

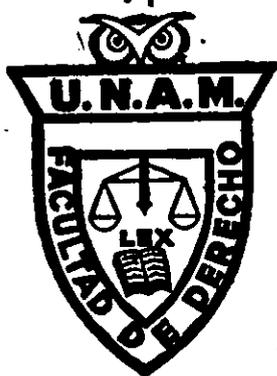


UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

“La Adopción en México, Una Institución para Resolver El Problema de Los Menores y de Los Incapacitados”.

T E S I S
Que para obtener el título de
LICENCIADO EN DERECHO
p r e s e n t a
RICARDO MIRELES TORRES



México, D.F.

1999

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

0274517



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.

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

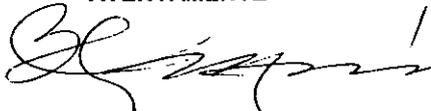
Ciudad Universitaria, a 26 de noviembre de 1999.

**ING. LEOPOLDO SILVA GUTIERREZ.
DIRECTOR DE LA ADMINISTRACION
ESCOLAR DE LA UNAM.
P R E S E N T E.**

El pasante de Derecho Ricardo Mireles Torres, inscrito en el Seminario de Derecho Civil a mi cargo, ha elaborado su Tesis Profesional intitulada "LA ADOPCION EN MEXICO, UNA INSTITUCION PARA RESOLVER EL PROBLEMA DE LOS MENORES Y DE LOS INCAPACITADOS", bajo el asesoramiento del maestro Joaquin Martínez Alfaro, para obtener el título de Licenciado en Derecho; por lo que con apoyo en los artículos 10 Fracción VIII, y demás relativos aplicables del Reglamento de exámenes profesionales, suplico a Usted ordenar la realización de los trámites tendientes a la celebración del examen profesional de la persona de referencia.

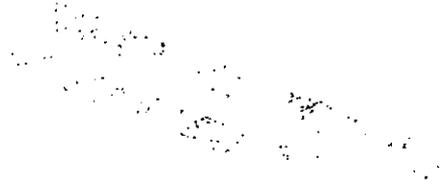
Así mismo, el interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes a aquel en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que no podrá otorgarse nuevamente, sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedido por circunstancias graves, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad.

ATENTAMENTE



DR. IVAN LAGUNES PEREZ.

DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO CIVIL.



*A la memoria de mi padre
Ramón Mireles Sahagún,
por todo lo que me brindó.*

*A mi madre Lucía, por todo su cariño
y tolerancia; a mis hermanos, Ana y
Ramón, por su apoyo incondicional.*

LA ADOPCION EN MEXICO, UNA INSTITUCION PARA RESOLVER EL PROBLEMA DE LOS MENORES Y DE LOS INCAPACITADOS

Introducción

CAPITULO I

El derecho de familia y la adopción

La familia y su importancia social

La familia como grupo de integración a la sociedad

La desintegración familiar

Matrimonio / Concubinatio

Procreación / Filiación matrimonial / Filiación extramatrimonial

Asistencia para la conformación de una familia / Adopción

El parentesco y sus consecuencias

CAPITULO II

Generalidades sobre la adopción

Concepto de adopción

La adopción como acto jurídico

La adopción como institución jurídica

Figuras afines y diferencias

CAPITULO III

Clases de adopción

Sistemas legales de adopción

Adopción plena o legitimación adoptiva

Ventajas y desventajas de la adopción plena

Adopción simple

Ventajas y desventajas de la adopción simple

La conveniencia de mantener o modificar el sistema adoptivo en México

Breve referencia al acogimiento o pequeña adopción

CAPITULO IV

Régimen jurídico de la adopción

Antecedentes legislativos en México

Códigos Civiles de 1870 y 1884

Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917

Modificaciones efectuadas al Código Civil a partir de su entrada en vigor en 1932

La adopción según el Código Civil vigente para el D. F.

Requisitos de la adopción

Partes que intervienen en la adopción

Efectos jurídicos de la adopción

Procedimiento legal

Terminación de la adopción

Revocación

Impugnación

Convenios internacionales en los que ha intervenido México en materia de adopción

CAPITULO V

Consideraciones para una mejor regulación de la adopción

Análisis sobre las recientes reformas al Código Civil

Conclusiones

Bibliografía

ABREVIATURAS

C. C. Código Civil para el Distrito federal en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal. (Nota. Los artículos señalados en un paréntesis hacen referencia al Código Civil para el D. F.).

C. P. C. Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

INTRODUCCION

En el presente estudio pretendo resaltar la gran influencia que tiene la familia en el ámbito social, ya que aquélla constituye el cimiento sobre el cual reposa el desenvolvimiento de nuestra sociedad. Asimismo, me referiré a las instituciones jurídicas que se relacionan directamente con la constitución del núcleo familiar, en otras palabras, abordaré el tema de la unión sexual, a través de su regulación jurídica por conducto del matrimonio, o en su caso, por medio de la situación de hecho que se encuentra contemplada en el ordenamiento jurídico, el concubinato; ya que generalmente a partir de estas figuras se presenta el acontecimiento de la procreación, la cual se encuentra regulada por el dispositivo legal a través de la filiación, pero ante la falta de descendencia se presenta la figura asistencial de la adopción, la cual se convierte en un medio idóneo para lograr el grupo familiar. Es a partir del hecho biológico de la procreación que se producen nuevos tipos de vínculos jurídicos que ligan a varias personas entre sí, ya sea por proceder unas de otras, o bien por creación de la ley, me refiero al parentesco, ya que en última instancia la familia es un agregado social que se constituye por personas relacionadas por el vínculo del parentesco.

Si bien es cierto que el punto medular de la presente investigación es la adopción, considero adecuado hacer referencia al marco familiar, ya que el derecho a vivir en familia constituye un derecho del menor, y en contraposición, esta figura brinda la oportunidad para proporcionarle la satisfacción de ser padres a quienes se encuentran imposibilitados a tener descendencia. La institución de la adopción es una creación que demuestra la grandeza del ser humano y del Derecho, debido a que es la adopción, a falta de filiación consanguínea, la que cumple esta doble finalidad.

El fin perseguido por la adopción, de acuerdo con nuestro Código Civil, debe procurar el beneficio del adoptado, es decir, del menor o en su caso del mayor incapacitado, y no sólo ha de servir para resolver el problema de falta de descendencia al adoptante. La finalidad de la adopción ha cambiado radicalmente desde su aparición hasta nuestros días, ya que en el derecho romano, donde se desarrolla ampliamente, tenía múltiples finalidades, que no siempre significaban un beneficio para el adoptado, la institución funcionaba preferentemente en provecho del pater familias, puesto que la falta de descendencia se consideraba una calamidad, ya que ponía fin a la organización familiar y al culto privado. Paulatinamente sus efectos fueron convirtiéndose más benéficos para el adoptado, con el advenimiento del cristianismo cae prácticamente en el olvido y no es sino hasta la aparición del Código de Napoleón, en Francia, que la adopción se incorpora a la legislación.

El presente trabajo tiene como objetivo el análisis de la adopción tal y como se encuentra regulada por el actual Código Civil para el Distrito Federal, sus requisitos, sus efectos y determinar si dichos efectos cubren las perspectivas por las cuales se introdujo a este cuerpo legal. Asimismo, otro factor que me impulsó a desarrollar este tema fue el acontecimiento que se presenta en la vida cotidiana; me refiero a las denominadas adopciones de hecho, fenómeno que se presenta cuando alguien incorpora a su vida un infante, ya sea recogiendo un menor abandonado u obteniéndolo en la mayoría de los casos de manos de su propia madre, quien generalmente lo hace por obtener un beneficio pecuniario o por rehuir a las responsabilidades que implica formar un hijo.

Desgraciadamente esta práctica se ha generalizado, en virtud de que las personas que actúan de esta forma generalmente lo hacen por desconocimiento o por temor a los trámites que implican las instancias legales. Dichas personas suponen que están realizando un acto humanitario, por lo que no tendrán mayores problemas; sin embargo, la realidad es que a la larga su comportamiento les acarreará mayores dificultades, debido a que no se pueden prever las consecuencias que les conllevará tal práctica. Estas acciones desde luego son ajenas a la noble institución de la adopción, sin embargo, son una realidad que se presenta en nuestra sociedad, tal vez producto de la falta de difusión entre la población de la institución de la adopción; por lo tanto considero necesario difundir ampliamente la información que explique la función de la adopción y cuáles son sus alcances, esto acompañado a un régimen de simplificación de los trámites, ya que solamente mediante la adopción se puede obtener total seguridad y certidumbre en cuanto a los efectos que se producirán entre adoptante y adoptado, que se reflejará en beneficio de ambos.

Durante el desarrollo del presente estudio, mediante el Decreto publicado el 28 de mayo de 1998 en el Diario Oficial, se modificó el Código Civil para el Distrito Federal así como el Código de Procedimientos Civiles, incorporando como una novedad la adopción plena y la adopción internacional, en adición de la adopción simple, que hasta antes de la reforma citada, era la única clase de adopción que regulaba nuestro ordenamiento civil. Por lo tanto, nuestro Código Civil contempla desde la fecha citada tres clases de adopción: simple, plena y la internacional, lo que sin duda repercutirá en beneficio de la institución objeto del presente estudio. Por lo que en la presente investigación abordaré los tipos de adopción citados, señalando sus virtudes y sus inconvenientes para poder tener una visión más clara de las consecuencias que producirán tales modificaciones en la adopción.

CAPITULO I

El derecho de familia y la adopción

La familia y su importancia social.

La familia como grupo de integración a la sociedad.

Si por institución social entendemos una organización básica para satisfacer las necesidades elementales de la sociedad, se puede decir que la institución social más antigua de la humanidad es la familia, aunque si bien es cierto que la familia actual ha delegado muchas de sus funciones a otras instituciones sociales, tales como educación, religión, política etc., ha conservado su importancia primordial debido a que dos de sus funciones principales, procrear y sociabilizar a los hijos, son indispensables para el desarrollo de cualquier sociedad.

Se puede decir que la socialización es el proceso a través del cual cada persona aprende a participar en la vida en grupo adquiriendo las características que imperan en la comunidad en la que se desarrolla. El proceso de socialización se inicia en la infancia, dentro de la familia, la cual es considerada un grupo primario debido a que se compone de personas que se conocen bien entre sí, cuyo trato ordinario es informal y buscan la compañía recíproca por sentirse confortadas. La familia, como grupo primario, proporciona apoyo emocional y enriquecimiento personal a sus miembros, facilita el proceso de socialización y fomenta el control social al inculcar las normas y valores que imperan en la sociedad. Por lo tanto la familia constituye una unidad social básica.

Los seres humanos, como muchos otros seres vivientes en la naturaleza, en un principio se guían por instintos, siendo los principales el de conservación y el de reproducción para perpetuar la especie; el hombre al entablar una unión sexual con un semejante de diferente sexo con miras a la procreación, va configurando a la familia, la cual se va constituyendo en un grupo primario fundamental para la vida en colectividad. Al ser la familia el núcleo social primario constituye la célula natural y básica por medio de la cual cada individuo desarrolla su personalidad y se integra a los grupos que conforman el conglomerado humano. "Es a la vez la familia el elemento natural y fundamental de la sociedad: de la salud, estabilidad y bienestar de la institución familiar depende la salud, estabilidad y bienestar de la sociedad misma". (1)

En este aspecto considero que resulta acertado lo que establece Fernando Fueyo al decir: "La familia no sólo es factor importantísimo de la

(1) PEÑA BERNALDO DE QUIROS Manuel. Derecho de Familia, p.15; Universidad de Madrid, Selección de publicaciones. Madrid, 1989.

vida social, sino aún de la vida política. Porque quien se ha sometido a la disciplina del hogar está en mucho mejores condiciones para someterse a la autoridad del Estado". Siguiendo con el mismo autor, "Por esta misma importancia trascendental de la familia, respecto del individuo y del propio Estado, es que éste ha dedicado mucha de su actividad legislativa al mantenimiento estable de la familia, creando incluso un régimen de protección a ella...". (2)

El anterior pensamiento se refleja en la regulación jurídica de que ha sido objeto en nuestro sistema legal la familia, ya que si bien es cierto que los preceptos jurídicos relativos a la estructura y organización de la misma no han sido agrupados bajo un rubro o título especial -caso del Código Civil para el D.F.-, existen diversas disposiciones dispersas que tienden a fortalecer y proteger a la familia; tal es el caso del patrimonio de familia, que se encuentra regulado en el ordenamiento civil. El patrimonio de familia se puede constituir por la casa habitación, y en algunos casos, por una parcela de tierra cultivable (art. 723). Los bienes afectos al patrimonio familiar son considerados como inalienables y no están sujetos a embargos ni a gravamen alguno, tienen como fin asegurarle a una determinada organización familiar, un nivel de vida adecuado que permita su sano desarrollo. Lamentablemente, el patrimonio de familia no ha tenido la utilidad deseada, puesto que es poco frecuente su constitución.

Pero no sólo existen preceptos civiles relativos a la familia ya que el interés de la sociedad y del Estado en esta materia se refleja en normas constitucionales, de seguridad social, de trabajo, de población, penales y procesales. Un claro ejemplo de la intervención del Estado en favor de la tutela de la familia, es la alusión que se hace a ella en nuestra Carta Magna, al establecer en su artículo 4. "... El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia. Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos. ... Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo. Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas".

La institución familiar, al desenvolverse en la sociedad requiere de una regulación mediante normas de derecho que la articulen y organicen dentro del marco jurídico, de los conceptos de familia y derecho surge el derecho

(2) FUEYO LANERI, Fernando. Derecho Civil. Tomo VI Derecho de Familia Volumen I. pp. 20, 21; Imp. y Lito. Universo S.A. Valparaíso-Chile. Santiago de Chile, 1959.

de familia que tradicionalmente se le ha considerado como una parte del derecho civil tendiente a regular las relaciones entre los miembros del conglomerado familiar. Para Bonnacase, citado por Fueyo Laneri "por Derecho de Familia entendemos el conjunto de reglas de Derecho, de orden personal y patrimonial, cuyo objeto, de una manera exclusiva o principal, o accesoria o indirecta, es regular la organización, vida y disolución de la familia". (3)

Para Manuel Chávez Asencio el "Derecho de familia es el conjunto de normas jurídicas de un fuerte contenido moral y religioso, que regulan la familia y las relaciones familiares personales y patrimoniales que existen entre sus miembros y entre éstos con otras personas y el Estado, que protegen a la familia y sus miembros, y que promueven a ambos para que la familia pueda cumplir su fin". (4)

El Derecho de Familia presenta características peculiares que lo diferencian de los demás órdenes en que se divide el Derecho Civil, particularidades consistentes en que el Derecho de familia tiene: un fondo ético, un predominio del interés social sobre el individual, presencia de numerosas normas de orden público con carácter de imperativas o prohibitivas que no están sujetas a modificación por los particulares, la no comerciabilidad de los derechos familiares, ya que éstos se consideran inalienables, intransmisibles, irrenunciables e imprescriptibles, prohibida fundamentalmente la representación, salvo algunas excepciones, la orientación a conservar la formalidad en la celebración de la mayor parte de los actos de familia.

Debido a la atención que merece la familia, el gobierno mexicano ha creado instituciones tendientes a protegerla, es por esto que por decreto presidencial del 10 de enero de 1977 se crea un organismo público descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propio, denominado Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF), el cual pasa a suplir las funciones que desarrollaban la Institución Mexicana de Asistencia a la Niñez y el Instituto Mexicano para la Infancia y la Familia. El DIF tiene entre sus principales objetivos apoyar el desarrollo de la familia y de la comunidad así como impulsar el crecimiento sano de la niñez; en términos generales promover y prestar servicios de asistencia social.

La trascendencia que tiene la familia en la sociedad no solamente se ve reflejado en el ámbito nacional, sino que en el ámbito internacional también se ha procurado su salvaguarda, lo anterior se manifiesta en la Declaración

(3) FUEYO LANERI Fernando. Ob. Cit., pp. 31 y 32.

(4) CHAVEZ ASENSIO Manuel F. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Conyugales. Tercera edición, p. 140; Editorial Porrúa S. A. México, 1995.

Universal de Derechos Humanos aprobada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que en el tercer inciso de su artículo 16 establece “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

En nuestra legislación civil el término familia no se encuentra definido, por lo que tenemos que acudir a los estudios doctrinales para obtener un concepto. Asimismo, su significado dependerá del ángulo en el que se enfoque, en este sentido podemos obtener un concepto desde el punto de vista sociológico, biológico, religioso, etc.; pero para nuestro estudio solamente nos resulta trascendente su acepción en sentido jurídico.

El sentido etimológico de familia “procede de la voz familia, por derivación de famulus, que a su vez deriva del osco de “famel”, que significa siervo, y más remotamente del sánscrito vama, hogar o habitación, significando, por consiguiente, el conjunto de personas y esclavos que moraban con el señor de la casa”. (5)

Conceptos en sentido jurídico se pueden encontrar tantos como autores han escrito sobre el tema, sin embargo una definición que considero que no resulta excluyente respecto a las posibilidades en que se puede constituir la familia, es la expresada por Edgard Baqueiro al establecer “... el concepto jurídico de familia responde al grupo formado por la pareja, sus ascendientes y descendientes, así como por otras personas unidas por vínculos de sangre o matrimonio o sólo civiles, a los que el ordenamiento positivo impone deberes y otorga derechos jurídicos”. (6)

Muchos autores estiman que la única relación que puede ser considerada como familia es la que se funda a través de la celebración del matrimonio y la llaman familia legítima o legal, y en cambio la que se origina por medio de la unión libre de dos personas de diferente sexo –caso del concubinato- la denominan natural o ilegítima. Postura que no comparto, debido a que la forma en que se constituye la familia es una circunstancia que no debe estar sujeta a una valoración, lo que en realidad debe apreciarse es si los sujetos que se encuentran en tal supuesto cumplen con los derechos y obligaciones inherentes a la situación familiar.

Es importante señalar que no toda unión de la pareja puede llegar a constituir familia, para que la relación humana se pueda concebir como tal,

(5) RAMOS PAZOS Rene. Derecho de Familia. Colección Manuales Jurídicos. Primera edición, p. 9; Editorial Jurídica de Chile, 1992.

(6) BAQUEIRO ROJAS Edgard / BUENROSTRO BAEZ Rosalía. Derecho de Familia y Sucesiones. p. 9; Editorial Harla. México, 1994.

se requiere además de la unión sexual, la permanencia de la relación por determinado tiempo en un ambiente de cohabitación. Por esto el legislador, consciente de la realidad social, ha procurado, paulatinamente, equiparar en cuanto a prerrogativas y obligaciones al concubinato con el matrimonio. Desde luego que la forma más optima de constituir un núcleo familiar es a través del matrimonio, por supuesto me refiero al civil, ya que de esta forma, mediante la intervención del juez del Registro Civil, se le dota una sólida base jurídica a la relación, y también, porque no decirlo, se le da un origen moral. "El ideal es la familia basada en el matrimonio, porque ella se manifiesta socialmente como el mejor ambiente —por la confluencia de obligaciones y de los fines institucionales de las distintas relaciones familiares— para la crianza y educación de los hijos. Pero ante el hecho de que también haya hijos fuera del matrimonio e hijos menores en situación de desamparo, el Derecho actual, con la nueva regulación de la filiación, con la regulación además de la adopción y del acogimiento familiar, tiende a que no haya un nacido sin familia". (7)

Debido a que la familia es considerada la institución social más universal, en una u otra forma ha existido en todos los lugares y épocas del desarrollo de la humanidad. Por consiguiente se puede decir que el origen de la familia es anterior al derecho y a la formación misma del Estado; en este sentido, considero que resulta interesante mencionar los diversos tipos de organización familiar por los que se supone ha pasado la humanidad, ya que si bien es cierto que algunos están plenamente comprobados otros no lo han podido ser. En este aspecto mucho se ha discutido acerca de las diferentes formas o etapas por las que ha pasado la familia en el devenir histórico, sin embargo, la mayoría de los autores, entre ellos, Lewis H. Morgan en su obra "La Sociedad Primitiva" y Engels en su trabajo "El origen de la Familia, de la Propiedad Privada y del Estado", basándose en estudios antropológicos, han elaborado el cuadro evolutivo de la siguiente manera:

Existió en la familia una condición originaria en la que predominaba la promiscuidad sexual espontánea dentro de la horda. Le siguió una etapa en la que predominó el matrimonio por grupos, en la que determinados grupos formaban una unidad matrimonial con relación a otros grupos, teniéndose a cualquier hombre de un grupo como esposo de cualquier mujer del otro grupo; esta forma de unión constituye ya una restricción a la libertad de relación que presumiblemente existió. Los grupos conyugales separados por generaciones representan ya la prohibición de entablar uniones sexuales entre parientes próximos, se elimina la cohabitación entre ascendientes y descendientes, se trata de la familia consanguínea. Una segunda restricción se presenta cuando se excluye la posibilidad de que se interrelacionen sexualmente hermanos y hermanas, surge

(7) PEÑA BERNALDO DE QUIROS Manuel. Ob. Cit., p. 15.

de esta manera una especie de matrimonio por grupos, cada grupo conyugal se establecía entre una serie de hermanas que comparten una serie de maridos comunes en los que se excluyen a sus propios hermanos, los hijos se consideran comunes del grupo, este tipo de organización familiar se conoce como punalúa. (8)

En una siguiente etapa evolutiva del grupo familiar, conocida como familia sindiásmica, se presenta la gestación de la pareja conyugal, en donde un hombre y una mujer mantienen relaciones exclusivas entre sí, regularmente durante un tiempo prolongado, el cual esta supeditado a la procreación y al desarrollo del nuevo ser, lapso durante el cual se le exige una estricta fidelidad a la mujer, en contraposición el hombre es libre de relacionarse con otras mujeres; estas uniones pueden disolverse voluntariamente de una manera fácil, los hijos resultantes de dicha relación se consideran que pertenecen a la madre. Este tipo de organización familiar resulta de suma importancia ya que se presenta como un primer antecedente hacia la monogamia, en ésta, se presenta la unión exclusiva de un solo hombre y una sola mujer, lo que implica que se establezcan vínculos conyugales más duraderos, que ya no se pueden disolver tan fácilmente. La monogamia estableció un orden sexual en la sociedad en beneficio de la prole y del grupo social, una función primordial de la familia monogámica es dar certidumbre en cuanto a la paternidad, para que de esta manera se puedan establecer vínculos jurídicos, ya que la certidumbre de la maternidad, no presenta mayor problema puesto que viene dada por el hecho del nacimiento, a través del parto. (9)

Resumiendo, se puede decir que el origen de la familia habría sido un estado en el que imperaba la promiscuidad, a la que le habría seguido un régimen de matriarcado el cual fue sustituido por el patriarcado, dándose en este transcurso un desplazamiento de la endogamia, es decir, que la unión entre parejas se limitaba a las existentes en determinado grupo, hacia la exogamia, la cual limitó la elección de la pareja a una persona ajena al propio grupo.

