, el adoptado usará el apellido del adoptante anteponiéndolo al propio, salvo cuando el adoptado sea el hijo mayor no reconocido por sus padres biológicos, en cuyo supuesto, el adoptado asumirá sólo el apellido del adoptante, y el reconocimiento posterior del adoptado por su progenitor no atribuirá el apellido de origen al adoptado, salvo que se revoque la adopción. También en el supuesto de que se adopte al hijo

natural mayor de edad reconocido por sus progenitores, se le atribuirá sólo el apellido del adoptante.

La adopción de personas mayores es revocable; ésta revocación deberá ser resuelta por una sentencia judicial, lo que excluye el mutuo consentimiento entre el adoptante y el adoptado como causa de la revocación de la adopción.

En este sentido la revocación sólo podrá pronunciarse, cuando el adoptante lo solicite ante el Tribunal, cuando el adoptado haya atentado contra su vida o la de su cónyuge, de sus descendientes o ascendientes, o si se declara culpable de un delito que amerite pena corporal no menor de tres años. Si el adoptante muere a consecuencia del atentado, la revocación de la adopción podrá ser demandada por los demás herederos en ausencia del adoptado y sus descendientes.

Si la revocación de la adopción es decretada por el Juez, el adoptado y sus descendientes quedarán excluidos de la sucesión del adoptante.

Por su parte, el adoptado también puede solicitar la revocación de la adopción, cuando el adoptante haya atentado contra su vida o la de su cónyuge, de sus descendientes o ascendientes, o si se declara culpable de un delito que amerite pena privativa de la libertad mínimo de tres años. Si el adoptado muere a consecuencia del atentado, la revocación de la adopción deberá ser demandada por sus herederos en ausencia del adoptante y sus descendientes.

Nora Lloveras critica la adopción de mayores regulada por el Código Civil italiano, en virtud de que pierde los objetivos primordiales de protección a los intereses de los menores, y “se presenta como un recurso insincero, interesado y que facilita conductas individualistas tendientes a satisfacer derechos sucesorios, entre otros fines.”¹⁸² Criterio con el que estamos de acuerdo.

¹⁸² *Ibidem.*, p. 240.

CAPITULO CUARTO

LA ADOPCIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL VIGENTE

4.1 Concepto

Como hemos visto en capítulos anteriores especialmente en lo relativo a la evolución histórica de la adopción, claramente podemos observar que no sólo en cuanto a su objeto, sino a sus fines, ésta ha sufrido una enorme transformación a través de los años, por lo que actualmente podemos concluir que existen más diferencias que semejanzas entre las primeras manifestaciones de la adopción y su concepto actual.

El derecho como fenómeno social es cambiante de acuerdo a la dinámica de las costumbres, y la adopción como concepto jurídico no es la excepción, es por ello que la primera consideración que hay que hacer en este estudio, es que es imposible dar un concepto general de adopción que sea universalmente válido en toda época y lugar, por ello es difícil elaborar una definición de adopción, no sólo universalmente reconocida sino que pueda ajustarse a cualquier época y lugar, así mismo la influencia doctrinal y legislativa es cambiante y al ser un concepto eminentemente jurídico, necesariamente éste variará, según el criterio del legislador imperante, según la tendencia legislativa, y el lugar de que se trate, así por ejemplo nuestra

definición antes de las reformas aprobadas el 28 de mayo de 1998, necesariamente sería distinta a la formulada con posterioridad a las mismas.

Bajo esta observación, en primer lugar, podemos decir que para Planiol, “la adopción es un contrato solemne, sometido a la aprobación judicial, que crea entre dos personas relaciones análogas a las que resultarían de la filiación legítima.”¹⁸³

El análisis de este concepto, desde luego es cuestionable, en virtud de que de acuerdo a la actual naturaleza jurídica de la adopción, no podemos sostener válidamente que se trate de un contrato.

Por su parte, Hugo D'Antonio sostiene que la adopción es “una institución de protección al menor en estado de abandono, por la cual, se procura dar el marco sociocultural de pertenencia primaria de que carecía o que se encontraba desestabilizado, creándose una situación análoga a la filiación legítima.”¹⁸⁴

Esta concepción responde a la transformación que a través de la historia ha sufrido la adopción, ya que, de ser un contrato se ha venido a convertir en una verdadera institución jurídica.

Para Cossio y Corral, la adopción es “un negocio jurídico de derecho de familia que hace nacer una relación de filiación entre adoptante y adoptado que surte los mismos efectos que la filiación por naturaleza.”¹⁸⁵

¹⁸³ Ob. Cit., p. 240.

¹⁸⁴ Ob. Cit., pp. 255 - 256.

¹⁸⁵ “*Instituciones de Derecho Civil*”. Tomo II, Ed. Civitas, S.A. Madrid, España. 1988, p. 475.

Castán Tobeñas sostiene que la adopción es “un acto jurídico que crea entre dos personas un vínculo de parentesco Civil, del que se derivan relaciones análogas (aunque no enteramente idénticas) a las que resultan de la paternidad y filiación por naturaleza.”¹⁸⁶

Por su parte Bonecasse, sostiene 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 adopción.”¹⁸⁷

Personalmente considero que encuadrar cualquier institución jurídica en definiciones precisas, es responsabilidad que no pretendo asumir, pero si trataré de elaborar un concepto, que contenga sus notas características que la distinguan de otras figuras jurídicas.

En este sentido, basándonos en tan autorizados conceptos, y agregando los elementos que consideramos distintivos de esta figura jurídica, y tomando en cuenta la forma en que actualmente se encuentra regulada en el Código Civil, diremos que la adopción es un negocio jurídico plurilateral de derecho familiar, inter vivos, solemne, gratuito, de contenido no patrimonial, que tiene por objeto crear un estado civil y una filiación ficticia, que es fuente de parentesco consanguíneo o civil, y que además constituye una institución jurídica.

¹⁸⁶ Ob. Cit., pp. 360 - 361.

¹⁸⁷ Ob. Cit., p. 260.

A continuación explicaremos brevemente los elementos de la anterior definición, a reserva de hacer un estudio más profundo durante el desarrollo del presente trabajo.

En primer lugar, debemos entender a la figura jurídica de la adopción como un negocio jurídico, según Trabucchi, un negocio jurídico es la manifestación de la voluntad dirigida a obtener un fin práctico consistente en la constitución, modificación o extinción de una situación jurídicamente relevante, que puede en algunos casos ser o no precisamente productora de nuevos efectos jurídicos, sino que puede confirmar una situación preexistente, eliminando dudas sobre su existencia concreta.¹⁸⁸

Por otro lado, la adopción es plurilateral en atención al número de partes que intervienen en el negocio, ya que, para su constitución es menester la manifestación de la voluntad del adoptante o adoptantes, la voluntad de quien o quienes ejercen la patria potestad o tutela sobre el menor, o en su defecto, la persona que lo haya acogido durante seis meses, o el Agente del Ministerio Público, o la institución de asistencia social pública o privada que hubiere acogido al menor, y si el adoptado tiene más de doce años, también será necesario su consentimiento, más la resolución del Juez de lo Familiar.

Se trata de un negocio de derecho familiar, porque la adopción está inmersa dentro del derecho de familia, con sus características peculiares, en donde la autonomía de la voluntad se ve restringida, ya que las partes no pueden estipular el contenido de sus obligaciones y derechos, en virtud de que

¹⁸⁸ *"Instituciones de Derecho Civil"*. Tomo I, Ed. Revista de Derecho Privado., Madrid, España. 1967, p. 147.

las partes se someten a un régimen jurídico reglado, preestablecido por el legislador y que el particular no puede modificar y donde la voluntad de las partes se constriñe a la celebración o no del acto y las consecuencias jurídicas que éste produzca, se dan con independencia de la voluntad de las partes, es decir, se trata de actos en donde priva el interés público por encima de la voluntad de las partes. Además esta condicionado a la resolución judicial, ya que sin ésta por parte del Juez de lo Familiar, no se constituye la misma, aún cuando medie la voluntad de los particulares.

Por otra parte, es un negocio jurídico inter vivos, porque de acuerdo con la legislación actual, no se admite adopción de personas fallecidas ni que el o los adoptantes hayan muerto, como es el caso de la legislación española, en donde se encuentra permitido que continúe el trámite de adopción, aún después del fallecimiento de alguno de los adoptantes, en caso de que éste lo haya iniciado antes de su muerte.

Es solemne, porque es presupuesto indispensable su trámite ante el Juez de lo Familiar, quien la autorizará definitivamente la misma, y la sanción al incumplimiento de esta formalidad es precisamente la inexistencia del acto, es decir, aunque exista el acuerdo de voluntades del adoptante o adoptantes, la voluntad de quien o quienes ejercen la patria potestad o tutela sobre el menor, o en su defecto de la persona que lo haya acogido durante seis meses, del Agente del Ministerio Público, o de la institución de asistencia social pública o privada que lo haya acogido, y la del propio adoptado en caso de que sea mayor de doce años; si no se cumplen las formalidades expresamente establecidas por el legislador, el acto será inexistente, aún cuando se pueda

demostrar que todos los demás requisitos se han cumplido, incluso que exista posesión de estado o adopción de hecho.

Por ejemplo, tenemos el caso de que en lugar de llevarse a cabo la adopción ante la autoridad judicial se hiciera ante notario, el negocio jurídico sería inexistente, no surtiría efectos entre las partes, ni frente a terceros, y no sería susceptible de convalidación futura, es decir, el transcurso del tiempo es irrelevante al respecto, tanto para adquirir derechos, como para perderlos, o liberarse de obligaciones.

Por otro lado, es un negocio jurídico no patrimonial, en virtud de que no es susceptible de valoración económica, ya que no existen formas de cuantificar de manera pecuniaria el mismo, sin embargo, las consecuencias jurídicas que se producen pueden ser patrimoniales, como por ejemplo, la obligación alimentaria y los derechos sucesorios.

Crea un estado civil, en virtud de que por medio de ella se incorpora al menor adoptado a un núcleo familiar, que lo coloca en un estado de hijo del adoptante o adoptantes.¹⁸⁹ Es decir, la adopción moderna no tiene otro objeto, que el de permitir el paso de uno a otro grupo familiar.¹⁹⁰

Crea también una filiación ficticia, porque la relación entre el adoptante y adoptado no es biológica, es decir, no se trata de un descendiente natural del adoptante. Sin embargo, Trabucchi, sostiene que en algún tiempo, aún cuando

¹⁸⁹ Galindo Garfías, Ignacio., Ob. Cit., p. 379.

¹⁹⁰ Trabucchi, Alberto., Ob. Cit., p. 315.

no eran adoptables los hijos propios nacidos fuera de matrimonio, este era un límite poco respetado, porque en ocasiones con la adopción se buscaba acomodar ciertas situaciones que no podrían ser reconocidas, por ejemplo, cuando se adoptaba a un hijo propio nacido de una relación extramatrimonial.¹⁹¹

El Código Civil vigente, le considera fuente de parentesco civil o consanguíneo, según se trate de adopción simple o plena, ya que nuestra legislación, textualmente el artículo 293 del Código Civil, dispone que el parentesco de consanguinidad es el que existe entre las personas que descienden de un mismo progenitor. En el caso de adopción plena se equiparará al parentesco por consanguinidad aquél que existe entre el adoptado, el adoptante, los parientes de éste y los descendientes de aquél, como si el adoptado fuera un hijo consanguíneo.

No así tratándose de la simple, donde el parentesco es Civil, y sólo existe entre el adoptante y adoptado. (Art. 295)

Finalmente es importante destacar que la adopción además de ser un negocio jurídico, constituye una institución que tiene precisamente su origen en el negocio jurídico. ya que esta conformada su regulación por un conjunto de normas afines que le dan su marco legal, independientemente de la voluntad de las partes, es decir, las partes se sujetan a un régimen jurídico reglado que puede o no coincidir con su voluntad, en forma similar al matrimonio, en donde los contrayentes se sujetan a un régimen preestablecido

¹⁹¹ Loc. Cit.

donde su voluntad no modifica los efectos legales, y en donde el legislador regula todas las situaciones que pueden presentarse con independencia de la voluntad de los particulares.

En este sentido, el estudio de la adopción comprende fundamentalmente dos aspectos, en primer lugar, se encuentra el acto o negocio jurídico, y por otro lado, esta la institución jurídica de la adopción que surge en virtud de la realización del acto, dándole eficacia al mismo, permitiendo y reglamentando la creación entre dos personas de un vínculo jurídico de filiación extramatrimonial legítima, sometido a un régimen jurídico reglado, donde la autonomía de la voluntad se encuentra restringida a la celebración del acto, en virtud de que una vez llevado a cabo, estarán sujetas las partes, incluso sin o contra su voluntad, sin poder variar su contenido, sino conforme a los lineamientos preestablecidos por el legislador.

4.2 Naturaleza Jurídica

En primer lugar, es importante especificar el significado de la palabra naturaleza jurídica, a fin de determinar el tema del cual nos ocuparemos en este apartado. Así tenemos que naturaleza jurídica “significa ubicar en la ciencia del Derecho, el acto jurídico, el contrato, la institución, la situación a la que nos estamos refiriendo. Naturaleza Jurídica es lo primordial de cada

institución. Lo que no requiere artificios ni mezclas en su integridad. Es la esencia de cada figura jurídica.”¹⁹²

Dentro de la doctrina no existe uniformidad en relación a la naturaleza jurídica de la adopción, ya que, existen varias teorías que han surgido y se han fundamentado de acuerdo a la concepción y reglamentación que en cada época y lugar se tenga de la adopción. A continuación analizaremos las principales corrientes doctrinarias, a fin de determinar de acuerdo a nuestra legislación actual, cuál es la verdadera naturaleza jurídica de la figura en estudio.

4.2.1 La Adopción como un contrato

Esta teoría surgió en la doctrina francesa y ha sido sostenida por Colín y Capitant, Baudry y Lacantinerie, Tronchet, y principalmente por Planiol quien afirma que la adopción es un contrato solemne.¹⁹³

Esta concepción contractualista de la adopción surgió bajo la influencia del Código Napoleón, y las legislaciones que por éste se vieron influenciadas, ya que en el mismo “se dejaba a la voluntad de las partes las condiciones bajo las cuales se constituía la adopción, cuya formalización dependía del consentimiento de aquéllas; no existía un verdadero control estatal del aspecto

¹⁹² Güitrón Fuentevilla, Julián. “*Naturaleza Jurídica del Derecho Familiar.*” Estudios Jurídicos que en homenaje a Antonio de Ibarrola Aznar presenta el Colegio de Profesores de Derecho Civil de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1ª coedición, Filiberto Cárdenas Uribe/ Cárdenas Editor y Distribuidor y Facultad de Derecho de la UNAM. México 1996, p. 144.

¹⁹³ Planiol, Marcel., Ob. Cit., p. 240.

intrínseco del acto, sino que a lo sumo se constataba si se habían llenado sus requisitos extrínsecos y formalidades.”¹⁹⁴

En consecuencia, la doctrina francesa le consideraba como un contrato, porque bastaba la sola manifestación de voluntad de las partes para constituirlo, sin mediar ninguna otra formalidad.

Sin embargo, esta teoría contractualista de la adopción encontró un límite que no alcanzó a superar, después de la Revolución Francesa, cuando el papel del Estado frente a los individuos se magnifica, y se restringe la voluntad particular, a fin de proteger el interés colectivo.

Con posterioridad a la primera Guerra Mundial, fenómeno que incrementó el número de niños huérfanos, se manifestó su gran importancia, e interés para la colectividad, y comenzó el Estado a estructurar los requisitos y efectos, es decir, se comienza a controlar el aspecto sustancial de la misma, y no la simple forma, y conforme a estas nuevas bases se empieza a resolver discrecionalmente su otorgamiento.

Es decir, la teoría contractualista deja de resultar aplicable, y se origina la teoría institucionalista, la cual, considera la figura de la adopción como una verdadera institución jurídica, sin embargo, es importante dejar claro que en el momento histórico en que surgió la teoría contractualista, resultaba aplicable, ya que la adopción se encontraba regulada precisamente como un contrato, lo que no resulta aplicable para nuestra legislación actual.

¹⁹⁴ Bossert, Gustavo A., Ob. Cit., p. 26.

En efecto, tomando en cuenta la forma en que el Código Civil la reglamenta, no se puede sostener válidamente que se trate de un contrato, ya que un contrato es la manifestación de la libertad individual de los contratantes y de los principios de la propiedad privada, elementos que no convergen, precisamente tratándose de ésta.

Al respecto, considero preciso dilucidar con precisión el concepto de contrato para no confundirlo, ya que, teniendo claro éste, podemos observar si se ajusta a la figura jurídica que tratamos de delimitar.

Así, contrato según Zamora y Valencia es “el acuerdo de dos o más personas para crear o transmitir derechos y obligaciones.”¹⁹⁵ Y para otros ilustres tratadistas como Colín y Capitant “contrato o convenio es un acuerdo de dos o varias voluntades en vista de producir efectos jurídicos. Contratando las partes, pueden tener por fin, sea crear una relación de derecho; crear o transmitir un derecho real o dar nacimiento a obligaciones; sea modificar una relación preexistente; sea en fin extinguirla.”¹⁹⁶

En consecuencia, según estos conceptos, no podemos pensar que la adopción se trate de un contrato, por las siguientes razones:

¹⁹⁵ “*Contratos Civiles*”. 5ª edición, Ed. Porrúa, S.A. México, D.F. 1994, p. 21.

¹⁹⁶ Colín, A. y Capitant, H. “*Course Élémentaire de Droit Civil Francaise*” Lédition Libraire Dalloz Tome II, Núm 8. Paris, 1921, p. 345.

En primer lugar, “el contrato, como acto jurídico, es el acuerdo de voluntades conforme a lo dispuesto por un supuesto para producir las consecuencias de derecho consistentes en crear o transmitir derechos y obligaciones de contenido patrimonial”¹⁹⁷; por lo que es claro que en el caso de la adopción, las partes no se les puede denominar contratantes, y su objeto no es susceptible de valoración económica -como en el caso del matrimonio-, ya que la vida de una persona y el cambio de su estado Civil no se puede considerar como objeto de apreciación pecuniaria, de tal manera que, si se tratara de un contrato carecería de objeto.

Por otro lado, el contrato es la más clara manifestación de la autonomía de la voluntad o autonomía privada, ya que, en virtud de éste los contratantes crean el marco legal al cual van a sujetarse. Es decir, por virtud del contrato se actualiza en el derecho privado la voluntad de los sujetos, cosa que no sucede en la adopción, ya que, en este caso, las partes se sujetan a un régimen jurídico reglado, el cual no pueden variar, o estipular cláusula alguna.

En la adopción la voluntad de las partes no es el elemento constitutivo de la misma, en virtud de que debe concurrir también la resolución judicial y mientras ésta no se dé, no surgirá formalmente la adopción, aunque ésta exista de hecho.

Es de notar que dentro de la voluntad de las partes, la más importante debería ser la voluntad del interesado, es decir, del adoptado, y precisamente por su estado de minoridad, ésta no se da, sino por medio de sus

¹⁹⁷ Zamora y Valencia, Miguel Ángel., Ob. Cit., p. 24.

representantes legales, pero incluso puede el menor de doce años estar o no de acuerdo en el acto, y aún en el supuesto de desacuerdo, tiene plena validez la adopción, ya que su voluntad no es requisito indispensable para que se decrete la misma.

Apoyando esta idea, Cicu afirma que la adopción no es un contrato porque ésta se perfecciona con la homologación que de ella haga la autoridad judicial competente, lo que no es congruente con la concepción contractual tanto es así, que no se admite en general para los contratos o actos, del derecho matrimonial que exige homologación. Quien ha querido aproximar la adopción al contrato, considera a la manifestación de la voluntad de las partes un acto plenamente válido y completo, con la prestación del consentimiento del Juez y ven en la homologación únicamente una *conditio iuris* para la ejecutoriedad del acto.¹⁹⁸

Desde luego existen semejanzas entre adopción y contrato, por ser ambos un acuerdo de voluntades, pero la primera, no puede ser objeto de rescisión, ni se puede hacer cumplir de manera forzada, ni otorga el consentimiento el menor de doce años, aún cuando es la parte más importante, precisamente por su minoridad, sino solamente el de quien o quienes ejercen sobre él la patria potestad, y en el caso de menores abandonados, expósitos o aquellos cuya filiación se desconoce, son otras personas las que tienen que otorgar su consentimiento; igual que en el matrimonio, la autonomía de la voluntad se encuentra sumamente restringida, se limita a la celebración o no del acto, ya que por tratarse de un acto jurídico reglado las partes no tienen

¹⁹⁸ Cicu, Antonio., Ob. Cit., pp. 319-320.

posibilidad de variar la regulación jurídica que se encuentra preestablecida por el legislador.

También es interesante considerar que “el resultado del acto jurídico contractual debe considerarse como una norma privativa de la cual emanan derechos y obligaciones para las partes que en el intervienen.

El fundamento de obligatoriedad del contrato es que en si mismo es una norma jurídica, no general sino individualizada, que a su vez se apoya en una norma jurídica general (la contenida en el Código Civil) la que a su vez se apoya para fundar su obligatoriedad en una norma de carácter constitucional”¹⁹⁹

Es decir, cuando contratan las partes de alguna manera están pactando, estipulando, estableciendo el régimen jurídico o norma particular a la que pretenden sujetarse, acomodándola a sus intereses, lo cual no puede suceder en lo que se refiere a la adopción, ya que las partes que intervienen se sujetan a un régimen reglado que ellos no establecen ni delimitan el contenido de la norma, ya que ésta se encuentra preestablecida por el legislador, en conclusión, la autonomía de la voluntad se limita a consentir o no en su celebración.

Finalmente para desechar de plano la idea de contrato, Bossert afirma que, la adopción no es un contrato en virtud de que sus requisitos y efectos se encuentran debidamente reglamentados y su otorgamiento se encuentra reservado al poder judicial íntegramente, además que conforme a los principios

¹⁹⁹ Zamora y Valencia, Miguel Ángel., Ob. Cit., pp. 24 - 25.

que rigen el Derecho Familiar, no se concibe un contrato en donde se pacte sobre el futuro y la vida de una persona, ni sobre la constitución de una familia, ya que estas cuestiones son de interés público, y se encuentran fuera de la voluntad de los particulares.²⁰⁰

A mayor abundamiento, cabe decirse que además de lo antes señalado no puede ser un contrato, en virtud de que no existe una relación igualitaria entre las partes, sino jerárquica, en donde el adoptado es asimilado al hijo legítimo y se le impone el deber de obediencia y respeto para con el adoptante; así mismo los intereses de las personas involucradas en el acto de adopción no están contrapuestos, sino que la solicitud de adopción tiene una finalidad común en beneficio del menor, y finalmente un contrato siempre tendrá un término de vigencia, toda vez que las partes conservan el recíproco derecho de darlo por terminado, mientras que la adopción plena dura indefinidamente y tratándose de la adopción simple, sólo por causas excepcionales y taxativamente previstas en la ley puede darse por terminado.

4.2.2 La Adopción como un acto jurídico complejo

Esta tesis sostiene que no es sencillo determinar la naturaleza jurídica de la adopción, ya que para hacerlo se deben analizar dos aspectos que le son inherentes.

²⁰⁰ Ob. Cit. p. 27.

Por un lado, se encuentra el acto jurídico que da origen al parentesco civil o consanguíneo, que es un acto jurídico plurilateral, que es un negocio jurídico de derecho de familia de contenido no patrimonial, donde intervienen varias personas, como el adoptante o adoptantes, la o las personas que ejerzan la patria potestad o tutela sobre el adoptado, o en su defecto la persona que lo haya acogido durante seis meses, o el ministerio público cuando no existan padres, ni tutor ni acogedores del adoptado, la institución de asistencia social pública o privada que hubiera acogido al menor o incapacitado que se pretenda adoptar, incluso en algunos casos también es necesario el consentimiento del propio adoptado cuando tenga más de doce años, y el Juez de lo Familiar, que previos los trámites legales autoriza o no el acto.

Por otro lado, se encuentra la institución de la adopción, entendida como el conjunto de normas que son afines entre si, y que conforman su régimen jurídico, es decir, son el conjunto de normas regladas de carácter irrenunciable donde la autonomía de la voluntad se encuentra restringida exclusivamente a la celebración o no del acto, ya que los particulares que intervienen en la misma no tienen facultades para estipular condiciones diferentes a las establecidas previamente por la ley.

Sin embargo, el otorgamiento de la voluntad de las partes no crea el acto jurídico de la adopción, ya que, éste es sólo un presupuesto de la misma, en realidad lo que le da origen es la resolución judicial correspondiente.