En la actualidad se pueden distinguir dos clases de familia, la extensa que es aquella que se compone por la pareja y sus hijos, los ascendientes de uno o ambos de sus miembros, incluyendo a varios de los parientes hasta grados lejanos así como personas adicionales, en otras palabras, varias generaciones y extraños asimilados viven juntas como una unidad familiar; y la nuclear, producto de las sociedades industriales, que se compone exclusivamente por la pareja y sus descendientes inmediatos. (10)

(8) MONTERO DUHALT Sara. Derecho de Familia. Quinta edición, p. 3 y sig; Editorial Porrúa. S. A., México, 1992.

(9) Ob. Cit., p. 6.

(10) Ob. Cit., p. 9.

Sea cualquiera la forma de organización familiar a lo largo de la historia su principal motivación ha consistido en la necesidad de cuidar y colmar las necesidades de los hijos, todas ellas han tenido en común una noción de unidad que implica la relación entre los progenitores, y entre éstos y los descendientes, hasta que éstos sean capaces de valerse por sí mismos.

La familia se ha desempeñado en el transcurso de la historia como un factor importante en el desarrollo no sólo de los individuos que la integran, sino de la propia comunidad en la que se desenvuelve, aunque como mencioné en párrafos anteriores, diversas funciones de la familia que anteriormente eran propias, más no exclusivas, han sido cedidas paulatinamente a otras instituciones sociales. Sara Montero Duhalt, (11) establece que entre las principales funciones que aún lleva a cabo la familia se encuentran:

1. Regular las relaciones sexuales. La familia tiene el carácter de reguladora de las relaciones sexuales, ya que dentro de la familia existe una pareja cuyas relaciones se consideran lícitas, de esta forma los hijos van asimilando el rol de padre y madre.
2. La reproducción. Se presenta como una consecuencia del apartado anterior, además de ser función de la familia se convierte en una fuente de la misma, ya que mediante la procreación se consolida el núcleo familiar.
3. Función económica. Esta actividad de la familia se puede manifestar en dos vertientes: como unidad productora de bienes y servicios que se presenta cuando alguno de los miembros de la familia contribuye económicamente al seno de la misma; y como centro de consumo para satisfacer las necesidades materiales.
4. Función educativa y socializadora. Es dentro de la familia donde se moldea el carácter de los miembros más jóvenes, esto es, de los hijos, ya que el comportamiento de los miembros adultos se significa en el patrón a seguir por los seres en formación.
5. Función afectiva. La relación afectiva que se establezca entre los integrantes de la familia es esencial para el sano desarrollo físico y mental de aquellos; en este aspecto es la familia quien naturalmente tiene la primicia de cumplir con esta misión, pues esta tarea difícilmente puede ser sustituida por otra institución.

(11) MONTERO DUHALT Sara. Ob. Cit., pp. 10 y sig.

La desintegración familiar.

Mucho se ha hablado acerca de este tema, sobretodo por los tiempos inmersos en la violencia que vivimos, se le ha querido atribuir toda la problemática a la crisis familiar, argumentando que al presentarse la ruptura familiar sus miembros se encuentran confundidos y realizan actos que en otras condiciones no llevarían a cabo; sin embargo, la causa de los acontecimientos sociales que presenciamos no se le pueden achacar solamente a la familia, debido a que en los fenómenos sociales intervienen otros factores, tales como los económicos, ideológicos, religiosos, políticos, etc., por lo que no es viable acusarla de todos los males que nos aquejan.

Este asunto no es nuevo, ya se ha planteado desde hace mucho tiempo atrás, debido a que la concepción tradicional que se tenía de la familia ha ido cambiando, es decir, la familia ha evolucionado adaptándose a los cambios que marcan el entorno social. De cualquier forma, hay que reconocer que se ha producido una modificación en algunos hábitos y principios que imperaban en la concepción tradicional de la familia, los cuales le proporcionaban mayor estabilidad y unidad entre sus miembros, esto aunado al hecho de que la familia ha compartido muchas de las funciones que desempeñaba; pero estos cambios hay que entenderlos más como el resultado de la dinámica humana.

Ahora bien, al lado de los cambios que considero normales como producto de la naturaleza mutable del hombre, es un hecho innegable que sí existe el fenómeno de desintegración familiar, las causas, a las que me referiré posteriormente, son innumerables y varían de acuerdo a la condición en la que se desenvuelve cada familia; no obstante, estimo que este suceso se presenta en la sociedad en una forma no tan recurrente, por lo menos en lo que respecta a nuestro país, ya que se manifiesta como una excepción al principio que impera de la unidad familiar. Ante ésta problemática, el Estado ha tomado medidas tendientes a fortalecer la unidad familiar, consistentes en acciones de asistencia social, las cuales no resultan suficientes pero demuestran el interés que tiene el Estado en preservar la estabilidad familiar.

Galindo Garfias considera como causas que han originado el proceso de disgregación del grupo familiar las siguientes:

- a) La dispersión de los miembros de una familia por necesidades de trabajo o por razones de conveniencia personal.
- b) La inseguridad económica que sufren los individuos de escasos recursos por la gran producción industrial.

c) La falta de viviendas suficientes.

d) El control de la natalidad. -En este sentido el mencionado autor aclara- "pero sólo en cuanto tienda a eludir las responsabilidades inherentes a la paternidad y a la maternidad atendiendo a fines egoístas, contrarios a la naturaleza y a los fines mismos de la familia. Por lo contrario la decisión responsable del padre y de la madre sobre el número y espaciamiento del nacimiento de los hijos, tiene en este segundo caso una motivación completamente distinta que se supone en la hipótesis mencionada anteriormente, en primer lugar porque en tal supuesto, el control de la natalidad tiende por lo contrario a fortalecer al grupo familiar y a la prole en el sentido de ajustar el cumplimiento de esas responsabilidades que deben afrontar los progenitores frente al cumplimiento de los deberes de cuidado, educación y adecuada formación de los hijos, de acuerdo con las efectivas posibilidades y aptitudes de los padres para formar una familia debidamente instituida...". (12)

e) La insuficiencia de recursos que pueda obtener el jefe de familia, lo que puede conllevar a que los demás miembros colaboren en esta materia produciendo así un distanciamiento entre los mismos.

Julián Güitrón Fuentevilla establece que la televisión tiene efectos destructivos en la familia; el germen de muchos problemas familiares se da en forma permanente al permitir que la imagen proyectada en el televisor empiece a destruir la unidad familiar. "Si queremos una familia positiva, sana mentalmente y menores constructivos, que en un futuro sean ciudadanos ejemplares, debemos atacar el origen de los problemas familiares, que a nuestro juicio se encuentran fundamentalmente en la clase de televisión que día a día envenena más la mente de criaturas indefensas, que con sólo apretar un botón reciben el impacto, en su propio domicilio, de la destrucción". (13)

Matrimonio.

Como ya lo he expresado anteriormente, el derecho, específicamente el derecho de familia institucionaliza el reconocimiento de las dos relaciones biológicas básicas que dan origen a la familia, me refiero a la unión intersexual de la pareja, y la procreación, regulada a través de la filiación, por medio de la cual se establece la relación entre padres e hijos; al mismo tiempo ambas son el origen de las relaciones que determinan el parentesco. El matrimonio se ha significado

(12) GALINDO GARFIAS Ignacio. Derecho Civil Primer Curso. Parte General. Personas. Familia.

Novena edición, pp. 434 y 435; Editorial Porrúa S. A., México, 1989.

(13) GÜITRON FUENTEVELLA Julián. Qué es el Derecho Familiar?. Tercera edición, pp. 198 y sig;

Promociones Jurídicas y Culturales, S. C. México, 1987.

a lo largo de la historia como la institucionalización de las relaciones que tienen por base la unión intersexual. El derecho establece las condiciones mediante las cuales ha de ser legítima la unión intersexual entre un hombre y una mujer en el sentido de que ha de ser reconocida y protegida como tal. El matrimonio ha sido considerado como el pilar del derecho de familia en vista de que a partir de él se establece la constitución y desarrollo de la familia. En este sentido establece Ruggiero "El matrimonio es institución fundamental de derecho familiar, porque el concepto de familia reposa en el de matrimonio como supuesto y base necesarios. De él derivan todas las relaciones, derechos y potestades, y cuando no hay matrimonio, sólo pueden surgir tales relaciones, derechos y potestades por benigna concesión y aun así son éstos de un orden inferior o meramente asimilados a los que el matrimonio genera. La unión del hombre y la mujer sin matrimonio es reprobada por el derecho y degradada a concubinato cuando no la estima delito de adulterio o incesto; ... Una benigna extensión, limitada siempre en sus efectos, es la hecha por la ley de las relaciones de la familia legítima a las relaciones naturales derivadas de unión ilegítima y ello responde a razones de piedad y a la necesidad de hacer efectiva la responsabilidad contraída por quien procrea fuera de justas nupcias; ... Esta importancia y preeminencia que hace del matrimonio el eje de todo el sistema jurídico familiar, se revela en todo el derecho de familia y repercute aún más allá del ámbito de éste. Como la familia es la raíz del Estado y el matrimonio es el origen de aquélla, es indudable que de la sólida estructuración de este último dependerá la consistencia y robustez del organismo social; base y condición de la convivencia civil, sin el matrimonio no es concebible una organización duradera en la sociedad". (14)

Estimo que no es posible circunscribir la existencia de la familia al matrimonio, porque si bien es cierto que constituye la forma en que se le puede dotar de mayor solidez y seguridad, no es la única, en este sentido, el derecho mexicano ha ido modificando su postura, porque a partir de la Ley de Relaciones Familiares de 1917 se sustenta una postura humana en el sentido de que se considera que la familia está basada en el parentesco por consanguinidad y, especialmente en las relaciones que originan la filiación tanto legítima como natural. "Por lo tanto, el matrimonio deja de ser el supuesto jurídico necesario para regular las relaciones de la paternidad, de la maternidad y de la patria potestad, ya que tanto los hijos naturales como los legítimos resultan equiparados a efecto de reconocerles en el Código vigente los mismos derechos y someterlos a la potestad de sus progenitores". (15)

(14) RUGGIERO Roberto de. Instituciones de Derecho Civil Tomo II. Volumen II. Derecho de Obligaciones. Derecho de Familia. Derecho Hereditario. Cuarta edición, pp. 58 y 59; Instituto Editorial Reus. Madrid, 1956.

(15) ROJINA VILLEGAS Rafael. Derecho Civil Mexicano Tomo II. Derecho de Familia. Octava edición, p. 196; Editorial Porrúa S. A., México, 1993.

En el panorama histórico, donde quiera que se encuentre una forma de vida en común, una relación entre un hombre y una mujer se halla una forma de matrimonio y una familia, la evolución del matrimonio se asemeja en sus inicios a la sufrida por la familia, a la cual ya me referí; en aquélla se presume que existió también una etapa de promiscuidad a la que le siguieron las relaciones por grupos, posteriormente le siguió el matrimonio por raptó, en la que se considera a la mujer como parte del botín de guerra, se estima que los vencedores adquieren en propiedad a las mujeres que le arrebatan al enemigo, esta unión monogámica establece la determinación de la paternidad. El matrimonio por compra, en él se consolida la monogamia, adquiriendo el marido, quien goza de un poder absoluto sobre los miembros del grupo familiar, un derecho de propiedad sobre la mujer; esta forma matrimonial tuvo dos vertientes, una fue el matrimonio por servicio, en el que el novio pagaba a la familia de la mujer mediante la realización de determinadas conductas o por realizar determinadas prestaciones, y la otra fue el matrimonio por intercambio en la que se sustituye el pago por la permuta de las mujeres. El matrimonio consensual se manifiesta ya como la posibilidad de elegir pareja, debido a que se presenta la unión de un hombre y una mujer derivada solamente de su libre voluntad. (16)

En el matrimonio, dice Clemente de Diego, aparecen tres aspectos: el natural, el religioso y el civil o jurídico. En el primero, es una institución de Derecho natural, fundada en la naturaleza humana, en vista de que se establece la unión bisexual de dos personas, traduciendo un acontecimiento natural, como lo es la unión intersexual de la pareja tendiente a formar una comunidad perfecta. "Representa en este sentido el matrimonio una institución de necesidad social y de libertad en el individuo. Necesaria para la especie, que sin él no se propagaría en forma adecuada; voluntaria para el individuo, ya que no es necesario que todos los hombres se casen". Ofrece el matrimonio un aspecto religioso, porque ha imperado aún en "las religiones que niegan la espiritualidad e inmortalidad del alma, la mayoría de los pueblos han admitido la religiosidad del matrimonio" por lo que generalmente es precedido por algún tipo de ceremonia. "Tiene el matrimonio un aspecto eminentemente jurídico, puesto que da origen a una entidad social, que es centro de muchas consecuencias jurídicas," la ley "no hace otra cosa respecto a él que reconocer los efectos que de su naturaleza se derivan, y además, exigir que debidamente se acredite su celebración". (17)

Una de las características de la institución es la lucha sostenida entre la Iglesia y el Estado afirmando su derecho exclusivo a regularlo; existió

(16) MONTERO DUHALT Sara. Ob. Cit., pp. 100 y sig.

(17) CLEMENTE de Diego. Instituciones de Derecho Civil Español Tomo II. Derecho de Obligaciones. Contratos. Derecho de Familia, p. 442; Artes Gráficas. Madrid, 1959.

en el derecho Romano una especie de matrimonio consensual, que se caracterizaba por el hecho de cohabitar como casados sin que existiera de por medio alguna formalidad determinada, se denominó matrimonio por usus, se hallaba integrado por dos elementos esenciales, uno físico (deductio) que se manifiesta como una comunidad de vida y el otro constituye un factor espiritual (affectio maritalis) o comunidad espiritual, debiendo de perdurar la voluntad de crear y mantener la vida en común, dicha voluntad debía perdurar a lo largo de la relación puesto que si faltaba uno de los elementos el matrimonio desaparecía. Se presentaron también las formas matrimoniales de la confarreatio o matrimonio religioso y la coemptio que corresponde al matrimonio por compra. Al desaparecer el matrimonio religioso -confarreatio-, el poder público intervino regulando su celebración. A la caída del Imperio Romano de Occidente, paulatinamente la Iglesia asume la intervención en la celebración del matrimonio, como en los principales actos del estado civil de las personas por medio de los registros parroquiales; de esta forma el derecho canónico asume la organización del matrimonio el cual lo considera un sacramento e indisoluble. El protestantismo influye a rechazar la idea de que el matrimonio fuese un sacramento y no es sino hasta la constitución francesa de 1791 en que se declara que el matrimonio es un contrato civil, y a partir de esa fecha se empieza a propagar la idea sobre la secularización total de la legislación referente al matrimonio. (18)

Resumiendo, el matrimonio en sus orígenes se consideró como un hecho que no concernía al orden jurídico, posteriormente adquirió una regulación de carácter religiosa y posteriormente se le consideró un acontecimiento que debía encontrarse bajo la regulación del derecho.

El matrimonio a lo largo de la historia se ha caracterizado por la dualidad de las normas que pretenden regirlo, ante la coexistencia de matrimonios civiles y religiosos que pretenden regular las relaciones entre hombres y mujeres; los diversos países del mundo en el transcurso del tiempo se han inclinado hacia determinado régimen para reconocerle efectos jurídicos. Los sistemas matrimoniales son los criterios de constitución legal establecidos en los países para considerar válidamente celebrado el matrimonio. Los principales sistemas que se han dado en el derecho comparado son los siguientes:

1. Sistema de matrimonio religioso. Es aquél por virtud del cual la ley reconoce efectos únicamente al matrimonio que se celebra conforme a las reglas exclusivas de determinada religión.
2. Sistema de matrimonio civil. Este sistema establece la obligatoriedad para todos los ciudadanos de la celebración ante una autoridad del Estado y

(18) GALINDO GARFIAS Ignacio. Ob. Cit., pp. 475 y 476.

mediante un procedimiento laico, no reconociéndole efectos legales a ninguna otra forma de celebración. Este es el sistema que impera en México ya que es necesario que los pretendientes contraigan el matrimonio ante un juez del Registro Civil.

3. Sistema mixto. En él se otorga a los contrayentes la opción respecto de la forma civil o religiosa. El matrimonio celebrado con apego a la forma religiosa se reserva para quienes profesen la religión oficial o cualquier religión reconocida por el Estado; y se establece el matrimonio civil para quienes no profesen ninguna religión.

4. Sistema de matrimonio civil facultativo. Se admite la forma matrimonial religiosa y la civil, se da la libertad de elegir a los contrayentes entre una y otra forma.

5. Sistema consensual. También conocido como de libre contratación, “se considera el matrimonio como un simple contrato consensual y de Derecho de gentes,” (19) para celebrarlo no se requieren solemnidades religiosas ni civiles. “Se perfecciona con el simple consentimiento de los contrayentes, aun otorgado en forma privada, seguido de cohabitación”. (20) En varios estados de Norteamérica se conoce bajo el nombre de common law marriage, o sea, matrimonio de derecho común.

En nuestro país la disputa entre la Iglesia y el Estado para regular al matrimonio prevaleció hasta 1859, cuando el entonces presidente, don Benito Juárez promulgó una ley relativa a los actos del estado civil de las personas y la necesidad del Registro Civil, atribuyéndole al matrimonio el carácter de contrato civil y fijando los requisitos para su celebración, es decir se presenta una secularización que excluye la injerencia de la Iglesia en los actos relativos al estado civil de los individuos; la versión original del artículo 130 constitucional aludía al matrimonio considerándolo como un contrato civil con lo que se recalca la exclusión de la Iglesia en la regulación del matrimonio, a diferencia de la actual Constitución no que hace referencia al matrimonio, los Códigos Civiles de 1870 y 1884 en sus textos confirman la naturaleza civil del matrimonio.

En el Código Civil vigente no se encuentra definido el matrimonio, por lo que para obtener un concepto nuevamente tenemos que recurrir a los estudios doctrinales, teniendo en cuenta de antemano de que las diversas definiciones que podemos encontrar varían de acuerdo a la postura del autor en cuanto a la naturaleza jurídica del matrimonio, asimismo

(19) CLEMENTE de Diego. Ob. Cit., p. 447.

(20) ZANNONI Eduardo A. Derecho Civil. Derecho de Familia Tomo I. Segunda edición, p. 143; Editorial Astrea. Buenos Aires, 1993.

debemos estar conscientes de que presenta gran dificultad encontrar una definición única que sea válida para todas las épocas y lugares. Se puede señalar un concepto genérico obteniendo el siguiente: “Forma legal de constituir la familia a través de la unión de dos personas de distinto sexo que establecen entre ellas una comunidad de vida regulada por el derecho”. (21)

Las posibles clases de matrimonio, al decir de Clemente de Diego son: “Matrimonio rato. Es aquel que celebrado conforme a los preceptos canónicos, no ha sido seguido todavía de unión carnal, y consumado, es el perfeccionado con la cópula carnal. Verdadero es el celebrado realmente entre personas aptas y con todas las condiciones exigibles, a diferencia del putativo, que es el declarado nulo a virtud de un impedimento dirimente entre los cónyuges. Presuntos se llamó a los contraídos por la sola declaración de voluntad ante testigos, a la cual siguiera cópula carnal... Matrimonio público y de conciencia... según que éste se celebre con las solemnidades ordinarias o en secreto en condiciones de sigilo que impidan a los demás conocer el acto de la celebración. Matrimonios iguales o desiguales o morganáticos, según que se celebren entre personas de idéntica o distinta condición social...”. (22)

Edgard Baqueiro (23) establece que en el matrimonio deben distinguirse tres etapas:

A) La etapa prematrimonial. Que se caracteriza por un periodo de convivencia entre los futuros contrayentes conocido con el nombre de noviazgo se encuentra prevista en el ordenamiento jurídico en la regulación de los esponsales, los cuales constituyen una promesa de matrimonio hecha por escrito y que es aceptada (art. 139). Para su celebración deben reunirse los mismos requisitos establecidos para el matrimonio, a los cuales me referiré posteriormente; una característica relevante de esta figura es el hecho de que no producen obligación de contraer matrimonio ni se puede pactar pena alguna en caso de incumplimiento (art. 142). Aunque si bien es cierto que los esponsales no obligan a contraer matrimonio, si producen la obligación de pagar por los gastos que el prometido inocente hubiere hecho con motivo del matrimonio planeado, también el pago de una indemnización a título de reparación moral por parte del prometido culpable así como la devolución de obsequios. Las conductas que determina la ley para responsabilizar por el incumplimiento de los esponsales son: rehusarse sin causa justificada a contraer matrimonio o diferirlo indefinidamente así como que un prometido de un motivo grave para que el otro rehuse el matrimonio (art. 143). Se tiene

(21) MONTERO DUHALT Sara. Ob. Cit., p. 98.

(22) CLEMENTE de Diego. Ob. Cit., p. 445.

(23) BAQUEIRO ROJAS Edgard / BUENROSTRO BAEZ Rosalía. Ob. Cit., p. 42.

un año a partir de la negativa a la celebración del matrimonio para reclamar la indemnización (art. 144). En nuestro medio no existe la costumbre de realizarlos, por lo que es una figura casi sin uso.

B) La celebración propia del acto. La gran importancia que tiene el matrimonio en la sociedad por su aspecto moral, social y jurídico conlleva la necesidad de que sea la ley quien fije con todo rigor los requisitos y condiciones exigidos para contraerlo válidamente; para su existencia y validez se requieren diversos requisitos, los cuales se clasifican en requisitos de fondo y requisitos de forma. "Los requisitos de fondo son aquellas características que afectan a los sujetos o a las circunstancias de las que depende la posibilidad de realizar un matrimonio válido". (24) Y son:

I. Diversidad de sexo. Este requisito no se encuentra establecido de manera expresa, se deduce de los artículos 140, 148, 163, 168, 172, 173 y 177; que establecen el presupuesto legal de que el matrimonio se de entre un hombre y una mujer, y así tenemos que la procreación viene a ser uno de sus principales fines.

II. Pubertad legal. Se entiende por ésta la edad mínima que establece el Código Civil para poder llevar a cabo el matrimonio, se establece la edad núbil por considerarse que ya se tiene la aptitud física y suficiente discernimiento para la procreación, que es uno de los fines de la institución. Se exige para la celebración del matrimonio la edad mínima de 16 años para el hombre y de 14 en la mujer (art. 148).

III. Consentimiento. El acuerdo de voluntades de los contrayentes para celebrar entre sí el matrimonio, es un elemento esencial del acto. En primer término debe declararse en la solicitud para contraer matrimonio (art. 97) y posteriormente en el instante mismo de la celebración, (arts. 102 y 103) debiéndose manifestar necesariamente en presencia del juez del Registro Civil, el cual ha de declarar que los cónyuges quedan unidos en nombre de la sociedad y de la ley.