En consecuencia, afirma Galindo Garfias, la naturaleza jurídica de la adopción es que se trata de un acto jurídico complejo, de carácter mixto, ya

que por un lado participa el interés de los particulares para adoptar a los menores y por otro lado el interés del Estado para que esta figura jurídica se constituya, cuya participación se encuentra precisamente en la resolución judicial que debe mediar para la adopción.²⁰¹

4.2.3 La Adopción como negocio jurídico

Personalmente considero que la adopción tiene la naturaleza jurídica de ser un “negocio jurídico de derecho de familia que hace nacer una relación de filiación entre adoptante y adoptado que surte los mismos efectos que la filiación por naturaleza.”²⁰²

En este sentido y en atención a la naturaleza jurídica del derecho familiar, discrepamos con la teoría contractualista que considera a la adopción como un contrato, ya que la naturaleza jurídica de ésta figura es la de ser un negocio jurídico de derecho de familia, aún cuando el vínculo filial que la adopción establece entre el adoptante y adoptado imita la relación existente entre padres e hijos y genera algunos efectos patrimoniales, lo cual no significa que tenga contenido patrimonial, sino lo que prevalece en su esencia es su carácter de acto de voluntad sujeto a autorización judicial.

En efecto, la adopción no es un contrato, porque tiene un estatuto legal que lo reglamenta todo, y únicamente las partes pueden solicitar la iniciación

²⁰¹ Ob. Cit. p. 657.

²⁰² Cossio y Corral , Alfonso de., Ob. Cit., p. 475.

FALTA PAGINA

No. **266**

Ruggiero sostiene que el carácter esencial de la adopción, es ser un negocio de derecho familiar “por el cual se constituye una nueva relación de familia que imita en lo posible la relación natural existente entre padres e hijos. Por ello, entre los requisitos exigidos por la ley figura el de la diferencia de edad entre adoptante y adoptado, que se da también en la generación.”²⁰⁵

En conclusión la adopción no puede ser considerada como contrato, sino como negocio jurídico, por su contenido no patrimonial, que las partes se encuentran imposibilitadas para agregar términos, condiciones, estipular en forma distinta de la regulación legal, y no basta la expresión del consentimiento por las partes para que se constituya, sino que se precisa la intervención judicial y es ésta, la que propiamente hablando, crea la relación de filiación, los intereses no pueden ser contrapuestos como en la relación contractual, por ejemplo en una compraventa, mientras una de las partes desea enajenar y obtener un precio cierto, la otra desea adquirir, en este caso los intereses deben ser afines, el beneficio del menor.

4.3 Características de la Adopción

Como ya lo hemos mencionado con anterioridad es una figura jurídica que tiene dos connotaciones, por un lado es un negocio jurídico, por otro una institución, en consecuencia en cada uno de sus aspectos tiene sus propias características.

²⁰⁵ Ob. Cit. p. 885.

Como negocio jurídico se caracteriza por ser solemne, porque las formalidades impuestas por la ley no están destinadas simplemente a asegurar la prueba del acto, sino que son su esencia y están impuestas bajo pena de nulidad, en ese sentido, para la constitución de la adopción es necesario que se reúnan los requisitos y se cumplan las formalidades substanciales y procedimentales previstas en la ley.

Es un acto plurilateral en virtud de que, para su perfeccionamiento es necesaria la concurrencia de varias voluntades como son: la del adoptante o adoptantes, la de la o las personas que ejerzan la patria potestad o tutela sobre el adoptado, o en su defecto la de la persona que lo haya acogido durante seis meses, la del ministerio público cuando no existan padres, tutor ni acogedores del adoptado, la de la institución de asistencia social pública o privada que hubiera acogido al menor o incapacitado que se pretenda adoptar, incluso en algunos casos también es necesario el consentimiento del propio adoptado cuando tenga más de doce años.

Es un acto constitutivo de filiación y de patria potestad, toda vez que no sólo declara una relación jurídica ya existente, sino que es precisamente a partir de que se resuelve la adopción, cuando surge el vínculo filial y parental, así como el derecho a ejercer la patria potestad sobre el menor.

Al mismo tiempo, es extintivo de patria potestad, en caso de que al momento en que se lleve a cabo la adopción, haya quien ejerza este derecho sobre el hijo, para él se extinguirá y se constituirá en favor del adoptante o adoptantes.

Igualmente respecto a la filiación, si existe una determinada, se modifica con la adopción simple, si se trata de adopción plena se extingue la existente, creándose una nueva, y en caso de no haber filiación determinada se crea.

Finalmente como institución jurídica, es un medio legal de protección a menores e incapacitados, ya que por medio de ella se establecen vínculos filiales entre adoptado y adoptante, semejantes a los habidos por naturaleza, adquiriendo el adoptado todos los derechos y obligaciones que tiene un hijo respecto del adoptante o adoptantes, y viceversa.

4.4 Clases de Adopción

Tanto en la doctrina como en la legislación, se distinguen dos tipos de adopción, la plena y la simple o menos plena, según los alcances que el vínculo adoptivo otorgue y los efectos que la adopción produzca.

4.4.1 La Adopción Plena

Es aquella que “confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen. El adoptado deja de pertenecer a su familia de sangre, y se extingue el parentesco con lo integrantes de ésta, así como todos sus efectos jurídicos, con la sola excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales.”²⁰⁶

²⁰⁶ Zannoni, Eduardo A. “*Derecho Civil. Derecho de Familia*”. Tomo II, Ob. Cit., p. 546.

En este sentido, la plena confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen, de ahí que Zannoni afirme que este tipo de adopción tiene una naturaleza emplazatoria-desplazatoria, toda vez que emplaza al adoptado en la familia del adoptante y lo desplaza del estado que le correspondía en su familia de origen.²⁰⁷

En efecto, el segundo párrafo del artículo 410 A del Código Civil, establece que la adopción plena extingue la filiación preexistente entre el adoptado y sus progenitores y el parentesco con las familias de éstos, salvo en los impedimentos para el matrimonio.

Es irrevocable, es decir, se origina una ruptura total y definitiva del menor y su familia de biológica.

D'Antonio sostiene que, "la adopción plena fue originariamente concebida como una institución destinada a los menores sin filiación establecida o abandonados, pero esa limitación ha sido dejada de lado para alcanzar otras situaciones que no aparecen suficientemente justificadoras de la posibilidad de adoptar plenariamente."²⁰⁸

4.4.2 La Adopción Simple

²⁰⁷ Ibidem., pp. 546-547.

²⁰⁸ Ob. Cit. p. 257.

Es aquélla que confiere al adoptado la posición de hijo legítimo, cuyos efectos jurídicos se limitan al adoptante y al adoptado, por lo que, no se crea parentesco entre el adoptado y los parientes del adoptante.

Así el artículo 295 del Código Civil establece que el parentesco civil es el que nace de la adopción simple y sólo existe entre adoptante y adoptado.*

Es decir, el adoptado no se vincula con los parientes del adoptante, y conserva su filiación de origen. Por lo que respecta a la patria potestad de los progenitores, se extingue para delegarla en favor del adoptante o adoptantes. (Art. 403 del Código Civil)

Finalmente, como se trata de un vínculo que no reconoce origen natural y que resulta de una ficción legal, es lógico que pueda darse por terminada por medio de la revocación o de la impugnación, son éstas las características esenciales de este tipo de adopción.

4.5 Las Reformas y Adiciones al Código Civil y Código de Procedimientos Civiles

El veintiocho de mayo de mil novecientos noventa y ocho, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto por el que se reforma y adiciona al Código Civil para el Distrito Federal, en materia común y para toda la

* Nota. Es importante destacar que antes de las reformas de 28 de mayo de 1998, el Código Civil regulaba sólo un tipo de adopción, la cual daba origen al parentesco civil que sólo surtía efectos entre adoptante y adoptado, con las características de la adopción simple y con la posibilidad de revocación e impugnación .

República en materia federal y al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, algunos artículos vinieron a constituir un nuevo régimen jurídico en materia de adopción.

Se reformaron los artículos 86, 87, 88, 133, 157, 295, 390 fracción I, II y III, 391, 394, 395 segundo párrafo, 397 último párrafo, 402, 403, 404, 405 primer párrafo, 1612, 1613, y 1620, y se adicionaron los artículos 293 con un segundo párrafo, 397 con la fracción V, 405 con la fracción III, 410 A, 410 B, 410 C, 410 D, 410 E y 410 F, así como cuatro secciones al capítulo V del título séptimo del libro primero, todos ellos del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal. Igualmente se reformaron los artículos 923, 924, 925 y 926, y se adicionó el artículo 925 A del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Con la promulgación de estas reformas se introdujo en la legislación local del Distrito Federal la adopción plena, regulándola de manera conjunta con la adopción simple, pero con características y modalidades propias, mismas que se verán al estudiar con detalle estas disposiciones.

Como ya lo habíamos expresado en alguna ocasión, era evidente la necesidad de actualizar la regulación jurídica de la adopción en México, ya que tal como se encontraba contemplada antes de las reformas no cumplía adecuadamente con su función protectora de menores e incapaces, es decir el régimen de filiación antiguamente vigente no llegaba a satisfacer plenamente la

función social que debe cumplir la adopción, a causa principalmente de los efectos tan limitados que se le concedían.²⁰⁹

Por otro lado, consideramos que era necesaria la inclusión de la adopción plena en la legislación para el Distrito Federal, ya que como lo manifesté en el Foro "Patria Potestad y Adopción", en la antigua legislación existía un régimen discriminatorio para los propios mexicanos y habitantes del Distrito Federal, toda vez que la adopción de menores se bifurcaba en dos vertientes, la regulación de orden interno que sólo contemplaba la adopción simple contenida en el Código Civil para el Distrito Federal, que solo permitía adopciones simples y a su vez los diversos Códigos Civiles del País, los cuales por ser competencia de las entidades federativas, unos la regulaban en su forma simple y otros en forma plena.

En tanto ya existía y formaba parte de nuestro derecho la regulación de origen convencional internacional, en la cual se permitía la adopción plena de los menores, lo que provocaba un régimen inequitativo para los sujetos de la adopción, ya que había una inexistencia de la adopción plena en el derecho de origen interno, sin embargo, México se encontraba obligado a permitir adopciones plenas en su territorio, siempre que se cumplieran con los requisitos previstos por los compromisos internacionales suscritos y aprobados por México, por lo cual ya formaban parte de nuestro orden jurídico, pero sólo en ciertos y muy limitados supuestos.

²⁰⁹ Saldaña Pérez, Jesús. "La Necesidad de actualizar la regulación jurídica de la adopción." En Memorias del Foro Patria Potestad y Adopción, celebrado el 3 y 4 de septiembre de 1997, Centro Asturiano, Ciudad de México. Organizado por Junta de Asistencia Privada y Fundación para la Promoción del Altruismo I.A.P

En ese sentido resultaba imprescindible reformar el Código Civil, así como el Código de Procedimientos Civiles, en materia de adopción, con la finalidad entre otras cosas de dar una nueva opción de vida a miles de niños mexicanos, así como otorgar mayor certeza jurídica y finalmente hacer congruente el derecho interno con los tratados internacionales suscritos por México en esta materia.

Los cambios fundamentales de estas reformas y adiciones son:

1) Se instituye la figura jurídica de la adopción plena, adicionalmente a la simple que ya se encontraba regulada.

2) Se establece un sistema mixto de adopción, quienes deseen crear un vínculo jurídico exclusivamente entre adoptante y adoptado, puedan hacerlo por medio de la adopción simple; y aquellos que prefieran la integración completa del menor a su familia, reconociéndosele parentesco con los ascendientes, descendientes y colaterales del adoptante, pueden hacerlo por vía de la adopción plena.

3) Se establece la posibilidad de convertir la adopción simple en plena, siempre y cuando se cumpla con los requisitos establecidos en la ley.

4) En los casos de adopción plena se establece que el acta de nacimiento se expida en los mismos términos que para los hijos consanguíneos, y a partir de su expedición, no se publicará ni se expedirá constancia alguna que revele

el origen del adoptado, ni su condición de tal, salvo providencia dictada en juicio, consagrando con ello el llamado derecho a la identidad.*

5) En cuanto al parentesco que surge con la adopción plena, se equipara al consanguíneo, ya que, no sólo existe entre adoptante y adoptado, sino se extiende a los parientes consanguíneos del adoptante y a los descendientes del adoptado. Mientras que en la adopción simple sigue habiendo sólo parentesco civil, que se reduce al adoptante y al adoptado.

6) Se incorpora una sección especial sobre adopción internacional, especificándose que este tipo de adopciones siempre será bajo la forma plena, resolviéndose de este modo la laguna legal al respecto.

7) Las modificaciones al Código de Procedimientos Civiles, facilitan, simplifican y reducen el procedimiento judicial de adopción.

Respecto del origen de las iniciativas de reformas al Código Civil y al Código de Procedimientos Civiles sobre la adopción, cabe decirse que desde hace tiempo era una inquietud manifiesta en diversos sectores de la sociedad,

* Nota. El límite de este anonimato es cuestionable, "la defensa a ultranza del mismo si se le concibe como secreto absoluto (en lugar de lo que debe ser: simple protección de la intimidad....) podría llevar a un resultado adverso al pretendido... el hijo puede ver sercenado su derecho a conocer quien fué su progenitor biológico o a contar con este dato para la defensa de sus intereses morales y materiales, como así también los relacionados con su salud física o psíquica ejemplo de ello constituye la eventual necesidad de un órgano a transplantar (riñón) proveniente de un hermano, medio hermano, padre, madre etcétera, como intento de una solución a una enfermedad irreversible. "Verruno, Luis. y Emilio J.C. Hass Eduardo H. Raymondi y Ana M. Barbieri" en "Banco Genético y Derecho a la Identidad" Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina. 1988, p. 75.

la necesidad inaplazable de reformar nuestra legislación civil, prueba de ello fueron los numerosos seminarios, conferencias, foros y mesas de trabajo que sobre la materia se llevaron a cabo, de los cuales tuve la oportunidad de participar en el Primer Seminario Nacional de Análisis del Registro Civil y su Relación con el Registro Nacional de Población, así como en el Foro sobre Patria Potestad y Adopción y en ambos espacios manifesté mi postura sobre la necesidad de actualizar la regulación jurídica de la adopción.*

La necesidad social de actualizar la legislación en esta materia y adecuar el Código Civil a los cambios sociales y a las Convenciones Internacionales suscritas por México en esta materia dieron origen a diversas iniciativas de reformas tanto al Código Civil como al Código de Procedimientos Civiles, dentro de las cuales destacan la elaborada por la Secretaría de Relaciones Exteriores, el proyecto realizado por la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, y finalmente el proyecto realizado por el Senador Esteban Moctezuma Barragán, mismos que fueron analizados por las Comisiones Unidas de Justicia, de Estudios Legislativos, Segunda y de Atención a Niños, Jóvenes y Tercera Edad, de la LVII Legislatura del Senado de la República,

* Nota. En este seminario manifesté entre otras cosas la necesidad de regular la adopción plena, además de la simple, "Donde desaparezcan los vínculos de parentesco del adoptado con su familia original, para lograr una mejor integración a la familia del adoptante, y que sea irrevocable, considerando requisitos de edad...en los primeros años de vida del menor, con periodos de prueba... para entre otras cosas evitar la simulación de actos del estado civil en fraude a la ley, como la práctica que se presenta de registrar como hijo propio a quien no lo es, para evitar trámites de adopción....". Ver Saldaña Pérez, Jesús. "Algunas Consideraciones sobre Registro Civil". En Memorias del Primer Seminario Nacional de Análisis del Registro Civil y su relación con el Registro Nacional de Población, celebrado los días 20 y 21 de agosto de 1996. Ciudad de México. Organizado por la Secretaría de Gobernación y la Asociación Nacional de Facultades, Escuelas de Derecho e Institutos de Investigación Jurídica, A.C.

quienes con fecha veintidós de abril de mil novecientos noventa y ocho, aprobaron las adiciones y reformas legislativas que ahora nos rigen.

4.6 La Adopción en el Código Civil

4.6.1 Disposiciones Generales

Con el objeto de seguir una secuencia lógica en lo que se refiere al análisis de las mencionadas reformas, y toda vez que el Código Civil divide la regulación jurídica de la adopción en cuatro secciones, siendo la primera de ellas la de disposiciones generales, es precisamente en este apartado donde estudiaremos las reglas aplicables a ambos tipos de adopciones. Dichas reglas se traducen en los requisitos para que la adopción pueda tener lugar en relación con el adoptante y el adoptado.

4.6.2 Requisitos del Adoptante

El artículo 390 del Código Civil nos menciona los requisitos substanciales que necesita una persona para ser sujeto activo de adopción, tanto simple como plena.

4.6.2.1 Persona Física

El adoptante debe ser persona física, por lo que las personas morales están excluidas para ser sujetos activos de adopción. “Las personas de existencia ideal carecen de la capacidad de ser adoptantes, ya que al decir de Salvat, ‘carecen completamente de todo derecho de familia; ya que, por una parte, esta clase de derechos derivan del parentesco, el cual no existe entre ellas; por otra, esta institución de las personas jurídicas ha sido creada para ejercerse únicamente en el dominio de los bienes.’”²¹⁰

En consecuencia resulta lógico que la ley otorgue capacidad para adoptar sólo a las personas físicas, toda vez que uno de los objetivos de la adopción es precisamente suplir la falta de familia, imitando los vínculos consanguíneos, cosa que no podría suceder si el adoptante fuese una persona moral.

Sin embargo este requisito no fue aplicado siempre, toda vez que en la historia encontramos algunas referencias respecto a la adopción realizada por personas morales, pero la finalidad de estas adopciones no ha sido el establecer un vínculo paterno filial, sino conferir un título honorífico, o bien asegurar alguna prestación asistencial permanente.

“Así cabe recordar el sistema de protección y cuidados que el estado de Atenas prestaba a los hijos de los ciudadanos muertos en la guerra; la institución llamada Aulmosne Generalé creada en Lyon en 1534 que adoptaba a los huérfanos de las víctimas del hambre que se desató en dicha ciudad en 1531, subsistiendo la organización hasta 1793; la ya recordada adopción, por parte de la Asamblea Nacional Francesa, de la hija de Lepelletier Saint

²¹⁰ Bossert, Gustavo A., Ob. Cit., p. 49.

Fargeau; la adopción que Napoleón efectuara el 7 de diciembre de 1805 a los hijos de soldados y oficiales muertos en la batalla de Austerlitz el 27 de julio de 1805; Francia adoptó a los huérfanos cuyo padre o madre, o sostén de familia hubiere muerto en la guerra de 1814.”²¹¹

Cabe mencionar que es imprescindible que la persona adoptante o adoptantes se encuentren vivos al momento de que se dicte la resolución judicial que autoriza la adopción, en virtud de que si alguno de los adoptantes hubiese fallecido con anterioridad a la resolución, al momento de emitirse la sentencia autorizando la adopción, el adoptante carece de personalidad para serlo, ya que se trata de un acto *inter vivos*.

Sin embargo, es importante resaltar que en otras legislaciones como la española e italiana, si muere uno de los adoptantes o deviene incapaz una vez iniciado el trámite de adopción, salvaguardando el interés del menor, ésta podrá ser declarada a instancia del otro, y en representación de ambos, con efectos, para el cónyuge fallecido, a partir de la fecha de su deceso o incapacidad.

4.6.2.2 Sexo

Nuestra legislación, basándose en el criterio de igualdad Constitucional no establece limitación alguna en relación al sexo del adoptante, es decir puede adoptar en igualdad de circunstancias tanto un hombre como una mujer, sin distingo alguno.

²¹¹ *Ibidem.*, pp. 49-50.

4.6.2.3 Edad Mínima

El Código Civil de 1928, establecía que la edad mínima para el adoptante sería de cuarenta años, sin embargo, con las reformas del 31 de marzo de 1938 se disminuyó ésta a treinta años, posteriormente por reforma de 17 de enero de 1970 y a causa de que se establece la adopción en beneficio del adoptado, el requisito de la edad se ve nuevamente disminuido exigiéndose solamente veinticinco años para el adoptante.²¹²

El Código Civil vigente, establece que la persona que pretenda adoptar deberá contar con una edad mínima de veinticinco años. (Art. 390)

El requisito de establecer una edad mínima para el adoptante, aparece en casi todas las legislaciones sobre adopción, la causa de esta exigencia es procurar que la persona que pretende adoptar tenga cierta madurez física y psicológica, para poder educar y asistir convenientemente a un menor o incapaz, así mismo, el requerimiento de la edad busca que el adoptante cuente con un criterio maduro que le permita estar seguro de tomar la decisión de adoptar, y que dicho deseo no sea fruto de un estado emocional cambiante, como suele ocurrir en la juventud.

Últimamente ha existido una tendencia legislativa de reducir la edad mínima del adoptante, y así el Código de familia checoslovaco, polaco, y el

²¹² Baqueiro Rojas, Edgard. *“La Adopción: Necesidad de Actualizar la Institución en Nuestro País”*, Ob. Cit., pp. 41 - 45.

alemán reducen la edad mínima para adoptar a la edad necesaria para adquirir capacidad de ejercicio.²¹³

En forma similar la Secretaría de Relaciones Exteriores en su proyecto de reformas propuso que el mínimo de edad para adoptar fuera de dieciocho años, ya que es a esta edad cuando las personas alcanzan la mayoría de edad y el pleno ejercicio de sus derechos, además de que con la reducción del requisito de edad para el adoptante se facilita la adopción.

Sin embargo, la ley vigente mantiene la edad mínima para adoptar en veinticinco años, sin considerar la propuesta en comento, lo cual considero adecuado, aunque el propósito del proyecto fuese el de hacer lo más parecida la institución de la adopción a el parentesco por consanguinidad; pero aunque es claro que la capacidad procreacional no se da a la mayoría de edad, sino mucho antes, la madurez psíquica del individuo en muchos casos no es acorde con la capacidad de ejercicio, por lo cual considero que atinadamente las reformas no disminuyeron la edad del sujeto activo.

Bossert afirma que es importante mantener el requisito de edad mínima en el adoptante, ya que con ello se busca impedir que el adoptado resulte luego una dificultad a su adoptante para casarse, “tanto por el hecho de que éste se desinterese del matrimonio por preferir atender exclusivamente al menor, o por el temor de que afectaría a éste la vida compartida con un posible cónyuge, o por aparecer ante éste como una posible causa de futuras incomodidades o dificultades, la presencia de ese tercero extraño a él en su eventual matrimonio.

²¹³ Zannoni, Eduardo A., “*Derecho Civil. Derecho de Familia*”. Tomo II, Ob. Cit., p. 573.

Y así se pretende fijar el límite mínimo de edad del adoptante en la que se considera que hasta allí llega, según las prácticas más frecuentes del grupo, la edad en que se contraen matrimonios; por cierto que ello entendido como principio general, sometido a numerosísimas excepciones.”²¹⁴

Por otro lado, el artículo 391 del Código Civil dispone que cuando los adoptantes sean marido y mujer, podrán adoptar aún cuando sólo uno de ellos cumpla con el requisito de la edad mínima, siempre y cuando la diferencia de edad de ellos y del adoptado sea de diecisiete años cuando mínimo.

Considero que el criterio esgrimido por el legislador en cuanto a la edad mínima para adoptar en tratándose de parejas casadas no es el correcto, toda vez que no pueden aplicarse los mismos fundamentos que se dieron en relación a las personas solteras, en primer lugar, porque cuando una pareja contrae matrimonio, implícitamente ha manifestado su voluntad de procrear, precisamente porque éste es uno de los fines del matrimonio y teniendo aptitud física, es claro que puede lograrse este objeto a partir de la celebración del matrimonio, y no hasta tener veinticinco años, sin embargo, el criterio del legislador en cuanto a la adopción implica una edad mínima de veinticinco años en tratándose de persona soltera, y el mismo término le aplica a la adopción que se hace por una pareja unida en matrimonio, y si la naturaleza no hace distinción en cuanto a la edad para procrear, porque el legislador sí, este término es perfectamente comprensible en el caso de persona soltera, pero injustificado en matrimonio.

²¹⁴ Bossert, Gustavo A., Ob. Cit., pp. 50 -51.

En conclusión, considero inadecuado la imposición del requisito que presume madurez de conducta, tratándose de parejas unidas en matrimonio, puesto que esta madurez se encuentra implícita, o al menos debe encontrarse, en la vida matrimonial, y si en ésta los cónyuges pueden tener hijos a cualquier edad, considero correcto que también puedan tener hijos adoptivos, cuando la naturaleza les impida tener descendencia natural, por esta razón pienso que debería de exentarse del requisito de edad mínima para los adoptantes en tratándose de personas casadas, en el Digesto se contemplaba la edad de la pubertad mas un año.

Por otro lado, lo que si considero adecuado para el bienestar del menor y su adecuada integración a la familia adoptiva, es que siguiendo la corriente legislativa de algunos Países, se establezca un requisito mínimo de años de matrimonio para que la pareja pueda acceder a la adopción.

Con el anterior requisito se cumplirían varios propósitos, en primer lugar, se otorgaría a la pareja un límite de tiempo para intentar tener hijos propios, y al mismo tiempo, este término serviría también como una etapa de mutua adaptación en la vida matrimonial, lo que sin duda alguna haría más fácil la integración del menor en la vida de la pareja, y finalmente evitaría los inconvenientes que pudieran surgir si con posterioridad a la adopción la pareja tuviera descendencia, lo cual podría dificultar la convivencia armónica de los hijos adoptivos con los propios.