IV. Autorización familiar o suplencia por la autoridad judicial o administrativa. El menor de edad, es decir, quien no haya cumplido 18 años requiere para contraer matrimonio del consentimiento de quienes ejercen la patria potestad o de su tutor; de conformidad con los artículos 149, 150, 151 y 152 del Código Civil la autorización para la celebración del matrimonio entre menores será otorgada por: a) los padres; b) el padre superviviente o por el padre con quien viva el menor; c) los abuelos paternos, a falta o imposibilidad de los padres; d) los abuelos maternos, a falta o imposibilidad de los abuelos paternos; d) el tutor, a falta de padres y abuelos que ejerzan la patria potestad; e) el juez de lo familiar, a falta del tutor; f) el

(24) BAQUEIRO ROJAS Edgard / BUENROSTRO BAEZ. Rosalía. Ob. Cit., p. 55.

jefe del Departamento del Distrito Federal o supletoriamente los Delegados, cuando existiendo los ascendientes que ejerzan la patria potestad nieguen su autorización para el matrimonio, en las entidades federativas es facultad del gobernador o de los presidentes municipales. Es importante señalar que para los menores que no han alcanzado la edad de 16 años para el varón y 14 años para la mujer y en los casos en que existan causas graves y justificadas se requiere dispensa de edad que debe otorgar la autoridad administrativa.

V. Ausencia de impedimentos. Por impedimento se entiende toda prohibición establecida por la ley para la celebración del matrimonio, siendo unos dirimentes, que por su gravedad originan la nulidad del matrimonio, y otros impedientes que sólo hacen irregular el matrimonio sufriendo algunas sanciones los que lo celebran; no invalidan el matrimonio, sólo producen su ilicitud. Siguiendo la clasificación de impedimentos establecida por Clemente de Diego (25) y adecuándola a nuestro ordenamiento civil obtenemos la siguiente.

a) Impedimentos que se derivan de la incapacidad física de los contrayentes: la falta de edad (art. 156-I); la impotencia incurable para la cópula y anterior al matrimonio, embriaguez habitual, uso indebido y persistente de drogas enervantes, enfermedades incurables, contagiosas o hereditarias (art. 156-VIII).

b) Impedimentos que se derivan de falta de consentimiento: la falta del consentimiento de quien ejerza la patria potestad (art. 156-II); la disminución o perturbación de la inteligencia (art. 156-IX); el error en la persona (art. 235-I); fuerza y miedo grave, incluyendo el rapto (art. 156-VII).

c) Impedimentos por razón de parentesco: el parentesco consanguíneo en línea recta sin límite de grado, y en línea colateral hasta el tercer grado (art. 156-III); el parentesco por afinidad en línea recta sin límite de grado (art. 156-IV); y el parentesco civil entre adoptante y adoptado (art. 157).

d) Impedimentos que producen la incompatibilidad de estado: el matrimonio anterior no disuelto (art. 156-X); la tutela y la curatela, y los descendientes de éstos respectos al pupilo (art. 159).

e) Impedimentos procedentes del delito: por el adulterio de los que pretendan casarse, cuando se haya probado judicialmente, en lo civil o en lo penal (art. 156-V); el atentado contra la vida del cónyuge para contraer matrimonio con el que queda libre, haya o no habido acuerdo entre los que pretendan casarse (art. 156-VI).

f) Impedimentos de origen civil: por no haber respetado el plazo de espera en caso de segundas nupcias, en el caso de viudez, en la nulidad del matrimonio anterior y en el divorcio no culpable, en estos supuestos la mujer debe aguardar 300 días a menos que antes diera a luz un hijo (art. 158), en el divorcio voluntario ambos cónyuges deben esperar un año (art. 289); y en el divorcio causal el cónyuge culpable debe esperar dos años (art. 289).

Los requisitos de forma hacen que el matrimonio se tenga por celebrado válidamente, dichos requisitos se dividen en previos y propios a la celebración. Los requisitos previos consisten básicamente en la presentación de un escrito firmado por los interesados ante el juez del Registro Civil donde señalen: a) sus nombres, edad, domicilio y ocupación; b) los de sus padres; c) que no tienen impedimento para casarse y, d) que es su voluntad unirse en matrimonio (art. 97). El anterior escrito se hará acompañar de los siguientes documentos (art. 98): 1) acta de nacimiento o dictamen médico que compruebe que tienen la edad mínima para contraer matrimonio, se exceptuará este requisito si por el aspecto físico de los contrayentes resulta evidente que cumplen el requisito de edad; 2) constancia de la autorización del matrimonio tratándose de menores de edad; 3) declaración de dos testigos que hagan constar que los futuros esposos no tienen impedimento para casarse; 4) certificado médico prenupcial que haga constar que los pretendientes no tienen enfermedad alguna que constituya obstáculo para el matrimonio; 5) documento en el que conste el convenio que sobre los bienes de los futuros esposos se haya celebrado. Es decir, se trata de las capitulaciones matrimoniales las cuales constituyen un convenio por el que los contrayentes regularán la situación de sus bienes presentes y los que adquieran durante el matrimonio, fijando de esta manera el régimen patrimonial que imperará durante el matrimonio y aun en su disolución. 6) comprobante de la disolución de un matrimonio anterior, si es que lo hubo, y 7) certificado de dispensa si es que existió un impedimento dispensable.

El juez del Registro Civil al constatar en la solicitud y en los documentos que no existe impedimento para la celebración del matrimonio, citará para la celebración dentro de los 8 días siguientes señalando lugar, día y hora. A partir del día fijado por el juez nos encontramos ante los requisitos propios a la celebración, el lugar, día y hora para la celebración del matrimonio, deberán estar previamente señalados y en él estarán presentes ante el juez del Registro Civil: a) los pretendientes; b) dos testigos de identidad; c) los padres o tutores si se trata del matrimonio de menores; acto seguido el juez, mediante previa ratificación de las firmas de la solicitud, leerá en voz alta la solicitud y los documentos que la acompañan cuestionando si los contrayentes son las mismas personas aludidas en la solicitud, asimismo preguntará a cada contrayente si es su voluntad unirse en matrimonio y en caso afirmativo los declarará casados en nombre de la ley y de la sociedad. Posteriormente, el juez procederá a la redacción del acta que hará constar todas las formalidades verbales, a continuación firmará el acta junto a los contrayentes, los testigos y los padres o tutores, en caso de que se requiera, imprimirá las huellas digitales de los contrayentes y entregará copia del acta a los ahora esposos (arts. 100, 101, 102 y 103).

C) La etapa del estado matrimonial. Es resultado de la celebración del

acto matrimonial e implica la adquisición de derechos y deberes recíprocos entre los cónyuges, los cuales tradicionalmente se analizan en tres sentidos: efectos respecto de las personas de los cónyuges, efectos respecto de los hijos y efectos respecto de los bienes de los esposos.

1. Efectos respecto de los cónyuges:

a) El deber de cohabitación en el domicilio conyugal, siendo éste el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos disfrutan de autoridad propia y consideraciones iguales. El cumplimiento del deber de cohabitación es un supuesto esencial para la existencia de la comunidad de vida entre los consortes, en la que se sustenta el matrimonio. Los consortes sólo pueden ser eximidos por la autoridad judicial del cumplimiento de este deber, en caso de que el otro cónyuge, traslade su domicilio a país extranjero, salvo que lo haga en cumplimiento de un servicio público o social, o se establezca en un lugar insalubre o indecoroso (art. 163).

b) El deber de ayuda mutua implica el deber de socorro que ha de existir entre los esposos, siendo su contenido primordial la obligación alimentaria recíproca, que para cumplir con ésta los cónyuges deben contribuir económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos, de la forma que libremente establezcan según sus posibilidades. El monto de lo aportado a tal sostenimiento no altera la igualdad que debe existir en relación con la autoridad familiar, aun en el supuesto de que uno solo de los esposos aporte la totalidad de los gastos, ya sea por haberlo convenido así o porque se encuentre el otro imposibilitado a trabajar y carezca de bienes propios (art. 164). Este deber de asistencia implica la administración de bienes comunes, según lo establecido en las capitulaciones matrimoniales, solamente requerirá el administrador la autorización del otro para los actos de dominio, disposición y gravamen.

c) El débito carnal. El también llamado débito conyugal constituye uno de los fines del matrimonio, puesto que implica la relación sexual lícita entre los cónyuges, independientemente de que pueda conllevar o no a la procreación, la negativa constante al trato carnal entre los cónyuges se ha considerado una injuria grave por lo que puede constituir causa de divorcio. Este derecho y a la vez deber se relaciona directamente con la libertad que tienen los cónyuges de decidir de común acuerdo el número y espaciamento de los hijos (arts. 147, 156-I, 162 y 267-VI y XI).

d) El deber de fidelidad. Significa la exclusividad sexual de los cónyuges entre sí, implicando su violación un ataque a la lealtad; su transgresión es recogida en las leyes con el nombre de adulterio, el Código Civil lo considera como causal de divorcio (arts. 267-I y 269) y el Código Penal

(art. 273) lo tipifica como delito cuando el adulterio se comete en el domicilio conyugal o con escándalo. A la fidelidad le es intrínseca la necesidad de desplegar una conducta decorosa de tal forma que no implique ataques a la dignidad y a la honra del otro cónyuge. Otros efectos que produce el matrimonio son: la igualdad jurídica entre cónyuges, la emancipación de los menores de edad, la adquisición de la nacionalidad mexicana se presenta cuando un extranjero se casa con un ciudadano mexicano estableciendo su domicilio dentro de la República, derechos sucesorios al cónyuge sobreviviente, la tutela legítima del cónyuge que caiga en interdicción, la suspensión de la prescripción durante el matrimonio, las prestaciones derivadas de la seguridad social son los derechos que adquieren los cónyuges por el matrimonio.

2. Efectos respecto de los hijos:

El matrimonio produce respecto de los hijos importantes efectos que serán estudiados más ampliamente al tratar la filiación, sin embargo, para irnos adentrando en el tema los enunciaré brevemente. El principal efecto es que por el matrimonio los hijos nacidos durante su existencia tienen la certeza de ser hijos de matrimonio, no sólo de la mujer casada, sino también de su marido. En este sentido la ley crea una presunción de hijo de matrimonio, a favor de aquél, cuando se presenta el nacimiento después de 180 días contados desde la celebración del matrimonio y de los nacidos dentro de los 300 días siguientes a la fecha de la disolución del matrimonio o de la separación de los cónyuges por orden judicial (art. 324). El marido no podrá desconocer a los hijos concebidos por su mujer, ni aún alegando adulterio de la madre, sino en el caso de que pruebe haber sido físicamente imposible tener acceso carnal con su mujer durante los primeros 120 días, de los 300 que han precedido al nacimiento (art. 325). Asimismo, los hijos tienen como prueba el acta de nacimiento y con ella acreditan la calidad de hijos de matrimonio, adicionando el acta de matrimonio de sus padres (art. 340); a falta de actas se puede alegar la posesión constante de hijo nacido de matrimonio. Una vez establecida la filiación de hijo nacido de matrimonio, este último tiene derecho a alimentos, a llevar el apellido de sus padres y a participar en la sucesión hereditaria de éstos (art. 389). El matrimonio subsiguiente de los padres hace que se tengan como nacidos de matrimonio a los hijos habidos antes de su celebración, si éstos han sido reconocidos por ambos consortes (arts. 354 y 355).

3. Efectos respecto de los bienes de los esposos.

El estudio de los efectos patrimoniales o económicos comprende las donaciones antenuptiales, las donaciones entre consortes y los regímenes matrimoniales. A continuación analizaré cada uno.

a) Donaciones antenuptiales. Son los regalos, obsequios, en general los

actos de enajenación que a título gratuito, hace uno de los futuros consortes al otro, o los que hacen los terceros, a uno de ellos a ambos, antes y en razón del matrimonio (arts. 219 y 220). Tienen las siguientes características: pueden ser inoficiosas cuando son hechas por terceros en los mismos términos de las comunes, no requieren de aceptación expresa, no son revocables por sobrevenir hijos al donante, son revocables por adulterio o abandono injustificado cuando son hechas por un cónyuge, quedan sin efecto si el matrimonio no se efectúa, tienen como límite la sexta parte de la fortuna del futuro esposo que haga la donación, si se excede será inoficiosa en el excedente y, son revocables cuando son hechas por terceros a la pareja en caso de ingratitud de ambos esposos (arts. 221 a 231).

b) Donaciones entre consortes. Son aquellas que hace un cónyuge a otro durante la vigencia del matrimonio; solamente pueden realizarse si el matrimonio se contrajo bajo régimen de separación de bienes. Se caracterizan por: Ser revocables en cualquier tiempo por causa justificada a juicio del juez de lo familiar; deben ser devueltas por el cónyuge culpable, en caso de divorcio o nulidad, y conservadas por el cónyuge inocente, resultan inoficiosas por las mismas causas que las comunes y, se confirman con la muerte del donante. El destino de las donaciones efectuadas entre los esposos en caso de disolución del matrimonio, ya sea por nulidad o divorcio, es el siguiente: si uno de los esposos actuó de buena fe, éste conservará las donaciones que se le hicieron, en caso de que ambos esposos hayan procedido de mala fe, las donaciones quedaran en poder de los hijos, y en caso de no haberlos, cada esposo mantendrá lo que hubiere recibido. Tratándose de divorcio por abandono o adulterio, el cónyuge inocente conservará las donaciones, el culpable estará obligado a devolverlas (arts. 232, 233 y 234).

c) Regímenes patrimoniales del matrimonio. “por régimen patrimonial del matrimonio debemos entender el conjunto de normas que regulan todos los asuntos pecuniarios, propiedad, administración y disposición de los bienes de los cónyuges, así como los derechos y obligaciones que al respecto se generan entre ellos, y entre los cónyuges y terceros, tanto al momento de celebrarse el matrimonio, mientras dure y cuando llegare a disolverse”. (26)

Los regímenes patrimoniales del matrimonio se conocen en nuestro medio como capitulaciones matrimoniales, dichas capitulaciones constituyen uno de los requisitos previos para contraer matrimonio y es factible modificarlas durante el matrimonio. Los regímenes patrimoniales pueden ser o la sociedad conyugal, en la cual los patrimonios de los esposos se funden en uno solo siendo ambos cónyuges dueños en común de los bienes incluidos dentro de la sociedad conyugal, correspondiendo la administración a uno de ellos. Se puede establecer que la sociedad sea total o

parcial, será total cuando estén comprendidos dentro de la sociedad todos los bienes presentes y futuros de los consortes, así como los productos de los mismos; será parcial cuando se establezca distinción entre la clase de bienes que entrarán a la sociedad, exceptuando alguno de ellos, igual con respecto a los productos. O bien, la separación de bienes, en la cual cada cónyuge conserva la propiedad, administración y disfrute de sus propios bienes; los patrimonios son dos e independientes, tanto en bienes como en deudas. De la combinación de ambos puede surgir un régimen mixto en el que nos encontramos ante la presencia de bienes que pertenecen a cada esposo y, coexistiendo bienes comunes.

Del estudio de la institución matrimonial, encontramos que se desprenden los siguientes caracteres: (27)

a) Unidad. La unidad y la convivencia son atributos del matrimonio y que son necesarios para la promoción de sus fines. Este carácter está implícito, cuando aludimos a la institucionalización de la unión intersexual monogámica. Esto quiere decir que la existencia de un vínculo matrimonial subsistente impide la constitución de otro vínculo matrimonial. b) Permanencia o estabilidad. La unión matrimonial es permanente o estable en el sentido de que se contrae con la intención de que perdure y de que su estabilidad quede garantizada por la ley. Desde este punto de vista, el vínculo matrimonial es irrevocable como centro de seguridad ético y jurídico. La permanencia o estabilidad del matrimonio, no debe ser confundida con la indisolubilidad. La disolubilidad atañe a la posibilidad de que el vínculo matrimonial pueda extinguirse no obstante, de haber sido válidamente constituido, en razón de hechos naturales o circunstancias voluntarias. c) Juridicidad. El matrimonio es la unión de hombre y mujer legalmente sancionada; lo cual implica la celebración del acto, de acuerdo con las formalidades que la ley impone a los contrayentes. La ley positiva pretende que el matrimonio se constituya a través de signos exteriores, formales, que permiten captar el establecimiento de las relaciones conyugales, y a su vez que permitan ejercer un adecuado control de legalidad de la unión que pretende constituirse.

El matrimonio es una figura susceptible de disolución, aunque ésta no implica la disolución de la familia desde el punto de vista jurídico, debido a que los derechos y deberes que a partir del matrimonio vinculan al grupo familiar continúan subsistiendo. Son tres las formas legales por las que el matrimonio puede disolverse o terminar: por la muerte de uno de los cónyuges, por nulidad y por divorcio. "La nulidad existe cuando un tribunal competente ha declarado que un matrimonio, supuestamente celebrado, en realidad nunca ha existido por haber concurrido en su celebración circunstancias que han impedido que el vínculo fuese efectivamente contraído". (28)

(27) BOSSERT Gustavo A. / ZANNONI Eduardo A. Manual de Derecho de Familia. Segunda edición, pp. 55 y 56; Editorial Astrea. Buenos Aires, 1989.

(28) PUIG BRUTAU José. Ob. Cit., pp. 32 y 33.

La nulidad del matrimonio se encuentra vinculada con la presencia u omisión de ciertos requisitos de validez que debe reunir el acto matrimonial. El Código Civil señala expresamente las siguientes causas de nulidad (art. 235): 1) El error sobre la persona; 2) La existencia de impedimentos, aquí el Código se refiere al impedimento dirimente no dispensado, el cual ya fue analizado, y; 3) Ausencia de formalidades, que no sean las esenciales o solemnes. La doctrina señala las siguientes causas de nulidad, las cuales se identifican con los impedimentos: a) Vicios en el consentimiento (error en la persona, raptó, violencia). b) falta de capacidad (menores, interdictos). c) Falta de aptitud física o mental (impúber, impotencia, enfermedades, vicios). d) Parentesco consanguíneo, afín y civil. e) Incompatibilidad de estado (bigamia). f) delito. Es importante señalar que el matrimonio produce sus efectos hasta que haya sentencia que lo declare nulo, y los efectos de la misma no son retroactivos cuando haya buena fe. En cuanto a los hijos el matrimonio declarado nulo produce sus efectos todo el tiempo.

“El divorcio es el rompimiento y disolución del vínculo conyugal que une válidamente a una pareja que, mediante una sentencia, deja a sus partes en aptitud de contraer legalmente un nuevo matrimonio”. (29)

Como sabemos, el divorcio o puede ser voluntario, por mutuo consentimiento, el cual se puede ejecutar por vía administrativa o por vía judicial; o también puede ser el llamado divorcio causal, necesario o contencioso. En nuestro medio se establece como regla general el divorcio vincular, esto es, aquél que rompe el vínculo matrimonial dejando a los divorciados en aptitud de contraer nuevas nupcias; y como excepción el divorcio por separación de cuerpos, que es aquél en el que no existe libertad para contraer un nuevo matrimonio puesto que sólo suspende a los cónyuges la obligación de vivir juntos, subsistiendo las otras obligaciones derivadas del matrimonio.

Concubinato.

El concubinato es una forma de unión sexual muy antigua, a lo largo de la historia ha presentado formas diversas dependiendo de la cultura en la que se desenvuelva; pero siempre ha tenido en común una unión sexual diversa al matrimonio y en muchos aspectos semejante al mismo. En el derecho romano, establece Zannoni (30), la unión concubinaria constituyó una verdadera forma conyugal aunque considerada de rango inferior al matrimonio. En el antiguo derecho español, la unión conocida como concubinato se denominó barraganía y fue justificada para evitar la prostitución; sin embargo se puede denotar que ambas tradiciones jurídicas reconocen una poderosa influencia social que los obligó a regular algunos efectos de estas uniones de hecho.

(29)MAGALLON IBARRA Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil Tomo III. Derecho de Familia. Primera edición, p. 356; Editorial Porrúa S. A., México, 1988.

(30)ZANNONI Eduardo A. Derecho Civil. Derecho de Familia Tomo II. Segunda edición, p. 245; Editorial Astrea. Buenos Aires, 1993.

Generalmente las formas de interrelación sexual fuera del matrimonio no se encuentran reglamentadas por el derecho, caso del concubinato, que como situación de hecho el ordenamiento jurídico sólo se ocupa de algunas de las consecuencias que emergen de este tipo de uniones irregulares, en defensa de los intereses particulares de los concubinos y de los hijos surgidos de tal relación. El Código Civil para el Distrito Federal no regula las consecuencias de las uniones sexuales fuera del matrimonio, excepto cuando se dan circunstancias particulares, configurando el concubinato.

Aunque el concubinato no se encuentra definido en la ley, podemos encontrar que los elementos que integran la noción del mismo se desprenden del artículo 1635 del Código Civil; de esta forma podemos enunciar la siguiente definición. El concubinato es la unión entre un hombre y una mujer, que reciben el nombre de concubinario y concubina respectivamente, que viven juntos como si fueran cónyuges en forma constante y permanente durante un lapso mínimo de cinco años, o antes si han tenido hijos en común, siempre y cuando ambos permanezcan libres de matrimonio durante la unión.

Por lo tanto, nuestro derecho solamente reconoce determinada unión como concubinato cuando presenta los siguientes requisitos: a) Que la pareja haga vida conyugal durante cinco años, o que antes hayan nacido de dicha relación hijos en común; b) Que durante su convivencia ambos permanezcan libres de matrimonio y; c) Que se presente singularidad en la relación, esto es, que se trate de una sola concubina por concubinario.

Las uniones de hecho constituidas por parejas no casadas, son una manifestación social referente a una realidad que ha existido siempre, paulatinamente ha adquirido relevancia jurídica la unión estable de parejas, sobre todo cuando sobrevienen hijos de la unión, debido a que se exterioriza socialmente como un grupo familiar. Porque el Estado tiene interés en la protección de la familia independientemente de que ésta sea el resultado de una ceremonia matrimonial. José Puig citando a O'Callaghan, Clavería Gonsalbez y Arlene Skolnick, establece la conveniencia de distinguir las principales clases de uniones de hecho. En un primer término se distinguen los matrimonios a prueba que existen "cuando las parejas que proyectan unirse en matrimonio deciden iniciar un noviciado conyugal para asegurarse de que la realidad que les aguardan es la que ellos esperan...". En un segundo término se presenta "la unión formada por una pareja que ha de posponer el matrimonio por falta de medios económicos, y que confían que con el tiempo desaparecerán los obstáculos, que se oponen al matrimonio. Es una unión de hecho con matrimonio diferido". Y por último "la unión de hecho que merece más atención es la de una pareja que pretende vivir de manera duradera como si estuviesen casados, sin pasar por la ceremonia matrimonial..." (31)

(31) PUIG BRUTAU José. Compendio de Derecho Civil Volumen IV. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones, pp. 27 y 28; Bosch. Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1991.