Respecto del tiempo que debe considerarse como razonable, en la legislación comparada Argentina establece ocho años, Venezuela seis, Italia

tres, consideramos que un término medio adecuado serían cinco años, sin establecer diferencia de edad.

4.6.2.4 Edad Máxima

Es pertinente observar que a este respecto ni el Código Civil anterior a las reformas ni el reformado contemplan un límite máximo de edad para ser adoptante, como lo han hecho algunas legislaciones extranjeras donde se especifica una edad máxima para adoptar, por ejemplo cuarenta años en Italia, sesenta en Portugal y en Chile setenta años.

Considero que nuestra legislación debería establecer un límite de edad máxima para adoptar, toda vez que es evidente que en una edad muy avanzada, no puede una persona ejercer la función del padre en forma satisfactoria para el menor, siendo que el interés supremo en la figura jurídica de la adopción es precisamente el beneficio del menor o incapaz.

Sin embargo, Bossert opina que no es necesario imponer un límite de edad para el adoptante. “considerando, principalmente que en esos casos se tratará generalmente de adopciones que simplemente tiendan a legalizar un vínculo de filiación que ya tiene vida práctica. Además, en estos casos, de ponerse un límite, se privaría al menor de contar con ciertos beneficios, como el derecho a heredar al adoptante y el llevar su apellido, sin causas que lo justifiquen.”²¹⁵

²¹⁵ Ibidem., p. 57.

Consideramos necesario el reglamentar la edad máxima para el adoptante en virtud de que en tratándose de edad muy avanzada por parte de éste se desvirtúan los fines de la adopción y el interés supremo del menor, ya que puede tener por objeto el contar con un sirviente o enfermero gratuito, cuando el adoptado más que satisfacer su necesidad de protección, se vería en la necesidad de cuidar y atender al adoptante, siendo éste un anciano y la posibilidad de beneficiarle hereditariamente subsiste sin necesidad de recurrir a la adopción ya que puede lograrse a través del testamento.

Sobre el particular, pensamos que una edad máxima puede ser los sesenta años, siguiendo el criterio de la legislación Portuguesa.

4.6.2.5 Diferencia de edad entre Adoptante y Adoptado

El Código Civil establece que el adoptante debe tener diecisiete años mínimo más que el adoptado, lo cual es justificable y forma parte de la esencia misma de la institución, toda vez que “si la adopción se ha de introducir para dar padre o madre legítimos a quien no los tiene, en aptitud de proveer a su normal desarrollo físico y ético, reconociendo vínculos filiales ya existentes, fundados en fenómenos psicológicos, o facilitando su formación cuando no existen; si ella produce los efectos jurídicos de la paternidad, es lógico que se exijan las condiciones necesarias para que tales efectos jurídicos puedan producirse sin contradicción en los hechos.”²¹⁶

²¹⁶ Coll, Jorge E y Luis A. Estivill. “*La adopción e instituciones análogas*”. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina. 1947, p. 103.

En este sentido, considero acertada la diferencia de edad entre el adoptante y el adoptado, que se establece como requisito indispensable para la adopción, ya que con ello busca el legislador que exista entre adoptante y adoptado la diferencia razonable de años para que el adoptante inspire respeto y obediencia en el adoptado, lo que es necesario para la buena formación y educación del adoptado, sobre todo cuando es menor de edad.

Por otro lado, también la diferencia de edad, evita la posibilidad de que puedan surgir sentimientos diversos al paterno filial, sobre todo cuando el adoptante y el adoptado son de diverso sexo. Además de que, esta diferencia de edad logrará de algún modo que la relación paternofilial se vea exteriorizada de forma similar a la natural, es decir, que efectivamente parezca el adoptante y el adoptado, padre e hijo, y no hermanos, y así tenga posibilidad el adoptante de ejercer las funciones de padre con madurez y afectividad humana.

Este requisito de diferencia de edad, lo encontramos en todas la legislaciones, y sus antecedentes se remontan al Derecho Romano, sin embargo, existen ciertas variantes en cuanto a los años de diferencia, y así en Francia se exige, en principio una diferencia de quince años, y de diez cuando el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante; en Alemania y Argentina se requiere una diferencia de dieciocho años, mientras que Colombia y Panamá establecen quince.

Autores como Belluscio, Bossert y Zannoni, consideran apropiado incluir en las legislaciones una diferencia máxima de edad entre el adoptante y el adoptado, a fin de que la relación de adopción se establezca entre personas

que naturalmente hubiesen podido ser padre o madre e hijo, y así de esta manera garantizar que el adoptado -sobre todo cuando sea menor de edad- se vea efectivamente beneficiado con la adopción, y no se imponga la carga de hacerse cargo de sus adoptantes por su edad avanzada.

4.6.2.6 Estado Civil

Respecto al estado civil del adoptante el artículo 390 del Código Civil establece que para la adopción es necesario que el sujeto activo se encuentre libre de matrimonio y en pleno ejercicio de sus derechos, lo cual hace parecer como regla general, el supuesto de ser soltero.

Sin embargo, el artículo 392 del mismo ordenamiento, establece que nadie podrá ser adoptado por más de una persona, salvo cuando se trate de marido y mujer, es decir los cónyuges también tienen la posibilidad de ser sujetos activos de la adopción, siempre y cuando los dos estén conformes en considerar al adoptado como hijo.

Por la forma en que se encuentra regulado este requisito en el Código Civil, da la impresión de que la regla general es la adopción por persona soltera, y excepcionalmente por casados, lo que considero incorrecto, ya que lo ideal es la adopción por personas casadas como regla general, y excepcionalmente solteras, toda vez que la finalidad es que el menor se integre a una familia, objetivo que se satisface sólo de manera parcial cuando se trata de persona soltera, además que puede desvirtuarse el objetivo, al tratar de

satisfacer conductas egoístas por parte del adoptante, para evitar la vida en soledad, u obtener servidumbre gratuita, desvirtuando con esto el propósito fundamental que debe regir esta institución.

Por otro lado, sobre este requisito cabe destacar que en nuestra legislación no se contempla la adopción por uno sólo de los cónyuges con el consentimiento del otro, como en algunas legislaciones extranjeras como la peruana, ecuatoriana, salvadoreña, uruguaya, chilena, costarricense, boliviana, francesa, italiana y española entre otras, que admiten la posibilidad de adopción por parte de ambos cónyuges, o por uno sólo con el consentimiento del otro.

En nuestra legislación no existe dispositivo legal que permita la adopción por parte de uno sólo de los cónyuges con el consentimiento del otro, lo cual me parece razonable, en virtud de que si lo que se pretende es una completa integración del menor a la familia que lo adopta, si uno de los cónyuges no desea considerarlo como hijo, esto podría redundar en discriminación o falta de integración a la familia adoptante.

Al respecto, es interesante destacar la opinión de Zannoni, en el sentido de que a pesar de que mucha de la legislación comparada adopte el principio de la adopción por parte de uno sólo de los cónyuges con el consentimiento del otro, resulta útil replantear dicho principio, basándonos “en la observación de la realidad familiar que palpita tras toda adopción. Pensamos que cuando la unión conyugal no se encuentra desarticulada o desquiciada por una situación previa de separación personal o divorcio, es saludable la adopción por ambos

cónyuges. Si la pareja está unida fundamentalmente en el amor que se plenifica en un equilibrio psicológico y emotivo se les permite marchar juntos y asumir las responsabilidades trascendentales conjuntamente también, nos cuesta creer que uno sólo de los esposos se encuentra dispuesto a adoptar. Es que la adopción, de un modo u otro abre a los cónyuges al sentido del hijo o de un nuevo hijo, y de él necesariamente deben participar ambos. Detengámonos un instante a prever la situación del menor que convive con un matrimonio, pudiendo considerar su padre o madre a uno sólo de los esposos, porque si el adoptante debe haber tenido bajo su guarda al menor durante un año, éste habrá convivido con el cónyuge que no solicita la adopción.”²¹⁷

Por otra parte, considero que existe una deficiencia legal a este respecto, ya que un concubino si tiene la posibilidad de adoptar con su sólo consentimiento y aún en contra del consentimiento del otro concubino, ya que es una persona libre de matrimonio, lo que provocaría un evidente perjuicio al adoptado toda vez que en este caso la adopción no serviría como integradora a la familia adoptante, sino por el contrario podría ser una causa de desavenencia familiar, por lo cual considero que debería contemplarse la posibilidad de adopción por parte de personas unidas en concubinato de manera conjunta semejante a la que se establece para matrimonios, o bien atendiendo a las mismas razones que se señalaron para ésta por uno solo de los cónyuges, tratándose de solteros, siempre que éstos no se encuentren vinculados por concubinato a persona alguna.

4.6.2.7 Cualidades Morales y Económicas

²¹⁷ Zannoni, Eduardo A. “*Derecho Civil. Derecho de Familia*”. Ob. Cit., Tomo II, p. 586.

Respecto de los requisitos morales y económicos con que debe contar el adoptante para poder adoptar, cabe destacar que fueron objeto de reforma con las últimas modificaciones legislativas que se dieron en esta materia.

Así tenemos que antiguamente el artículo 390 del Código Civil exigía que el adoptante debía acreditar:

I.- 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 trate de adoptar;

II.- Que la adopción es benéfica para la persona que trate de adoptarse;
y,

III.- Que el adoptante es persona de buenas costumbres.

Y así el actual texto reformado del citado precepto establece que para la adopción el adoptante deberá acreditar:

I.- Que tiene medios bastantes para proveer a la subsistencia, la educación y el cuidado de la persona que trata de adoptarse, como hijo propio, según las circunstancias de la persona que trata de adoptar;

II.- Que la adopción es benéfica para la persona que trata de adoptarse, atendiendo al interés superior de la misma. y

III.- Que el adoptante es persona apta y adecuada para adoptar.

Respecto del primer párrafo del precepto legal invocado, como puede observarse únicamente se modifica la redacción, para no distinguir entre el menor de edad y el incapacitado, es decir se establece que el adoptante deberá tener recursos económicos suficientes para la subsistencia, educación y cuidado del adoptado, independientemente que se trate de un menor o un mayor incapaz.

Por otro lado, esta fracción se refiere a la capacidad económica del adoptante, toda vez que una de las finalidades de la adopción es precisamente satisfacer las necesidades económicas del adoptado.

Es importante destacar a este respecto que aún cuando este texto legal no es muy claro, se refiere precisamente a una de las características de la obligación alimentaria, la de la proporcionalidad, en virtud de que la cuantía va de acuerdo a la capacidad económica del deudor y las necesidades del acreedor, y en este caso queda claro que la valoración de las necesidades del acreedor que va a ser el adoptado pueden variar de acuerdo a la persona adoptada -por ejemplo, si se trata del incapacitado que necesite costosos tratamientos o terapias-, y en razón de estas necesidades económicas, podrá ser calificada la capacidad económica del deudor o adoptante.

Respecto de la fracción segunda podemos comentar que consagra el principio del interés supremo del menor adoptado, tal como lo han hecho varias convenciones internacionales. De ahí la importancia de esta fracción, ya que en ella se plasma la esencia misma de la adopción, que es precisamente el

beneficio del adoptado, la cual será la directriz y el objetivo principal de todo el procedimiento de adopción.

Finalmente la fracción tercera es la que sufre cambios más substanciales, toda vez que antes de las reformas se requería únicamente que el adoptante acreditara sus buenas costumbres, y ahora se contempla que el adoptante acredite que es una persona apta y adecuada para adoptar.

Considero que dentro de este último requisito se incluye no sólo las buenas costumbres del adoptante* , sino también su estado de salud, origen étnico, entorno social, antecedentes familiares, religiosos y culturales del adoptante, e incluso la idoneidad de los adoptantes para educar e instruir al adoptado, ya que todos estos son circunstancias que el Juez debe valorar para determinar la conveniencia de la adopción.

Finalmente, es importante destacar que los requisitos exigidos por la ley en las tres fracciones anteriores, también deberán ser acreditados cuando los adoptantes sean cónyuges. (Art. 391)

* Al respecto en la mesa de análisis sobre adopción realizada en la Junta de Asistencia Privada se comentó la posibilidad de incluir dentro de los requisitos del adoptante, aspectos como las preferencias sexuales del mismo, para evitar adopciones por parte de personas homosexuales, y se concluyó en el inconveniente que esto significaría someter a debate en las cámaras aspectos tan sensibles como éste, que pudieran considerarse violatorios de los derechos humanos, y revertir el propósito de excluir a adoptantes homosexuales, por una inclusión expresa por parte del legislador, por lo que se consideró finalmente que era suficiente contemplarlo dentro de la aptitud que el Juez debe calificar como solvencia moral y que el adoptante debe probar.

4.6.2.8 Ausencia de Descendientes

El texto original aprobado en el Código Civil de 1928 sobre adopción, exigía que el adoptante no tuviera descendencia para que pudiera tener acceso a la adopción, “siguiendo con la vieja tradición de que la adopción cumplía con la finalidad de ser consuelo de las personas a quienes la naturaleza niega la felicidad de tener hijos o que han tenido la desgracia de perder los que les había dado.”²¹⁸

Sin embargo, con las reformas del diecisiete de enero de 1970 se suprime este requisito, por lo tanto según nuestra legislación civil actual la presencia de uno o varios descendientes matrimoniales o extramatrimoniales no son impedimento para la adopción. Pero este requisito sigue siendo polémico a pesar de que la mayoría de las legislaciones extranjeras se han inclinado por la supresión del mismo.

Sobre el particular, “existen dos intereses en juego en la prohibición o permiso para el que quiera adoptar, de no tener descendencia: por un lado, el legítimo interés de los descendientes en la capacidad económica del progenitor y su derecho a heredar que se vería disminuido con la inclusión de uno o varios extraños aceptados como hijos por la adopción; por otro lado, el interés del estado en que los desamparados puedan ser protegidos a través de esta institución y el profundo sentido ético implícito en la misma, que no debe ser coartado por la norma.”²¹⁹

²¹⁸ Montero Duhalt, Sara., Ob. Cit., p. 328.

²¹⁹ Loc. Cit.

Al respecto considero que dado que la intrusión de un hijo adoptivo en una familia que tiene uno o más descendientes puede originar desavenencias entre éste y los descendientes, por un lado y la necesidad que no debe coartar la norma de interés público de la protección del menor o incapacitado que no debe afectarse por intereses particulares, ya que en la adopción “lo fundamental, lo que verdaderamente interesa no es proporcionar hijos a quien no los tiene. ... sino proveer de hogar a la infancia desvalida, tratando de lograr mejores condiciones psicológicas y económicas en la formación y educación de los niños sin padres o desatendidos por éstos.”²²⁰

En este sentido y en atención al supremo interés del adoptado considero que debería establecerse expresamente en el Código Civil que la existencia de descendientes del adoptante no impide la adopción, pero si será motivo de valoración por el Juez, el cual, deberá resolver sobre la adopción siempre que ésta beneficie al adoptado y no cause inconveniente a los descendientes del adoptante, además de que, debería darse preferencia para la adopción, en igualdad de circunstancias, a parejas sin hijos.

4.6.3 Requisitos del Adoptado

Una vez que han sido analizados los requisitos necesarios con respecto a la persona del adoptante, procede continuar con el análisis de los requisitos de los sujetos pasivos de la adopción, es decir de los adoptados, haciendo la

²²⁰ Belluscio, Augusto C. Citado por Zannoni, Eduardo A. “*Derecho Civil. Derecho de Familia*”. Tomo II, Ob. Cit., p. 570.

aclaración que estos requisitos son aplicables tanto a las adopciones plenas como a las simples.

Nuestra legislación Civil actual solamente permite ser sujetos de la adopción a las personas físicas, ya que si bien el hombre es persona, no necesariamente el concepto de persona es sinónimo de ser humano, “jurídicamente ni todo hombre es persona ni con exclusividad el ser humano lo es, pues existen a su lado, las personas jurídicas colectivas. Persona física o individual y persona moral, social o colectiva, una y otra tienen que ser referidas al denominador común del Derecho, para que puedan unirse en el concepto general de persona jurídica”.²²¹

Es preciso distinguir entonces unas de otras, “Las personas físicas son entes *naturales, corporales, individuales*; las personas jurídicas son entes *sociales, incorporales*.”²²² Por ello las segundas no pueden ser sujetos pasivos de la adopción, ésta solo puede recaer en seres humanos, ya que solo ellos son sujetos de derechos de familia.

4.6.3.1 Personas que pueden ser Adoptadas

Nuestra legislación no distingue diversas categorías respecto de las personas susceptibles de ser adoptados, a diferencia de lo que hacen las

²²¹ Flores García, Fernando. “*Algunas consideraciones sobre la persona jurídica*” En Revista de la Facultad de Derecho de México. Tomo VII. número 25-26 enero junio 1957. Edit. Universidad Nacional Autónoma de México, 1957, p. 245.

²²² *Ibidem.*, p. 247.

legislaciones española, francesa, italiana, argentina, entre otras, donde se establecen específicamente las categorías que deben tener los menores para ser objeto de adopción.

Así pueden ser adoptados los mayores incapacitados, menores huérfanos, los que no tengan una filiación establecida, es decir que sean de padres desconocidos, los menores abandonados, los expósitos, los hijos cuyos padres hubiesen sido privados de la patria potestad e incluso los que estén bajo la patria potestad de sus padres o ascendientes y que vivan con ellos.

4.6.3.1.1 El *Nasciturus* y *Concepturus*

Por otro lado, dentro de este requisito cabe hacer el análisis de la posibilidad de adopción de un *nasciturus* según nuestra legislación civil vigente, es decir la posibilidad de que pudieran ser adoptados o no, los concebidos no nacidos e incluso los todavía no concebidos.

El artículo 22 del Código Civil vigente establece de manera tajante que la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, sin embargo, dicho precepto señala que desde el momento que un individuo es concebido entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para todos los efectos legales declarados en el Código, pero esta protección legal que se le da al *nasciturus* esta sujeta a la condición de que el menor nazca vivo y viable, es decir, que una vez desprendido del seno

materno el feto viva veinticuatro horas o sea presentado vivo al Registro Civil.
(Art. 337 del Código Civil)

Sin embargo, aún cuando en nuestra legislación no exista un límite de edad mínimo para ser adoptado, y exista una protección jurídica del *nasciturus*, ello no significa que debe admitirse la posibilidad de que éste pueda ser sujeto de adopción, en virtud de que, en primer lugar ya habíamos mencionado que la adopción debe tener por objeto el beneficio del adoptado, por lo que la premura en la constitución del vínculo adoptivo no significa por si mismo un beneficio materializado comprobable del adoptado.

Por otro lado, el condicionamiento legal del artículo 337 mencionado, es decir, que para que el *nasciturus* llegue a ser persona para el derecho deberá reunir los requisitos especificados en la ley, lo que supone que la plena efectividad de la relación adoptiva dependa de un suceso futuro e incierto, lo que va en contra de los principios de seguridad y estabilidad que deben prevalecer en las relaciones del estado de familia.

En consecuencia, aún cuando el Código Civil no especifique claramente una edad mínima para que un menor pueda ser adoptado, considero que el concebido no nacido no tiene capacidad para ser sujeto pasivo de adopción, además de que el otorgar la posibilidad de adoptar al *nasciturus*, entraña la dificultad de la comparecencia o consentimiento del representante legal del concebido, pues verdaderamente no existe representante, ni hay precepto legal que especifique quien en este caso podría representar los intereses del menor,

por lo tanto, una efectiva adopción no es posible antes del nacimiento del menor.

Sin embargo, al existir silencio en la ley, considero que es necesario que se señale expresamente la imposibilidad de la adopción del *nasciturus* en el Código Civil, a fin de evitar inseguridades en un tema tan delicado como este.

Finalmente por lo que se refiere al *concepturus*, es decir al no concebido ni nacido, considero que si no es posible afirmar que sea posible la adopción del *nasciturus*, menos lo es la del *concepturus*, por las razones expuestas, además esto podría dar origen al comercio, el llamado tráfico por encargo, y la posibilidad de que al momento del parto se diera un arrepentimiento del consentimiento ya otorgado.

4.6.3.2 Edad

Históricamente dentro de la institución de la adopción, encontramos que se ha limitado la edad del adoptado, especialmente para los menores, ya que incluso por largas épocas de la historia se consideró mal vista por considerarse que a través de ésta se encubría la filiación de los hijos extramatrimoniales, por lo cual se imponía un mínimo de edad, como requisito para el adoptado, o bien, se han hecho diferencias en cuanto a los efectos que la adopción produce, dependiendo de la edad del adoptado al momento del acto.

Sin embargo, el momento histórico que mayor importancia ha revestido para la adopción en cuanto al requisito de la edad del sujeto pasivo, fue

después de la Primera Guerra Mundial, toda vez que hasta ese momento la adopción primordialmente era con relación a personas mayores de edad, pero debido a la gran cantidad de menores que quedaron huérfanos como consecuencia de la guerra, hubo que reorientar la figura de la adopción, enfocándola principalmente a los menores de edad ya que las necesidades sociales imperantes lo exigían en aquella época.

Por lo que desde esta fecha y hasta nuestros días esta figura jurídica se ha convertido en una institución cuyo fin primordial es precisamente el interés supremo del menor, por lo que, siguiendo este criterio, el Código Civil vigente permite la adopción de menores de edad y de mayores siempre y cuando sean incapaces. (Art. 390)

En primer lugar, consideramos razonable el límite de edad impuesto por el legislador para el adoptado capaz, ya que evidentemente, cuando la adopción se realiza respecto de una persona que ha pasado su minoridad, no podría considerarse un acto tendiente a protegerle, dándole atención moral y material, ya que por su edad incluso puede no necesitarla.

Por otro lado, resultaría poco práctico que una persona mayor, con su propia personalidad, se le pretenda integrar a un grupo familiar siendo adulto, además de que, consideramos que la adopción de un mayor de edad capaz, solamente tendría por objeto satisfacer necesidades en el campo del derecho sucesorio, lo cual nos parece innecesario, ya que existe en nuestro orden jurídico el sistema de libre testamentificación, y una persona puede ser

heredero o legatario sin necesidad de recurrir a la adopción, desvirtuando sus fines esenciales.

Así mismo, cabe destacar que nuestra legislación a diferencia de algunas extranjeras, como la francesa, admite la adopción de mayores siempre y cuando sean incapaces.*

Al respecto, considero correcto que la adopción comprenda también a los mayores incapacitados, en virtud de que el objeto de la institución es dar la posibilidad de protección material y moral a quien aún siendo mayor no puede valerse por si mismo, por lo tanto la adopción en este caso también viene a satisfacer una necesidad de amparo en forma semejante que tratándose de los menores de edad, aún cuando sabemos de la existencia de la tutela.

Finalmente respecto del requisito de la edad del adoptado, es importante destacar que la reforma legislativa, aún cuando introdujo la figura de la adopción plena al Código Civil, no hizo referencia alguna en relación a la edad del sujeto pasivo, cuando se trate de este tipo de adopciones, no obstante que en los proyectos legislativos presentados tanto el de la Secretaría de Relaciones Exteriores como el presentado por el Senador Esteban Moctezuma Barragán sugerían que se permitiese la adopción en forma plena, únicamente a los menores de seis años, mientras que el proyecto de la Asamblea de

* Respecto de la adopción de mayores incapaces resulta interesante destacar que el Proyecto de Reformas de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, propuso limitar la adopción, a los menores de edad, no así a los incapacitados, sin embargo su propuesta no fue considerada en la reforma y hasta la fecha siguen siendo objeto de adopción los menores y los mayores incapacitados, lo cual, nos parece razonable.

Representantes del Distrito Federal, sugirió que la adopción plena fuera reservada para el expósito, el abandonado por más de seis meses, el entregado por el padre o la madre a una institución de asistencia pública o privada y del hijo del cónyuge.

Al respecto, considero que efectivamente la reforma legislativa debió prever como edad máxima para la adopción plena de menores, los seis años de edad, toda vez que un niño mientras mayor sea le resulta más difícil olvidar su pasado y antecedentes familiares, y por lo tanto le será más complicado el integrarse a su nueva familia adoptante, por otro lado también para el adoptante puede resultar riesgoso el adoptar de manera plena a un adolescente que no conoce y que puede tener arraigadas costumbres inadecuadas o perjudiciales, nocivas para el adoptante, por lo cual, considero que la adopción plena sólo debe permitirse en tratándose de menores de seis años y no de mayores de esta edad, a menos que ya tengan mucho tiempo conviviendo con los adoptantes, porque de este modo se garantiza que ya ha habido adaptación por parte de ambos al nuevo estado.