Para Oscar Borgonovo, citado por Zannoni, (32) es factible distinguir entre el concubinato carencial, el sancionatorio o forzoso y el concubinato utópico. El primero es aquel que forman hombre y mujer que aunque carecen de impedimentos matrimoniales, viven en posesión de estado matrimonial careciendo, además de motivación para celebrar su matrimonio civil. El concubinato sancionatorio o forzoso hace referencia respecto de quienes –uno o ambos- reconocían impedimento de ligamen, indisoluble por divorcio vincular, y el concubinato utópico es aquel que mantienen quienes no quieren contraer matrimonio por razones filosóficas que los llevan a considerar el vínculo jurídico como una intromisión del Estado en su vida privada.

El derecho puede asumir diferentes actitudes en relación con el concubinato, las principales serían las siguientes: (33)

1. “Ignorar en lo absoluto las relaciones que nacen del concubinato, de tal manera que éste permanezca al margen de la ley, tanto para no estatuir consecuencias jurídicas por virtud del mismo, cuanto para no sancionar ni en forma civil ni penalmente dicha unión, si no existe adulterio”.
2. “Regular exclusivamente las consecuencias del concubinato, pero sólo en relación con los hijos, sin preocuparse de consagrar derechos y obligaciones entre los concubinos”. -Esta posición es la que señala el autor que ha adoptado el Código Civil, aclarando que después de la muerte de Rojina Villegas el ordenamiento jurídico ha cambiado, y trata alguna de las consecuencias del concubinato con relación a los alimentos, tanto en vida como después de muerto alguno de ellos y también la sucesión de los concubinos-.
3. “Prohibir el concubinato y sancionarlo, bien sea desde el punto de vista civil o penal, permitiendo incluso la separación por la fuerza de los concubinos”.
4. “Reconocer el concubinato y regularlo jurídicamente, para crear una unión de grado inferior a la matrimonial, concediendo derechos y obligaciones a las partes, principalmente la facultad otorgada a la concubina para exigir alimentos o heredar en la sucesión legítima”.
5. “Equiparar al concubinato que reúna ciertas condiciones con el matrimonio, para crear por virtud de la ley o de una decisión judicial, en cada caso, un tipo de unión que consagre entre los concubinos los mismos derechos y obligaciones que se conceden a los cónyuges”.

En mi particular punto de vista, estimo que si bien en un principio a raíz del Código Civil de 1928 se comenzó a reconocer la necesidad de conceder al

(32) ZANNONI Eduardo A. Ob. Cit., supra not. 30; p. 236.

(33) ROJINA VILLEGAS Rafael. Ob. Cit., pp. 363 y sig.

concubinatos determinados efectos referentes a los hijos y a la concubina, se ha ido modificando su postura para concederle al concubinario los mismos derechos que a la concubina, derechos que se han ampliado. Por lo anterior, considero que respecto al concubinatos nuestra legislación mantiene una posición ecléctica entre el reconocimiento del concubinatos y su regulación jurídica para tenerlo como una unión de grado inferior a la matrimonial, inciso 4); y su equiparación en determinados efectos con el matrimonio, inciso 5).

En nuestros Códigos Civiles de 1870 y 1884 no se encuentra disposición alguna sobre el concubinatos, no es sino hasta que el legislador de 1928 comenzó por reconocer la necesidad de conceder al concubinatos algunos efectos, solamente respecto a la mujer y en relación con los hijos. Con las siguientes palabras los legisladores expresaron su pensamiento en la exposición motivos del citado Código. "Hay entre nosotros, sobre todo en las clases populares, una manera peculiar de formar la familia: el concubinatos. Hasta ahora se habían quedado al margen de la ley los que en tal estado vivían; pero el legislador no debe de cerrar los ojos para no darse cuenta de un modo de ser generalizado en algunas clases sociales, y por eso en el anteproyecto se reconoce que produce algunos efectos jurídicos el concubinatos, ya en bien de los hijos, ya en favor de la concubina, que al mismo tiempo es madre, y que ha vivido por mucho tiempo con el jefe de familia. Estos efectos se producen cuando ninguno de los que viven en concubinatos es casado, pues se quiso rendir homenaje al matrimonio, que la comisión considera como la forma moral y legal de constituir la familia, y si se trata del concubinatos, es, como se dijo antes, porque se encuentra muy generalizado, hecho que el legislador no debía ignorar". Posteriormente, después de haber sufrido reformas en su articulado, el Código Civil concede al varón, los mismos derechos que a la mujer.

Para poder comprender mejor al concubinatos, es conveniente señalar las características (34) y condiciones que debe reunir el mismo para ser tomado en cuenta por el derecho, de esta forma se podrán distinguir las semejanzas y diferencias que tiene con el matrimonio. Como principales características tenemos las siguientes:

- a) Temporalidad. No es concubinatos la unión sexual circunstancial o momentánea de un hombre y una mujer. Se requiere una comunidad de vida que confiera estabilidad a la unión, nuestra legislación señala como mínimo de cinco años, a menos que antes se hubieren tenido hijos (art. 1635).
- b) Publicidad. Se desprende de uno de los elementos que nos señala el artículo 1635 del Código Civil que establece que la pareja debe vivir como si fueren cónyuges, es decir, ostentarse como consortes. Por lo anterior

(34)CHAVEZ ASECIO Manuel F. Ob. Cit., pp. 313, 314 y 315.

el concubinato ha de aparentar el matrimonio, a efecto de que socialmente se ostenten las partes como si se tratase de una unión legítima, pues el oculto no producirá efectos jurídicos.

c) Singularidad. Esto significa que sólo se ha de entablar la unión entre un hombre y una mujer a semejanza del matrimonio. Esta condición consiste en la existencia de una sola concubina por concubinario, y viceversa, un solo concubinario por concubina, puesto que si fueren varias las personas con quien vive alguno de ellos, ninguna de ellas tendrá derecho a los beneficios que establece la legislación mexicana.

d) Libres de matrimonio. Es requisito que quienes participen en la relación del concubinato se encuentren libres de matrimonio. Lo anterior se deduce del concepto de concubinato que se tiene en nuestra legislación, que señala textualmente que se considerarán concubinarios "siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato." Puesto que un matrimonio anterior, válido y subsistente durante la unión del hombre y la mujer, conformaría la figura del adulterio, y excluiría de forma inmediata el concubinato; adulterio y concubinato se excluyen.

e) Semejante al matrimonio. Esto significa que la unión de los concubinarios debe ser "como si fueran cónyuges." Se trata de un elemento de hecho consistente en la posesión de estado de concubinato; exteriormente deben vivir como si estuvieran casados, imitando la unión matrimonial.

f) Unión. La unión es consecuencia de la comunidad de lecho y domicilio. Si viven como si fueran casados, debe existir necesariamente la cohabitación entre el hombre y la mujer.

g) Capacidad. Este elemento consiste en exigir a los concubinos la misma capacidad que se requiere para contraer matrimonio, por lo que deben tener la edad núbil o pubertad legal establecida por la ley, si bien, por tratarse de una unión de hecho en la que falta la celebración de un acto jurídico, no es posible impedir la unión de hecho de quienes no alcanzan la edad mínima que exige la ley y tal minoría de edad sólo se podría hacer valer cuando se pretendieran invocar los efectos del concubinato sin tener dicha edad. Así como también se exige que la unión no se dé entre los grados de parentesco consanguíneo prohibidos, es decir, que no sea una relación incestuosa.

h) Fidelidad. En lo relativo a la fidelidad recíproca, la doctrina suele calificarla de aparente, ya que tratándose de una unión estable y singular la fidelidad también queda implicada; y así como en el matrimonio puede darse la infidelidad sin que por ello pierda su carácter de tal, del mismo modo en el concubinato puede darse la infidelidad de uno de los

concubinos. El autor en comento señala "Sin embargo, la fidelidad que consiste en el cumplimiento de un compromiso habido entre ambos no se da, porque en el concubinato no existe compromiso de permanencia e indisolubilidad, es una unión libre, de hecho, que puede terminarse voluntariamente, o arbitrariamente inclusive, por cualquiera de ellos. La fidelidad a la que se refieren los autores, es aquella que se castiga con el adulterio en el matrimonio, y que se supone implícita en el concubinato, pero en nuestro Derecho la infidelidad no está sancionada como adulterio en el concubinato".

En la actualidad nuestro Código Civil le reconoce al concubinato las siguientes consecuencias jurídicas:

a) Derecho a alimentos. El artículo 302 del Código Civil establece la obligación alimenticia recíproca entre concubinos, a semejanza de la obligación establecida entre cónyuges. Asimismo, la concubina y el concubinario tienen derecho a recibir alimentos, en la sucesión testamentaria de la persona con quien el testador vivió como si fuera su cónyuge, en concubinato, durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o con quien tuvo hijos siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato y que el superviviente esté impedido para trabajar y no tenga bienes suficientes; este derecho sólo subsistirá si el acreedor alimentario no ha contraído nupcias y si observa buena conducta. Si hubieren sido varias las personas con las que vivió el testador como si fueran su cónyuge, ninguna gozará del derecho a alimentos (art. 1368-V).

b) Derechos sucesorios iguales a los de los cónyuges. La concubina y el concubinario tienen derecho a heredarse recíprocamente, aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge, siempre que hayan cumplido con los requisitos establecidos para el concubinato y que haya habido singularidad en la pareja, puesto que en caso contrario ninguno de ellos heredará (art. 1635).

c) Presunción de paternidad del concubinario respecto de los hijos de la concubina. El concubinato da lugar a que se presuman hijos del concubinario y de la concubina, los hijos concebidos por ésta, durante el tiempo en que vivieron juntos, habitando bajo el mismo techo (art. 382). Asimismo, se presumen hijos del concubinario y de la concubina, los nacidos después de 180 días contados desde que comenzó el concubinato y los que nazcan dentro de los 300 días siguientes a aquel en que cesó la cohabitación entre la pareja (art. 383). Una vez establecida la paternidad a través del ejercicio de la acción de investigación de la paternidad, se concede a los hijos surgidos del concubinato, el derecho a llevar el apellido del padre y de la madre, el de percibir alimentos y el de adquirir la porción hereditaria en la sucesión en la forma fijada por la ley (art. 389).

Otros efectos del concubinato son los consagrados en algunas leyes de seguridad social, trátese de la ley del Seguro Social, en la del ISSSTE, en la ley Federal del Trabajo, en la ley del INFONAVIT, etc., que le conceden determinadas prestaciones a la concubina, por lo que se puede decir que no consagran la amplitud de efectos que le concede el Código Civil al concubinato, puesto que en el ordenamiento civil se reconocen efectos a favor de la mujer y del hombre.

La postura de que el ordenamiento jurídico le reconozca determinados efectos al concubinato no significa trastocar las bases de la sociedad ni del Estado, puesto que hay que partir del principio indiscutible de que el derecho regula el comportamiento de los hombres, por lo que debe reconocer la conducta sexual de los mismos para normar una comunidad de vida permanente, tanto física como espiritual, por lo que resultaría injusto considerar como supuesto único de las relaciones familiares al matrimonio. El legislador lejos de fomentar las uniones extramatrimoniales, se limita a reconocer la existencia de esta realidad, ante la cual no puede mantenerse ajeno. Resulta necesario precisar que no puede ser considerado concubinato la unión sexual circunstancial o transitoria entre un hombre y una mujer, en este sentido la mayoría de las legislaciones reconocen ciertos efectos a la vida en común que se prolonga por determinado tiempo, asimismo se requiere que ninguno de los concubinos sea casado.

Las causas que pueden dar origen al concubinato pueden variar mucho de acuerdo al país y según la circunstancia social por la que atraviese, no obstante lo anterior, estimo que en México se puede establecer que las causas económicas influyen determinadamente en la constitución de estas uniones de hecho, puesto que algunos sectores de la población se inclinan a apartarse del establecimiento de una relación que crea cargas y obligaciones de origen legal; también el factor cultural ejerce influencia en este aspecto, puesto que algunas tradiciones indígenas son el origen de una convivencia permanente entre hombre y mujer, sin mediar la celebración del matrimonio. Ante lo anterior, el gobierno tiende a legalizar todas las uniones libres que en el país existen, mediante la promoción de matrimonios colectivos para que de esta forma las parejas se legalicen y sus hijos se legitimen.

Para concluir, podemos señalar como diferencia fundamental entre el matrimonio y el concubinato la ausencia de solemnidades y formalidades de este último, puesto que la unión marital de un hombre y una mujer hace que surja entre ellos un vínculo jurídico, en tanto que en el concubinato la unión sólo se encuentra fincada en el hecho de vivir juntos, se trata de una realidad social. En las acertadas palabras de Rojina Villegas "Nótese que sólo hay una diferencia formal entonces entre concubinato y matrimonio: el matrimonio simplemente difiere de esta

unión en la voluntad que se ha manifestado ante el juez del Registro Civil y se ha firmado un acta, es decir, es una cuestión simplemente de formalidad. En la unión de hecho la voluntad se ha manifestado día a día, con esta ventaja sobre el matrimonio: que siendo al principio unión que en cualquier momento puede destruirse, disolverse, ha logrado permanencia, ha logrado estabilidad, es decir, hay sinceridad, hay espontaneidad en la unión. Y si esa unión tiene socialmente la importancia de ser base de una familia, si ha habido hijos, si la concubina se mantiene en una conducta igual a la de la esposa, no vemos la razón por la cual no venga la ley en auxilio de ella, a reconocer determinados derechos. ... Existe ya una familia formada y el legislador no puede permanecer indiferente ante este hecho". (35)

Procreación.

La regulación jurídica del fenómeno natural de la procreación la establece el derecho por medio de la filiación. La procreación resulta de la incumbencia del derecho en cuanto que por medio de ella se presenta el surgimiento de un sujeto de derecho, que indudablemente se relacionará con la sociedad y con el Estado. Inicialmente, la filiación es un hecho biológico consistente en que una persona es engendrada o procreada por otra, se trata de un acontecimiento natural pero al mismo tiempo es una realidad reconocida y regulada por el derecho que presupone la determinación de la paternidad y de la maternidad. Esa inicial realidad biológica es recogida y regulada por el dispositivo legal, que atribuye los derechos y obligaciones entre progenitores y seres procreados, es decir, entre padres e hijos.

Por lo anterior, la relación jurídica de la filiación se establece entre los individuos a quienes el ordenamiento jurídico coloca en la situación de padre y madre y los que sitúa en la de hijos. "La procedencia de los hijos respecto a los padres, es el hecho natural que nadie podría desconocer. Por eso se afirma que la filiación, en este sentido, existe siempre, en todos los individuos. Siempre y fatalmente se es hijo de un padre y de una madre, como ley biológicamente inexorable. Se trata pues de la procreación de la especie,..." (36)

"La filiación puede definirse como la relación que existe entre dos personas, una de las cuales es el padre o la madre de la otra. Este hecho crea el parentesco..." (37)

(35)ROJINA VILLEGAS Rafael. Ob. Cit., p. 381.

(36)FUEYO LANERI Fernando. Derecho Civil Tomo VI. Derecho de Familia Volumen III. Relación Paterno-Familiar. Relación Cuasi-Familiar, p. 303; Imp. y Lito. Universo S. A. Santiago de Chile, 1959.

(37)PLANTOL Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil con la colaboración de Georges Ripert. Divorcio, Filiación, Incapacidades. Trad. De José M. Cájica Jr., p. 111 Editorial José Ma. Cájica Jr., Puebla, México, 1946.

Para Rojina Villegas "La filiación constituye un estado jurídico, en cambio la procreación, la concepción del ser, el embarazo y el nacimiento, son hechos jurídicos. El estado jurídico consiste en una situación permanente de la naturaleza o del hombre que el derecho toma en cuenta para atribuirle múltiples consecuencias que se traducen en derechos, obligaciones o sanciones que se están renovando continuamente, de tal manera que durante todo el tiempo en que se mantenga esa situación, se continuarán produciendo esas consecuencias". (38)

La filiación es la expresión jurídica del hecho biológico de la procreación, pero conviene aclarar desde ahora, que al lado de esta filiación biológica tenemos también la filiación adoptiva que no tiene nexo alguno con la biología. En otras palabras, las relaciones de paternidad, maternidad y filiación se pueden presentar como resultado de la naturaleza o de una manifestación de voluntad reconocida por la norma jurídica, por medio de la adopción. Cuando la filiación proviene de una relación de descendencia, nos encontramos ante la filiación consanguínea, la cual ha sido clasificada tradicionalmente en filiación matrimonial o filiación legítima, y en filiación extramatrimonial o filiación ilegítima, atendiendo a que el nacimiento de un niño ocurra cuando exista el vínculo matrimonial entre el padre y la madre, o que por lo contrario, los progenitores no se encuentren ligados entre sí, por el vínculo conyugal.

Históricamente, el tratamiento a los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio se ha caracterizado por la distinción en los efectos entre estos dos tipos de filiación. En la filiación ilegítima se hacía todavía una subdistinción, que tenía en cuenta la situación de los progenitores al momento de la procreación. Se llamaba filiación natural a aquella derivada de una unión en la que los padres no tenían impedimento para casarse; y filiación no natural o espúria era aquella en la que los progenitores estaban imposibilitados para casarse, por existir entre ellos algún impedimento matrimonial. A su vez, esta filiación se dividía en adúlterina, según que alguno de los progenitores estuviera casado; sacrílega, consecuencia de una relación entre una persona con votos de castidad y religiosos, con una laica; incestuosa, se refería a los hijos habidos entre personas que fueran parientes. La filiación extramatrimonial tenía efectos menores que la matrimonial, tanto en materia de sucesión hereditaria como de relaciones familiares, puesto que sólo se establecía el vínculo entre el hijo y su progenitor, no así con los familiares de éste.

A partir de la Ley de Relaciones Familiares de 1917, se suprimen las diferencias en este sentido; el Código Civil vigente proclama una situación de igualdad entre los hijos habidos en el matrimonio y los hijos habidos fuera de él. Ambos adquieren derechos y obligaciones respecto a sus

(38) Ob. Cit., p. 601.

progenitores. A este respecto, la exposición de motivos del citado Código expresa que “Por lo que toca a los hijos, se comenzó por borrar la odiosa diferencia entre 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 puede decir que en la actualidad, la distinción entre la filiación matrimonial y la filiación extramatrimonial estriba principalmente en la forma de probar la relación de paternidad. “Es verdad que el Código no califica la legitimidad o la ilegitimidad de los hijos nacidos fuera del matrimonio; pero también es cierto que, desde el punto de vista de la prueba de la filiación, el legislador establece la distinción entre hijos nacidos de matrimonio e hijos habidos fuera de él”. (39)

Generalmente la procreación genera un vínculo biológico y un vínculo jurídico entre los progenitores y el hijo de ambos. Desde el punto de vista jurídico recibe el nombre de paternidad o maternidad cuando se le considera en cuanto a la persona del padre o de la madre, y de filiación cuando se le enfoca en cuanto a la persona del hijo.

Los vocablos paternidad –la maternidad queda comprendida en este concepto- y filiación constituyen la relación jurídica paterno-filial; Federico Puig Peña, citado por Manuel Chávez, después de señalar que hay algunos autores que sólo hacen referencia al término de filiación y otros que hacen sólo referencia a la paternidad, expresa que “en realidad, creemos 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 la otra, ya que el padre supone al hijo y no puede existir hijo sin un padre. Son, pues, los dos términos jurídicos de una misma relación. Los dos nombres de las puntas del eje paterno-filial; en una están los padres, y por ello se llama paternidad, y en la otra están los hijos y por eso se llama filiación. Pero estos términos son correlativos y tienen ante el marco legal una parificación absoluta en sus consecuencias jurídicas”. (40)

Como ya quedó asentado, la filiación existe siempre en todos los individuos, en cuanto que todos ellos son hijos de un padre y de una madre. Ahora bien, aunque si bien es cierto que biológicamente no puede haber hijos sin padre y madre, en cambio, jurídicamente sí puede haberlos,

(39) GALINDO GARFIAS Ignacio. Ob. Cit., p. 623.

(40) CHAVEZ ASENCIO Manuel F. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales. Segunda edición, p. 11; Editorial Porrúa S. A., México, 1992.

ya sea porque los padres se desconozcan, o bien porque no se hayan cubierto las formalidades y los requisitos legales para que se constituyera la relación paterno-filial.

En términos generales, los elementos constitutivos de la relación filial se encuentran integrados por la maternidad y la paternidad, pero así como la maternidad es un hecho ostensible, susceptible de prueba directa, que se encuentra determinada por el hecho del parto y la verificación de la identidad del nacido; la paternidad, al contrario, es de difícil comprobación, ya que la filiación paterna es el resultado de un sistema de presunciones. Una vez que ha quedado establecida la maternidad, un conjunto de diversas circunstancias de tiempo y lugar, permiten inferir razonablemente qué varón ha engendrado a aquella persona cuya filiación se trata de determinar.

Es posible decir que en nuestro medio la filiación puede surgir de tres maneras, ya sea por matrimonio, habida fuera de matrimonio, o surgida por la adopción. Tomarán respectivamente la denominación de filiación matrimonial, filiación extramatrimonial y filiación adoptiva. Algunos autores, entre ellos Rafael Rojina Villegas (41) y Fernando Fueyo (42) precisan que además existe la filiación legitimada, que es aquella que corresponde a los hijos que habiendo sido concebidos antes del matrimonio de sus padres, nacen durante él o éstos los reconocen antes de celebrarlo, durante el mismo, o posteriormente a su celebración. La legitimación, a la cual me referiré brevemente al hablar de la filiación extramatrimonial, más que una forma de filiación, es el medio por el que el matrimonio subsecuente de los padres hace que se tengan como nacidos de matrimonio los hijos habidos antes de su celebración. Cada tipo de filiación se establece o constituye de diferente manera, pero una vez que surge la relación jurídica paterno-filial, produce consecuencias que son recogidas y reguladas por el ordenamiento jurídico.

Debido a la gran responsabilidad que conlleva el traer a un nuevo ser a la vida, el derecho determina en la relación paterno-filial, los derechos y obligaciones que pueden generarse para cumplir satisfactoriamente con el desarrollo de los nuevos individuos. Del vínculo establecido entre padres e hijos, emanan fundamentalmente dos clases de relaciones, las personales y las patrimoniales. En las personales destaca el deber de los hijos de respetar y honrar a sus padres y demás ascendientes (art. 411), y por lo que respecta al progenitor, está obligado a la guarda, manutención y educación del menor, a su representación, teniendo el derecho de corregirlo y castigarlo mesuradamente. Respecto de los bienes del hijo, éstos se clasifican en bienes que el menor adquiere por su trabajo

(41)Ob. Cit., p. 595.

(42)Ob. Cit., supra not. 36; p. 304.

y bienes que el menor adquiere por otro título; en cuanto a los primeros pertenecen al menor en propiedad, administración y usufructo, en lo referente a los segundos, la propiedad es del hijo pero la administración corresponde al ascendiente, en cuanto a los frutos de estos tipos de bienes, legalmente le corresponde al menor la mitad y la otra a quien ejerce la patria potestad (arts. 428, 429 y 430).

Para cumplir mejor con estas tareas, se presenta el auxilio de la patria potestad que coadyuva a los padres a la misión de asistir y formar a sus hijos; concediendo autoridad a los progenitores para el cumplimiento de sus obligaciones respecto de los hijos. "La patria potestad se define como el conjunto de las facultades, que suponen también deberes, conferidas a quienes la ejercen en relación a las personas y bienes de los sujetos a ella, con el objeto de salvaguardarlas en la medida necesaria". (43) Por lo que, la patria potestad se presenta como una institución derivada y que tiene su origen en la filiación. Se establece con las finalidades de asistencia y protección a los menores no emancipados, en su provecho y beneficio, cuya filiación ha sido establecida legalmente, ya se trate de hijos nacidos de matrimonio, de hijos habidos fuera de él o de hijos adoptivos, su ejercicio corresponde a los progenitores respecto de los cuales ha quedado legalmente establecida la filiación, o a falta de aquellos la ejercerán los abuelos, en el orden que determine la ley o el juez de lo familiar.

Filiación Matrimonial.

En principio, el hijo que nace de una pareja unida en vínculo matrimonial debe considerarse como nacido de matrimonio. Por medio de la filiación matrimonial, los hijos de una mujer casada tienen la certeza de su filiación materna y gozan de la presunción de que su padre es el marido de su madre; esta presunción se conoce como *pater is est quem justae nuptiae demonstrant*, o sea, el padre es el que demuestran las justas nupcias, no obstante, esta presunción de paternidad no es absoluta, puesto que admite prueba en contrario. Tal presunción se basa en dos supuestos del matrimonio, uno, la fidelidad, es decir la exclusividad sexual que debe guardar la esposa con su marido, absteniéndose de relacionarse con otros hombres, y el otro, la aptitud del esposo para engendrar.

"Pero aunque el matrimonio es condición esencial de legitimidad, ella sola no basta. Si la legitimidad fuese discutida al hijo, entonces éste tendrá que probar: 1. El matrimonio de sus padres; 2. Su concepción durante el matrimonio o por lo menos su nacimiento, ya que la concepción

(43) PINA Rafael de. Elementos de Derecho Civil Mexicano Tomo I. Introducción, Personas, Familia. Décimo séptima edición, p. 373; Editorial Porrúa S. A., México, 1992.

pudo ser anterior, y por ficción se le declara legítimo; 3. Que fue concebido por su padre, es decir, por el marido de su madre; 4. Que nació de su madre; y 5. Que él es el nacido de aquel padre y de aquella madre. De estos hechos, tres pueden demostrarse por prueba directa, que son el matrimonio, la maternidad y la identidad del hijo...” (44)

Para que la filiación legítima se suponga, se requiere de que, por la fecha de nacimiento del hijo, se presuma que fue concebido durante el matrimonio de sus padres. Por lo tanto, son hijos de matrimonio los concebidos en el período de vida conyugal; pero no sólo basta que el hijo haya nacido durante el matrimonio para que se le tenga por hijo del marido, debido a que la ley presume que fueron concebidos durante el matrimonio, teniendo por consiguiente el beneficio de presunción de paternidad, los hijos nacidos después de 180 días de celebrado el matrimonio, y que los que nazcan dentro de los 300 días posteriores a que el vínculo matrimonial se haya disuelto (art. 324).

Los plazos legales se fijan en razón de los datos proporcionados por estudios científicos, atendiendo a que el plazo mínimo de gestación para que el producto nazca vivo y viable, no puede ser inferior de 180 días, asimismo el plazo máximo de gestación ha sido establecido en 300 días.

Hay que destacar que en contadas circunstancias el padre tiene la oportunidad de desconocer su paternidad, esta acción tomó el nombre de desconocimiento o contradicción de la paternidad, la cual tiene como objeto destruir la presunción de la paternidad del marido respecto de los hijos de su esposa. Esta situación se puede presentar cuando el hijo de su esposa haya nacido antes de los 180 días de celebrado el matrimonio; pero el marido no podrá desconocerlo si se logra probar por escrito que él sabía del embarazo de su futura esposa antes de casarse, o si se presentó al levantamiento del acta de nacimiento firmándola o asentando la declaración de no saber firmar, si al hijo de su mujer lo ha reconocido expresamente como suyo y, si el hijo nace muerto o muere antes de 24 horas (art. 328). También se puede presentar el desconocimiento de la paternidad, si se presenta el nacimiento del hijo después de transcurridos 300 días contados desde que judicialmente y de hecho tuvo lugar la separación provisional prescrita para los casos de divorcio y nulidad, pero aun en estos casos la mujer, el hijo o el tutor de éste pueden sostener que el marido es el padre (art. 327). Se plantea esta posibilidad en virtud de que después de la separación provisional es factible que haya habido intentos de reconciliación entre los que todavía son consortes, restableciendo la vida íntima entre ellos, con la probable secuela de que la mujer quede encinta; por lo que la carga de la prueba de la paternidad recaerá sobre quien afirme.

(44) CLEMENTE de Diego. Ob Cit., pp. 618 y 619.

En el supuesto de que el hijo nazca dentro de los plazos legales de gestación que determinan la presunción de paternidad, se le concede al marido la posibilidad de contradecir la paternidad, cuando pruebe que no es posible haber sido el padre del hijo que tuvo su esposa, por haber estado imposibilitado a tener acceso carnal con su mujer durante los primeros 120 días de los 300 anteriores al nacimiento (art. 325). Asimismo, se le otorga al marido la posibilidad de contradecir la paternidad, alegando adulterio de la madre cuando se le haya ocultado el nacimiento o demuestre que durante los diez meses que precedieron al alumbramiento no tuvo acceso carnal con su esposa (art. 326); lo anterior se debe relacionar con el artículo 345, que establece que "no basta el dicho de la madre para excluir de la paternidad al marido. Mientras éste viva, únicamente él podrá reclamar contra la filiación del hijo concebido durante el matrimonio".

En los casos en que el marido tenga derecho a contradecir que el nacido es hijo suyo, tendrá 60 días para ejercer la acción contados desde el nacimiento, si está 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).

Si se presenta la situación de que el marido se encuentre bajo tutela por estar incapacitado —disminución o perturbación de su inteligencia—; el ejercicio de la acción corresponde al tutor. Si el tutor no ejerciera la acción, podrá hacerlo el marido cuando haya recobrado la capacidad, dentro del plazo de sesenta días que se contarán desde el momento en que se declare que la incapacidad ha cesado (art. 331). Los herederos del marido pueden oponerse a la paternidad, en los casos en que el tutor no lo haya hecho y que el marido haya muerto sin haber recobrado su capacidad (art. 332). Los herederos del marido no podrán contradecir la paternidad del hijo nacido antes de que transcurran 180 días siguientes al matrimonio, si el marido no tuvo impedimento en vida. En caso de haber interpuesto demanda los herederos podrán continuarla, y la podrán intentar únicamente en el caso de que el marido haya estado privado de razón cuando se presentó el nacimiento del hijo, y hubiera muerto sin haberla recobrado (art. 333). Las cuestiones relativas a la paternidad respecto al hijo nacido después de 300 días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación (art. 329).

Para evitar la confusión de paternidad en los casos de segundas nupcias o matrimonios sucesivos entre el primer marido y el segundo, en el caso de que no se respete el plazo de 300 días que se establecen a la mujer para contraer nuevo matrimonio después de disuelto el primero en los casos de viudez, nulidad y divorcio, la ley señala las siguientes bases en beneficio del hijo (art. 334): a) si el hijo nace antes de los 180 días de

la celebración del segundo matrimonio y dentro de 300 días de disuelto el primero, se considera que el padre es el primer marido; b) si el hijo nace después de 180 días del segundo matrimonio, se tiene por padre al segundo marido, aunque no hayan transcurrido los 300 días de la disolución del primero, y; c) si el hijo nace después de 300 días de disuelto el primer matrimonio, pero antes de los 180 de celebrado el segundo, será considerado hijo nacido fuera de matrimonio.

La filiación de los hijos nacidos de matrimonio se prueba con las actas de nacimiento del hijo y de matrimonio de sus padres (art. 340), así como con la identidad del hijo al que se refiere el acta. En caso de que falten las actas, o si son defectuosas, incompletas o falsas, la prueba de filiación se establece por la posesión constante del estado de hijo de matrimonio (art. 341). "Se dice que una persona se halla en posesión de estado, cuando ostenta públicamente de una manera regular y constante, un estado civil (estado de hijo) que puede o no coincidir, con el que jurídicamente le pertenece". (45) Es decir, la posesión de estado de hijo es "la situación de una persona respecto a sus reales o supuestos progenitores que lo consideran o tratan como hijo". (46)

Los elementos que configuran la posesión de estado de hijo han sido señalados por la doctrina y la ley, siendo requeridos el nombre, el trato y la fama. En cuanto al nombre se necesita que al hijo haya llevado el apellido del presunto padre con anuencia de éste; en cuanto al trato, se requiere que el presunto padre lo haya tratado como a hijo nacido de su matrimonio, viviendo juntos en familia y proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento; el elemento fama se establece por el reconocimiento constante de que ha sido objeto como hijo de matrimonio por la familia del marido y en la sociedad y, que el presunto padre tenga la edad exigida para contraer matrimonio (art. 343).

Si no se reúnen los elementos de la posesión de estado, son admisibles todos los medios de prueba que la ley establece, sólo que la simple prueba testimonial no es admisible si no va acompañada de un principio de prueba escrita, de indicios o presunciones suficientes que la complementen (art. 341). Cuando se adolezca del acta de matrimonio de los padres, y ambos hubieren fallecido, o por ausencia o por enfermedad no se pueda establecer el lugar donde contrajeron matrimonio, pero se pueda demostrar que constantemente han vivido de una forma pública como esposos, se puede configurar la posesión de estado de casados que suple el acta de matrimonio (art. 342).

(45) GALINDO GARFIAS Ignacio. Ob. Cit., p. 380.

(46) BAQUEIRO ROJAS Edgard / BUENROSTRO BAEZ Rosalia. Ob. Cit., p. 181.

La ley otorga la facultad a un supuesto hijo de matrimonio de reclamar su estado de hijo cuando carezca de la partida de nacimiento y de posesión de estado de hijo, o que teniéndolos, hubiere una contradicción entre el acta de nacimiento y la posesión de estado. Corresponde a estos casos la acción para reclamar su estado de hijo de matrimonio, dicha acción, que es imprescriptible para el hijo de cuyo estado se trata y para sus descendientes, tiene por objeto obtener el título de estado del que carece.

Los demás herederos del hijo podrán intentar la acción de reclamación de estado de hijo de matrimonio, si éste murió antes de cumplir 22 años o cuando habiendo caído en demencia antes de esa edad fallece después sin recobrar la capacidad (art. 348). Estos herederos pueden continuar la acción que el hijo hubiere iniciado si ésta no ha caducado por falta de actividad procesal por más de un año (art. 349). Los acreedores, legatarios y donatarios del hijo muerto pueden excepcionalmente ejercer la acción de reclamación de estado, teniendo los mismos derechos que la ley concede a los herederos, en caso de que el hijo no haya dejado bienes suficientes para pagarles (art. 350). Para los herederos, acreedores, legatarios y donatarios la acción prescribe a los 4 años, contados desde el fallecimiento del hijo (art. 351).

Filiación Extramatrimonial.

La filiación extramatrimonial, también conocida como ilegítima o filiación natural, en términos generales, se refiere a los hijos nacidos fuera de la unión matrimonial. Para poder establecer la filiación extramatrimonial se deben resaltar dos aspectos: la maternidad que generalmente es un hecho indubitable, y la paternidad, que no es fácil de corroborar, dentro del matrimonio es sólo una presunción jurídica que proporciona certidumbre. Al respecto el artículo 360 del código Civil para el D.F. establece "La filiación de los hijos nacidos fuera del matrimonio resulta, con relación a la madre, del sólo hecho del nacimiento. Respecto al padre, sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad". Para poder establecer la filiación extramatrimonial se permite la investigación tanto de la maternidad como de la paternidad; en el primer supuesto es necesario probar el hecho del parto y la identidad entre el ser que se dio a luz y el que pretende serlo; la madre no tiene derecho de dejar de reconocer a su hijo y está obligada a que su nombre figure en el acta de nacimiento (art. 60). En lo referente a la investigación de la paternidad se puede hacer o por reconocimiento voluntario o por reconocimiento forzoso a través del juicio de investigación de paternidad.

Por medio del reconocimiento, quienes han tenido un hijo fuera del matrimonio declaran, conjunta o separadamente que lo reconocen y

aceptan como su hijo, por lo que necesariamente debe realizarse en las formas establecidas por la ley. A través del reconocimiento, una persona declara ser padre o madre de otra.

Para Jossenrand, invocado por Galindo Garfias el reconocimiento presenta los siguientes caracteres: 1. Es declarativo porque no modifica ninguna situación que ya existía antes. 2. Es un acto personalísimo, porque no puede provenir sino de los progenitores de la persona de cuya filiación se trata. 3. Se dice del reconocimiento que es individual, porque sólo produce efectos respecto del padre o de la madre que ha reconocido y no respecto del otro progenitor (art. 366). 4. Es irrevocable, porque establecido el estado de la persona de cuya filiación se trata, no puede depender de la voluntad de quien ha realizado el reconocimiento, modificar una situación jurídica creada por el reconocimiento (art. 367). 5. El reconocimiento es un acto solemne por lo que deberá hacerse necesariamente de alguno de los modos específicamente establecidos por la ley. (47)

Para efectuar un reconocimiento de hijos se establecen los siguientes requisitos: Se requiere la edad mínima para contraer matrimonio más la edad del hijo que va a ser reconocido (art. 361). El menor de edad podrá reconocer a su hijo con el consentimiento de quienes ejerzan sobre él la patria potestad o la tutela, y a falta de ellos, de la autoridad judicial (art. 362). El hombre y la mujer, aun cuando sean casados pueden reconocer al hijo habido antes de casarse, pero no tendrán derecho de llevarlo al domicilio conyugal, sin el consentimiento expreso de su cónyuge (art. 372). El reconocimiento hecho por uno de los padres sólo produce efectos respecto a él y no respecto del otro progenitor (art. 366). Nadie puede reconocer como hijo suyo al de una mujer casada, salvo que el marido lo haya desconocido y se haya declarado así en sentencia firme (art. 374); la madre deberá dar su consentimiento para que su hijo sea reconocido por un hombre, sin dicho consentimiento, el reconocimiento quedará sin efecto (art. 379).

Puede ser reconocido el hijo que no ha nacido y el que ha muerto si ha dejado descendencia (art. 364). Se requiere el consentimiento de quien va a ser reconocido, si es mayor de edad, y si quien va a ser reconocido es menor de edad, será necesario el consentimiento de su tutor, si lo tiene, o de un tutor especial que designe el juez (art. 375). Asimismo, para realizar el reconocimiento es indispensable que se realice conforme a la forma legal establecida en el ordenamiento jurídico (art. 369). Por lo tanto sólo podrá hacerse en el acta de nacimiento o en acta especial de reconocimiento, en ambos casos ante el juez del Registro Civil; mediante escritura pública ante notario; por testamento y, por confesión judicial directa y expresa.

(47) GALINDO GARFIAS Ignacio. Ob. Cit., p. 641.

El reconocimiento legalmente efectuado es irrevocable, si se realizó por testamento, el reconocimiento subsiste aunque aquél se revoque (art. 367); sin embargo, el reconocimiento, como acto jurídico, es anulable cuando se realizó por un menor de edad y se prueba que sufrió error o engaño al hacerlo, pudiendo intentar su acción hasta cuatro años después de su mayoría de edad (art. 363). “El reconocimiento como acto jurídico, es constitutivo de la prueba de la filiación por la confesión de maternidad o de paternidad que contiene. En uno y otro caso, como medio de prueba de la filiación natural, tal declaración debe expresar por lo que se refiere a la mujer, el hecho de que ha dado a luz a una determinada persona y por lo que se refiere al varón, la confesión de paternidad significa que ese varón, acepta haber engendrado a quien considera que es su hijo. Si la declaración de voluntad no coincide con la veracidad del hecho que se declara, el reconocimiento puede ser impugnado en los casos en que la ley lo establece”. (48) Se trata pues, de la contradicción del reconocimiento. El hijo puede contradecir el reconocimiento que de él se hizo cuando era menor de edad, al llegar a la mayoría tiene dos años para intentar la acción, si supo del reconocimiento con anterioridad; en caso contrario, a partir de que tuvo ese conocimiento (art. 377). El reconocimiento efectuado por un hombre puede ser contradicho por la mujer que se ha hecho cargo del cuidado del niño como hijo propio, aunque no lo haya reconocido de forma legal, le ha dado su nombre, lo ha alimentado y educado, creando de esta forma la posesión de estado de madre del menor en cuestión. El término para intentar la contradicción es de 60 días desde que tuvo noticia del reconocimiento, y tiene por efecto que la cuestión de la paternidad se resuelva en juicio (art. 378). La madre puede ejercer el derecho de impugnar el reconocimiento cuando no se haya obtenido su consentimiento para efectuarlo (art. 379). Cuando el reconocimiento efectuado a un menor de edad, se hubiere realizado en perjuicio del mismo, el Ministerio Público tendrá una acción contradictoria para impugnar tal reconocimiento. El progenitor puede contradecir el reconocimiento que ha hecho indebidamente otra persona, con el fin de que quien ha reconocido, quede excluido de la paternidad; un tercero afectado por obligaciones derivadas del reconocimiento ilegalmente efectuado, puede impugnarlo en vía de excepción. En ningún caso procede impugnar el reconocimiento por causa de herencia, para privar de ella al menor reconocido (art. 368).

En el caso de que el reconocimiento no se obtenga voluntariamente de los padres, tiene el hijo la posibilidad de establecer su filiación como nacido fuera del matrimonio a través de un juicio de investigación de paternidad o maternidad, dando lugar de esta forma al reconocimiento forzoso o judicial, en el que es preciso en un primer término reconocer la filiación respecto a la madre y, a través de ella, investigar la autoría paterna.

(48) GALINDO GARFIAS Ignacio. Ob. Cit., p. 643.

Las acciones de investigación de paternidad y maternidad, sólo pueden intentarse en vida de los padres, excepto que éstos hubieren fallecido antes de que el hijo alcance la mayoría de edad; porque en este caso, dicha acción caduca a los cuatro años transcurridos desde que el hijo ha alcanzado la mayoría de edad (art. 388).

Por su propia naturaleza la maternidad es un hecho susceptible de prueba directa, por lo que para establecer la relación filial con respecto a la madre basta con probar que una determinada mujer no casada ha dado a luz, y la identidad del producto de ese alumbramiento con el sujeto de cuya filiación se trate. El artículo 60 del Código Civil dispone que la mujer no tiene derecho de dejar de reconocer a su hijo y tiene también la obligación de que su nombre figure en el acta de nacimiento. Si al presentar al niño al Registro Civil no se proporciona el nombre de la madre, el cual nadie puede darlo sin su autorización, el niño se asentará como hijo de madre desconocida.

El ejercicio de la acción de investigación de maternidad, se concede tanto al hijo nacido fuera del matrimonio como a sus descendientes, la cual puede probarse por cualquiera de los medios de prueba ordinarios, sólo se prohíbe cuando se pretende atribuir la maternidad a una mujer casada (art. 385); pero se exceptúa el caso en el que la maternidad se deduce de una sentencia civil o criminal (art. 386).

En cuanto a la investigación de la paternidad sólo se permite en los casos establecidos por la ley (art. 382), los cuales son: a) En los casos que ha habido raptó, estupro o violación, y la época del delito coincide con la de la concepción; b) Cuando el hijo se encuentre en posesión de estado de hijo del presunto padre; c) Cuando el hijo haya sido concebido durante el tiempo en que la madre cohabitaba bajo el mismo techo con el pretendido padre viviendo maritalmente y, d) Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre. Cabe aclarar que el hecho de dar alimentos, no constituye prueba ni aún presunción de paternidad o maternidad. Tampoco puede alegarse como razón para investigar éstas (art. 387).

La filiación del hijo extramatrimonial, reconocido de forma voluntaria o como resultado de una sentencia pronunciada en el juicio de investigación, tiene como consecuencia directa crear el lazo de la filiación entre progenitor e hijo, otorgando los mismos derechos del hijo nacido de matrimonio, tanto respecto de los padres como de la familia de éstos. Por lo que tendrá derecho de: (art. 389) 1. Llevar los apellidos del que lo reconozca; 2. A ser alimentado por quien lo reconozca y, 3. A percibir la porción sucesoria y los alimentos establecidos por ley. En cuanto al derecho a percibir alimentos éste es recíproco entre padres e hijos y, por lo que respecta al derecho de heredar, se establece en forma primordial para los hijos y demás descendientes; mismo derecho que

disfrutan los padres y demás ascendientes. Indirectamente, como consecuencia del reconocimiento surge la patria potestad. Si los dos progenitores reconocieron al hijo y viven juntos, comparten tanto la patria potestad como la custodia del hijo. Si reconocen sucesivamente, tendrá la custodia el que primero reconoció. Si reconocen al mismo tiempo pero viven separados, como lo establezcan de común acuerdo, en caso de controversia el juez de lo familiar resolverá lo más conveniente para el menor. El reconocimiento puede dar lugar a la tutela legítima, en los casos en que se requiera y recaerá sobre los padres, hermanos y a falta de ambos, en los abuelos.

Por lo que respecta a la llamada filiación legitimada, que se presenta cuando se efectúa una legitimación, que para Bonnacase “es una institución en virtud de la cual se confiere a un hijo los beneficios de la filiación legítima, aún cuando sus padres no hayan sido casados en el momento de la concepción”. (49) La filiación extramatrimonial es el presupuesto para que, por medio de la legitimación se transforme la condición originaria de los hijos nacidos fuera de matrimonio para convertirlos en hijos legítimos, por medio de la vinculación jurídica de los padres a través del matrimonio.

La legitimación tiene lugar por el subsecuente matrimonio de los padres (art. 354); además del matrimonio de los padres, se requiere que éstos hayan reconocido expresamente al hijo, antes de la celebración del matrimonio, en el mismo acto de celebración o con posterioridad a él (art. 355). Se permite que sean legitimados no sólo los hijos que vivan en el momento en que se produzca la legitimación, sino que también los hijos que han fallecido y si tienen descendencia, pueden ser legitimados (art. 358).