4.6.3.3 Estado Civil y Sexo

Respecto del estado civil que debe tener el sujeto pasivo de la adopción, nuestra legislación vigente, no hace ninguna referencia la respecto, sin embargo, podemos decir que, dado que el objetivo primordial de la adopción la protección moral y económica de los sujetos a ella, resulta claro entonces que la misma debe referirse únicamente a los menores de edad e incapaces solteros,

ya que una persona casada cualquiera que sea su edad, ha dejado de ser considerada como menor, necesitado de protección, el objetivo y finalidad de la ley ya no operaría en este caso, además de que permitir la adopción de una persona casada desvirtúa los fines de la misma al no poder ser objeto de patria potestad.

Respecto a este requisito opina Borda que la “adopción tiende a proteger a la infancia necesitada y al propio tiempo a satisfacer el noble instinto de paternidad de aquellos a quienes la Naturaleza no ha dado hijos; y ninguno de estos fines se cumpliría con la adopción de menores casados.”²²³

Sin embargo, cabe aclarar que a ley no es muy clara en cuanto a la posibilidad de adoptar a un menor de edad o incapaz casado, toda vez que, no lo prohíbe expresamente, lo que en aplicación de un principio general de derecho nos conduciría a concluir que por no estar prohibida dicha adopción se encuentra permitida.

Considero que como categorías jurídicas, el Código Civil distingue al menor de edad, del mayor de edad privado de inteligencia, del menor de edad emancipado y del mayor de edad, e incluso regula estas últimas categorías bajo el título: “De la emancipación y de la mayor edad”, por lo tanto, la propia ley individualiza el tratamiento jurídico que se da al menor emancipado, del cual, puede desprenderse que el menor de edad emancipado, es una persona que, como el mayor de edad, cuenta con capacidad jurídica general, y solamente se le restringe para los casos taxativamente señalados en el artículo 643 del

²²³ Cit. por Bossert, Gustavo A., Ob. Cit., p. 41.

Código Civil, los cuales se refieren exclusivamente a aspectos patrimoniales, pero es importante tener en cuenta que aún cuando se disuelva el matrimonio del cónyuge emancipado, éste no vuelve a la patria potestad, lo que quiere decir que, un menor de edad a partir de que es emancipado, ya no se encuentra, ni se encontrará nuevamente bajo la dirección y el cuidado de otra persona, salvo, que por causas posteriores sobrevenga alguna incapacidad.

En este orden de ideas, es indudable que el espíritu del artículo 390 del Código Civil, fue precisamente englobar dentro del término “menores e incapacitados” a los que no hubieren contraído matrimonio, ya que la adopción de una persona casada no concilia con los verdaderos fines de la adopción, que son precisamente dar un hogar en donde se desarrolle, a una persona que no lo tenga, y tratándose de una persona casada esta necesidad ha dejado de existir en el presunto adoptado, ya que aún siendo incapaz tiene tutor legal, que es precisamente el otro cónyuge, y no está sujeto a patria potestad, sin embargo, queda también la laguna legal referente al adoptado viudo o divorciado.

Sin embargo, y para evitar malas interpretaciones del artículo 390, considero útil, que se reformara, con la finalidad de que se especificara que el adoptado debe ser una persona soltera, tal y como lo hacen la legislaciones Inglesa y Escocesa.

Por otro lado, respecto al sexo del menor adoptado, nuestra legislación, siguiendo un criterio de igualdad absoluta, no distingue, el sexo del menor adoptado, por lo que, puede ser sujeto pasivo de la adopción tanto un hombre

como una mujer, lo cual, encuentro correcto, además de que fundamentado Constitucionalmente en el artículo cuarto.

4.6.3.4 El Beneficio de la Adopción

Uno de los requisitos más importantes que debe darse tanto para la adopción simple como para la plena, es precisamente que ésta sea benéfica para la persona que trate de adoptarse. (Art. 390 Frac. II.) En este sentido en nuestra legislación la adopción es un remedio al desamparo del menor o incapacitado en cuyo interés se declara.

En la doctrina se discute si la adopción debe ser un remedio únicamente al desamparo del menor, en cuyo interés se declara, y en la medida que se desvirtúe este propósito, el interés del adoptado no será satisfecho como corresponde; o bien si la adopción tiene además la finalidad de combatir la pobreza de los padres, el desempleo y la marginación social que les imposibilitan hacer frente a las funciones paternas o maternas. Es decir, la adopción además de ser un remedio al desamparo puede ayudar a los menores cuyos padres debido a la pobreza, marginación, desempleo, miseria o enfermedad, no pueden hacerse cargo adecuadamente de ellos.²²⁴

Personalmente considero que aún cuando indirectamente se pueden lograr estos propósitos, es claro que esta institución no debe tener como fin primordial el combate a la pobreza, solucionar problemas derivados del

²²⁴ Lloveras, Nora. "La Adopción"., Ob. Cit., p. 508.

desempleo, falta de oportunidades laborales o imposibilidad de sostener una familia, sin embargo, es claro que según nuestra legislación actual no existe impedimento alguno para que una persona que se encuentre en estado de necesidad pueda dar en adopción a sus hijos para beneficio de los mismos liberándose de este modo de sus deberes paterno filiales que en principio son de naturaleza irrenunciable.

4.6.3.5 El Número de Adoptados

Respecto al número de adoptados, el Código Civil, distingue si éstos son menores de edad o incapaces, respecto de los primeros no impone límite, mientras que a los segundos los reduce a uno.

Así dispone el artículo 390 del Código Civil, que “el mayor de veinticinco años, libre de matrimonio, en pleno ejercicio de sus derechos, puede adoptar uno o más menores o a un incapacitado, aún cuando éste sea mayor de edad, ...”

Consideramos inadecuado este precepto, porque limita el número de personas incapacitadas probablemente considerando los cuidados que esto representa, ya que, si bien es cierto, una persona que padece alguno de los estados de incapacidad previstos por la ley, requiere mucho tiempo, atenciones y cuidados que en ocasiones el adoptante difícilmente podría hacerse cargo de más de uno, y aún cuando fuera su voluntad hacerlo, también lo es que puede haber personas que tengan dinero, tiempo, altruismo y voluntad para hacerse

cargo de más de un incapacitado, por lo que no vemos la razón de la prohibición. En todo caso, consideramos que debería dejarse a criterio del juzgador, para que éste evaluará realmente la capacidad del adoptante de otorgar los cuidados y atenciones necesarias a más de un incapacitado.

Por otro lado, en cuanto al número de menores que pueden ser adoptados, la legislación no especifica un límite máximo, sin embargo, el Juez de lo Familiar deberá apreciar que el adoptante acredite que tiene medios económicos bastantes para proveer a la subsistencia, cuidado y educación de cada uno de los adoptados, sin embargo, es importante destacar que la armonía interna de un hogar no se determina de manera exclusiva por la capacidad económica, ya que si una familia se trata de integrar con varios individuos, con orígenes y costumbres diversas, contrarias o contrapuestas, el desahogo económico de ningún modo podría solucionar algún conflicto intrafamiliar que en este supuesto surgiría.

Así mismo, cabe destacar que nuestra legislación no obliga a que, cuando se trate de hermanos, éstos tengan que ser adoptados por la misma persona, con el fin de conservar entre ellos sus relaciones filiales y afectivas, lo cual sería ideal, sin embargo, aunque es recomendable el texto legal no debe incluirlo en forma determinante, porque puede obstaculizar adopciones benéficas a los intereses del menor en particular, y a veces en la práctica resulta difícil colocar en la misma familia a dos o más hermanos.

4.6.4 Requisitos del Acto de Adopción

Para que la adopción pueda tener lugar es necesario que tanto el adoptado como el adoptante cumplan con los requisitos a que nos hemos referido anteriormente, además otros relacionados ya no con los sujetos de la adopción, sino con el acto mismo. A ellos nos referiremos a continuación.

4.6.4.1 La Manifestación del Consentimiento

Ya habíamos mencionado que la adopción es un negocio jurídico plurilateral, toda vez que se requiere para su celebración la concurrencia de diversas voluntades. Así el artículo 397 del Código Civil dispone que para que la adopción pueda tener lugar deberán consentir en ella en sus respectivos casos:

- I.- El que ejerza la patria potestad sobre el menor que se trata de adoptar.
- II.- El tutor del que se va a adoptar.
- III.- La persona que haya acogido durante seis meses al que se pretenda adoptar y lo trate como a un hijo, cuando no hubiere quien ejerza la patria potestad sobre él ni tenga tutor.
- IV.- El Ministerio Público del lugar del domicilio del adoptado, cuando éste no tenga padres conocidos, ni tutor, ni persona que ostensiblemente le imparta su protección y lo haya acogido como hijo.
- V.- Las instituciones de asistencia social públicas o privadas que hubieren acogido al menor o al incapacitado que se pretenda adoptar.

Si la persona que se va a adoptar tiene más de doce años, también se necesita su consentimiento para la adopción. En el caso de las personas incapaces, será necesario su consentimiento, siempre y cuando fuese posible la expresión indubitable de su voluntad.

Al respecto cabe mencionar que el precepto antes invocado fue objeto de las últimas reformas que en esta materia se dieron, en específico se agregó la fracción V y se redujo la edad del menor adoptado para otorgar su consentimiento de catorce a doce años, así mismo, se estableció como requisito la expresión del consentimiento de las personas incapaces y no sólo de los menores.

Respecto a la forma en que debe manifestarse este consentimiento, cabe decirse que tanto el Código Civil como el Código de Procedimientos Civiles son omisos al respecto, por lo que éste podrá ser manifestado expresamente en forma escrita o bien verbalmente, sin embargo considero que la ley debería ser más explícita al respecto, sobre todo en relación al consentimiento del menor o incapaz, a quien debería exigirse la expresión de su consentimiento de forma verbal ante el Juez, o por medio de escrito pero ratificado ante la autoridad judicial, con la finalidad de garantizar que la voluntad del menor no sea obtenida bajo coacción o engaño.

Por otro lado es importante destacar que además de las personas a que se refiere el artículo 397 del Código Civil, debe prestar sin duda alguna su consentimiento para la adopción, el o los adoptantes, quienes incluso son los que darán inicio al procedimiento mismo de adopción.

El artículo 398 del Código Civil establece que si el tutor o el ministerio público no consienten en la adopción, deberán expresar la causa en que se funden, la que el Juez calificará tomando en cuenta los intereses del menor o incapacitado.

4.6.4.2 La Resolución Judicial

Respecto de este requisito y a reserva de hacer un análisis posterior del procedimiento judicial de adopción, cabe decirse que para que la adopción pueda surtir efectos como tal es necesario que medie resolución judicial.

Es decir, para que pueda surgir la adopción, además de los requisitos que deben cumplir los adoptantes y adoptados, así como la manifestación del consentimiento de las personas involucradas, es necesario que medie una sentencia en donde el Juez de lo Familiar resuelva sobre la procedencia o improcedencia de la adopción.

Sobre el particular, cabe decir que algunos autores señalan como requisito del acto de adopción el consentimiento del Juez, lo cual es un error técnicamente, ya que éste no presta su consentimiento para la adopción, sino únicamente resuelve sobre la procedencia o improcedencia de la misma, cuando se hayan cumplido todos los requisitos exigidos por la ley, especialmente el relativo al beneficio del adoptado, en cuyo caso se encontrará obligado a decretar la adopción, resultando irrelevante el hecho de que esté de

acuerdo o no con la misma, ya que su resolución deberá estar fundada y motivada precisamente en la ley y no en cuestiones personales como lo es su voluntad.

4.6.4.3 La Solemnidad

Ya hemos mencionado que la adopción al tratarse de un negocio jurídico solemne, para su celebración se requiere que se siga el procedimiento establecido en el Capítulo IV del Título Décimo Quinto del Código de Procedimientos Civiles.

Así lo establece el artículo 399 del Código Civil, el cual textualmente dispone que “el procedimiento para hacer la adopción será fijado en el Código de Procedimientos Civiles.” El incumplimiento a esta disposición trae como consecuencia la inexistencia del acto, aún cuando se tenga certeza del cumplimiento de todos los demás requisitos.

4.6.5 Requisitos Especiales de la Adopción Plena

Es importante destacar, que además de los requisitos que en términos generales se requieren para cualquier tipo de adopción, en la plena se le agrega uno más de manera específica, sin el cual no podrá tener lugar.

4.6.5.1 El Consentimiento del Padre o Madre

Para que la adopción plena pueda surtir efectos, además de las personas a que se refiere el artículo 397 del Código Civil, deberán otorgar su consentimiento el padre o madre del menor que se pretende adoptar, salvo que exista al respecto declaración judicial de abandono. (Art. 410 B)

Respecto al precepto legal antes citado, en primer lugar cabe destacar que la necesidad de que otorgue su consentimiento el progenitor del menor que se pretende adoptar en forma plena, es excluyente, es decir podrá otorgarlo el padre o la madre, lo cual considero inadecuado especialmente tratándose del hijo que tenga la filiación determinada por ambas líneas, ya que en este caso bastará con el consentimiento de uno sólo de los progenitores para que pueda tener lugar la adopción plena, aún cuando el otro no se entere por alguna circunstancia específica, no otorgue su consentimiento, e incluso en contra del mismo, lo cual resulta verdaderamente aberrante e injusto, y es claramente violatorio de su garantía de legalidad, al privársele de un derecho sin haber sido oído y vencido en juicio.

Por otro lado, este precepto legal contiene una excepción para el otorgamiento del consentimiento, y es precisamente cuando exista declaración judicial de abandono del menor que se pretende adoptar en forma plena. Al respecto resulta interesante destacar que ni el Código Civil ni el de Procedimientos Civiles, regulan la declaración judicial de abandono, por lo que no encontramos ningún precepto que determine cuando procede esta declaración, quién la hace, quién la debe solicitar y que efectos produce, por lo

que en consecuencia este precepto legal se refiere a una excepción que no encuentra correspondencia con el resto del ordenamiento jurídico.

En consecuencia, propongo, un cambio en el texto legal antes citado, con la finalidad, en primer lugar, de que el consentimiento que lleguen a otorgar los progenitores del menor no sea excluyente sino conjuntamente, salvo en los casos que no tenga determinada legalmente su filiación respecto de alguno de ellos. Así mismo deberá incluirse dentro de las normas procedimentales los requisitos, procedimiento y efectos de la declaración judicial de abandono, con la finalidad de llenar la laguna legal que provoca el texto legal en comento.

4.6.6 La Adopción del Hijo del Cónyuge

Nuestra actual legislación civil permite tanto en la adopción simple como en la plena a uno de los cónyuges adoptar al hijo del otro, sin embargo, en el caso de la adopción plena, no se extinguen los derechos, obligaciones y demás consecuencias jurídicas que resultan de la filiación consanguínea.

Zannoni sostiene que la finalidad de la adopción del hijo del cónyuge es “integrar a la familia legítima constituida por ambos cónyuges y los hijos habidos del matrimonio a los que solamente reconozcan vínculo filial con uno sólo de los esposos. Generalmente (aunque no necesariamente) se tratará de los hijos de la mujer que, luego del matrimonio, son adoptados por su esposo con lo que adquieren su apellido y derechos hereditarios en situación de paridad a

los eventuales hijos del matrimonio. De este modo, pues, los hijos de un cónyuge logran el *status filii* respecto del otro.”²²⁵

En este sentido, es importante dejar claro que la adopción del hijo del cónyuge no extingue los derechos, obligaciones y demás consecuencias jurídicas que se derivan de su filiación consanguínea, aún cuando se trate de plena, ello en virtud de que, en caso contrario el hijo adoptado perdería todo vínculo de familia con alguno de sus progenitores, lo que es totalmente injusto, mientras que dejando existentes los lazos consanguíneos, la adopción satisface el propósito del adoptante, otorgando a los hijos de su cónyuge el *status* de hijos legítimos, sin alterar sus vínculos consanguíneos preexistentes.²²⁶

Sin embargo, considero que nuestra legislación debería modificarse en el sentido de conceder efectos plenos extinguiendo los vínculos de filiación consanguínea del adoptado, siempre que se trate del hijo del cónyuge que no tenga filiación establecida por el otro progenitor, siguiendo el criterio de la legislación francesa donde se permite la adopción plena del hijo del cónyuge, cuando el hijo tiene la filiación determinada sólo con respecto a uno de sus padres, y éste es el cónyuge del adoptante.

Por consiguiente, si la filiación esta determinada respecto a ambos padres, el hijo del cónyuge no puede ser adoptado en forma plena, de esta manera se resolvería el problema de la adopción plena por el cónyuge de uno

²²⁵ Zannoni, Eduardo A. “Derecho Civil. Derecho de Familia”. Tomo II, Ob. Cit., p. 576.

²²⁶ Ibidem., p. 577.

de los progenitores cuando el menor tiene los dos progenitores determinados, ya que en éste caso sólo podría ser adoptado en forma simple.

4.6.7 La Adopción de un Pariente

En nuestra legislación existe prohibición de adoptar plenamente a un pariente consanguíneo, pero como la ley no distingue que tipo de pariente consanguíneo, entendemos que se trata de parientes en línea recta ascendente o descendente, y colaterales en línea igual o desigual.

Esta prohibición, se aplica únicamente para la adopción plena, por lo que la adopción simple si puede darse entre parientes. Así se establece en el artículo 410 D, que textualmente dispone que: “No pueden adoptar mediante adopción plena, las personas que tengan vínculo de parentesco consanguíneo con el menor o incapaz.”

La prohibición de adoptar a un descendiente, encuentra su fundamento en la existencia de un vínculo de filiación natural, que poco caso tendría eliminar con la adopción plena. En ese sentido, no pueden adoptar plenamente los padres a sus hijos extramatrimoniales ni matrimoniales, ni los abuelos a sus nietos, los hermanos o primos mayores a sus hermanos o primos menores, ni los tíos a sus sobrinos.

Considero que la anterior prohibición es justificada parcialmente, ya que, los parientes, sobre todo los cercanos como los padres, abuelos o

hermanos, no necesitan recurrir a la adopción para dar la protección material y afectiva que necesite un menor o incapaz, ya que, incluso los padres y los abuelos subsidiariamente, tienen la obligación expresa de criarlos y educarlos, tratándose de hermanos o padres que no lo han reconocido produciría una confusión de parentescos absurda, lo cual no nos parece justificado tratándose de tíos y sobrinos.

Sin embargo, es importante resaltar que la prohibición para adoptar a parientes, sólo se refiere a los consanguíneos, dejando fuera a los parientes por afinidad, respecto de los cuales si puede darse la adopción plena. Así por ejemplo, puede adoptar plenamente a un menor o incapaz, el cuñado del progenitor al hijo, lo cual resultará benéfico, sobre todo tomando en consideración que entre parientes afines no existe obligación alimentaria.

4.6.8 La Adopción del Pupilo por su Tutor

El artículo 393 del Código Civil establece expresamente que el tutor no podrá adoptar al pupilo sino hasta después que hayan sido definitivamente aprobadas las cuentas de la tutela.

Esta disposición que se encuentra en la mayoría de las legislaciones extranjeras trata de evitar que la adopción se convierta en una manera de eludir la responsabilidad del tutor de entregar cuentas, quien además si no consigue la aprobación de sus cuentas, no podrá ser considerado un adoptante conveniente para los intereses del adoptado.

Sin embargo, es importante destacar que esta prohibición tiene carácter transitorio, ya que una vez que han sido aprobadas por el Juez de la tutela las cuentas a que está obligado el tutor, éste podrá adoptar a su pupilo.

4.6.9 Las Adopciones Sucesivas

Respecto a la posibilidad de ser adoptado más de una vez, por personas distintas, cabe señalar que, nuestra legislación es totalmente omisa en este aspecto, sin embargo, antes de la reforma legislativa, la adopción podía ser revocada, por lo tanto, considero que en este caso, si el menor o incapaz volvía al desamparo y hubiese alguien que quisiese volver a adoptarlo, no había causa legal que lo impidiera. Y a este respecto cabe hacer mención que podían recuperarlo incluso sus propios progenitores, lo cual en muchas ocasiones resultaba una solución idónea ya que se reinsertaba en su propia familia, lo cual es imposible bajo el nuevo régimen de adopción plena, lo que a mi juicio constituye el principal inconveniente de ésta.

Sin embargo, con el nuevo régimen legal en donde se establecen dos tipos de adopción: simple y plena; en donde la primera puede revocarse y sus efectos se limitan a adoptante y adoptado; mientras que la segunda es irrevocable y crea parentesco con la familia del adoptante, la interpretación legal sobre las adopciones sucesivas impone la distinción y análisis de ambos supuestos.

En tratándose de la plena, no es posible la adopción sucesiva, ya que, al ser irrevocable, en caso de que falte el adoptante, al establecerse parentesco consanguíneo entre el adoptado y la familia del adoptante, éste no quedaría en el desamparo, sino que queda formalmente incorporado a su nueva familia, quien deberá satisfacer sus necesidades alimenticias y morales, en caso de ausencia del adoptante, sin que sea posible una adopción sucesiva, además el ejercicio de la patria potestad pasa a los abuelos, aparentemente no hay problema, sin embargo estos pueden rechazarlo, discriminarlo, o darle malos tratos, y se ha perdido toda posibilidad de reinsertarlo a su familia original que en muchas ocasiones se encuentra en la mejor disposición de recibirlo.

No existe expresamente prohibición legal alguna para que el adoptante pleno al ser él quien ejerce la patria potestad, y ser el parentesco equiparable al consanguíneo, donde el progenitor que ejerce la patria potestad puede consentir en su adopción, no nos queda claro si el adoptante pleno podrá darlo en adopción, u otorgar su consentimiento para ello, hay un claro vacío jurídico, ya que por una parte la ley señala que se equipara al parentesco por consanguinidad de ser así en forma escueta no existiría impedimento legal alguno pero por otro lado de permitirse que el adoptante pleno pudiera darlo en adopción u otorgar su consentimiento para ella se violaría la llamada irrevocabilidad.

Por otro lado, cuando la adopción sea simple, consideramos que es posible la adopción sucesiva, en caso de revocación, impugnación o de muerte del adoptante, ya que, en este caso los efectos se limitan al adoptante y al adoptado, por lo que si el adoptante falta, ya sea por muerte, impugnación o revocación, luego entonces el menor, lo más probable es que vuelva al

desamparo, por lo que, no encuentro impedimento legal para que otras personas pueden adoptarlo y hacerse cargo de él.

En este mismo supuesto, y aún cuando no se trate de revocación o impugnación de la adopción o muerte del adoptante, considero que la adopción sucesiva, podría darse, atento a lo expresado por el artículo 390 del Código Civil, el cual, menciona que son sujetos de adopción los menores o incapaces, sin hacer distingo en relación a que queden exceptuados los que ya hayan sido adoptados previamente.

Por otro lado, si bien es cierto, que dentro de las causales de revocación de la adopción que señala el artículo 405 del Código Civil, -porque además no lo es-, no se prevé como causal, una nueva adopción que reemplace a la anterior, también lo es, que dicho artículo no señala que estas causales sean exclusivamente las únicas que pueden dar origen a la revocación de la adopción, toda vez que el precepto legal ante invocado, reza: “La adopción puede revocarse: ...”; lo que no significa que su enumeración sea limitativa y no se pueda hacer una interpretación global con el resto del articulado.

En este sentido, consideramos que en caso de que el o los padres adoptivos por causas supervenientes no pudieren hacerse cargo de las necesidades alimenticias y morales del adoptado, pueden darlo nuevamente en adopción, otorgando ellos el consentimiento que exige el artículo 397 del Código Civil, en lugar de los padres biológicos, los cuales ya no podrían ser parte en esta nueva adopción, toda vez que ya fueron privados de el patria potestad sobre el adoptado.

En este caso, considera Bossert, que “en la disyuntiva que se presenta al juzgador: sostener la primera adopción que no reporta beneficio alguno al adoptado, rechazando de plano en nombre de aquélla la nueva demanda, o entrar a considerar ésta, y hacer lugar a la misma, si ofrece un positivo beneficio para el menor, no puede dejar de tenerse en cuenta que éste es el primero y fundamental objetivo de la ley que debe presidir toda interpretación; y que resultaría totalmente contrario a dicho objetivo que, por mantener un vínculo adoptivo carente de positivo contenido humano, sea rechazado uno nuevo que significa protección y cuidado para el menor.”²²⁷

En conclusión considero, que de acuerdo al régimen legal vigente, no existe impedimento jurídico para que un Juez pueda decretar una adopción sucesiva, respecto de una persona que ya haya sido adoptada en forma simple, sin embargo, es importante destacar que en este especial caso, el Juez deberá ser muy cauteloso al calificar el beneficio de la adopción para el adoptado, ya que, si la primera adopción se dió cuando el menor ya contaba con algunos años de vida, y la segunda adopción se da después de varios años de vivir con la familia adoptiva, habría que valorar que tan beneficioso sería para la persona adoptada el nuevo cambio de familia, de apellidos, costumbres, etc., y sólo como resultado de esta valoración oponerse a la adopción sucesiva, o autorizarla en su caso, invocando el principio del interés supremo del menor.

²²⁷ Ibidem., p. 46.

A fin de cuentas es claro que si la persona que lo adoptó, ya no quiere o no puede materialmente hacerse cargo del menor no se le puede forzar a que lo conserve, y en caso de hacerse resultaría poco útil.