Asimismo, se puede legitimar a los hijos no nacidos, cuando el padre al casarse, reconoce como suyo al hijo de la mujer que está encinta y con quien contrajo matrimonio, o si declara que reconoce al hijo, si aquella estuviere encinta (art. 359). Por efecto de la legitimación, los hijos nacidos fuera de matrimonio tienen los mismos derechos y obligaciones de los hijos matrimoniales, efectos que se producen desde el día en que se celebró el matrimonio de sus padres, aunque el reconocimiento haya sido posterior (art. 357).

Asistencia para la conformación de una familia.

Adopción.

Ante la imposibilidad de los individuos de engendrar vástagos, el derecho, por un lado, ofrece la alternativa de cumplir este anhelo, y por el otro, hace factible que un ser que se encuentra en el desamparo, se le brinde

(49)MAGALLON IBARRA Jorge Mario. Ob. Cit., p. 488.

la oportunidad de integrarse a un núcleo familiar. Es a través de la adopción que se establece la creación del vínculo parental, configurando de esta manera la llamada filiación adoptiva, que no es más que una imitación de la filiación consanguínea. La filiación adoptiva no supone ni la procreación ni el matrimonio de los progenitores, se genera mediante una disposición legal que vincula al adoptante y al adoptado y se regula por el ordenamiento jurídico. La también llamada filiación civil, establece entre adoptante y adoptado una relación, semejante a la que se crea entre padres e hijo legítimo.

La adopción “como la legitimación, es una ficción, sólo que la legitimación finge la legitimidad, y la adopción finge la procreación. Es, pues, la adopción una ficción jurídica, por medio de la cual se supone que una persona es hija de otra, con la cual no está unida por vínculo alguno de parentesco”. (50) Una vez surgido este tipo de filiación le resultan aplicables las normas generales sobre la filiación contenidas en la ley, con sus respectivas particularidades que más adelante se estudiarán. Basta decir por el momento, que hasta antes de la publicación el 28 de mayo de 1998 en el Diario Oficial del Decreto por el que se reforma y adiciona el Código Civil para el Distrito Federal, así como el Código de Procedimientos Civiles para el D. F., en nuestro cuerpo normativo la adopción se encontraba regulada con efectos limitados, puesto que sólo producía consecuencias entre adoptante y adoptado. Se trataba pues de la adopción simple, ahora, el objetivo de las modificaciones referidas es incorporar la institución jurídica de la adopción plena al marco normativo, conjuntamente con la adopción simple, así como una sección dedicada a la adopción internacional, lo cual sin lugar a dudas se reflejará en beneficio de la niñez desvalida y de los incapacitados mayores de edad.

El Parentesco y sus Consecuencias.

Hasta ahora, me he referido a la familia como una realidad jurídica emergente, generalmente, de hechos biológicos, tales como la unión sexual, ya sea a través del matrimonio o tratése del concubinato; y la procreación, que da lugar a la regulación de la filiación, la cual, no hay que olvidar que puede prescindir del dato biológico de la procreación, configurando de esta forma la adopción.

Pero en un sentido amplio, la familia no se constriñe sólo al núcleo formado por los cónyuges y los hijos, sino que las relaciones interdependientes y recíprocas se extienden por mandato legal entre aquellas personas que reconocen entre sí generaciones biológicas antecedentes o consecuentes que les son comunes. Socialmente se ha reconocido la existencia de vínculos familiares más allá del núcleo paterno-filial que se definen genéricamente con la noción de parentesco. De esta forma, desde la perspectiva jurídica, también constituyen familia, los parientes en línea recta ascendente y descendente sin limitación de grado y los colaterales hasta el cuarto grado.

(50) CLEMENTE de Diego. Ob. Cit., p. 648.

El parentesco se ha definido como “un estado jurídico, esto es, como la relación jurídica permanente, general y abstracta que nace del matrimonio y de la filiación, así como de la adopción”. (51) “El parentesco implica en realidad 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”. (52)

En Roma se distinguió entre el parentesco natural o cognatio y el parentesco civil o agnatio. La cognatio es el parentesco que une a las personas descendientes unas de otras (línea recta) o descendientes de un autor común (línea colateral), sin distinción de sexos. La cognatio resultaba entre los romanos del hecho natural de la generación. Este parentesco no era suficiente para formar parte de la familia civil romana, puesto que para pertenecer a ésta, se requería el título de agnado. La agnatio es el parentesco civil fundado sobre la autoridad paternal o marital, por lo que este parentesco solamente será reconocido en la línea masculina. El derecho romano tendió a conceder prerrogativas a los parientes agnados; la evolución hacia un reconocimiento de igualdad entre las dos clases de parentesco fue paulatina, y no es sino hasta la época justiniana cuando desaparece la distinción, puesto que ya el parentesco cognático es suficiente para conferir todos los derechos de familia.

El Código Civil vigente para el D.F. (art. 292) reconoce tres tipos o clases de parentesco: el de consanguinidad, el de afinidad y el civil.

1. El parentesco por consanguinidad. Es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor.

En el caso de la 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 hijo consanguíneo (art. 293).

2. El parentesco por afinidad. Se contrae por el matrimonio, entre el varón y los parientes de la mujer, y entre la mujer y los parientes del varón (art. 294). En nuestro derecho el parentesco por afinidad produce sólo consecuencias restringidas.

3. El parentesco civil. Es el que nace de la adopción simple y sólo existe entre adoptante y adoptado (art. 295).

(51)BAQUEIRO ROJAS Edgard / BUENROSTRO BAEZ Rosalia. Ob. Cit., p. 17.

(52)ROJINA VILLEGAS Rafael. Ob. Cit., p. 155.

Comúnmente se dice que son parientes aquellas personas que forman parte de un grupo familiar; se ha determinado que unas personas tienen entre sí parentesco cercano o lejano, según la medida de la relación entre ellos. “Así cuando se habla de todo un grupo, se dice de él “la parentela”, en el que se incluye a un conjunto de todo género de parientes”. (53) En este sentido, Rafael de Pina, citando a Stolfi, “aclara que la parentela y la familia, aunque algunas veces se toman como términos equivalentes, no lo son, en realidad, porque la familia es un ligamen o vínculo natural y la parentela es un ligamen o vínculo social, establecido por la ley”. Para precisar la cercanía o lejanía del parentesco, que en materia legal resulta necesario para determinar la intensidad de sus efectos, el ordenamiento jurídico establece grados y líneas de parentesco. (54)

1. El grado de parentesco está formado por cada generación que separa a un pariente de otro; de esta forma todas aquellas personas de una generación están en el mismo grado de parentesco respecto del antecesor o ascendiente.

2. La línea de parentesco se constituye por la serie de grados de parentesco o generaciones. Asimismo, la línea de parentesco puede ser recta o directa y transversal o colateral. Tanto la línea recta como la colateral, pueden ser paterna o materna, en razón de que el ascendiente sea el padre o la madre.

La línea recta de parentesco se forma por parientes que descienden unos de los otros, es decir, se compone de la serie de grados entre personas que descienden unas de otras. A su vez, la línea recta puede ser ascendente o descendente, según el punto de partida y la relación a la que se atiende. La línea recta ascendente es la que liga a una persona con su progenitor o tronco de que procede; descendente es la que liga al progenitor con los que de él proceden (art. 298). El parentesco en línea recta no tiene limitación de grados.

La línea colateral de parentesco se compone de la serie de grados que une a los parientes que tienen un progenitor común, sin que desciendan unos de otros. Se encuentra formada por dos líneas rectas que coinciden en un autor común. La línea colateral puede ser igual o desigual, atendiendo a la distancia generacional que exista entre el pariente de cada línea recta respecto del progenitor común. Estaremos en presencia de la línea colateral igual de parentesco, cuando la distancia generacional que existe entre los parientes de cada línea recta, es la misma; como sucede con los hermanos. Será desigual cuando la distancia generacional existente entre los parientes de cada línea recta sea diferente; ejemplo: cuando se trata de tíos y sobrinos.

(53)MAGALLON IBARRA Jorge Mario. Ob. Cit., p. 53.

(54)PINA Rafael de. Ob. Cit., p. 305.

La línea será paterna o materna atendiendo a que sea el padre o la madre el progenitor común; de lo anterior se desprende que naturalmente todo sujeto tendrá dos líneas de parentesco derivadas de sus progenitores, pero se puede dar el caso de personas que desconozcan sus lazos de parentesco. Por virtud del matrimonio, los individuos que nacen de dicha relación tendrán sus líneas de parentesco dobles, tanto paterna como materna. Los hijos emergentes de una relación extramatrimonial y cuya paternidad no haya sido establecida conforme a la ley, tendrán solamente parientes legales en línea materna. No obstante lo anterior, en algunas ocasiones la legislación sanciona también el parentesco natural o fuera del matrimonio cuando es conocido, para establecerlo como impedimento para contraer matrimonio. Una situación especial se presenta respecto a los hermanos, ya que pueden ser hermanos de padre y madre, que tradicionalmente se han llamado bilaterales; o hermanos de padre (consanguíneos) o hermanos de madre solamente (uterinos), es decir, medios hermanos, que también se han denominado unilaterales. Resulta necesario hacer la distinción porque las consecuencias jurídicas son diferentes con respecto a los hermanos y medios hermanos, tanto en el derecho sucesorio (arts. 1630 y 1631), como en la obligación alimentaria (art. 305) y en la tutela (art. 483-I).

Para contar los grados de parentesco, en la línea recta se cuenta el número de personas, o de generaciones que forman la línea y se excluye al progenitor común (art. 299). En la línea transversal se cuentan por el número de generaciones, subiendo por una de las líneas y descendiendo por la otra; o por el número de personas que hay de uno a otro de los extremos que se consideran, excluyendo la del progenitor o tronco común (art. 300).

Las consecuencias jurídicas del parentesco se traducen en derechos y deberes, cuya intensidad de efectos varía de acuerdo a la cercanía o lejanía del parentesco, ya que tradicionalmente se ha reconocido que los parientes más cercanos excluyen a los más lejanos. A continuación señalaré los efectos de las diferentes especies de parentesco.

1. Efectos del parentesco consanguíneo.

A) Obligación alimentaria. Una de las principales obligaciones surgida del parentesco es la asistencia, el deber de ayuda y socorro, cuya manifestación se materializa en la obligación de proporcionar alimentos. La obligación alimentaria se traduce en el deber que tiene un sujeto llamado deudor alimentario de proporcionar a otro, llamado acreedor alimentario, lo indispensable para subsistir. El cumplimiento de la obligación de dar alimentos a cargo del deudor, puede realizarse ya sea a través de una pensión en efectivo o incorporando al acreedor a su hogar. Jurídicamente los alimentos comprenden la comida, el vestido, la

habitación y la asistencia en casos de enfermedad. Respecto de los menores incluyen además, los gastos necesarios para proporcionarles educación básica y el aprendizaje de un oficio arte o profesión (art. 308). Los sujetos obligados a suministrar alimentos son todos los parientes en los grados reconocidos por la ley, y que se extienden sin limitación de grado en línea recta a los parientes consanguíneos y en línea colateral hasta el cuarto grado. La obligación alimentaria presenta las siguientes características: a) Recíproca, debido a que el obligado a darla tiene a su vez el derecho a exigirla (art. 301). b) Personal, la obligación alimentaria es personalísima por cuanto que depende exclusivamente de las circunstancias individuales del acreedor y del deudor. c) Proporcional, los alimentos han de ser proporcionales a la posibilidad de quien los da y a la necesidad de quien los recibe (art. 311). d) A prorrata, la obligación alimentaria debe prorratarse cuando son varios los obligados a dar a alimentos. e) Subsidiaria, puesto que se establece sucesivamente a cargo de los parientes más lejanos, sólo cuando los más cercanos no pueden cumplirla. f) Imprescriptible, no desaparece la obligación de prestar alimentos, por el transcurso del tiempo (art. 1160). g) Irrenunciable y tampoco puede ser objeto de transacción (art. 321). h) Incompensable (art. 2192). i) Inembargable, dada la finalidad de la obligación alimentaria, se ha considerado que el derecho a alimentos es uno de los bienes no susceptibles de embargo. j) Asegurable, por cuanto que es posible su aseguramiento mediante hipoteca, prenda, fianza o depósito de una cantidad suficiente para cubrir los alimentos (art. 317). k) Es un derecho que tiene preferencia para su pago (art. 165).

B) Sucesión legítima. A través del parentesco surge el derecho a heredar en la sucesión legítima o intestada, generándose este derecho sólo en los parentescos consanguíneo y civil. Se llama sucesión legítima, por ser la ley la que dispone la forma de liquidar el patrimonio del difunto. El ordenamiento legal se apoya en el principio de preferencia de determinados parientes para establecer el orden en que éstos heredarán al autor de la sucesión, esto es, se determina el orden atendiendo al afecto que se presume existió entre el autor y sus herederos; asimismo, otro principio que surge del supuesto afecto entre parientes es el de que los parientes más próximos excluyen a lo más lejanos. De lo anterior, en términos generales nuestro Código Civil establece el siguiente orden de preferencia de herederos: En primer orden los descendientes y el cónyuge o concubino, quienes concurren con la porción de un hijo. En segundo orden los ascendientes, el cónyuge o el concubino. A falta de descendientes y ascendientes. En tercer orden los hermanos, el cónyuge o el concubino. A falta de descendientes, ascendientes y hermanos. En cuarto orden el cónyuge o el concubino, a falta de todos los anteriores. En quinto orden los colaterales hasta el cuarto grado, si no hubiere pariente, cónyuge o concubino. En sexto orden, a falta de todos los anteriores, la beneficencia pública.

C) Nacen también del parentesco obligaciones de diversa índole, entre ellas la obligación de desempeñar el cargo de tutor legítimo. Siendo la tutela un cargo impuesto por la ley a las personas jurídicamente capaces, cuyo objeto es la protección y representación de los menores de edad que no tienen quién ejerza la patria potestad, o de los mayores incapacitados para gobernarse por sí mismos. La tutela legítima tiene lugar respecto a los menores cuando han muerto las personas a quienes corresponde el ejercicio de la patria potestad y no haya tutor testamentario, cuando se requiera nombrar tutor en caso de divorcio (art. 482). En lo referente a los menores, desempeñarán la tutela: los hermanos, prefiriéndose a los que lo sean por ambas líneas (art. 483-I); a falta o incapacidad de los hermanos, a los demás colaterales dentro del cuarto grado inclusive (art. 483-II); y si hubiere varios parientes del mismo grado, el juez elegirá entre ellos al que le pareciere más apto para el cargo, pero si el menor ha cumplido dieciséis años él hará la elección (art. 484). Cuando se trate de expósitos y abandonados, y hayan sido acogidos por algún particular o por alguna casa de asistencia, ya sea pública o privada, la ley los coloca bajo la tutela de aquél o del responsable de la institución. Ha sido un gran acierto de nuestra legislación el hacer la distinción entre los menores expósitos y abandonados. "Se considera expósito al menor que es colocado en una situación de desamparo por quienes conforme a la ley estén obligados a su custodia, protección y cuidado y no pueda determinarse su origen. Cuando la situación de desamparo se refiera a un menor cuyo origen se conoce, se considerará abandonado" (arts. 492 y 493). En el supuesto de los mayores de edad incapacitados por enfermedad o vicios, la ley contempla los casos en que tiene lugar la tutela legítima y determina un orden en el llamamiento para desempeñarla. De esta forma, los hijos mayores de edad son tutores legítimos de su padre o madre viudos, prefiriéndose en su designación al que viva con el incapaz, y si son varios, el que le parezca al juez el más apto (arts. 487 y 488). Los padres son tutores de sus hijos solteros o viudos, cuando han salido de la patria potestad si a su vez estos últimos no tienen hijos que puedan desempeñar la tutela; a falta de las personas anteriores, son llamadas sucesivamente para desempeñar la tutela legítima, el abuelo paterno, el materno, los hermanos del incapacitado y los demás colaterales (arts. 489 y 490).

El parentesco constituye un impedimento para celebrar el matrimonio entre parientes. En línea recta, el parentesco consanguíneo constituye un impedimento matrimonial entre parientes y se extiende sin limitación de grado; en la línea colateral comprende hasta el segundo grado; es decir, hasta los hermanos aunque únicamente lo sean por un progenitor, también el impedimento matrimonial se presenta en el parentesco colateral, extendiéndose hasta el tercer grado, sin embargo deja de ser impedimento al obtener autorización judicial. La ley, en razón del parentesco, establece algunas otras prohibiciones para intervenir en ciertos actos jurídicos en los que esté inmiscuido un pariente.

2. Efectos del parentesco por afinidad.

Las consecuencias de esta especie de parentesco que nace como producto del matrimonio son limitadas, puesto que los principales efectos del parentesco consanguíneo no se extienden a este tipo de parentesco, por lo que los afines no tienen derecho alimentario, no entran en la sucesión legítima ni son tomados en cuenta para la tutela. El parentesco de afinidad en línea recta sin limitación alguna, es impedimento para la celebración del matrimonio (art. 156-IV). Es importante señalar que el concubinato no produce el parentesco por afinidad.

3. Efectos del parentesco civil.

Conviene recordar que este parentesco es el que nace con motivo de la adopción simple, entre adoptante y adoptado. La adopción menos plena, tal y como se encuentra contemplada en el Código Civil para el D. F. tiene como efecto principal que el adoptado no salga de su familia natural, tampoco lo hace ingresar a la familia de su adoptante. Por medio de la adopción simple, se atribuye al adoptante la patria potestad del menor o la tutela del incapacitado, y hace que se extinga respecto de quien la ejercía anteriormente, si se trata de un menor sujeto a ella (art. 403). El adoptante adquiere la representación, la administración y la mitad del usufructo de los bienes del menor adoptado como titular de la patria potestad de éste, exceptuando los que el menor haya adquirido por su trabajo (arts. 425 y 430); en su caso, el adoptante administrará como tutor legítimo los bienes del adoptado, si éste es un incapacitado y lo representará en juicio y fuera de él. Las consecuencias del parentesco civil son similares a las de la filiación consanguínea, aunque sólo se establecen entre adoptante y adoptado. La única gran distinción con la filiación consanguínea es que ésta es un vínculo para toda la vida, en tanto que la adopción simple puede llegar a una terminación. El adoptado adquiere el derecho de usar el nombre del adoptante, lo cual se asentará en el acta respectiva, y mientras perdure el lazo jurídico de la adopción menos plena, el adoptante no puede contraer matrimonio con el adoptado o sus descendientes (arts. 157 y 402).

CAPITULO II

Generalidades sobre de la adopción

Concepto de adopción.

Etimológicamente, “la palabra adopción viene del latín adoptio, onem, adoptare, de ad y optare, desear”. (55)

“La adopción es una institución del derecho de familia fundada en un acto de voluntad del adoptante y que por medio de una sentencia judicial crea una relación de filiación asimilada en sus efectos a la filiación matrimonial”. (56)

El origen remoto de la adopción se ubica en el Código de Hamurabi, dos mil años a.c. posteriormente se transmite a los hebreos, los indios y los griegos; dichos pueblos conocieron y regularon la adopción con un aspecto eminentemente religioso. Sin embargo, es en el derecho romano donde se presenta una sistematización legal de la adopción, la cual, como ya se ha dicho, tuvo una doble finalidad: la religiosa procuraba perpetuar el culto familiar y, como finalidad política, tendía a evitar la extinción de la familia romana. Desde el primitivo derecho romano hasta la época de Justiniano se regularon dos formas de adopción: la arrogatio (adrogación) y la adoptio (adopción propiamente dicha).

La adrogación es la forma más antigua de adoptar, por medio de ella, una persona (arrogado) que no estaba sometida a ninguna potestad -sui juris- pasaba con su propia familia y patrimonio a la potestad del arrogante. Es decir, se permitía que un paterfamilias adquiriera el derecho de ejercer la patria potestad sobre otro paterfamilias. La adrogación en un principio era una forma de adopción sujeta a numerosas formalidades, dado que constituía un acto trascendental y de suma importancia, ya que implicaba colocar a un ciudadano sui juris, emancipado de toda potestad y generalmente jefe de familia, bajo la potestad de otro jefe. Por lo tanto, era necesario someterlo a varias consideraciones, tanto del punto de vista religioso como del social y político. Desde la perspectiva religiosa, se debía notificar la decisión de la futura adrogación a los pontífices, para que éstos la aprobasen, ya que la consecuencia inmediata que les afectaría, sería la desaparición de un culto familiar determinado.

Por otro lado, era necesario informar del caso a los comicios por curias a efecto de que en ellos se votase a favor o en contra de la adrogación,

(55) IBARROLA Antonio de. Derecho de Familia. Tercera edición, p. 408; Editorial Porrúa S. A., México, 1984.

(56) Enciclopedia de Derecho de Familia. Tomo I. p. 86; Editorial Universidad. Buenos Aires, 1991.

para lo cual el magistrado que presidía el comicio dirigía tres rogaciones al futuro adrogado a fin de que recapacitase sobre el hecho; si éste insistía, se procedía a votar. Si la votación resultaba positiva, el adrogado renunciaba solemnemente a su culto privado y aceptaba el perteneciente a su nuevo pater. Posteriormente se suprimieron todas estas solemnidades, bastando solamente con la autorización del emperador para poder llevar a cabo la adrogación.

El adrogado pasa bajo la autoridad paterna del adrogante y entra como agnado en su familia civil. En un principio, estuvo prohibida la adrogación del *sui juris impúber* debido a que se consideraba que carecía de la suficiente madurez para realizar un acto del tal magnitud. Sin embargo, con el transcurso del tiempo esta situación cambió, haciendo posible hacer este tipo de adrogaciones pero con características especiales; esto es, si al momento de llegar a la pubertad el adrogado consideraba que la adrogación celebrada no resultaba conveniente a sus intereses, podía dirigirse al magistrado para cancelarla y recobrar su calidad de *sui juris*, consecuentemente recuperaba la administración y disponibilidad de sus bienes.

Era necesario que el adrogado consintiera en la adrogación; también se estableció la exigencia que el adrogante hubiera cumplido sesenta años al momento de efectuar la adrogación, así como que no tuviese hijos bajo su autoridad; en cuanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio, su adrogación fue permitida en el Derecho clásico sin ninguna restricción; pero el emperador Justino hizo una excepción para los hijos naturales nacidos del concubinato, pues al mismo tiempo que prohibió adrogarlos, suprimió la legitimación, siendo esta última retomada por Justiniano.

Por lo que respecta a la adopción propiamente dicha, permitía que una persona sometida a la potestad de otro -*alieni juris*- quedaría bajo la patria potestad del adoptante. Originalmente, se requería una serie de solemnidades consistentes en tres ventas ficticias de la persona que se daba en adopción, puesto que conforme a la Ley de las XII Tablas, el paterfamilias que vendía tres veces a su hijo perdía la patria potestad sobre él. Una vez realizadas estas ventas ficticias, el adoptante reclamaba ante el pretor el derecho de ejercer la patria potestad sobre aquella persona que iba a adoptar. Tiempo después se suprimen las solemnidades, siendo suficiente una manifestación de voluntad de los dos paterfamilias, expresada ante un magistrado.

En el Derecho clásico, el adoptado sale de su familia civil, perdiendo sus antiguos derechos de agnación, para conservar únicamente la cualidad de cognado, aunque entrando a la familia civil del padre adoptivo adquiriendo éste sobre aquél la autoridad paterna, siendo modificado su nombre. En los orígenes de la adopción, el consentimiento

del adoptado no era necesario, pero en la época de Justiniano se precisó que el adoptado consintiese en la adopción, o por lo menos, que no se opusiera a la misma. El adoptante debía tener más edad que el adoptado, se estableció que la diferencia de edad debía ser la de una pubertad plena, es decir, dieciocho años. La adopción, a diferencia de la adrogación, se permitía aunque el adoptante tuviese hijos bajo su autoridad. Inicialmente, como es de suponerse, las mujeres no podían adoptar debido a que carecían de la autoridad paterna, no obstante lo anterior, con el transcurso del tiempo, se permitió que aquella pobre madre a la que se le hubieran muerto sus hijos lo hiciera. (57)

“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, incluso tampoco era sucesor o heredero... el alumnato constituía algo así como lo que hoy se llama adopción de hecho. Era por lo tanto una medida de beneficencia, realizada a favor del alumno, al contrario de la adrogación y la adopción, realizadas en Roma en beneficio del adrogante o adoptante con el fin, no tanto de dar un padre a quien carecía de él, sino de dar un hijo a aquéllos”. (58)

Bajo el imperio de Justiniano surgieron dos tipos diferentes de adopción, la adopción plena y la adopción menos plena. Su estudio será objeto del capítulo siguiente.

La mayor parte de los países han incorporado a sus legislaciones a la adopción, valorando con ello la importancia de la misma, en el doble aspecto de la utilidad que representa: social y de interés del Estado. Su utilidad social es indiscutible al cumplir una misión imponderable de protección a los seres desvalidos y al mismo tiempo favoreciendo numerosos hogares sin descendencia propia. Por otra parte, el Estado interviene cada vez más orientando y dirigiendo las relaciones particulares, al tiempo de velar por el bienestar de la sociedad; le interesa la institución porque contribuye a satisfacer una necesidad social.

Como ya quedo establecido, tanto la filiación matrimonial como la filiación extramatrimonial en sentido amplio son calificadas como filiaciones naturales o filiaciones por sangre, en tanto que la filiación adoptiva, emergente de la adopción, se califica como filiación civil o ficticia, puesto que nace solamente de la voluntad. Por medio de la adopción se recibe como hijo, cumpliendo con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes, al que no lo es naturalmente.

(57)PETIT Eugène. Tratado Elemental de Derecho Romano, pp.113 y sig.
Editora Nacional, S. A., México, 1953.

(58)ZANNONI Eduardo A. Ob. Cit., supra not. 30; p. 514.

La adopción a través de la historia ha tenido un desenvolvimiento distinto en los diversos sitios y épocas en los que se ha hecho presente. Ha sido concebida de diversas formas, atendiendo a las finalidades que pretendía cubrir. En la actualidad, la mayoría de las legislaciones le reconocen a la adopción una finalidad eminentemente tutelar o protectora de los seres que se encuentran desamparados, trátese de menores de edad o incapacitados, aún cuando éstos sean mayores de edad, tal es el caso del Código Civil para el Distrito Federal. Por lo tanto, la adopción se convierte en el medio idóneo para entablar la relación paterno-filial.

Para poder tener un concepto amplio de la institución de la adopción, resulta necesario hacer un estudio de la misma a través de las diversas definiciones que se han dado, definiciones inspiradas en distintas concepciones o ideas respecto a su naturaleza jurídica; por lo que a continuación se tratarán diversas corrientes que pretenden determinar su naturaleza jurídica. Antes de iniciar el estudio acerca de la naturaleza jurídica de la adopción, es preciso tener en cuenta que la misma ha tenido y asume características diversas en los distintos ordenamientos legislativos y en las diferentes etapas históricas en la que se considere, por lo cual no se puede llegar a una coincidencia total de criterios en lo referente a la determinación de su naturaleza jurídica.

La adopción como acto jurídico.

Antes que nada resulta necesario precisar que “El acto jurídico es una manifestación de voluntad que se hace con la intención de producir consecuencias de derecho, las cuales son reconocidas por el ordenamiento jurídico”. (59) Para la formación de los actos jurídicos se requieren ciertos elementos esenciales sin los cuales no puede llegar a existir en el mundo jurídico. Dichos elementos son: a) la voluntad; b) un objeto tanto física como jurídicamente posible, y c) la solemnidad, en los casos en que se requiera. En cuanto a los requisitos de validez que precisa para su plena eficacia tenemos: a) forma legal; b) ausencia de vicios en la voluntad; c) licitud en el objeto, motivo o fin del acto, y d) capacidad.

A continuación enunciaré diversas definiciones que apoyan esta postura.

Para Castán, mencionado por Rafael de Pina “La adopción es un acto jurídico que crea, entre el adoptante y el adoptado, un vínculo de parentesco civil del que se derivan relaciones análogas (aunque no idénticas) a las que resultan de la paternidad y filiación legítimas”. (60)

(59)ROJINA VILLEGAS Rafael. Compendio de Derecho Civil. Tomo I. Vigésima sexta edición, p. 115: Editorial Porrúa S. A., México, 1995.

(60)PINA Rafael de. Ob. Cit., p. 361.

Dusi, citado por Antonio de Ibarrola, establece que la adopción es el "Acto jurídico solemne, en virtud del cual la voluntad de los particulares, con permiso de la ley y autorización judicial, crea entre dos personas, una y otra naturalmente extrañas, relaciones análogas a las de la filiación legítima". (61) Para Aubry y Rau "la adopción es un acto jurídico que crea, entre dos personas, una relación análoga a aquella que resulta de la paternidad y de la filiación legítima". (62)

Edgard Baqueiro establece que "La adopción puede definirse como el acto jurídico de recibir como hijo, con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes, al que no lo es naturalmente". (63)

En las palabras de Fernando José Sanjurjo, invocado por Fueyo Laneri, "la adopción es un acto jurídico solemne y bilateral, que crea ciertos lazos de parentesco semejantes a los que provienen de la filiación legítima". (64)

Galindo Garfias estima que "La adopción es el acto jurídico por virtud del cual, una persona mayor de 25 años, crea por propia declaración de voluntad y previa la aprobación judicial, una relación paternofilial que lo une con un menor de edad o un incapacitado". (65)

Rojina Villegas precisa que "El parentesco por adopción resulta del acto jurídico que lleva ese nombre y que para algunos autores constituye un contrato. Por virtud del mismo se crean entre adoptante y adoptado los mismos derechos y obligaciones que origina la filiación legítima entre padre e hijo". (66) El citado autor señala que de la regulación de la adopción en el Código Civil, se desprende que nace de un acto jurídico de carácter mixto, agregando que dichos actos son aquellos en los que intervienen uno o varios particulares y uno o varios funcionarios del Estado.

En la actualidad la mayoría de los tratadistas, entre ellos Rojina Villegas, Galindo Garfias, Sara Montero, Fueyo Laneri, por citar algunos, coinciden en apuntar que indudablemente la adopción constituye un acto jurídico. Por lo tanto, enseguida señalaré las características que presenta la adopción como acto jurídico:

a) Es un acto solemne, porque para su perfeccionamiento requiere que se realice conforme a la forma procesal que señala el Código de Procedimientos Civiles.

(61) IBARROLA Antonio de. Ob. Cit., p. 408.

(62) MAGALLON IBARRA Jorge Mario. Ob. Cit., p. 500.

(63) Ob. Cit., p. 216.

(64) Ob. Cit., supra not. 36; p. 497.

(65) Ob. Cit., p. 666.

(66) Ob. Cit., supra not. 15; p. 160.

b) Es un acto plurilateral, debido a que en la adopción intervienen más de dos voluntades: la del adoptante, la del adoptado si tiene más de doce años, en caso contrario la de sus representantes legales y la de la autoridad. En el caso de las personas incapaces, será necesario su consentimiento, siempre y cuando fuese posible la expresión indubitable de su voluntad.

c) Es un acto mixto, en la medida de que intervienen tanto sujetos particulares como representantes del Estado.

d) Es un acto constitutivo, debido a que hace surgir la filiación entre adoptante y adoptado; a través de la adopción simple se origina el parentesco civil, limitándose la relación entre adoptante y adoptado. Tratándose de la adopción plena, la ley crea el parentesco consanguíneo extendiéndose la relación no sólo entre el adoptante y el adoptado, sino que inclusive abarca a los familiares del primero. Como consecuencia del lazo de filiación se generan derechos y obligaciones recíprocos, asimismo da lugar a la patria potestad que asume el adoptante.

e) Es un acto extintivo en ocasiones, porque cuando el adoptado se encontraba sujeto a la patria potestad de sus ascendientes y éstos asienten darlo en adopción, se extingue para ellos la patria potestad, la cual se transmite al adoptante (art. 403).

f) Es un acto revocable, puesto que de acuerdo a la regulación que hace el Código Civil para el Distrito Federal de la adopción simple o menos plena, se desprende que ésta puede ser revocada o impugnada, con lo cual el acto jurídico termina para todos los efectos legales (arts. 394 y 405).

g) Es un acto de interés público, puesto que se manifiesta como un medio de protección a los menores y los mayores incapacitados, teniendo consecuentemente una utilidad social que resulta del interés del Estado, por lo que éste ha creado un marco jurídico referente a la adopción.

Partiendo de la naturaleza de la adopción como acto jurídico, resulta necesario establecer la distinción entre las diferentes especies de actos. Por lo que a continuación se estudiará la adopción como contrato.

La tendencia de los tratadistas, para considerar a la adopción como un contrato, se manifestó primordialmente durante el siglo XIX en el Código de Napoleón. "Fue la época de la Revolución Francesa, del liberalismo, del Estado-gendarme... la época, también en que estuvo en auge un exagerado individualismo, que elevó a tal punto la voluntad del individuo libremente expresada, que el contrato se convirtió en ley para las partes, limitándose el Estado a cuidar que el objeto fuera lícito y no estuviera reñido con el orden público y las buenas costumbres... Como consecuencia de estas concepciones, las instituciones más diversas se fundaron en el contrato: la sociedad, la ley, la familia, etc. Y lógicamente, la adopción no pudo escapar al influjo de principios tan fuertemente sustentados". (67)

(67) Enciclopedia Jurídica Omeba Tomo I. p. 497; Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires.

Scaevola, citado por Antonio de Ibarrola, define la adopción como un “Contrato irrevocable, revestido de formas solemnes, por el cual una persona, con plena capacidad jurídica, toma bajo su protección a un extraño que, sin salir de su familia natural y conservando todos sus derechos, adquiere los de ser alimentado por el adoptante, usar su apellido y sucederlo, si así se pacta, sin perjuicio de herederos forzosos, si los hubiere”. (68)

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”. (69)

Baudry-Lacantinerie considera que la adopción “es un contrato solemne, en el cual el ministro es el juez de paz”. Por su parte Colin y Capitant sostienen que es “un acto jurídico (generalmente un contrato) que crea entre dos personas relaciones ficticias y puramente civiles de paternidad y de filiación”. Zachariae la define como “el contrato jurídico que establece entre dos personas, que pueden ser extrañas la una de la otra, vínculos semejantes a aquellos que existen entre el padre o madre unidos en legítimo matrimonio y sus hijos legítimos”. (70)

Josserand señala que “la adopción es un contrato, que produce relaciones puramente civiles de paternidad o maternidad”. (71)

En un principio, al considerarse la adopción como un contrato, el Código de Napoleón disponía que era necesario el asentimiento del adoptado, por lo que los menores de edad no podían ser adoptados por ser civilmente incapaces y no poder prestar su asentimiento, posteriormente esta situación se reformó. “Tales concepciones fundadas en el contrato no perduraron. Con la crisis del individualismo, propia de nuestro siglo, y el paralelo auge del intervencionismo estatal, muchas de las figuras jurídicas en las que se basaba en el contrato han debido ser estudiadas a la luz de nuevos principios. Lo mismo aconteció con la adopción. Actualmente se fundamenta la institución teniendo en cuenta la importancia de la intervención estatal, sin olvidar el papel que a la vez juega la voluntad del individuo. Se trata, en suma, de armonizar el interés innegable del Estado con los intereses de los particulares. Tal es la tendencia de las modernas doctrinas y de las nuevas legislaciones”. (72)

Si tenemos presente que en nuestra legislación civil, el contrato es una especie del convenio; y que “Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones”. (art. 1792). Ahora bien, “Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos”. (art. 1793). Por lo tanto el contrato es un acto jurídico bilateral, una manifestación exterior de voluntad, tendiente a la producción de efectos de derecho sancionados por la ley. Es una doble manifestación de voluntad, la de los contratantes que se ponen de acuerdo.

(68)Ob. Cit., p. 409.

(69)Ob. Cit., p. 220.

(70) Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob. Cit., p. 497.

(71)Citado por Ignacio Galindo Garfias. Ob. Cit., p. 655.

(72) Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob. Cit., p. 497.

Refutando esta tesis, Sara Montero señala el argumento según el cual, "Si por contrato entendemos el convenio que crea o transmite consecuencias jurídicas (art. 1793 CC) en el cual las partes pueden poner las cláusulas que crean convenientes... (art. 1839) de acuerdo con el principio de la autonomía de la voluntad, base de los contratos, la adopción no tiene naturaleza contractual, pues en ella no impera el principio de la autonomía de la voluntad". (73) Abundando en este sentido, Rafael de Pina expresa: "Las disposiciones legales vigentes sobre esta materia son tan claras que, ciertamente, no permiten que la tesis contractualista encuentre en ellas la menor justificación, por lo que resulta extraño que haya quienes la defiendan". (74)

También se le ha querido ver a la adopción como un acto de poder estatal, los seguidores de esta corriente descansan su tesis en razón de que el vínculo jurídico entre adoptante y adoptado, sólo podrá ser posible en la medida en que haya sido aprobado por la autoridad judicial. "Sin embargo, no puede aceptarse este punto de vista, porque si bien es verdad que el decreto del Juez de lo Familiar que aprueba la adopción es un elemento esencial para la creación de ese vínculo jurídico, debe observarse que la voluntad del adoptante es un elemento esencial, previo y necesario para que tenga lugar el pronunciamiento judicial y por otra parte es necesario que los representantes del adoptado, convengan en la creación de ese vínculo jurídico paterno filial". (75)

La adopción como institución jurídica.

Esta corriente surge en contraposición a la contractual, como resultado de la búsqueda de un concepto más amplio y menos falible, en el que pudiera reposar la adopción.

"Una institución jurídica es un conjunto de normas de igual naturaleza que regulan un todo orgánico y persiguen una misma finalidad". (76)

La adopción ha sido definida por Belluscio como "la institución en virtud de la cual se crea entre dos personas un vínculo similar al derivado de la filiación". (77)

Partidario de esta tesis, José Ferri expresa "La adopción es una institución jurídica solemne y de orden público, por la que se crean entre dos personas que pueden ser extrañas la una de la otra, vínculos semejantes a aquellos que existen entre el padre o madre unidos en legítimo matrimonio y sus hijos". Dicho autor al explicar su definición sostiene que

(73) Ob. Cit., p. 324.

(74) Ob. Cit., p. 366.

(75) GALINDO GARFIAS Ignacio. Ob. Cit., p. 657.

(76) ROJINA VILLEGAS Rafael. Ob. Cit., supra not. 15; p. 210.

(77) WILDE Zulema D. La Adopción Nacional e Internacional, p. 65; Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1996.

“la idea de contrato ya no cuenta en la época actual, por cuanto en la adopción todo se halla reglamentado por la ley: requisitos, efectos, formas, etc., de manera que la autonomía de la voluntad se restringe considerablemente”. “Se trata también de una institución solemne y de orden público, por cuanto al crear y modificar relaciones de parentesco, roza el interés del Estado y compromete el orden público. El Estado interviene por intermedio del Poder Judicial, siendo ello un requisito sustancial y no meramente formal del acto”. (78)

El jurista Ignacio Galindo Garfias, al concluir que la adopción constituye un acto jurídico, señala que “su función en el derecho moderno, como institución adquiere cada día un aspecto social que se funda en la necesidad de lograr en la mejor manera posible mediante el esfuerzo de los particulares y del Estado, la protección y amparo del menor en el hogar del adoptante, alejándose hoy en día la adopción de aquella concepción individualista de Portalis que fue introducida en el Código Civil francés como un contrato para 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. Ni tiene por objeto primordial actualmente emular la imagen de la naturaleza ni tampoco satisfacer los sentimientos altruistas del adoptante”. (79) El citado autor acota posteriormente que como institución, la adopción es un instrumento legal de protección de los menores e incapacitados.

A manera de conclusión podría decir que la naturaleza jurídica de la adopción constituye un acto jurídico pero, “por otro lado, no deja de ser una institución en el sentido de ser un cuerpo orgánico de disposiciones legales que establecen la forma y manera de constituirla, de llevar las relaciones jurídicas entre adoptante y adoptado y su terminación...”. (80)

En este sentido Bonnacase señala que el término adopción comprende dos cosas distintas; “por una parte, la institución de la adopción; por la otra, el acto de adopción. La institución de la adopción tiene por objeto permitir y reglamentar la creación, entre dos personas, de un lazo ficticio o, más bien, meramente jurídico de filiación legítima. El acto de adopción es un acto jurídico sometido a formas particulares, por medio del cual los interesados ponen en movimiento, a favor suyo, la institución de la adopción”. (81)

(78) Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob. Cit., pp. 497 y 498.

(79) Ob. Cit., pp. 657 y 658.

(80) CHAVEZ ASENCIO Manuel F. Ob. Cit., supra not. 40; p. 231.

(81) BONNACASE Julien. Elementos de Derecho Civil. Tomo I. Nociones Preliminares. Persona. Familia. Bienes. p. 569; Traducción Lic. José Cajica jr. Cárdenas Editor y Distribuidor. Tijuana, 1981.

Figuras afines y diferencias.

En este apartado del presente estudio considero de utilidad distinguir la adopción de otras figuras con las que guarda cierta afinidad, figuras con las cuales tiene como rasgo común afectar y generar vínculos familiares. Las figuras con las que comparte cierta similitud son la legitimación y el reconocimiento de hijos naturales. Pudiendo señalar como diferencias las siguientes: (82)

a) La adopción (simple) crea un vínculo de parentesco artificial, generando efectos entre adoptante y adoptado equiparables a los de la filiación legítima, en tanto que la legitimación y el reconocimiento de hijos naturales no hacen sino reafirmar un vínculo natural preexistente que no se encontraba civilmente reconocido.

b) La adopción (simple) puede establecerse entre personas ligadas o no por vínculos de sangre, mientras que la legitimación y el reconocimiento de hijos naturales sólo puede presentarse con personas a quienes une el lazo sanguíneo que, por el acto, adquiere eficacia civil.

c) La adopción (simple) crea un vínculo revocable, en contraposición el estado civil que se adquiere por la legitimación y el reconocimiento de hijos es irrevocable.

d) El parentesco que nace de la adopción simple es puramente civil, uniendo al adoptante y al adoptado, no extendiéndose a las familias de uno y otro. En cambio la legitimación y el reconocimiento de hijos naturales establecen un parentesco completo, con todos los derechos y obligaciones propios del mismo.

e) La adopción necesariamente es voluntaria en todos los casos, en tanto que el reconocimiento de hijos, en ciertas circunstancias puede no serlo.

Estimo que por la forma restringida en que fue acogida por tantos años en nuestra legislación civil la adopción, y por la reglamentación de la adopción simple que existe en la actualidad, se asemeja a la tutela; la cual tiene una función protectora de los menores y de las personas que no pueden valerse por sí mismas. Al referirme a la adopción como institución, expresé que era un instrumento legal de protección de los menores e incapacitados. "La adopción y la tutela en este respecto son instituciones que cumplen funciones similares, sin que la primera, tal como está organizada en nuestro derecho, pueda sustituir con ventaja a la segunda". (83)

(82) Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob. Cit., p. 498.

(83) GALINDO GARFIAS Ignacio. Ob. Cit., p. 658.

CAPITULO III Clases de adopción

Sistemas legales de adopción.

Adopción plena o legitimación adoptiva.

En Roma, en la época de Justiniano la adopción plena (adoptio plena) era la realizada por un ascendiente del adoptado; por medio de la misma se transmitían todos los derechos derivados del ejercicio de la patria potestad, por lo que el adoptado pasaba a la potestad del adoptante. En virtud de que el adoptante era un ascendiente del adoptado quedaba perfeccionada la adopción por el vínculo natural y legal. (84)

La adopción plena tiene como finalidad proteger a la infancia desvalida otorgándole el hogar que no tuvo, tomando para ello las medidas necesarias para que la filiación sea tan real, que el menor incorporado a un nuevo hogar crea que éste siempre ha sido suyo y que los adoptantes son sus padres. En la adopción plena, el adoptado se integra a la familia del adoptante como si fuese un hijo consanguíneo, se crean vínculos familiares no sólo con el adoptante sino con los demás familiares de éste, surgiendo de esta forma los efectos jurídicos que existen entre parientes consanguíneos. En otras palabras, la institución que nos ocupa otorga la calidad de hijos biológicos a los adoptados, asegurándoles con ello su reconocimiento y la aceptación familiar plena.

El objetivo primordial de la adopción plena es conceder al adoptado el estado civil de hijo consanguíneo de los adoptantes. Asimismo, confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen, por lo que el adoptado deja de pertenecer a su familia natural, extinguiendo todo parentesco con aquélla; por consiguiente, desaparece todo efecto jurídico respecto de la familia de sangre, sólo subsistiendo el impedimento de matrimonio. Es decir, se elimina el parentesco natural y normalmente se prohíbe cualquier acción de investigación de la paternidad o maternidad del adoptado.

En el derecho comparado, esta institución se encuentra destinada a mejorar las condiciones de los niños de corta edad, trátese de menores de padres desconocidos, fallecidos o abandonados, es decir, menores que se encuentren en una situación de desamparo, respondiendo de esta forma al deseo de los adoptantes que buscan niños libres de toda vinculación con su familia de sangre.

(84) Enciclopedia de Derecho de Familia. Ob. Cit., p. 88.

“Este tipo de adopción consiste en incorporar de forma definitiva e irrevocable a la familia del matrimonio adoptante a un infante abandonado, como si hubiera nacido de la pareja. Los vínculos familiares naturales quedan definitivamente rotos, y se establecen nuevos entre el menor y los miembros de la familia de los adoptantes, con todos los derechos y obligaciones recíprocos de un pariente por sangre. El registro del menor en el Registro Civil se efectúa como si el menor hubiera nacido realmente de la familia adoptante”.