4.6.10 Las Adopciones Simultáneas

El artículo 392 del Código Civil textualmente dispone que: “Nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo en el caso previsto en el artículo anterior”. El cual se refiere precisamente a la adopción hecha por el marido y la mujer.

Esta disposición legal, la encontramos en casi todas las legislaciones extranjeras, la razón es obvia, ya que, con esta prohibición se trata de evitar los problemas que se derivarían de la adopción simultánea de una persona, “dada la imposibilidad de concebir que el menor deba responder a dos titulares distintos de la patria potestad, cumplir simultáneamente con la obligación de llevar en primer término dos apellidos diferentes, que respecto a la administración de sus bienes haya por ley más de un titular, etc.; en suma, evita el absurdo de colocar a un menor en situación de hijo de dos o más personas (no cónyuges) con todas las implicancias que ello acarrearía. Estas evidentes razones prácticas, constituyen el fundamento del artículo.”²²⁸ Criterio que también resulta aplicable para los incapaces.

²²⁸ Bossert, Gustavo A., Ob. Cit., p. 44.

Sin embargo, los inconvenientes planteados en el párrafo anterior, no existen cuando los adoptantes son una pareja unida en matrimonio, toda vez que los aspectos mencionados se llevan conjuntamente dentro de la vida familiar, por lo tanto, en nuestro sistema legislativo se encuentran prohibidas las adopciones simultáneas, excepto cuando adopten ambos cónyuges.

4.6.11 Uniformidad de las Adopciones

Nuestra legislación civil vigente no contempla ningún precepto legal que se refiera a la uniformidad del tipo de adopción cuando se trate de más de un adoptado, es decir cuando un adoptante o adoptantes tomen en adopción a más de una persona podrán hacerlo de forma simple en algún caso y otro de manera plena, por lo que en una misma familia podrán existir hijos adoptados bajo la forma simple y otros plenamente.

La inexistencia de una norma que ordene la uniformidad de las adopciones respecto a los hijos adoptivos de un mismo adoptante, consideramos una omisión importante en nuestra legislación, que debe ser subsanada con la finalidad de evitar discriminaciones entre los hijos adoptivos de un mismo adoptante, en razón de los diversos efectos que produce una y otra clase de adopción, ya que, el adoptado pleno se integraría de manera absoluta a la familia del adoptante, mientras que el adoptado simple restringiría su vínculo paterno filial al adoptante exclusivamente, cohabitando en una misma familia hijos de primera y de segunda.

Además en caso de que se tratara de dos hermanos consanguíneos adoptados, pero uno de forma simple y otro de manera plena, el vínculo de parentesco del primero con el sujeto activo sería parentesco civil, en tanto que el otro tendría parentesco por consanguinidad, y paradójicamente por virtud del acto de adopción al perder el adoptado de manera plena todo vínculo de parentesco con su familia de origen, entonces perdería el parentesco con su hermano biológico, es decir, estando en la misma familia dejarían de ser hermanos, precisamente por la adopción, lo cual constituye una verdadera aberración jurídica.

4.6.12 El Acogimiento Preadoptivo

El carácter irrevocable de la adopción plena, sin duda alguna, tiene la ventaja de integrar completa y permanentemente el adoptado a la familia adoptiva, sin embargo, esto podría revertirse en desventaja, no sólo para la persona adoptante sino incluso para el adoptado, piénsese por ejemplo en conductas nocivas, ya que, al no exigirse ninguna clase de requisito especial para la adopción plena, ni siquiera imponer un límite de edad en el menor a adoptar, podría suceder que se adoptare plenamente a una persona con la cual, ya sea por su edad, sus costumbres, o cualquier causa, no lograra adaptarse el menor a su nueva familia, o le resultara incluso nocivo o inconveniente, por la presencia de conductas que hiciesen imposible la vida en común y la convivencia, donde incluso puede suceder que fuese objeto de malos tratos, lo cual no podría remediarse dado el carácter irrevocable de este tipo de adopción.

En este sentido, considero que sería interesante que nuestra legislación civil recogiera una figura ampliamente conocida en el derecho europeo, denominada “**Acogimiento Preadoptivo**”, el cual, es obligatorio para la adopción plena, y consiste en que los menores para ser adoptados en forma plena deben haber estado acogidos en el hogar de los adoptantes por el tiempo de seis meses como mínimo, sea cual fuere su situación.

Precisamente este período previo a la adopción plena deberá ser evaluado por el Juez, y por las partes de la adopción, con miras a establecer precisamente el lazo adoptivo pleno de manera definitiva, salvaguardando siempre los intereses del adoptado, requisito que no sería indispensable en tratándose de menores de seis años, dado que a un niño menor de esta edad, es fácilmente moldeable y no tiene arraigadas sus costumbres, si con posterioridad se manifiestan conductas nocivas, es claro que la persona del adoptante no ha tenido los suficientes cuidados no ha proporcionado la educación adecuada o el ejemplo, a lo que estaba obligado para evitar que esto suceda, y en todo caso es su responsabilidad, igual que en el hijo consanguíneo, ya que ha tenido oportunidad de hacerlo.

“En todas las legislaciones modernas que regulan la adopción plena o la legitimación adoptiva requieren que el o los adoptantes hayan tenido al menor bajo su guarda durante un período previo, en el cual el cumplimiento de los deberes de la paternidad es la única concreción lógica y objetiva del justo motivo o justa causa eficiente de la adopción.”²²⁹

²²⁹ Zannoni, Eduardo A. “*Derecho Civil. Derecho de Familia*”. Tomo II, Ob. Cit., p. 582.

En conclusión considero que el acogimiento preadoptivo en la adopción plena es un requisito muy importante, ya que de esta manera, se asegura que “existe un afecto de parte del adoptante y que no se trata de una decisión precipitada o que responde a móviles subalternos, sino que está de por medio el interés del adoptante y adoptado, siendo presumible que éste tendrá realmente el trato de hijo.”²³⁰

4.6.13 Efectos Jurídicos de la Adopción

Respecto de los efectos después de las reformas que se dieron en esta materia el veintiocho de mayo de 1998, se impone distinguir estos efectos, según se trate de adopción plena o de simple, ya que, como veremos, precisamente en cuanto a las consecuencias jurídicas que produce cada tipo de adopción, es en donde realmente se centra la diferencia entre uno y otro tipo de adopción, ya que, en cuanto a requisitos no encontramos diferencia significativa.

4.6.13.1 La Adopción Plena

Sin duda alguna el principal efecto de la plena y lo que la distingue de la simple, es que confiere al adoptado una filiación irrevocable e inimpugnable que sustituye a la de origen, equiparable al parentesco consanguíneo,

²³⁰ Coll, Jorge E. y Luis A. Estivill., Ob. Cit., p. 70.

perdiendo los vínculos de parentesco con su familia de origen, para pasar a formar parte en calidad de hijo consanguíneo a la familia adoptante.

4.6.13.1.1 Irrevocabilidad e inimpugnabilidad de la Adopción

La adopción plena según el Código Civil es irrevocable, por lo tanto la resolución judicial que aprueba la misma, una vez que causa ejecutoria, no puede modificarse, atribuyendo al adoptado una filiación que sustituye de modo definitivo a la de origen. Por lo tanto, la adopción plena crea un vínculo adoptivo irreversible tanto para el adoptante como para el adoptado.

En la legislación comparada encontramos la irrevocabilidad, como ejemplos podemos citar a las legislaciones francesa, chilena, italiana, argentina, entre otras.

En ese sentido la irrevocabilidad de la adopción plena constituye una característica esencial, ya que es en función de esta peculiaridad y del hecho de que en este caso, se extinguen los vínculos del adoptado con su familia de origen, como surgen las demás consecuencias jurídicas que este tipo de adopción produce, igualmente resulta la llamada inimpugnabilidad de la adopción plena, en virtud de que ello se traduce en la existencia de una permanencia y estabilidad del vínculo de filiación que adquiere el hijo adoptivo, por lo que, una vez que es sustituida la filiación de origen del adoptado pleno por la adoptiva, no se puede ya retroceder, es decir, no se puede dejar sin efecto la filiación creada, es equiparada a la consanguínea.

4.6.13.1.2 El Adoptado y su Familia Anterior

Las consecuencias de la adopción plena, en relación al adoptado y su familia de origen, es terminante, ya que extingue los vínculos biológicos, para substituirlos por los adoptivos. Así el segundo párrafo del recién creado artículo 410 A del Código Civil, dispone textualmente que: “La adopción plena extingue la filiación preexistente entre el adoptado y sus progenitores y el parentesco con las familias de éstos, salvo para los impedimentos de matrimonio.”

Por lo tanto, se incorpora al adoptado en forma total a la familia del adoptante, y para lograr esta profundidad, es necesario extinguir sus vínculos con su familia biológica, es decir, la finalidad de la adopción plena es precisamente la integración total del menor a su nueva familia, y esto no se lograría si éste quedara vinculado de alguna forma con la familia anterior.

En consecuencia, una vez decretada la adopción plena, el sujeto pasivo por una ficción jurídica deja de ser pariente de sus parientes biológicos e hijo de sus progenitores, con todas las consecuencias jurídicas que ello implica, es decir, pierde sus derechos sucesorios, alimentarios, entre otros, respecto de su familia de origen, y se convierte en hijo de los adoptantes y pariente de los parientes de los adoptantes, y correlativamente adquiere los derechos que perdió (alimentarios, sucesorios, etcétera), pero ahora respecto de su nueva familia.

Sin embargo, esta substitución de parentesco no es absoluta, ya que la ley señala que quedarán subsistentes los impedimentos para contraer matrimonio con su familia biológica, por lo tanto, el adoptado no puede contraer matrimonio con sus anteriores parientes consanguíneos en línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado. En la línea colateral igual el impedimento se extiende a los hermanos y medios hermanos. En la colateral desigual, el impedimento se extiende solamente a los tíos y sobrinos, siempre que estén en el tercer grado y no hayan obtenido dispensa. Así mismo, tampoco podrán contraer matrimonio con sus anteriores parientes por afinidad en línea recta sin limitación de grado. (Art. 156. Fracc. III y IV del Código Civil.)

En conclusión, desintegra de modo total al menor de su familia anterior, substituyendo el parentesco original y todos sus efectos, por el creado con la adopción plena, pero dejando subsistentes los impedimentos para la celebración del matrimonio, aun cuando no se regula en el texto legal como se garantiza su cumplimiento

4.6.13.1.3 El Adoptado y su Familia Adoptiva

La adopción plena confiere al adoptado en la familia del adoptante una situación jurídica igual a la del hijo biológico.

Dispone una parte del artículo 410 A del Código Civil: “ ... El adoptado tiene en la familia del o los adoptantes los mismos derechos, deberes y obligaciones del hijo consanguíneo. ...”.

En este sentido, al resolverse afirmativamente la adopción plena, el adoptado pasa a formar parte de la familia del adoptante de forma total, como si se tratara de un hijo consanguíneo de los adoptantes, por lo tanto, deviene pariente de los parientes del adoptante, en condiciones semejantes que las de hijo legítimo, con todas sus consecuencias, en orden a los deberes y derechos entre parientes.

Así, por ejemplo, con la adopción plena, el adoptado -y sus descendientes- tiene los mismos derechos sucesorios que un hijo legítimo a la muerte del adoptante y sus ascendientes, recíprocamente el adoptante y sus parientes tienen los mismos derechos que un progenitor biológico y sus parientes en caso de muerte del adoptado, desde luego no con su familia original.

En conclusión, con la adopción plena el adoptado se integra de modo absoluto a la familia del adoptante, por lo que en adelante ésta será su familia formalmente, de manera irreversible.

4.6.13.1.4 El Parentesco

Respecto al parentesco que origina la adopción plena, cabe hacer mención, que el Código Civil, señala: “En el caso de la adopción plena, se equipara al parentesco por consanguinidad aquél que existe entre el adoptado,

el adoptante, los parientes de éste y los descendientes de aquél, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo.” (Art. 239)

En este sentido, el parentesco que existe en el adoptado pleno y el adoptante, así como con sus respectivas familias, es equiparable al consanguíneo, con todas las consecuencias jurídicas que este tipo de parentesco produce.

Considero que la ley usa deliberadamente el término equiparable para referirse al tipo de parentesco que surge de la adopción plena, porque el concepto de parentesco consanguíneo desde mi punto de vista tiene dos connotaciones, por un lado, implica el hecho biológico de la procreación, la maternidad, la paternidad y la filiación, hechos jurídicos que el legislador ha tomado para formar un concepto jurídico, y por otro lado, se encuentra el aspecto formal, es decir, el reconocimiento que haga el legislador de estos hechos con la finalidad de atribuirle consecuencias de derecho, que de manera lógica debe ser coincidente con el hecho biológico, sin embargo es claro que en este caso no es así, ya que, hay ocasiones en que el concepto formal no coincide con la realidad biológica, por diversas circunstancias, y es claro que en este caso es así por disposición de ley.

En esa lógica, el parentesco consanguíneo presupone la existencia de un vínculo biológico o de sangre, por lo que, igual de modo absoluto a la adopción plena con el parentesco consanguíneo sería tanto como atentar contra la propia naturaleza del mismo, ya que en la adopción no existe presupuesto biológico, sin embargo, equipararlo sobre todo en cuanto

consecuencias jurídicas, cumple cabalmente con el objetivo buscado por el legislador, precisamente la integración plena del menor a la familia del adoptante, sin atentar contra la esencia misma de la institución del parentesco consanguíneo.

4.6.13.1.5 La Patria Potestad

Con la adopción plena la titularidad del ejercicio de la patria potestad, se extingue respecto de los parientes biológicos, y surge en relación a los adoptantes, por lo que serán estos los nuevos titulares de la patria potestad del hijo adoptivo.

Cuando se trate de adopción plena realizada por persona soltera, ésta ejercerá de modo exclusivo la patria potestad, pero cuando se trate de adoptantes casados, los dos ejercerán de manera conjunta esta facultad sobre el menor adoptado.

Toda vez que la adopción plena da origen a un vínculo equiparable al parentesco consanguíneo, los adoptantes tendrán respecto del menor su representación dentro y fuera de juicio, derecho de guarda y custodia, asistencia, educación, ejemplaridad, usufructo legal y administración de los bienes del menor, por su parte el menor adoptado tendrá igual que el hijo consanguíneo el deber de respeto y obediencia respecto a sus adoptantes, y además la obligación de permanecer en el domicilio de los adoptantes.

Así mismo, el ejercicio de la patria potestad respecto del menor adoptado se regirá por las normas establecidas por el Código Civil para los hijos biológicos.

En conclusión, y tomando en consideración que en la adopción plena los progenitores son sustituidos por los adoptantes, lo que implica la extinción de la patria potestad, y la nueva atribución de la misma a los adoptantes, el ejercicio de ésta se hará de modo idéntico que respecto a los hijos consanguíneos.

4.6.13.1.6 El Nombre y Apellidos del Adoptado

A este respecto, cabe mencionar que el artículo 410 A del Código Civil dispone que el adoptado pleno debe llevar los apellidos del adoptante o adoptantes, lo que implica una obligación y no una potestad para los adoptantes plenos, que se justifica plenamente en virtud de que, si realmente se pretende incorporar al menor a la familia del adoptante, resultaría ilógico que éste no llevara los apellidos de sus nuevos parientes, y peor aún, que continuara con los apellidos de quienes han dejando de tener vínculo alguno con el mismo.

Respecto al nombre del adoptado, si bien es cierto que dentro del precepto legal antes invocado no se hace referencia alguna en este sentido, también lo es, que el artículo 395 del Código Civil que se encuentra dentro del capítulo de disposiciones generales, establece que el adoptante dará nombre y

sus apellidos al adoptado, sin especificar el tipo de adopción a que se refiere, por lo que considero que haciendo una interpretación armónica de los artículos podemos concluir que la persona que adopta en forma plena tiene la obligación de dar nombre al adoptado.

Sin embargo, insisto sobre la necesidad de que en el texto legal para el cambio de nombre del adoptante se requiera, cuando éste sea mayor de doce años de su consentimiento, por las causas expresadas en relación al adoptado simple, no así respecto al apellido.

4.6.13.1.7 Los Alimentos

Respecto de la obligación alimentaria, es de mencionarse que en la adopción plena, el adoptado al perder todo vínculo jurídico con su familia de origen, pierde también su derecho y obligación recíproca respecto de éstos, ya que deja de ser su pariente, sin embargo al entrar a formar parte de la familia del adoptante, adquiere respecto de éstos el derecho y la obligación recíproca de alimentos, el cual se sujetará a las reglas aplicables a los parientes consanguíneos.

4.6.13.1.8 Los Impedimentos Matrimoniales

En relación a este punto es preciso distinguir entre los impedimentos que tiene el adoptado pleno con su familia de origen, los cuales subsisten; y los impedimentos que adquiere con la adopción respecto a su nueva familia.

Así, el adoptado pleno estará impedido para contraer matrimonio con sus anteriores parientes consanguíneos en línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado, en línea colateral igual el impedimento se extiende a los hermanos y medios hermanos, en la colateral desigual, el impedimento se extiende a los tíos y sobrinos siempre que estén en el tercer grado y no hayan obtenido dispensa, así mismo, existe impedimento para que el adoptado pleno contraiga matrimonio con sus anteriores parientes afines en línea recta y sin limitación de grado.

Paralelamente a estos impedimentos, al adoptado pleno le está prohibido contraer matrimonio en los mismos grados y líneas anteriormente mencionadas pero respecto de su nueva familia, ya que formalmente son sus parientes por consanguinidad.

4.6.13.1.9 Los Derechos Sucesorios

A este respecto, es importante destacar que al igual que en materia de alimentos, el adoptado pleno pierde sus derechos sucesorios respecto de su familia de origen y recíprocamente su familia de origen pierde toda vocación hereditaria respecto de él.

Sin embargo, el adoptado pleno adquiere el derecho de concurrir a la sucesión legítima en la forma y términos que lo hace un hijo biológico, es decir se le aplica el régimen legal, como si se tratara de un descendiente natural del adoptante, y a su vez éste y su familia adquieren derechos hereditarios respecto del menor adoptado en los mismos términos.

4.6.13.2 La Adopción Simple

La nota característica de la adopción simple, es que, al ser revocable, e impugnable, los efectos que produce no son definitivos, ya que, éstos desaparecen en el momento que desaparece el parentesco Civil que les dio origen, lo que la diferencia de plano, con la adopción plena en donde los efectos son definitivos.

4.6.13.2.1 Revocabilidad de la Adopción

La nota más característica de la adopción simple es precisamente la posibilidad de que puede ser revocada, ya sea, por convenio de las partes, por ingratitud del adoptado, o cuando el Consejo de Adopciones del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia justifique que existe causa grave que pone en peligro al menor.

La revocabilidad de la adopción simple es lo que la diferencia con la adopción plena. Sin embargo, esta revocación debe seguir un procedimiento

especial ante la autoridad judicial, es decir, Juez de lo Familiar, el cual estudiaremos en un apartado especial.

4.6.13.2.2 El Adoptado y su Familia Anterior

En la adopción simple el adoptado no pierde el vínculo filial con su familia anterior, es decir, los derechos y obligaciones que resultan de su parentesco natural no se extinguen por la adopción, excepto lo relativo a la patria potestad, la cual es transferida al padre adoptivo.

Por medio, de la adopción simple, el adoptado tiene dos tipos de filiación, tanto la adoptiva que surge por virtud del la adopción simple, entre adoptante y adoptado, y la filiación consanguínea que conserva con su familia de origen, es decir, “la filiación adoptiva simple se añade a la filiación biológica, a consecuencia de lo cual la persona se encuentra con una doble pertenencia familiar: el vínculo de parentesco con el adoptante, y los vínculos de parentesco con la familia de origen.”²³¹

Por otro lado, esta subsistencia de los vínculos con la familia de origen, produce consecuencias tanto con el adoptante, como con la familia biológica, es decir, el adoptado simple continúa con los mismos derechos y obligaciones derivados de su parentesco consanguíneo y adquiere nuevos derechos y obligaciones derivados de su parentesco civil.

²³¹ Ibidem., p.137.

En este sentido, debemos entender que la filiación consanguínea en el adoptado simple puede ser determinada con posterioridad a la adopción, por medio del reconocimiento o de una sentencia judicial, sin perjuicio del cual, la adopción simple continuará surtiendo sus efectos.

4.6.13.2.3 El Adoptado y su Familia Adoptiva

Con la adopción simple se crea el parentesco Civil exclusivamente entre adoptante y adoptado, lo que significa que las consecuencias jurídicas que se derivan de este acto sólo surten efectos entre estas dos personas, no así respecto del adoptado con la familia del adoptante, es decir, no existe parentesco entre el adoptado simple y la familia del adoptante, por lo tanto entre ellos no se da ninguna consecuencia jurídica con esta clase de adopción.

4.6.13.2.4 El Parentesco

El parentesco que surge entre el adoptante y el adoptado por virtud de la adopción simple, es el civil, tal y como lo establece el artículo 295 del Código Civil, que textualmente dispone. “El parentesco civil es el que nace de la adopción simple y sólo existe entre adoptante y adoptado.”

En este sentido, los derechos y obligaciones derivados del parentesco Civil se limitan al adoptante y al adoptado. “En vista de ello el adoptado no entra a formar parte de la familia del adoptante. Ciertamente que en el caso de que el

adoptado tenga una familia de origen, seguirá teniendo ésta como su familia; pero cuando se trata de menores abandonados, la adopción no beneficia grandemente al adoptado, en el sentido de incorporarlo a un grupo familiar.”²³²

Porque aunque el adoptado simple ingresa a la familia adoptiva, los descendientes del adoptante no son sus hermanos, no tienen ningún vínculo con él, los ascendientes del adoptante no son sus abuelos, los hermanos del adoptante no son sus tíos, los hijos de los hermanos del adoptante no son tampoco sus primos, es decir ingresa sólo.

Así también los descendientes del adoptado no tienen parentesco alguno con el adoptante ni con su familia, lo que hace suponer que este tipo de parentesco que surge por virtud de la adopción simple tiene efectos muy limitados.

4.6.13.2.5 La Patria Potestad

La adopción simple también crea consecuencias, en cuanto a la patria potestad, ya que con la misma se transmite ésta a la persona adoptante, así el artículo 403 del Código Civil, dispone que: “Los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural no se extinguen por la adopción simple, exceptuando la patria potestad, que será transferida al adoptante, salvo que en su caso, este casado con alguno de los progenitores del adoptado porque entonces se ejercerá por ambos cónyuges.”

²³² Montero Duhualt, Sara., Ob. Cit., pp. 329-330.

En consecuencia, en la adopción simple, la patria potestad se transfiere a la persona adoptante, y se ejerce en las mismas condiciones que respecto del hijo biológico, es decir, el adoptante tendrá derecho a corregir y castigar mesuradamente al hijo adoptado, y por su parte el adoptado tendrá el deber de vivir al lado del adoptante y de respetar y honrar a su padre adoptivo.

El efecto de transferir la patria potestad al adoptante implica las consecuencias inherentes a ésta, como son el derecho de guarda y custodia, educación, consentimiento para el matrimonio, representación en juicio y fuera de él, administración de sus bienes y el usufructo legal.

Es importante destacar que este efecto sobre la patria potestad transferida al adoptante es absolutamente independiente de la subsistencia de los vínculos biológicos, ya que el adoptado en forma simple, mantendrá su parentesco con la familia de origen, y sólo en el caso de ser menor de edad se transferirá al adoptante la patria potestad, la cual no podrá retornar a los padres biológicos, en tanto subsista el vínculo adoptivo, en ese sentido en caso de muerte del adoptante, se le asignará un tutor al adoptado, si éste es menor de edad, pero no podrá revertirse la patria potestad a sus padres biológicos.

Por otro lado, “cuando el adoptado menor de edad no estaba previamente sujeto a patria potestad, en razón de la adopción quedará bajo la del, o de los adoptantes,”²³³ es decir por razón del acto jurídico de adopción se origina la patria potestad, ya que el menor no tenía quien la ejerciera.

²³³ Ibidem., p. 329

Sin embargo, esta transferencia admite una excepción, y es precisamente el supuesto de la adopción del hijo del cónyuge, caso en el cual la patria potestad se ejercerá conjuntamente tanto por el cónyuge progenitor del menor, como por el adoptante.

En conclusión, cuando la adopción sea hecha por una sola persona, éste la ejercerá de manera exclusiva, pero cuando sea hecha por un matrimonio o respecto al hijo del cónyuge, la patria potestad se ejercerá por ambos miembros de la pareja, aclarando que su ejercicio en este último supuesto no implica que se pueda ejercer por más de dos personas en ningún otro caso.

4.6.13.2.6 El Nombre y Apellidos del Adoptado

Otra de las consecuencias de la adopción simple, es la obligación que tiene el adoptante de dar nombre y sus apellidos al adoptado, salvo que por circunstancias específicas, no se estime conveniente. (Art. 395 del Código Civil)

Es importante destacar que este artículo fue objeto de reforma* , antiguamente el darle nombre y apellidos al adoptado no era una obligación del adoptante sino un derecho, por lo tanto, el adoptado no podía reclamar a su

* Nota. Antes de las reformas del 28 de mayo de 1998 segundo párrafo del artículo 395 expresaba que " El adoptante podrá darle nombre y sus apellidos al adoptado, haciendo las anotaciones correspondientes en el acta de adopción".

padre o madre adoptivos que le otorgaran sus apellidos, ya que esto era potestativo para el adoptante.

En consecuencia el otorgamiento de nombre y apellido al adoptado simple admite una excepción, y consiste precisamente en que por circunstancias específicas no se estime conveniente, sin embargo, consideramos que la ambigüedad de este precepto puede dar lugar a confusiones, en primer lugar, porque no se establece quien debe de hacer la valoración de la conveniencia o inconveniencia del otorgamiento del nombre o apellido, por lo tanto no sabemos si la valoración la deberán hacer los padres biológicos, la autoridad judicial, los adoptantes o el propio adoptado.

Por otro lado el precepto legal habla de circunstancias específicas, por lo que se trata de un término muy ambiguo, ya que no se establece cuales podrían ser consideradas como tales, ni bajo que parámetro deben ser calificadas éstas, y finalmente tampoco se señala en relación a que persona debe estimarse la conveniencia del otorgamiento del nombre y apellido, sin embargo, consideramos que debe ser con respecto al adoptado, ya que esta institución tiene por objeto siempre el interés supremo del sujeto pasivo.

Por otro lado consideramos que en las reformas se debió haber regulado, que cuando el adoptado fuera mayor de doce años,* sería necesario su consentimiento para el cambio de nombre y apellido, toda vez que el nombre y apellido de una persona es muy importante para el equilibrio y formación de la personalidad de un individuo, por lo que un cambio de manera arbitraria a

* Nota. Consideramos doce años como una edad adecuada, ya que este límite ha sido tomado en consideración para que el adoptado otorgue su consentimiento en la adopción.

cierta edad podría ser perjudicial, sobre todo cuando se hiciera sin o contra su consentimiento.

4.6.13.2.7 Los Alimentos

Los efectos que se derivan de la adopción simple en relación a los alimentos, deben sujetarse al principio general establecido en el artículo 396 del Código Civil, que textualmente dispone: “El adoptado tendrá para con la persona o personas que lo adopten los mismos derechos y obligaciones que tiene un hijo.”

Sin embargo, esta disposición tiene su límite en lo establecido por el artículo 295 del cuerpo legal antes citado, el cual establece que el parentesco civil sólo existe entre adoptante y adoptado, por lo tanto las consecuencias que se derivan de esta clase de adopción se limitan al adoptante y al adoptado.

En este sentido el artículo 307 del Código Civil dispone que el adoptante y el adoptado tienen la obligación de darse alimentos, en los casos en que la tienen el padre y los hijos. Es decir la obligación alimentaria que surge por la adopción simple es recíproca pero se limita a adoptante y adoptado, y se sujeta a regulación establecida en el capítulo II del Título Sexto del Código Civil.

Sin embargo, como en esta clase de adopción, el adoptado no pierde su vínculo de parentesco con su familia original, respecto de éstos, continua la obligación recíproca de alimentos, pero de manera subsidiaria con respecto al adoptante, por lo tanto si se configuran los extremos propios de la obligación

alimentaria, es decir, necesidad del acreedor y capacidad del deudor, tendrá que otorgarlos.

Así mismo, el adoptado no podrá solicitar alimentos ni tendrá obligación de otorgarlos a ningún pariente del adoptante, en virtud de que el parentesco sólo se limita a ellos y viceversa.

4.6.13.2.8 Los Impedimentos Matrimoniales

El artículo 157 del Código Civil establece que bajo el régimen de adopción simple, el adoptante no puede contraer matrimonio con el adoptado o sus descendientes.

Cabe señalar, que el impedimento para celebrar matrimonio, no incluye a los hijos adoptivos simples del mismo adoptante, por lo que entre ellos no existe impedimento alguno para contraer matrimonio, como tampoco entre el adoptado y el cónyuge del adoptante, ni entre el adoptante y el cónyuge del adoptado, ni entre los descendientes biológicos del adoptante y el adoptado.

Esta prohibición para la celebración de matrimonio en la adopción simple no es absoluta, en virtud de que el matrimonio podrá celebrarse entre estas personas una vez extinguido el vínculo de la adopción, es decir, el impedimento surge de manera paralela al parentesco Civil, y desaparece cuando se extingue éste, es decir cuando se revoca o se impugna la adopción que dio origen al parentesco y a este impedimento.

El texto antiguo del artículo 157 del Código Civil al referirse a este punto era muy claro en cuanto señalaba expresamente que el adoptante no podía contraer matrimonio con el adoptado mientras subsistiera la adopción, lo cual daba a entender, siendo esta revocable, que una vez revocada desaparecía este impedimento.

4.6.13.2.9 Los Derechos Sucesorios

Los derechos sucesorios derivados de la adopción simple se basan en dos supuestos fundamentales de la misma, por un lado en el hecho de que el adoptado no pierde el vínculo de parentesco con su familia de origen, y por otro lado, en el hecho de que esta forma de adopción sólo surte efectos entre adoptante y adoptado, por lo tanto existe vocación hereditaria recíproca entre el adoptado y su familia de origen y con el o los adoptantes.

Al respecto el artículo 1612 del Código Civil expresamente señala que no hay derecho de sucesión entre el adoptado y los parientes del adoptante, sin embargo en la sucesión legítima del adoptante el adoptado hereda como hijo. Cuando concurren a la sucesión legítima del adoptado padres adoptantes y descendientes del adoptado, los primeros sólo tendrán derecho a alimentos.

Cuando concurren los adoptantes con los ascendientes del adoptado, la herencia de éste se dividirá por partes iguales entre los adoptantes y los ascendientes, y cuando concurren el cónyuge del adoptado con los adoptantes

las dos terceras partes de la herencia corresponderán al cónyuge, y la otra tercera parte a los adoptantes.

Los anteriores son los únicos supuestos en los cuales puede concurrir el adoptado simple a la sucesión legítima del adoptante, no sin antes señalar que respecto de su familia original al no perder vínculo alguno con ésta, hereda como pariente consanguíneo respecto de cualquier miembro de su familia biológica, aplicándose en ambos casos el principio de exclusión por parte de los parientes más próximos a los más remotos.

4.6.14 Procedimiento Judicial de Adopción

El procedimiento judicial de la adopción se encuentra regulado por el Capítulo IV del Título Décimo Quinto del Código de Procedimientos Civiles, en donde se prevé una serie de normas procesales tendientes a asegurar el cumplimiento de los requisitos exigidos por el Código Civil para la adopción, así como la intervención de la autoridad judicial que resuelve sobre la procedencia o improcedencia de la misma.

4.6.14.1 La Autoridad Competente

La autoridad competente para recibir la solicitud de adopción es el Juez de lo Familiar, con fundamento en lo establecido por el artículo 52 de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, y será Juez

competente el del domicilio del solicitante, con fundamento en lo establecido por la fracción VIII del artículo 156 del Código de Procedimientos Civiles.

El Juez en este caso juega un papel muy importante en el juicio de adopción, ya que será el órgano estatal encargado de la protección del menor, para lo cual, deberá verificar que se reúnan todos los requisitos exigidos por la ley, y aún en el caso de oposición por parte del tutor o del ministerio público, el Juez tendrá la facultad de calificar dicha conducta salvaguardando siempre los intereses del adoptado, como fin supremo en la adopción.

4.6.14.2 Las Partes en el Procedimiento

En primer lugar es importante aclarar que el procedimiento de adopción se realiza en la vía de jurisdicción voluntaria, ya que se parte del supuesto de no existir controversia entre las partes que intervienen, por lo que en este apartado nos referiremos a las partes como a los sujetos que tienen por disposición legal que intervenir en el procedimiento, más no porque nos refieramos a personas que tengan alguna controversia que dirimir.

Son partes en el procedimiento:

- I.- El adoptante o adoptantes quiénes presentan la solicitud de adopción;
- II.- La o las personas que ejerzan la patria potestad o tutela sobre la persona que se pretende adoptar, en su defecto la persona que lo haya acogido durante seis meses, o en defecto de todas las anteriores el Ministerio Público del lugar del domicilio del adoptado, o bien las instituciones de asistencia

social pública o privada que hayan acogido al menor o incapacitado que se pretenda adoptar. Estas personas deberán comparecer al procedimiento para manifestar su consentimiento con la adopción.

III.- El menor que se pretenda adoptar cuando sea mayor de doce años, con la finalidad de que manifieste su consentimiento para la adopción. En el caso de las personas incapaces, será necesario su consentimiento, siempre y cuando fuere posible la expresión indubitable de su voluntad.

IV.- El Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia, con la finalidad de realizar los estudios psicológicos y socioeconómicos necesarios.

4.6.14.3. El Procedimiento Judicial

El procedimiento de adopción se inicia con un escrito, en el cual deberá manifestarse los siguientes datos:

- 1.- El tipo de adopción que se promueve;
- 2.- El nombre, edad y si lo hubiere domicilio del menor o persona con incapacidad que se pretende adoptar;
- 3.- El nombre, edad y domicilio de quienes en su caso ejerzan sobre el menor o incapaz la patria potestad o la tutela;
- 4.- El nombre, edad y domicilio de la persona o institución de asistencia social pública o privada que haya acogido al menor o incapaz;

5.- El certificado médico de buena salud, que aún cuando de la redacción no nos queda claro a quien se refiere, es decir, si se trata del sujeto activo o pasivo, debemos entender que se trata del sujeto activo, en virtud de que el adoptante debe probar su aptitud psíquica física, no así el adoptado que puede ser incluso un incapaz.

Con la finalidad de acreditar los requisitos señalados por el artículo 390 del Código Civil, se deberán realizar los estudios socioeconómicos y psicológicos necesarios, los cuales deberán realizarse por el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, ya sea directamente o bien o por quién esta institución autorice. Este requerimiento se introdujo en las recientes reformas legislativas, con la finalidad de dar competencia al Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia como coadyuvante de la autoridad judicial en la determinación de la conveniencia de dar al menor o incapaz en adopción.

Cuando el menor hubiese sido acogido por una institución de asistencia social pública o privada, el presunto adoptante o la institución, según sea el caso, recabarán la constancia del tiempo de exposición o abandono para los efectos del artículo 444 fracción IV del Código Civil, es decir para configurar la causal de pérdida de la patria potestad, por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos, o porque los dejen abandonados por más de seis meses.

Si hubieran transcurrido menos de seis meses de la exposición o abandono, se decretará el depósito de quién se pretenda adoptar con el presunto adoptante, en tanto se consuma dicho plazo, pero si no se conociera el

nombre de los padres, o no hubiere sido acogido por institución de asistencia social pública o privada, se decretará la custodia con el presunto adoptante por el término de seis meses para los mismos efectos siempre y cuando ello fuera aconsejable a criterio del Juez.

En los supuestos en que el menor haya sido entregado a las instituciones de asistencia social públicas o privadas, por quienes ejerzan sobre él la patria potestad, para promover la adopción en cualquiera de sus dos formas, no se requerirá que transcurra el plazo de seis meses a que se refieren los párrafos anteriores.

Consideramos que el hecho de que exija la ley que transcurran el término de seis meses de exposición o abandono del menor, tiene como finalidad en primer lugar que durante este tiempo puedan los padres reclamar al menor o incapaz que se pretende adoptar, y en segundo lugar también que una vez transcurrido este término, se pueda declarar judicialmente abandonado al menor o incapaz y con ello evitar una posterior reclamación por parte de los padres a los adoptantes, dando así estabilidad a los lazos filiales que surjan por medio de la adopción, especialmente en tratándose de adopciones plenas, siendo éstas irrevocables.

Por otro lado, considero adecuada la reforma que se realizó en el sentido de que, cuando el menor sea entregado a una casa de asistencia social por quienes ejerzan la patria potestad, no se requiera el transcurso del plazo de seis meses para el inicio del trámite de adopción, toda vez que, con dicha entrega, los propios progenitores deciden voluntariamente dar en adopción al hijo,

renunciando con ello a la posibilidad de una reclamación posterior, dando así mayor agilidad a los trámites y certeza a los adoptantes de dichos menores.

Sin embargo, considero que aún cuando la ley otorgue el plazo de seis meses para considerar al menor abandonado, existe el inconveniente de que el abandono se haya dado por causas involuntarias no imputables a los padres, y pasado este tiempo una vez hecha la declaración judicial de abandono y concluido el trámite de adopción en su forma plena, siendo ésta irrevocable existe el inconveniente de que los padres puedan con posterioridad encontrar a su hijo extraviado, habiéndose creado una situación jurídica en la que se han creado derechos a favor de los adoptantes de buena fe.

Así mismo, vale la pena destacar que en el derecho comparado encontramos figuras jurídicas semejantes a la declaración judicial de abandono, pero con una regulación más estructurada y desarrollada, las cuales tienen precisamente la finalidad de cerrar la posibilidad de debate entre los adoptantes y los padres biológicos, con posterioridad a la adopción.

Así, el derecho francés reconoce la figura del emplazamiento con fines de adopción, por medio de la cual se pretende esclarecer la adoptabilidad del menor, asegurando el camino de los adoptantes, lo que provoca que los padres del menor con posterioridad al emplazamiento en vías de adopción, no puedan efectuar acción alguna pretendiendo la restitución del hijo, ni podrán reconocerlo, ni determinar su filiación por medio de una acción de investigación.²³⁴

²³⁴ Lloveras, Nora., Ob. Cit., p.119.

El derecho italiano regula la llamada declaración en estado de adoptabilidad, la cual corresponde a los menores en estado de abandono, y tiene el efecto de suspender el ejercicio de la patria potestad de los padres, permitiendo el acogimiento preadoptivo, que es el paso previo para la apertura de la adopción del menor, es decir la declaración judicial de adoptabilidad del menor, no determina la extinción de los vínculos anteriores, pero cierra el debate sobre el ejercicio de la patria potestad de los progenitores en tanto subsista la declaración de adoptabilidad.²³⁵

En este sentido, una vez que el o los adoptantes hayan presentado su solicitud de adopción, con los requisitos señalados con anterioridad, y hayan acreditado los extremos del artículo 390 del Código Civil, una vez que se haya obtenido el consentimiento de las personas que deben darlo, el Juez de lo Familiar resolverá dentro del tercer día lo que proceda sobre la adopción, y una vez que cause ejecutoria la resolución que apruebe la adopción, ésta quedará consumada.

4.6.14.4 Disposiciones Especiales para los Extranjeros

Una de las reformas más importantes que se dieron en relación con el procedimiento de adopción, fue precisamente la creación de la fracción V del artículo 923 del Código de Procedimientos Civiles, la que se refiere a la adopción solicitada por extranjeros, con lo cual, se logra la armonía entre el derecho sustantivo y adjetivo, ya que, recordemos que con la reformas, el

²³⁵ Ibidem., p. 195.

Código Civil nos habla en una sección especial de las adopciones internacionales.

Así, cuando el adoptante sea extranjero, deberá además acreditar durante el procedimiento su legal estancia o residencia en el País.

Pero cuando, los extranjeros tengan residencia en otro País deberán presentar además de los requisitos señalados con anterioridad, los siguientes:

- 1.- Certificado de idoneidad expedido por la autoridad competente de su País de origen que acredite que el solicitante es considerado apto para adoptar;
- 2.- Constancia de que el menor que se pretende adoptar ha sido autorizado para entrar y residir permanentemente en dicho Estado;
- 3.- Autorización de la Secretaría de Gobernación para internarse y permanecer en el País con la finalidad de realizar una adopción.

El penúltimo párrafo del precepto legal antes citado, obliga a que la documentación que presenten los solicitantes extranjeros en idioma distinto al español, deberá acompañarse de la traducción oficial, dicha disposición nos parece innecesaria, toda vez que, la fracción II del artículo 56 del Código Adjetivo Civil, prescribe que en todo procedimiento los documentos redactados en idioma extranjero deberán acompañarse con la correspondiente traducción al español, por lo que la reforma introducida en el capítulo de adopción es redundante.

Finalmente, la documentación correspondiente deberá estar apostillada o legalizada por el Cónsul mexicano, esto con la finalidad de que dicha documentación no pueda estar alterada o falsificada.

Es importante destacar que estas normas procedimentales relativas a los extranjeros, son complementarias con el procedimiento judicial de adopción que antes hemos analizado, es decir, el o los adoptantes extranjeros deberán cubrir, las formalidades exigidas para la adopción en general más los requisitos especiales para los extranjeros, por lo que una vez reunidas las constancias antes señaladas, el resto del procedimiento se desarrolla de forma ordinaria.

4.6.14.5 Las Actas de Adopción

Una vez que haya sido dictada la resolución judicial definitiva que autoriza la adopción, el Juez de lo Familiar remitirá dentro de los ocho días siguientes copias certificadas de las diligencias al Juez del Registro Civil que corresponda, a fin de que, con la comparecencia del adoptante, se levante el acta correspondiente.

En este sentido, en todos los casos de adopción, deberá ser levantada un acta, sin embargo la omisión del registro, no quita a la adopción sus efectos legales.

Con las reformas habidas en materia de adopción, el Código Civil establece la existencia de dos tipos de actas, una para la adopción simple, y

una para la adopción plena. Así el reformado artículo 86, textualmente dispone que: "El acta de adopción simple contendrá los nombres, apellidos y domicilio del adoptante y del adoptado; el nombre y demás generales de las personas cuyo consentimiento hubiere sido necesario para la adopción, y los nombres apellidos y domicilio de las personas que intervengan como testigos; en el acta se insertarán los datos esenciales de la resolución judicial.

En los casos de adopción plena, se levantará un acta como si fuera de nacimiento, en los términos que la que se expide para los hijos consanguíneos."

Así tenemos que cuando se trate de una adopción simple, el Registro Civil levantará un acta de adopción simple, pero tendrá la obligación de hacer las anotaciones correspondientes en el acta de nacimiento del adoptado, archivándose las copias de las diligencias relativas, poniéndole el mismo número del acta de adopción.

Pero cuando se trate de una adopción plena, a partir del levantamiento del acta como si fuera de nacimiento, se harán las anotaciones en el acta de nacimiento originaria, la cual quedará reservada, y no se publicará ni se expedirá constancia alguna que revele el origen del adoptado ni su condición de tal, salvo providencia dictada en juicio.

En este sentido con las reformas hechas al Código Civil, en el caso de la adopción plena, el acta de nacimiento del adoptado quedará reservada para los efectos del artículo 157, es decir para los impedimentos para contraer

matrimonio, sin embargo la intención de expedir un acta como si fuese de nacimiento en la adopción plena, es ocultar el origen del adoptado a fin de que éste se integre a la familia adoptiva como un hijo consanguíneo más, y no para los efectos de impedir el matrimonio.

Al respecto, consideramos que aún cuando es acertada esta disposición para evitar discriminaciones, sin embargo, la nueva legislación no señala la manera como deberá enterarse el adoptado de su situación de tal para efectos del impedimento para contraer matrimonio, que no sea el que los adoptantes se lo hagan saber.

Por otro lado, el Juez o Tribunal que resuelva que una adopción simple queda sin efecto remitirá dentro del término de ocho días copia certificada de su resolución al Juez del Registro Civil para que cancele el acta de adopción y anote la de nacimiento. Este supuesto se refiere a la revocación o impugnación de la adopción simple.

Finalmente, el artículo 410 C del Código Civil, dispone que tratándose de la adopción plena el Registro Civil se abstendrá de proporcionar información sobre los antecedentes de la familia de origen del adoptado, excepto en los casos siguientes y contando con autorización judicial:

- I.- Para efectos de impedimentos para contraer matrimonio, y
- II.- Cuando el adoptado desee conocer sus antecedentes familiares, siempre y cuando sea mayor de edad, si fuere menor de edad se requerirá el consentimiento de los adoptantes.

Con este precepto se garantiza al adoptado en forma plena su derecho a la identidad, es decir a conocer la verdad sobre su origen y sobre su familia consanguínea. Sin embargo, es importante distinguir entre el derecho de una persona a conocer su estado de hijo adoptivo y el derecho a conocer su identidad biológica, es decir el derecho a saber quienes fueron sus progenitores.

Consideramos, que el derecho a la identidad se encuentra protegido en la legislación actual, no así el derecho a conocer su calidad de hijo adoptivo, ya que el hecho de que en los casos de adopción plena el acta que se levante se haga como si fuese de nacimiento, sin hacer ninguna referencia a la adopción, lo impide, ya que deja sin posibilidad al hijo adoptivo de conocer su verdadero *status*, salvo el hecho de que los padres adoptantes quieran decírselo, es decir, el derecho de un hijo adoptivo a conocer su calidad de tal queda a la voluntad de los adoptantes, quienes pueden revelarlo o no al adoptado.

4.6.15 Conversión de la Adopción Simple a Plena

Según el actual Código Civil la adopción simple puede convertirse en plena, bastando únicamente obtener el consentimiento del adoptado, si éste ha cumplido doce años; si fuere menor de esa edad se requiere el consentimiento de quien hubiese consentido en la adopción, siempre y cuando fuese posible obtenerlo, de lo contrario el Juez deberá resolver, atendiendo al interés superior del menor. (Art. 404)

Sobre el particular cabe comentar que resulta congruente con los principios de la adopción plena la posibilidad de que la persona que ha sido adoptada simple pueda modificar su *status* acogiéndose al régimen pleno.

Por otro lado, el artículo segundo transitorio del Decreto por medio del cual se reformaron y adicionaron los artículos del Código Civil relativos a la adopción, establece que las adopciones realizadas con anterioridad a la entrada en vigor del Decreto podrán convertirse a plenas, de acuerdo con los requisitos y procedimientos establecidos por la ley vigente. Así mismo las adopciones que se encontraran en trámite al momento de la entrada en vigor de las reformas, podrán ser plenas, siempre y cuando exista la voluntad del adoptante y se siga el procedimiento establecido por la ley actual.

Dentro de las normas procedimentales, el artículo 925 A del Código de Procedimientos Civiles determina que cuando el adoptante o adoptantes soliciten la conversión de la adopción simple a plena y se reúnan los requisitos previstos en el artículo 404 del Código Civil, el Juez los citará a una audiencia verbal dentro de los ocho días siguientes con la intervención del ministerio público, luego de la cual, se resolverá lo conducente, en el término de ocho días.

Este trámite deberá llevarse en la vía de jurisdicción voluntaria, y la intervención que se otorga al ministerio público es con la finalidad que queden debidamente protegidos los intereses del menor con la conversión de la adopción.

4.6.16 Formas de Terminación de la Adopción

Es importante aclarar que las formas de terminación de la adopción, sólo se aplican a su forma simple, no así en la plena, toda vez que ésta por naturaleza es irrevocable e inimpugnable, por lo tanto el vínculo de parentesco que se establece no se extingue nunca, mientras que la filiación civil que se establece por virtud de la adopción simple, es susceptible de extinguirse ya sea por medio de la revocación o de la impugnación.

4.6.16.1 La Impugnación

De acuerdo con lo previsto por el artículo 394 del Código Civil, el menor o la persona con incapacidad que haya sido adoptada bajo la forma simple, podrá impugnar la adopción dentro del año siguiente a la mayoría de edad, o a la fecha en que haya desaparecido la incapacidad.

De lo anterior se desprende que la impugnación es un derecho que sólo puede ejercer el adoptado en forma simple, sin embargo está sujeto a término, por lo que solamente contará con un año a partir de su mayoría de edad o de que haya desaparecido la incapacidad para ejercer la acción correspondiente, por lo que pasado este tiempo su derecho precluye, y no podrá ni aún existiendo causa grave, impugnar la adopción.

Por otro lado, tal parece que este derecho del adoptado simple para impugnar la adopción es muy amplio, ya que la ley no especifica las causas por las que podrá ejercerlo, por lo que incluso podrá hacerlo sin causa aparente, es decir no necesita exponer motivo alguno que justifique la impugnación, lo cual es una grave omisión por parte del legislador, ya que puede causar perjuicios al adoptante, siendo unilateral este derecho de impugnación.

Consideramos que esta disposición es hasta cierto punto inequitativa, toda vez que da lugar a que con plena autorización legal, “el hijo al que se cuidó y alimentó durante la infancia y la pubertad, pueda, cumpliendo la mayoría de edad, renegar de los padres adoptivos e impugnar la adopción sin siquiera expresión de causa, esto con todas las consecuencias legales como sería la obligación alimentaria, podría ser incluso una forma de evadirla y el derecho a la sucesión que se perdería en un momento dado sin justicia alguna. Más grave resulta si la adopción recae en un incapacitado que necesita más cuidados de los normales y no obstante puede impugnar la adopción desaparecida la incapacidad; vale aquí recordar que para el derecho romano impugnaban la adopción quienes tenían interés jurídico en ello pero no el adoptado; ... como se puede apreciar, se copió mal la disposición antigua, creando, como ya anotamos, una que denota obscuridad.”²³⁶

Por lo tanto que el legislador debería especificar claramente y en forma casuística los motivos por los cuales se puede impugnar la adopción, con la finalidad de dar seguridad y certeza jurídica al vínculo filial.

²³⁶ Barragán Cisneros, Velia Patricia. “*La Adopción*”. En Revista del Supremo Tribunal de Justicia N° 30-31-32, Abril - Diciembre, Durango, México. 1988, p. 51.

4.6.16.1.1 Procedimiento Judicial

En relación al procedimiento por medio del cual debe llevarse a cabo la impugnación de la adopción simple, cabe decir que, tanto el Código Civil, como el de Procedimientos Civiles son omisos al respecto, toda vez que no se señala que tipo de procedimiento se seguirá para la tramitación de la impugnación.

Al respecto es importante destacar que el artículo 926 del Código de Procedimientos Civiles, determinaba que la impugnación y la revocación de la adopción no podían ser promovidas en diligencias de jurisdicción voluntaria, este artículo fue reformado a fin de aclarar el tipo de procedimiento que debía de seguirse en estos casos, y así el actual artículo 926 del cuerpo legal antes mencionado establece que los procedimientos de revocación en materia de adopción simple se seguirán en vía ordinaria, olvidando el legislador incluir en este precepto lo relativo a la impugnación, no obstante que en los proyectos de reforma se contemplaba tanto la impugnación como la revocación.

En consecuencia con la reforma del artículo 926 del Código de Procedimientos Civiles se trató de dar una redacción más precisa al precepto legal para hacerlo más claro, pero se omitió gravemente la inclusión de la impugnación dentro del mismo, dejando una laguna legal que antes no existía.

Es claro notar que si el texto anterior señalaba que no se podía promover en diligencias de jurisdicción voluntaria lo relativo a impugnación y revocación, era obvio que debía hacerse por vía ordinaria, ya que existían

partes determinadas, lo que iba en contra de la naturaleza de la jurisdicción voluntaria, sin embargo, al tratar de aclarar el texto, el legislador lo hizo no sólo confuso sino totalmente omiso en relación a la impugnación, cuando era sumamente sencillo el haber mencionado la impugnación.

4.6.16.2 La Revocación

La revocación es la otra forma por medio de la cual puede darse por terminada la adopción simple, y así el Código Civil establece las causas por medio de las cuales pueda ésta proceder.

El Artículo 405 del Código Civil establece que la adopción simple puede revocarse:

I.- Cuando las dos partes convengan en ella, siempre que el adoptado sea mayor de edad. Si no lo fuere, se oirá a las personas que prestaron su consentimiento conforme al artículo 397 cuando fueren de domicilio conocido, y a falta de ellas, al representante del Ministerio Público y al Consejo de Tutelas.

II.- Por Ingratitud del adoptado.

III.- Cuando el Consejo de adopciones del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, justifique que existe causa grave que ponga en peligro al menor.

Respecto de la primera causa de revocación de la adopción simple cabe decir que en nuestra legislación el mutuo consentimiento entre adoptante y

adoptado si es causa de terminación del vínculo, contrario a lo que se establece en algunas legislaciones extranjeras como la española y la francesa, en donde se prohíbe la revocación por acuerdo de voluntades, lo cual nos parece mas acertado ya que no es un contrato.

En este sentido, para la revocación debe dar su consentimiento el adoptado siempre que sea mayor de edad y capaz, toda vez que si esta incapacitado aún cuando sea mayor de edad, no podrá prestar su consentimiento, en cuyo caso será entonces necesario que consientan en la revocación las mismas personas cuya manifestación de voluntad se requirió para la adopción.

“En la revocación por mutuo acuerdo entre adoptante y adoptado y sus representantes legales, el Juez tiene amplio poder discrecional, pues decretará que la adopción queda revocada si se reúnen dos circunstancias: Que esté convencido de la espontaneidad de la solicitud de revocación y que juzgue que ésta es conveniente para los intereses morales y materiales del adoptado.”²³⁷ Lo cual sería idóneo, sin embargo el texto legal sólo menciona el consentimiento.

En este supuesto, el decreto del Juez deja sin efectos la adopción simple y restituye las cosas al estado que guardaban antes de efectuarse.

Respecto a la segunda causa de revocación, es preciso destacar que se trata de una causal unilateral en favor del adoptante, ya que éste tiene de forma

²³⁷ Montero Duhalt, Sara., Ob. Cit., p. 333.

exclusiva el derecho de revocar la adopción ante la conducta ingrata del adoptado.

Según el artículo 406 del Código Civil, se considerará ingrato al adoptado, si:

I.- Comete algún delito intencional contra la persona, la honra o los bienes del adoptante, de su cónyuge, de sus ascendientes o descendientes.

II.- Si el adoptado formula 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.

III.- Si el adoptado rehusa dar alimentos al adoptante que ha caído en pobreza.

Respecto a estas causas de ingratitud consideramos que en relación a la primera y tercera se encuentran plenamente justificadas, sin embargo, en lo que se refiere a lo previsto por la fracción segunda, nos parece verdaderamente absurdo que el legislador pretenda convertir en cómplice al adoptado de los ilícitos que cometa el adoptante, o a consecuencia de ello éste pueda revocar el acto.

En este supuesto, la adopción dejará de producir efectos desde que se comete el acto de ingratitud, aún cuando la resolución judicial que declare la revocación sea posterior, por ejemplo si ya se ha iniciado el procedimiento de revocación y fallece el adoptante, y la resolución de revocación es posterior a la muerte de éste, entonces el adoptado no podrá heredar pues ha perdido su vocación hereditaria.

La tercera causa de revocación, fue introducida con las últimas reformas que se dieron en esta materia, y con la misma se da competencia al Sistema Nacional Para el Desarrollo Integral de la Familia como autoridad administrativa encargada de la vigilancia de la integridad física y moral del menor adoptado.

4.6.16.2.1 Procedimiento Judicial

Respecto al procedimiento de revocación habíamos mencionado que deberá tramitarse en la vía ordinaria. Cuando el adoptante y el adoptado pidan la revocación, el Juez de lo Familiar los citará a una audiencia verbal, para que dentro de los tres días siguientes, la autoridad resuelva sobre la procedencia o improcedencia de la revocación, siempre y cuando el Juez esté convencido de la espontaneidad con que se solicitó ésta, y encuentre que la misma es conveniente para los intereses morales y materiales del adoptado.

Si el adoptado fuere menor de edad, para resolver sobre la revocación se oirá previamente a las personas que prestaron su consentimiento conforme al Código Civil, cuando fuere conocido su domicilio o, en su caso, se oirá al Ministerio Público.

Finalmente para acreditar cualquier hecho relativo a la revocación, las partes podrán ofrecer toda clase de pruebas, siguiendo las reglas ordinarias establecidas por el Código de Procedimientos Civiles.

La resolución que dicte el Juez aprobando la revocación, se comunicará al Juez del Registro Civil del lugar en que aquélla se hizo para que cancele el acta de adopción.

4.6.16.3 La Nulidad

Atendiendo a su naturaleza jurídica, es indudable que ésta, como negocio jurídico esta sujeta eventualmente a su declaración de nulidad, entendida ésta como “la ineficacia dispuesta por la ley en razón de defectos o vicios constitutivos.”²³⁸

Por otro lado, la adopción es un negocio jurídico familiar, por lo que considero que se debe dar un trato específico en orden a la declaración de invalidez, ya que de manera semejante al matrimonio, debe tener su régimen propio, sin que ello signifique que no pueda aplicarse el régimen general de nulidades establecidas en el Código Civil, siempre que dichas disposiciones no sean contrarias a su naturaleza, es decir, “los actos jurídico familiares tienen fisonomía propia, cabe admitir de *lege ferenda* que su nulidad se gobierne por principios distintos de los atinentes a la nulidad de los actos jurídicos en general.”²³⁹

En este sentido, considero que debe incluirse dentro del capítulo de adopción, normas, que establezcan de manera específica, las causas que den origen a la nulidad absoluta y relativa de la adopción, -de manera semejante a como se establecen para el matrimonio-, es decir, propongo se establezca un

²³⁸ Zannoni, Eduardo A. “*Derecho Civil. Derecho de Familia*”. Tomo II, Ob. Cit., p. 591.

²³⁹ Loc. Cit.

régimen especial de nulidad de la adopción, sin perjuicio de que, se puedan seguir aplicando las reglas generales de la nulidad de los actos jurídicos.

4.6.17 La Adopción Internacional

Una de las innovaciones más importantes, de esta reforma fue la creación de una sección especial denominada “De la adopción internacional”, donde se establecen diversas disposiciones relativas tanto a la adopción internacional, como a la adopción por extranjeros, las cuales se fundamentan por los diversos tratados y convenciones internacionales suscritas por México y con las mismas se viene a llenar una laguna jurídica que existía en el Código Civil en esta materia.

En primer lugar el artículo 410 E, señala que la adopción internacional es la promovida por ciudadanos de otro País, con residencia habitual fuera del territorio nacional; y tiene por objeto incorporar, en una familia a un menor que no pueda encontrar una familia en su propio País de origen. Esta adopción se regirá por los Tratados suscritos y ratificados por México, y en lo conducente por las disposiciones del Código Civil.

En este sentido el artículo antes señalado es de naturaleza conflictual, toda vez que determina el derecho aplicable a la adopción internacional. Así mismo, de éste se desprenden los requisitos para que el mismo opere y que son:

- I.- Que la adopción sea promovida por un ciudadano extranjero;
- II.- Que él o los adoptantes extranjeros residan de manera habitual fuera del territorio nacional.

Sin embargo, es importante aclarar que además de estos requisitos deben de cubrirse los señalados por los Tratados Internacionales, toda vez que la adopción internacional se registrará en primer término por éstos, y de manera subsidiaria por el Código Civil.*

El Código Civil establece de manera expresa, que las adopciones internacionales siempre serán plenas, con la finalidad de dar seguridad a los vínculos filiales que con la misma se establezcan.

Igualmente se regula la adopción por extranjeros, que es la promovida por ciudadanos de otro País, con residencia permanente en el territorio nacional. Esta adopción se registrará por lo dispuesto por el Código Civil.

La diferencia entre la adopción internacional y la adopción hecha por extranjeros, es que la primera es realizada por un extranjero o nacional pero que tenga vocación de internacionalizarse, al tener elementos fundados de que

* Nota. Es importante destacar que según la Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Adopción de Menores, se considera como internacional a la adopción "En que quien pretende adoptar está domiciliado en un Estado distinto al Estado donde tiene su residencia habitual el menor que desea adoptarse. Adicionalmente, la misma se refiere a las adopciones con vocación a internacionalizarse, es decir, a aquellas en las cuales el domicilio de quien pretende adoptar y la residencia habitual del menor a ser adoptado se encuentran en el mismo Estado, si de las circunstancias del caso se desprende que el adoptante se propone constituir el domicilio en otro Estado después de otorgarse la adopción." Vázquez Pando, Fernando Alejandro. *"Régimen jurídico de la adopción internacional de menores"*. En Derechos de la Niñez, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1990, pp. 235-236.

se vaya a establecer la residencia del menor fuera de México, mientras que la segunda también es realizada por un nacional o incluso extranjero pero con residencia habitual en el territorio nacional, razón por la cual le son aplicables únicamente las disposiciones del Código Civil.

El artículo 410F del Código Civil, consagra el principio de subsidiaridad en la adopción internacional, que consiste en que se dará preferencia en igualdad de circunstancias para la adopción a los nacionales sobre los extranjeros.

Finalmente respecto al procedimiento de adopción internacional, resultan aplicables las normas que ya hemos estudiado del Código de Procedimientos Civiles, en especial, lo dispuesto por la fracción V del artículo 923 del cuerpo legal citado.

CONCLUSIONES

I.- Es indudable que los fines de la adopción han ido cambiando a través del tiempo, en las diferentes épocas y legislaciones, en sus primeras manifestaciones podemos observar claramente un fin preponderante en beneficio de la persona adoptante, criterio que con el transcurso de los años se ha modificado al grado que hoy por hoy esta institución tiene como fin preponderante el beneficio de los menores e incapaces.

II.- El concepto de parentesco por consanguinidad que tradicionalmente ha tenido su origen en el supuesto biológico de la procreación, actualmente tiene mayores alcances, ya que por disposición de ley, éste se equipara al derivado de la adopción plena, en donde no existe el presupuesto biológico.

III.- Actualmente las formas de establecer o excluir las relaciones paterno filiales se basan en supuestos que tienen su origen en presunciones legales que datan desde el Derecho Romano, las cuales han sido superadas por los avances científicos en materia genética como la prueba de compatibilidad inmunogenética, con la cual es posible determinar con una certeza del cien por ciento la filiación, y sin embargo, la legislación no se ha actualizado para tomarlos en consideración.

IV.- La Patria Potestad, como la gran mayoría de las figuras del Derecho Familiar ha sufrido enormes transformaciones, que van desde el derecho de vida y muerte que ejercían los padres sobre la persona y bienes de los hijos; hasta convertirse actualmente en un conjunto de derechos, obligaciones, deberes, facultades y potestades limitadas por el derecho e irrenunciables a cargo de los padres siempre, teniendo como fin preponderante la protección de la persona y los bienes de los hijos.

V.- Las legislaciones que se encuentran a la vanguardia en lo referente a la protección de menores, son la española, francesa e italiana, las cuales, cuentan con figuras jurídicas alternativas a la adopción, como son: el acogimiento familiar y acogimiento preadoptivo, la tutela por parte del estado y la guarda administrativa; las cuales sería importante su inclusión en nuestra legislación, para mejorar el régimen jurídico de protección a menores.

VI.- En el Derecho comparado encontramos figuras como el emplazamiento con fines de adopción, y la declaración en estado de adoptabilidad, las cuales tienen la finalidad de cerrar la posibilidad de controversias entre progenitores y adoptantes, dando certeza a los vínculos derivados de la adopción, lo que consideramos sería importante incluir en nuestra legislación, sobre todo tratándose de adopciones plenas.

VII.- La naturaleza jurídica que en la actualidad tiene la adopción, es la de ser un negocio jurídico de derecho familiar, porque la voluntad de las partes se encuentra sujeta a un régimen reglado y condicionada a una resolución judicial, tanto para su constitución como para su exclusión.

VIII.- Con fecha veintiocho de mayo de 1998, se reformó el régimen jurídico de la adopción, como respuesta a una evidente necesidad social de brindar mejor protección a los menores e incapaces, introduciendo la figura de la adopción plena, sin embargo, estas reformas si bien mejoraron la legislación, son insuficientes y presentan ciertas deficiencias que es necesario subsanar en beneficio de los sujetos pasivos de la adopción.

IX.- En nuestra legislación actual, dentro de los requisitos del adoptante a nuestro juicio deben contemplarse los siguientes cambios:

a) Eliminar el requisito de edad mínima para adoptar, tratándose de parejas casadas, y establecerse en su lugar, un plazo mínimo de cinco años de matrimonio, con lo cual se garantizaría mejor la estabilidad familiar del adoptado y haría mas fácil su integración a la vida de la pareja.

b) Establecer edad máxima para adoptar, de sesenta años con el objeto de evitar se desvirtúen los fines esenciales de la adopción.

c) Incluir en nuestra legislación la figura de la adopción póstuma, con el objeto de que cuando se trate de la adopción por matrimonio, a la muerte de uno de los cónyuges durante el procedimiento de adopción, el otro pueda considerar el trámite en representación de ambos, y una vez declarada la adopción surta efectos para los dos, para el fallecido de manera retroactiva desde que otorgó su consentimiento, siempre que a juicio del juez esto sea en beneficio del menor.

d) Con la finalidad de que la adopción sea la forma de que el menor o incapaz se integre realmente a una familia debería darse en igualdad de circunstancias prioridad a la adopción por parte de parejas casadas respecto a las solteras, así como preferencia a parejas sin hijos en igualdad de circunstancias, respecto a las que tengan descendencia.

e) Tomando en cuenta que el concubinato es una forma lícita de formar una familia, debe admitirse la adopción por parte de concubinos, para evitar que esta se lleve a cabo por separado como solteros, y el menor no logre la plena integración a la familia del concubino.

X.- En cuanto a los requisitos del adoptado se proponen los siguientes cambios:

a) Establecer una edad máxima de seis años en el menor para ser adoptado plenamente, con la finalidad de que sea mas fácil su integración.

b) No debe limitarse la adopción para más de un incapacitado, cuando el adoptante demuestre capacidad para hacerse cargo de ellos, ya que dicha limitación contraría el principio del beneficio del adoptado.

XI.- Respecto de los requisitos del acto de adopción consideramos, que en relación a la manifestación del consentimiento por las partes involucradas, debe especificarse que éste sea de manera expresa, y tratándose del menor o incapaz debe exigirse la expresión de su consentimiento en forma verbal ante la autoridad judicial competente.

XII.- Respecto al consentimiento que debe otorgar el padre o la madre de quien se pretende adoptar en forma plena, consideramos un grave error por parte del legislador el admitir que éste pueda ser otorgado tan solo por uno de ellos en los casos de persona con filiación determinada con respecto a ambos padres, ya que es violatorio del principio de legalidad, en virtud de que al otro se le privaría de un derecho sin ser oído ni vencido en juicio.

El nuevo artículo 410-B del Código Civil sólo señala que para que la adopción plena pueda tener efectos deberá otorgar su consentimiento el padre o madre del menor que se pretende adoptar y relacionándolo con el artículo 397 del mismo ordenamiento solamente señala que deberán consentir entre otros en ella el que ejerce la patria potestad sobre el menor que se trata de adoptar, olvidando que la patria potestad se ejerce de manera conjunta por ambos padres cuando es reconocido y no solo por uno de ellos.

XIII.- Se propone reformar el artículo 410-B en los siguientes términos:
"Para que la adopción plena pueda tener efectos, además de las personas a que se refiere el artículo 397 de éste Código, deberá otorgar su consentimiento el padre y madre del menor que se pretenda adoptar salvo que exista al respecto declaración judicial de abandono.

XIV.- Es conveniente respecto a la declaración judicial de abandono adecuar el artículo 410B del Código Civil, a fin de que ésta quede debidamente regulada en el texto legal, ya que actualmente existe una laguna legal al respecto, dicho precepto no señala cómo y en qué forma debe hacerse.

XV.- Debería existir un artículo expreso que permitiera la adopción sucesiva de un menor o incapaz, en ambos tipos de adopción, basándonos en el principio del interés supremo del menor, cuando la adopción sucesiva ofrezca ventajas para el sujeto pasivo a juicio del Juez.

XVI.- Debería modificarse el texto actual para permitir la adopción del hijo del cónyuge solo cuando éste tenga filiación establecida únicamente con el progenitor casado con su adoptante, y no con persona distinta, a menos que ésta de su consentimiento.

XVII.- Consideramos importante contemplar dentro de nuestra legislación un precepto que obligue a la uniformidad del tipo de adopción, es decir, que cuando se adopta a más de una persona todos sean bajo el mismo tipo, evitando así discriminación y desigualdad jurídica dentro de un mismo núcleo familiar.

XVIII.- Proponemos la introducción de la figura del acogimiento preadoptivo obligatorio por el término de seis meses, tratándose de adopción plena, con la finalidad de asegurar la compatibilidad de quienes pretenden establecer un vínculo filial indisoluble.

XIX.- Respecto al cambio de nombre, consideramos que es indispensable que el adoptado mayor de doce años consienta en el mismo cambio, toda vez que éste es un elemento importante de su personalidad y el cambio sin su consentimiento puede producir desequilibrios en su persona.

XX.- Respecto al procedimiento judicial, opinamos que deben realizarse los siguientes cambios en la regulación.

a) Debe especificarse claramente dentro del escrito inicial, quien debe presentar el certificado médico de buena salud, si el adoptante, el adoptado o ambos.

b) Dentro de las normas procedimentales debe regularse específicamente la declaración judicial de abandono, ya que con ello, por un lado habría correspondencia entre este cuerpo legal y el Código Civil, y por otro se evitarían las posibles controversias entre padres biológicos y adoptivos, dándole estabilidad a los lazos filiales que surgen de la adopción.

c) Debe existir la posibilidad de la revocación del consentimiento por parte de los padres biológicos del menor o incapaz, antes de que sea resuelta la adopción, ya que es preferible que el menor se mantenga integrado a su propia familia.

XXI.- El derecho a la identidad del adoptado se encuentra parcialmente garantizado dentro de la actual legislación, ya que está sujeto a la voluntad de los adoptantes su revelación, lo que impide que en la práctica pueda hacerse efectivo el impedimento matrimonial con alguien de su familia de origen, por lo cual debe especificarse claramente en el texto legal cómo habrá de garantizarse la observación de dicho impedimento.

XXII.- Respecto a la forma en que puede darse la terminación de la adopción, cabe hacer las siguientes críticas y propuestas:

a) Debe especificarse claramente las causas por las que el adoptado puede impugnar la adopción simple, con la finalidad que no abuse de este derecho el adoptado en perjuicio del adoptante.

b) Es conveniente especificar claramente, tal como lo hacía la legislación anterior, que tanto la revocación como la impugnación, deben hacerse por vía ordinaria.

c) Es necesario eliminar la fracción II del artículo 406 del Código Civil como causa de revocación de la adopción, ya que con ella el legislador pretende convertir en cómplice al adoptado de los delitos que cometa el adoptante.

d) Atendiendo a la naturaleza jurídica de la adopción, proponemos la creación de un capítulo especial, que regule la nulidad donde se especifiquen las causas que pueden producirla y sus efectos.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR GUTIÉRREZ, Antonio. Bases para un anteproyecto de Código Civil uniforme para toda la República. Parte general. Derechos de la personalidad. Derecho de Familia. Editado por el Instituto de Derecho Comparado de la Universidad Nacional Autónoma de México. México, D.F. 1967.
- ALVAREZ, José María. Instituciones de Derecho Real de Castilla y de Indias. Editado por la Universidad Nacional Autónoma de México. México, D.F. 1984.
- AZPIRI, Jorge Osvaldo. Enciclopedia de Derecho de Familia. Tomo II. Directores Carlos A. Lagomarsino y Marcelo V. Salerno. Editorial Universidad S.R.L. Buenos Aires, Argentina 1992.
- BALLESTÉ, Cristiana. Guía Legal sobre el Divorcio y la Adopción. Divorcio, separación nulidad, derecho internacional privado, ejecución de sentencias. Adopción Ley 21/1987 de 11 de noviembre. Editorial Decálogo. Barcelona, España. 1988.
- BAQUEIRO ROJAS, Edgard y Rosalía Buenrostro Báez. Derecho de Familia y Sucesiones. Editorial Harla. México, D.F. 1996.
- BARROSO, FIGUEROA José. "Maternidad, Paternidad y Genética". Estudios Jurídicos que en Homenaje a Antonio de Ibarrola Aznar presenta el Colegio de Profesores de Derecho Civil de la Universidad Nacional Autónoma de México. Primera Coedición. Editado por Filiberto Cárdenas Uribe/ Cárdenas Editor y Distribuidor y Facultad de Derecho de la UNAM. México 1996.
- BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. Obligaciones Civiles. Tercera edición. Colección de Textos Jurídicos Universitarios. Editorial Harla. México, D.F. 1984.
- BELLUSCIO, Cesar Augusto. Manual de Derecho de Familia. Tomo II. Quinta Edición. 4ª reimpresión. Ediciones Depalma. Buenos Aires. Argentina, 1993.
- BOLETÍN DE LAS LEYES DEL SUPREMO GOBIERNO DE LA UNIÓN. Editado por la tipografía del gobierno a cargo de Antonio de P. González. Guadalajara, Jalisco. México, 1860.

- BONNECASE, Julien. Elementos de Derecho Civil. Nociones preliminares, personas, familia, bienes. Tomo I. Traducción de Lic. José M- Cájica Jr. Cárdenas Editor y Distribuidor, Tijuana, B.C., México. 1985.
- _____. Tratado Elemental de Derecho Civil. Tr. Enrique Figueroa Alfonso. Colección Clásicos del Derecho. Obra compilada y Editada por Editorial pedagógica Iberoamericana. México. 1995.
- BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil Familia. Tomo 1. Octava Edición. Editorial Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1992.
- _____. Tratado de Derecho Civil Familia. Tomo 2. Octava Edición. Editorial Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1992.
- BORJA SORIANO, Manuel. Teoría General de las Obligaciones. Décimo segunda Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1991.
- BOSSERT A, Gustavo y Eduardo A. Zannoni. Régimen Legal de la Filiación y Patria Potestad. Segunda Reimpresión. Editorial Astrea. Buenos Aires Argentina. 1987.
- _____. Adopción y Legitimación Adoptiva. Doctrina-Legislación-Jurisprudencia. Ediciones Jurídicas Orbir. Buenos Aires. Argentina. 1967.
- BRAVO VALDÉS, Beatriz y Agustín Bravo González. Derecho Romano. Segundo Curso de Derecho Romano. Segunda Edición. Editorial Pax-México. Liberia Carlos Césarman, S.A. México, D.F. 1976.
- CÁMARA, ALVAREZ Manuel, de la. Reflexiones sobre la Filiación Ilegítima en el Derecho Español. Editorial Tecnos. Madrid. España. 1975.
- CASTÁN TOBEÑAS, José. Derecho Civil Español y Foral. Tomo cuarto. (Derecho de familia). Sexta Edición revisada. Instituto Editorial REUS. Madrid. 1944.
- _____. Derecho Civil Español y Foral. Tomo quinto. Volumen segundo. (Derecho de familia). Sexta Edición revisada. Instituto Editorial REUS. Madrid. 1944.
- _____. La Crisis del Matrimonio. (Ideas y Hechos)." Colección Biblioteca Sociológica de Autores Españoles y Extranjeros. Vol. Primero. Editorial Hijos de Reus Editores. Madrid, España. 1914.
- CASTÁN VÁZQUEZ, José María. La Patria Potestad. Editorial. Reus. Madrid, España. 1960.
- CHÁVEZ ASENSIO, Manuel F. La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares. Primera Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F.. 1984.

- _____. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales. Segunda Edición Actualizada. Editorial Porrúa, S.A. México. 1992.
- CICU, Antonio. La Filiación. Primera Edición. Trad. Faustino Gimenez Arnau y José Santacruz Teijeiro. Imprenta Helénia. Revista de Derecho Privado. Madrid España. 1930.
- COLÍN, A. y Capitant, H. Course Élémentaire de Droit Civil Francaise. Lédition Libraire Dalloz. Tome II. Núm 8. París, 1921.
- _____. Curso Elemental de Derecho Civil. Tr. D. De Buen. Editorial. Reus, S.A. Madrid, España.
- COLL, Jorge E y Luis A. Estivill. La adopción e instituciones análogas. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1947.
- COSSIO Y CORRAL, Alfonso de. Instituciones de Derecho Civil. Tomo II. Editorial. Civitas, S.A. Madrid, España. 1988.
- D'ANTONIO, Daniel Hugo. Derecho de Menores. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina. 1986
- DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique. Tratado de Derecho de Familia. Tomo 1. Tipográfica Editorial Argentina, Buenos Aires. 1953.
- DIEZ-PICCASO, Luis. Estudios de Derecho Privado. Primera Edición. Editorial Civitas, S.A., Madrid. 1980.
- DUBLAN, Manuel y Luis Méndez. Novísima Recopilación. Editorial Porrúa, S.A. México, 1870.
- ECHEGOYEN, Martín R. La Legitimación Adoptiva en el Uruguay. Provento, discusión parlamentaria, sanción y promulgación de la ley. Instituto Internacional Americano de Protección a la Infancia. Editorial Floren & Laform. Montevideo, Uruguay. 1946.
- FAMILIA Y SEXUALIDAD EN LA NUEVA ESPAÑA. Memoria del primer Simposio de Historial de la Mentalidad y Religión en México Colonial. Editado por la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F. 1982.
- FASSI SANTIAGO, Carlos. Estudios de Derecho de Familia. Editora Platense. La Plata, Argentina. 1962.
- FELÍO REY, Manuel Ignacio. Comentarios a la Ley de Adopción. Editorial Tecnos, S.A. Madrid, España. 1989.
- FUEYO LANIERI, Fernando. Derecho Civil. Tomo VI. Derecho de Familia. Volumen III. Editorial Platense. La Plata, Argentina. 1982.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Parte General. Personas. Familia. Editorial Porrúa S.A. Undécima Edición. México. 1991.

- GARCÍA DE DIEGO, Vicente. Diccionario Etimológico Español e Hispánico. Editorial Espasa - Calpe S.A. Madrid, España. 1985.
- GARCÍA TELLEZ, Ignacio. Motivos, Colaboración y Concordancias del Nuevo Código Civil Mexicano. Editorial Porrúa, S.A. México. 1965.
- GIL MARTÍNEZ, Antonio. La Reforma de la Adopción. Ley 21/1987. Comentarios y Formularios. Segunda Reimpresión. Editorial Dykinson, S. L. Madrid, España. 1991.
- GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. "Naturaleza Jurídica del Derecho Familiar". Estudios Jurídicos que en Homenaje a Antonio de Ibarrola Aznar presenta el Colegio de Profesores de Derecho Civil de la Universidad Nacional Autónoma de México. Primera Coedición. Editado por Filiberto Cárdenas Uribe/ Cárdenas Editor y Distribuidor y Facultad de Derecho de la UNAM. México 1996.
- _____. ¿Qué es el Derecho Familiar?. Tercera Edición. Editorial Promociones Jurídicas y Culturales, S.C. México, D.F., Junio. 1988.
- _____. Derecho Familiar. Segunda Edición. Editorial Promociones Jurídicas y Culturales, S.C. Universidad Autónoma de Chiapas. Tuxtla Gutiérrez, Chiapas. México. 1988.
- GUTIÉRREZ AGUILAR, Antonio. Bases para un Anteproyecto de Código Civil Uniforme para toda la República. (Parte General, derechos de la personalidad. Derecho de Familia). Editado por la Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Derecho Comparado. México. 1967.
- GUTIÉRREZ FLORES ALATORRE, José Blas. Código de la reforma. Tomo II. Parte III. Compilador. Publicaciones desde el año de 1855 al de 1870. México.
- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. El Patrimonio, Pecuniario y Moral o Derecho de la Personalidad y Derecho Sucesorio. Editorial Porrúa, S.A. México. 1991.
- IBARROLA AZNAR, Antonio de. Derecho de Familia. Tercera Edición. Editorial Porrúa, S.A.. México, 1984.
- IGLESIAS, Juan. Derecho Romano. Historia e Instituciones. Décima Edición. Editorial Ariel, S.A. Barcelona, España. 1992.
- JARA MIRANDA, Jaime. La Legitimación Adoptiva. La Ley N° 16.346 de 20 de octubre de 1965. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1968.
- JUSTINIANO. El Digesto. Constituciones Preliminares. Tomo I. Tr. de Alvaro D' Ors Pérez. Editorial Arazandi. Pamplona, España. 1968.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis; Sancho Rebullida, Francisco; Luna Serrano, Agustín; Delgado Echeverría, Jesús; y Rivero Hernández Francisco. El

- Nuevo Régimen de la Familia. Tomo IV. Acogimiento y Adopción. Editorial Civitas. Madrid, España. 1988.
- LEMUS GARCÍA, Raúl. Derecho Romano (Sinopsis Histórica). Segunda Edición. Editorial LIMSA. México, D.F. 1977.
- LEÓN, Gabriel. Antecedentes y Evolución de la Patria Potestad en la Legislación Mexicana. Editorial Escuela Libre de Derecho. México, D.F. 1949.
- LEY DE MATRIMONIO DE LA REPÚBLICA POPULAR CHINA COMENTADA. Ediciones en Lenguas Extranjeras. Pekín, República de China. 1959.
- LLOVERAS, Nora. La Adopción. Editorial Depalma. Buenos Aires, Argentina. 1994.
- _____. Patria Potestad y Filiación. Editorial Depalma. Buenos Aires, Argentina. 1986.
- LÓPEZ, Gregorio. Las Siete Partidas. Editado por la Real Academia de Historia, París, Francia. 1851.
- MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil. Tomo III Derecho Familiar. Editorial Porrúa, S.A., México 1988.
- MARGADANT, Guillermo Floris. El Derecho Privado Romano. Vigésima Primera Edición. Editorial Esfinge, S.A. de C.V., Naucalpan, Edo. de Méx. México. 1995.
- MARTÍNEZ CARRETERO, José Alberto. La Persona Adoptada. Editorial Monte Corvo, S.A. Madrid, España. 1973.
- MAZEAUD, Henri. Lecciones de Derecho Civil. La familia, organización de la familia, disolución y disgregación de la familia. Parte Primera. Volumen IV. Tr. de Luis Alcalá - Zamora y Castillo. Ediciones Jurídicas Europa - América. Buenos Aires, Argentina. 1959.
- MÉNDEZ COSTA, María Josefa. La Filiación. Rubinzal y Culzoni S.C. Editores. República Argentina. 1986.
- MERCHANTTE, Fermin Raúl. La Adopción. Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina. 1987.
- MESSINEO, FRANCESCO. Doctrina General del Contrato. Notas de Derecho Argentino. Tomo I. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, Argentina. 1952.
- MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. Cuarta Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1990.
- MUÑOZ, SALVADOR CASTRO Luis. Comentarios al Código Civil. Tomo 1. Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1983.

- O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. *Investigación de la Paternidad*. Acciones de Filiación, Investigación de la Paternidad. Prueba Biológica. Editorial Alcobendas. Madrid 1993.
- ORTIZ URQUIDI, Raúl. *Oaxaca, cuna de la codificación Iberoamericana.* Primera Edición. Editorial Porrúa, S.A.. México. 1973
- OTERO VÁRELA, Alfonso. *Dos Estudios Histórico-Jurídicos: 1.- El Riepo en el Derecho Castellano-Leones. 2.- La Adopción en la historia del Derecho Español* Cuadernos del Instituto Jurídicos Español. Número 4. Roma - Madrid. 1955.
- PEÑA BERNALDO DE QUIROZ, Manuel. *Derecho de Familia*. Editorial Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones de la Universidad de Madrid. Madrid, España. 1989.
- PÉREZ ALVAREZ, Miguel Ángel. *La Nueva Adopción*. Primera Edición. Editorial Civitas, S.A. Madrid, España. 1989.
- PETIT, Eugene. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Trad. José Fernández González. Sexta Edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1990.
- PINA VARA, Rafael de. *Elementos de Derecho Civil Mexicano*. Vol. I. Introducción-Personas-Familia. Décimo séptima edición. Editorial Porrúa, S.A., México 1992.
- PLANIOL, Marcel y Georges Ripert. *Tratado Elemental de Derecho Civil*. Tomo I, 2 Divorcio, filiación incapacidades. Trad. José M^a Cájica Camacho. Editorial Cájica, S.A., Puebla, Puebla, Méx. 1984.
- _____. *“Tratado Elemental de Derecho Civil”*. Tr. Leonel Pereznieta Castro. Biblioteca Clásicos de Derecho. Editorial Harla, S.A. de C.V. México. 1997.
- _____. *Tratado Elemental de Derecho Civil*. Tomo I, 1 Introducción, familia, matrimonio. Trad. José M^a Cájica Camacho. Editorial Cájica, S.A., Puebla, Puebla, Méx. 1983.
- PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derechos Civil*. Tomo IV Familia-Matrimonio-Divorcio-Filiación-Patria Potestad-Tutela. Segunda Edición. Bosch, casa editorial, S.A. Barcelona, España. 1985.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *El Fuero Juzgo*. Madrid, España. 1815.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. *La Presunción de Paternidad Legítima. Estudio de Derecho Comparado y Derecho Español*. Editorial Tecnos, S.A. Madrid, España. 1971
- RODRÍGUEZ CARRETERO, José Alberto. *La Persona Adoptada*. Editorial Monte Corvo S.A., Madrid, España. 1973.

- ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Tomo 1. Introducción, Personas y Familia. Vigésima Tercera Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1989.
- _____. Compendio de Derecho Civil. Tomo II. Derecho de Familia. Vigésima Tercera Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1989.
- RUGGIERO, Roberto de. Instituciones de Derecho Civil. Tomo I. Parte General: Derechos de las personas, derechos reales y posesión. Trad. Ramón Serrano Suñer y José Santacruz Teijeiro. Editorial REUS, S.A. Madrid, España, 1931.
- _____. Instituciones de Derecho Civil. Tomo I. Volumen Segundo. Derecho de Obligaciones. Derecho de Familia. Derecho Hereditario. Trad. Ramón Serrano Suñer y José Santacruz Teijeiro. Instituto Editorial REUS, S.A. Madrid, España, 1931.
- RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel. Acogimiento y delegación de la patria potestad Editorial Comares. Granada, España. 1989.
- SAHAGÚN, Fray Bernardino de. Historia general de las cosas de la Nueva España." Octava Edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1992.
- SALDAÑA PÉREZ, Jesús. "La Necesidad de actualizar la regulación jurídica de la adopción." Memorias del Foro Patria Potestad y Adopción. Celebrado el 3 y 4 de septiembre de 1997. Centro Asturiano. Ciudad de México. Organizado por Junta de Asistencia Privada y Fundación para la Promoción del Altruismo I.A.P
- _____. "Algunas Consideraciones sobre el Registro Civil". Memorias del Primer Seminario de Análisis del Registro Civil y su relación con el Registro Nacional de Población. Celebrado en la Ciudad de México los días 20 y 21 de junio de 1996. Organizado por la Secretaría de Gobernación y la Asociación Nacional de Facultades, Escuelas de Derecho e Institutos de Investigación Jurídica, A.C.
- SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. De los contratos civiles. Sexta Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1982.
- SARMIENTO, Alberto. Las Leyes de Indias. Editado por la Secretaría de Educación Pública. México. 1988.
- SIERRA RINCÓN, Nestor. Et. Al. Adopción. Teoría y Práctica. Primera Edición. Editorial Colección Pequeño Foro, Impresión L. Vieco e Hijas. Medellín, Colombia. 1987.
- SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis. Historia del Derecho Mexicano. Cuarta Edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1996.

- SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. Biogenética, Filiación y Delito. La Fecundación Artificial y Experimentación Genética. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina. 1990.
- SZÉKELY, Alberto. Compilador. Instituciones Fundamentales de Derecho Internacional Público. Tomo I. Serie A. Fuentes b). Textos y estudios legislativos N° 9. Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Segunda Edición Ampliada. México, D.F. 1989.
- _____. Instituciones Fundamentales de Derecho Internacional Público. Tomo IV. Serie A. Fuentes b). Textos y estudios legislativos N° 9. Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Segunda Edición Ampliada. México, D.F. 1990.
- TORRES - RIVERO, Arturo Luis. Adopción (Derecho de Familia. Parte Especial.) Impreso por el Cojo. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Derecho. Caracas, Venezuela. 1974.
- TRABUCCHI, Alberto. Instituciones de Derecho Civil. Tomo I. Parte general: Negocio Jurídico, Familia, Empresa y Sociedades, Derechos Reales. Trad. Luis Martínez Calcerrada. Editorial Revista de Derechos Privado, Madrid, España 1967.
- VAZ FERREIRA, Eduardo y Mabel Rivero de Arachet. Legitimación Adoptiva y Adopción. Editorial Fundación de Cultural Universitaria. Colección JUS - 15. Instituto Uruguayo de Derecho Comparado. Montevideo Uruguay. 1982.
- VÁZQUEZ PANDO, Fernando Alejandro. Régimen jurídico de la adopción internacional de menores. Derecho de la Niñez. Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. México, D.F. 1990.
- VERRUNO, Luis y Emilio J.C. Haas. Manual para la Investigación de la Filiación. Editorial Abeledo - Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1985.
- _____, y Eduardo H. Raimondi, Ana M. Barbieri. Banco Genético y Derecho a la Identidad. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires Argentina, 1988.
- VIDAL MARTÍNEZ, Jaime. El hijo legítimo su concepto y determinación en el Código Civil Español. Editorial Monte Corvo, S.A. Madrid 1974.
- WEINSTEIN W, Graciela. Las Nuevas Normas sobre Adopción y Salida de Menores al Extranjero para su Adopción. Ley N° 18.703 de 10 de mayo de 1988. Editorial J. de Chile, de. populares. Santiago de Chile. 1989.
- ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel. Contratos Civiles. Quinta Edición. Editorial Porrúa, S.A.. México, D.F. 1994. Pág. 21.

ZANNONI, Eduardo A. Derecho Civil. Derecho de Familia. Tomo 1. Editorial Astrea. Segunda Edición actualizada y ampliada. Buenos Aires, Argentina. 1989.

_____, Derecho Civil. Derecho de Familia. Tomo 2. Editorial Astrea. Segunda Edición actualizada y ampliada. Buenos Aires, Argentina. 1993.

REVISTAS

- ABARCA LANDERO, Ricardo. "*La migración internacional de menores en adopción válida y el tráfico ilegal.*" Revista Jus. Vol. 2. Parte II. 1985. Cd. Juárez, Chihuahua. México.
- _____. "*El tráfico de menores*" Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en sus Cincuenta años (1940-1990). Impresos Chavez. 30 de julio de 1990. México, D.F.
- AGUILAR, Virginia. "*Consideraciones Legales y Prácticas en relación a las Adopciones Transnacionales*". Memoria del XVII Seminario de Derecho Internacional Privado y Comparado. "Eduardo Trigueros Saravia". 1994. Universidad Autónoma de Baja California. Facultad de Derecho Zona Costa. Tijuana, México.
- ALVAREZ VIGNOLI, Sofia De Demicheli. "*La Legitimación adoptiva de niños*"; Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Año III. N° 2 y 3. Abril - Septiembre de 1952. Montevideo, Uruguay.
- ANDERSON, Guinilla. "*Las adopciones internacionales en Suecia*". Revista del Menor y la Familia. Año 3. Vol. 3. Segundo Semestre. 1984. México, D.F.
- ARCE Y FLORES-VALDEZ, Joaquin "*El abandono y su declaración judicial, en orden a la adopción de menores abandonados*" Revista de Derecho Privado. Mayo de 1978. Madrid, España.
- ARZA, Antonio. "*Fidelidad y matrimonio*". Revista de la Universidad de Deusto. Segunda Época. Vol. 38/1. Enero - Junio de 1990. Editada por la Universidad de la Iglesia de Deusto. Bilbao, España.
- BANCHIO, Enrique Carlos. "*El Derecho Civil ante las nuevas exigencias en la tutela jurídica de la persona humana*". Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Anales. Tomo XXI. Vol. 2. Año Académico 1991. 1992. República de Argentina.
- BAQUEIRO ROJAS, Edgard. "*El Derecho de Familia en el Código Civil de 1870*". Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM. T. XXI. N° 83-84. Julio- Diciembre. 1971. México, D.F.

- _____. *"La Adopción: Necesidad de Actualizar la Institución en Nuestro País"*. Jurídica. Anuario de la Escuela de Derecho de la Universidad Iberoamericana. Tomo II. No. 2. Julio. 1970. México, D.F.
- BARRAGÁN CISNEROS, Velia Patricia *"La Adopción"*. Revista del Supremo Tribunal de Justicia. N° 30-31-32. Abril- Diciembre. 1988. Durango, México.
- CALVENTO SOLARI, Ubaldino. *"Documentos Internacionales sobre Adopción en Niños en los Planos Interno e Internacional"*. Revista Judicial. Año VI. N° 22. Julio 1982. Costa Rica.
- CÁMPORA, Héctor. *"La Patria Potestad"*. Revista Mexicana de Justicia 86. N° 4. Vol. IV. Oct-Dic 1986. PGR. PGJDF. México, D.F.
- CARBONE, Maria Teresa *"Maternita, Paternita e Procreazione Artificiale"*. Diritto di Famiglia e Delle Persone. Vol. 22. Issue 3. Anno XXII. 1993. Italia.
- CORRAL TALCIANI, Hernán. *"¿Igualdad de lo desigual? Notas sobre equiparación jurídica entre hijos legítimos e ilegítimos"*. Revista Chilena de Derecho. Vol. 20. N° 1. Enero-Abril. 1993. Editada por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago de Chile.
- CUSI, Ezio. *"Una práctica viciada en materia de adopción"*. Revista El Foro. Órgano de la Barra Mexicana. Colegio de Abogados. Quinta edición. N° 15. Julio - Septiembre. 1969. Comisión Editorial de la Barra de Abogados de México. México, D.F.
- DE JESÚS M. Antonio. *"Contribución al estudio de la adopción especial"* Anuario de la Facultad de Derecho. Año X. N° 10. Órgano de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Centro de Investigaciones Jurídicas. 1979. Merida Venezuela.
- FERNÁNDEZ FLORES, José Luis. *"Sobre la adopción internacional"*. Revista Española de Derecho Internacional. Vol. XVI. N° 3. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Instituto Francisco Victoria. 1963. Madrid, España.
- FLORES GARCÍA, Fernando. *"Algunas consideraciones sobre la persona jurídica"* Revista de la Facultad de Derecho de México Tomo VII Núms. 25-26 Enero Junio de 1957. Edit. Universidad Nacional Autónoma de México. México D.F. 1957.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio. *"La Filiación adoptiva"*. Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM. Tomo VII. N° 29. Enero - Marzo de 1958. Ciudad Universitaria, México, D.F.

- GARCÍA MENDIENTA, Carmen. "*La Filiación: Problemas jurídicos actuales*". Anuario Jurídico. XIII. 1986. Editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México, D.F.
- _____. "*La legitimación adoptiva. Con especial remisión a las legislaciones francesa y uruguaya*". Boletín Mexicano de Derecho Comparado del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Nueva Serie. Año XVI. N° 48. septiembre - diciembre. 1983. México D.F.
- GARCÍA MORENO, Víctor Carlos. "*Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores*". Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en sus cincuenta años (1940-1990). 30 de julio de 1990, N° 126. Estudios Doctrinales. Impresos Chávez. México, D.F.
- _____. "*Convención interamericana sobre Restitución Internacional de Menores*". Memoria del XIII Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado. Serie: Derecho. Edición. 1972. Universidad Metropolitana. México, D.F.
- GAYOSSO Y NAVARRETE, Mercedes. "*Causas que determinan la ausencia de la adopción en el Derecho Azteca*". Boletín Informativo. N° 20-I. Enero-Junio. 1987. Editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana. Veracruz., México.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda. "*Matrimonio y Familia: Arts. 32 y 39 de la Constitución*". Revista de Derecho Politico. N° 36. 1992. Editada por la Universidad Nacional de Educación a Distancia. Madrid, España.
- GOODWIN, Anne. "*Determinatio of Legal Parentage in Egg Donation, Embryo Trasplantation and Gestational Surrogacy Arrangements*". Family Law Quarterly. Vol. 26. Numer 3. Fall - 1992. Chicago, United States of America.
- LISERRE, Antonio. "*Il Problema Della Regola Nella Ingeneria Genetica*". Rivista Di Diritto Civile. Ano XXXVIII. N° 2. Marzo - Abril. 1992. Italia.
- MARTÍNEZ NAVARRO, María del Pilar. "*Funcionalidad y disfuncionalidad de la familia*". Anuario Jurídico. Vol. XIII. 1986. Editado por la Universidad Nacional Autónoma de México. México, D.F.
- MESA CASTILLO, Olga. "*El Reconocimiento Judicial del Matrimonio no formalizado: Mito y Realidad*". Revista Cubana de Derecho. Tomo III. 1991. Editado por la Unión Nacional de Jurista de Cuba. La Habana, Cuba.

- MOISSETT DE ESPANÉS, Luis. "*La identificación de la persona mediante pruebas genéticas y sus implicancias jurídicas*". Revista de la Facultad. Nueva Serie. Vol. 1. N° 1. Año 1993. Córdoba, Argentina.
- PAREJA ORTIZ, María del Carmen. "*Un aspecto de la vida cotidiana: la mujer ante el matrimonio en la legislación de indias*". Rabida. N° 9. Publicación semestral. Editado por el Patronato Cultural de Huelva del 5° Centenario el Descubrimiento de América. Huelva, España.
- REGOURD, Serge. "*Les Droits De L'Homme Devant Les Manipulations De la Vie Et De La Mort*". Revue Du Droit Public Et De la Science Politique En France Et A L'Etranger. Vol. 2. Año 1981. Mars - Avril. 1981. Paris, Francia.
- RODRÍGUEZ ITURRI, Róger. "*Orígenes, Fuentes y Principios Jurídicos del Matrimonio Civil en el Perú de Hoy: Lo Romano, lo Cristiano y lo Germánico*". Derecho. N° 47. Diciembre 1994. Editada por la Pontificia Universidad Católica de Perú. Lima, Perú.
- SIQUEIROS, José Luis. "*La Adopción Internacional de Menores*". Revista de Investigaciones Jurídicas. Escuela Libre de Derecho. N° 17. Año 17. 1993. México, D.F.
- _____. "*La Convención relativa a la Protección de Menores y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional*". Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. N° 23. 1994. México, D.F.
- UGARTE GODOY, José Joaquín. "*Igualdad de los hijos. Informe sobre un proyecto de reforma del Código Civil en lo relativo al régimen de la filiación*". Revista Chilena de Derecho. Vol. 21. N° 2. Mayo-Agosto. 1994. Editada por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago de Chile
- ULPIANO. "*El parentesco ante la ley civil*". Foro de México. N° 10. Enero 1953. México, D.F.

LEGISLACIÓN

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1870.
- Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1884.
- Ley sobre Relaciones Familiares de 1917.
- Código Civil para el Distrito Federal, en materia común y para toda la República en materia federal de 1928. Última edición actualizada y reformada.
- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Última edición actualizada y reformada.