“Al aceptar la adopción plena o legitimación adoptiva, los sistemas francés y español han querido dotarla de los mismos efectos de la filiación, incorporando al adoptado a la familia del adoptante, rompiendo los vínculos de sangre con la familia de origen y borrando toda diferencia con los hijos de la sangre. Por esta razón sólo se acepta en el caso de menores de siete años como máximo, abandonados o de padres desconocidos, cuya adopción sea llevada a cabo por matrimonios. Sólo puede realizarse en estas condiciones y sin posibilidad de revocación”. (85)

Como características fundamentales de la adopción plena, que imperan en la mayoría de las legislaciones en el derecho comparado que cuentan con una mayor tradición en la regulación de la misma, y que algunas fueron incluidas el 28 de mayo de 1998 en nuestra legislación civil, se pueden señalar las siguientes:

- a) La adopción plena se constituye por sentencia judicial (art. 400).
- b) Crea el estado civil de hijo consanguíneo (art. 410 A).
- c) Por regla general, sólo se puede otorgar a un matrimonio. Excepcionalmente es acto de una sola persona. Esta característica desafortunadamente no fue objeto de una disposición expresa en las recientes reformas de mayo de 1998 que experimentó nuestro Código Civil; por lo que se aplican las disposiciones generales de la adopción, que no hacen distinción alguna entre la adopción simple y la adopción plena (arts. 390 y 391).
- d) Sólo se pueden adoptar a los menores de edad que se encuentren en alguna de las situaciones previstas en la ley, ya sea que se trate de un huérfano de padre y madre, que su filiación sea desconocida o que se trate de un menor abandonado. Normalmente se admite sólo a favor de los menores de cinco años, pudiéndose extender como máximo la edad del adoptado a siete años. En otros países, debido a los efectos que produce este tipo de adopción, se busca asegurar la absoluta desvinculación entre el menor y su familia de origen, para evitar, en la medida de lo posible, que se susciten discrepancias entre la familia natural y la familia adoptiva;

(85)BAQUEIRO ROJAS Edgard / BUENROSTRO BAEZ Rosalía. Ob. Cit., pp. 221 y 222.

en cuanto a la edad del adoptado, considero que es más factible que se alcance una mayor integración entre éste y su nueva familia, cuanto menor sea la edad de aquél. Nuestro Código Civil es omiso en este sentido.

e) La adopción plena es irrevocable. Como el menor entra en la familia del adoptante en carácter de hijo consanguíneo, los derechos que pudiese tener en su familia natural se extinguen (art. 410 A).

f) La adopción plena no puede ser admitida si no hay justos motivos y ventajas para el adoptado (art. 390-III).

g) Todas las tramitaciones, tanto judiciales como administrativas, y la guarda de documentos a que dé lugar, serán reservadas; salvo que los solicitantes en su demanda de adopción hayan manifestado lo contrario. Al respecto el Código Civil en su artículo 410 C dispone:

“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 impedimento 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”.

“La adopción plena, como la llama correctamente el Código Civil Español, o la impropriamente llamada legitimación adoptiva del derecho francés, es la institución que responde verdaderamente al sentir de los sujetos que optan por incorporar a su familia a un menor desamparado y, por otro lado, la que da protección humana y afectiva a los infantes necesitados de ella”. (86)

En Francia se estableció la legitimación adoptiva para remediar, en ciertos casos, los inconvenientes de la adopción simple u ordinaria, que resultan tanto de la permanencia del lazo entre el adoptado y su familia natural, como de la limitación de los efectos de la adopción en las relaciones entre el adoptante y su familia y el adoptado.

Siguiendo a Rafael de Pina, los efectos principales de la legitimación adoptiva son los siguientes (87):

a) Que el adoptado deja legalmente de pertenecer a su familia natural, sin perjuicio de dejar vivas las prohibiciones de matrimonio con los miembros de ella;

(86) MONTERO DUHALT Sara. Ob. Cit., p. 334.

(87) Ob. Cit., p. 371.

b) El adoptado tiene respecto de la familia del adoptante los mismos derechos y obligaciones que si hubiera nacido de matrimonio, convirtiéndose práctica y legalmente en pariente de los miembros de la familia del adoptante. Sin embargo, si los ascendientes del adoptante no han dado su adhesión a la adopción en forma auténtica, la obligación de alimentos no existe entre éstos y el adoptado.

De acuerdo con Josserand, la terminología legal (legitimación adoptiva) es censurable, por que las palabras adopción y legitimación son contradictorias. En realidad, lo que se ha querido expresar con la denominación de legitimación adoptiva es que el adoptado en esta forma es tratado como hijo legítimo, pues los efectos de esta forma de adopción son mucho más extensos que los de la adopción llamada clásica -simple-. (88)

Con la finalidad de cumplir cabalmente con los fines de la adopción, y de esta forma lograr la plena satisfacción de las personas que desean adoptar incorporando a un menor a una nueva familia, a partir de 1939, en Francia, el legislador crea con el nombre de legitimación adoptiva, una forma de adopción más completa, por medio de la cual se llega a asimilar casi por completo al adoptado como un hijo legítimo; respondiendo mejor al fin perseguido por la adopción, por lo que para alcanzar ese objetivo, se han tenido que modificar los requisitos de la adopción.

“Esos términos son, por otro lado, impropios, porque la legitimación adoptiva es una adopción; una legitimación consiste, por el contrario, en la regularización del estado civil de un hijo ilegítimo. Para hacer verdaderamente del hijo adoptado el hijo de los adoptantes, para asimilar así los efectos de la legitimación adoptiva a los de la filiación legítima, ha sido necesario modificar profundamente la fisonomía de la adopción. Ha sido preciso que la legitimación adoptiva esté fundada sobre el matrimonio de los adoptantes, que sea irrevocable, que no sea posible sino para los niños de corta edad, que rompa automáticamente todo vínculo con la familia de origen; que cree, entre el hijo y las familias de los adoptantes verdaderos vínculos de parentesco”. (89)

El avance resulta notable, porque esta nueva forma de la adopción, no se limita ya solamente a establecer un vínculo paterno-filial entre adoptante y adoptado confiriendo a aquél la patria potestad sobre el segundo, incorporando de esta forma al adoptado, en forma definitiva e irrevocable, a la familia de sangre del adoptante, y consecuentemente, sustrae al adoptado de la suya propia, extinguiéndose todo vínculo con sus padres y parientes consanguíneos.

(88) Citado por Rafael de Pina. Ob. Cit., p. 371.

(89) MAZEAUD Henri, Leon y Jean. Lecciones de Derecho Civil. Primera Parte. Volumen III. La Familia. Constitución de la Familia. p. 575; traducción de Luis Alcáza Zamora y Castillo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1959.

“Pero esta nueva forma de adopción que, a la vez que emplazatoria en una relación paterno-filial, repercute tan profundamente en el adoptado sacándolo definitivamente de su familia de origen, eliminando todo efecto jurídico –salvo los impedimentos matrimoniales- al vínculo biológico derivado de la consanguinidad, provocó, a la vez, defensas que constituyen verdaderas apologías, como condenas inmisericordes hacia la legitimación adoptiva. Coll y Estivill estimaron, pese a su constante preocupación por la consagración de la adopción, que tal legitimación adoptiva no es sino la erección en texto legal de lo que en la realidad extrajurídica es una falsedad. Alguien sostuvo, sin ambages, que con la legitimación adoptiva la ley consagra una mentira. Molinario dirá que la idea de perfeccionar la adopción –que a juicio del autor es una institución artificial- en forma tal que el sujeto de ella no tenga noticia de su verdadero origen, no solamente pretende inducir a error al adoptado, nada menos que sobre su filiación, reduciéndolo en forma absoluta a cosa, sino que también se pretende engañar a toda la colectividad, haciendo pasar por hijo de sangre a quien no lo es”. (90) En el año de 1966 la legislación francesa cambió la denominación de legitimación adoptiva por la de adopción plena, conservando la misma finalidad de asimilar totalmente la situación del menor adoptado con la calidad de hijo consanguíneo.

“En la legitimación adoptiva o adopción plena, los cónyuges adoptantes, no deben tener descendencia consanguínea en el momento de la adopción y el vínculo matrimonial debe haber subsistido entre ellos, por un lapso cuando menos de diez años. El adoptado forma parte de la familia de quienes lo adoptan, porque es considerado como hijo nacido de matrimonio. La legitimación adoptiva, sólo tiene lugar cuando se trata de menores de cinco años, aunque esta edad puede ser dispensada por los tribunales, cuando el adoptado fue acogido de hecho por quienes lo adoptan, con una anterioridad mínima de cinco años. La adopción plena, procede solamente cuando se trata de un niño abandonado o de padres desconocidos o de un menor de la edad antes señalada, que se encuentre en la orfandad”. (91)

En algunos países, no se impone el requisito de la falta de descendientes; pero ya se trate de la adopción ordinaria o menos plena o de la legitimación adoptiva, se exige una diferencia en la edad entre adoptante y adoptado, para asegurar en lo posible la completa madurez de quien adopta.

A partir del Código francés, se inicia un período de perfeccionamiento de la legitimación adoptiva en cuanto a sus efectos y su trámite. Dicho proceso se ve reflejado en diversos países de nuestro continente,

(90) ZANNONI Eduardo A. Ob. Cit., supra not. 30; p. 534.

(91) GALINDO GARFIAS Ignacio. Ob. Cit., pp. 660 y 661.

siendo Uruguay el primer país de América Latina en consagrarla en el año de 1945 (ley 10.674). La aparición de la legitimación adoptiva en la legislación uruguaya provocó una gran proliferación de estudios y recomendaciones de institutos y congresos internacionales sobre el tema, motivando ello su incorporación en diversos ordenamientos civiles de otros países del continente.

Recientemente, para beneplácito de un gran número de doctrinarios y de personas interesadas en la institución de la adopción, el pleno del Senado, por unanimidad de votos, así como la Cámara de Diputados, aprobaron una serie de reformas a la legislación civil, tendientes a modernizar y optimizar el sistema de adopción que, en un principio, con la Ley de Relaciones Familiares de 1917 y posteriormente con el Código Civil de 1928, imperaba en nuestro ordenamiento civil. De esta forma, a partir de la publicación en mayo de 1998 en el Diario Oficial de la Federación, del Decreto que contiene las reformas en cuestión, quedó establecido en el Código Civil para el Distrito Federal, un sistema de adopción mixto, que regula tanto a la adopción plena como a la adopción simple, así como a la adopción internacional, lo que armoniza con los convenios internacionales suscritos por México en esta materia.

Llámesele adopción plena o legitimación adoptiva su finalidad es la misma: conferir al adoptado una filiación que sustituya a la de origen, para de esta forma dar respuesta a las necesidades que viven las sociedades modernas. Porque hay que tener en cuenta que cada país tiene necesidades propias, conforme a la situación que afronta, de ahí que las características de la adopción varíen de sociedad en sociedad. Desde luego, el punto donde se ha encontrado cierta unificación de criterios, es la necesidad de ampliar los beneficios que debe resentir el adoptado, porque a final de cuentas, al menor que ha vivido en familia se le está dando la posibilidad de tener un desarrollo armónico y una convivencia positiva dentro de la sociedad, lo que a la larga se reflejara invariablemente en beneficio de la misma.

Ventajas y desventajas de la adopción plena.

Las ventajas que la adopción plena presenta para los menores desamparados son mayores comparadas con las que proporciona la adopción simple, puesto que el menor que ha sido adoptado plenamente logra una integración total a la familia adoptiva, quedando inclusive registrado como hijo de los adoptantes, ostentando los apellidos de éstos. En al acta de nacimiento no se hace referencia a la adopción; además, al presentar la característica de ser irrevocable se asemeja más a la filiación legítima.

Con la introducción de la adopción plena en nuestra legislación, se puede conseguir que los menores cuyo destino pareciera ser el de permanecer en una situación de incertidumbre, colocados bajo el amparo de las casas de asistencia, puedan encontrar en la adopción plena, el

medio propicio para ser introducidos como hijos consanguíneos en un sano ambiente familiar.

El vínculo que se establece con la adopción plena lleva al máximo extremo la aplicación del principio romano *adoptio naturam imitatur* —la adopción debe imitar a la naturaleza—, ello como resultado de los efectos amplios de la adopción plena que coloca al adoptado en la condición jurídica de hijo de sangre del adoptante, insertándolo completamente en su familia y creando, por lo tanto, relaciones de parentesco entre el adoptado y los familiares del adoptante.

A favor de la adopción plena se alega que es la solución para el problema de los seres desamparados, trátase de menores abandonados, que no tengan padres o que éstos sean desconocidos, asimismo sirve para remediar la falta de descendencia. Se dice en contra que estas razones sólo justifican una institución protectora o benéfica, mas no la adopción en sí misma, y que puede llegar a estimular la codicia en el caso de que el adoptado tenga fortuna. Sobretudo se le censura el hecho de pretender sustituir a la filiación consanguínea.

Para refutar lo anterior, se puede establecer que no debe juzgarse una institución solamente por los abusos a que pueda dar lugar, sino por la finalidad primordial a que responde la realidad práctica de su cumplimiento. Ya que en la mayoría de los casos, los adoptantes no sólo desean la protección del adoptado, sino satisfacer a la vez el anhelo de cariño que sienten al encontrarse privados de hijos por la naturaleza; lo cual sólo se puede alcanzar de una manera satisfactoria, sin contravenir las disposiciones legales, mediante la adopción plena.

La adopción simple.

De igual forma, durante el imperio de Justiniano se desarrolló la adopción menos plena (*adoptio minus plena*), cuyos efectos eran limitados y de carácter eminentemente patrimonial, ya que con esta forma de adopción no se perdían los derechos a heredar de la familia natural, no se transmitía ni se extinguía la patria potestad, solamente tenía como efecto que el adoptado adquiría el derecho a heredar de su adoptante. A diferencia de la adopción plena, en la adopción menos plena no era necesario que el adoptante fuera un ascendiente del adoptado.

La adopción simple, menos plena, semiplena, clásica u ordinaria es una forma de adopción que, no obstante, de conferir al adoptado la posición de hijo matrimonial, no constituye un vínculo de parentesco entre el adoptado y la familia consanguínea del adoptante, sus consecuencias son limitadas, puesto que sus efectos jurídicos se encuentran expresamente determinados por la ley. Esta forma de

adopción, produce efectos relativos, en virtud de que los efectos que se crean por medio de la misma sólo se generan entre adoptante y adoptado; es decir, la relación paterno filial se establece únicamente entre ellos.

Este es el sistema adoptivo que en la actualidad, conjuntamente al de la adopción plena se encuentra contemplado en el Código Civil para el Distrito Federal. En nuestra legislación civil prevalece el vínculo del adoptado con sus parientes biológicos; por lo anterior, los derechos y obligaciones de los parientes consanguíneos se conservan en forma subsidiaria a los del adoptante. De lo anterior resulta que el adoptado conserva el derecho de recibir alimentos y de heredar de sus parientes consanguíneos, quienes a su vez heredan de él.

“La adopción simple es, a la vez, un acto de voluntad bilateral y un acto judicial, por ser llamado el tribunal a controlar la existencia de los requisitos exigidos por el legislador, sobre todo los justos motivos de la adopción y las ventajas que presenta para el adoptado”. (92) Es un acto voluntario bilateral puesto que requiere el consentimiento del adoptante y el adoptado, en su caso, del representante legal de este último, y es un acto judicial porque la resolución del tribunal tiene una importancia capital para la constitución de la adopción.

La modalidad de adopción simple tiene características que son de llamar la atención, puesto que solamente tiene consecuencias jurídicas entre el adoptante y el adoptado. Por lo tanto, la adopción simple tiene por objeto la creación de un vínculo familiar semejante al de la filiación legítima. Origina entre adoptante y adoptado una serie de derechos y obligaciones que pretenden imitar la relación filial legítima, pero sin pretender, en forma alguna que ésta sea sustituida por aquélla en términos absolutos.

Los derechos y obligaciones que genera no son idénticos a los de la filiación matrimonial sino que tiene características propias, tales como que se permite la existencia de un adoptante, el adoptado sigue vinculado a su familia natural y, fundamentalmente se asienta en el hecho de que se crea un vínculo jurídico y familiar entre dos personas que no son padre o madre e hijo, que conservan sus verdaderas identidades de seres humanos sanguíneamente desvinculados, pero que no obstante, desean tratarse recíprocamente de modo análogo al de la filiación matrimonial.

Si bien es cierto que el principio general de la adopción simple es la subsistencia de los derechos y deberes que la ley atribuye al parentesco consanguíneo, por lo que el adoptado mantiene los vínculos jurídicos con su familia biológica, es decir, no se desplaza la filiación de origen; también lo es que, la patria potestad, o sea, todo el conjunto de derechos y deberes que corresponde a los padres sobre la persona y bienes de sus hijos, es asumido por el adoptante de pleno derecho,

(92) Mazeaud. Ob. Cit., p. 545.

que por disposición de la ley (art. 403) y como consecuencia de la resolución que acuerda la adopción, se transfiere al adoptante.

La atribución legal al adoptante de la patria potestad es una condición esencial para que se cumplan los fines de la institución orientados a la protección, crianza y educación del adoptado. Al constituirse una relación de filiación civil, que busca asemejarse a la consanguínea, es necesario que se cuente con uno de los elementos más característicos y primordial: la potestad paterna. Por lo que se pretende que ese poder lo ejerza en forma exclusiva el adoptante, puesto que la coparticipación de los dos progenitores, el biológico y el adoptivo, sería sin duda fuente de perturbaciones, que tarde o temprano repercutirían en el adoptado.

“Por medio de la adopción ordinaria (adoptio minus plena) tal como se le conoce en nuestro Código Civil, el adoptado sigue siendo extraño para los parientes del adoptante y sólo adquiere el derecho a recibir alimentos del adoptante, a heredar a este último y a usar el apellido del adoptante; si bien entra el adoptado bajo la patria potestad de quien lo adopta, siguen vivos los vínculos de parentesco con su familia consanguínea. A este tipo de adopción minus plena, se debe la escasa aceptación de la institución de nuestro medio social”. (93)

Ventajas y desventajas de la adopción simple.

Considero que en nuestro derecho la adopción simple por sí sola no cumplía cabalmente con los fines para los que fue introducida al cuerpo normativo, debido a que limita la asociación afectiva con respecto a la familia del adoptante al no extinguir el vínculo del adoptado con sus parientes biológicos, aunado a lo anterior, el acta de nacimiento hace referencia a la adopción, lo que pueda dar lugar a que el adoptado sea “señalado”. Por lo tanto, al restringir los efectos entre adoptante y adoptado disminuyen los beneficios que la adopción aportaría a ambas partes.

Tal vez la adopción no había tenido en nuestro derecho la aceptación deseada, a causa de lo limitado de sus efectos parentales, esta situación parece que se revertirá al haberse incorporado a nuestro ordenamiento civil la adopción plena “Al subsistir todos los derechos y obligaciones del adoptado hacia sus consanguíneos y al pasar la patria potestad a los adoptantes, tal parece que la adopción ha sido establecida a favor de los padres naturales del adoptado que se descargan de las obligaciones de cuidado y vigilancia del menor; pero conservan el derecho de heredar y de percibir alimentos en contra del hijo que ha salido de su patria potestad en virtud de la adopción”. (94)

(93) GALINDO GARFIAS Ignacio. Ob. Cit., p. 660.

(94) GALINDO GARFIAS Ignacio. Estudios de Derecho Civil. Segunda edición, pp. 6 y 7; Editorial Porrúa S. A., México, 1994.

Tratándose de hijos de padres desconocidos o de expósitos este sistema resulta ineficaz y contrario a los principios de la adopción. “Suponiendo que un menor expósito o hijo de padres desconocidos sea adoptado, el padre o la madre que han incurrido en un verdadero delito de abandono de infante, con olvido de los sentimientos paternofiliales y aún del más elemental sentido de humanidad, pueden sin embargo reconocer a su hijo posadopción, con el único propósito de aprovechar los beneficios económicos que les concede el Código, en el caso de la sucesión, y colocarse en la situación jurídica de acreedores alimentistas del hijo que ha sido adoptado por quienes, en esta forma, se convierten en sus verdaderos padres”. (95) Debe pues, propugnarse por una reforma que integre debidamente la institución del parentesco civil, rompiendo todo vínculo parental entre el adoptado y sus padres consanguíneos, cuando se trate de hijos de padres desconocidos o de expósitos.

La institución de la adopción, como anteriormente era regulada por nuestro derecho positivo, es decir, en su vertiente de adopción simple, cumplía limitadamente sus fines, quizá a ello se deba la práctica usual al margen del derecho que realizan las personas y matrimonios que desean hacerse de un niño, incorporando al menor como auténtico hijo, para lo cual obtienen un recién nacido de una madre que no quiera hacerse cargo de él, o simplemente recogen a un menor abandonado y lo registran fraudulentamente en el Registro Civil como hijo propio, configurando de esta forma las llamadas adopciones de hecho. Por lo tanto, para evitar dichas prácticas y para estimular el número de adopciones, considero un acierto del legislador el haber incorporado la adopción plena a nuestra legislación civil.

Los hermanos Mazeaud señalan como ventaja de la adopción simple que gracias a ella “numerosos huérfanos o niños abandonados encuentran un hogar, una educación y un afecto que la Administración de la Asistencia a la infancia no podría asegurarles. Por otra parte, los matrimonios sin hijos, o los solteros... se procuran así las hondas alegrías de la paternidad o de la maternidad. Por último la perspectiva de que su hijo tendrá una existencia venturosa puede incitar a una soltera desamparada a renunciar al aborto o incluso al infanticidio”. (96)

Siguiendo con los Mazeaud, después de hablar de las ventajas señalan como inconvenientes que los fines perseguidos por los padres adoptivos no son siempre desinteresados, puesto que hay adopciones hechas con el propósito de asegurar al adoptante un enfermero o incluso un sirviente. En otras ocasiones se llevan a cabo las adopciones por mero capricho, sin la voluntad reflexiva de asumir las responsabilidades y las cargas

(95)Idem. p. 7.

(96)Ob. Cit., pp. 550 y 551.

que crean la paternidad y la maternidad. Además, la mayoría de los hijos adoptados no son huérfanos, sino hijos abandonados, es decir, hijos cuya madre vive, la cual sin duda ha renunciado a su hijo en el momento del nacimiento, forzada por las circunstancias. El problema se presenta cuando más adelante desea recuperar a su hijo, lo que va conllevar al surgimiento de un conflicto entre la madre por la sangre y el adoptante que se ha unido al hijo y que no quiere devolverlo.

La conveniencia de mantener o modificar el sistema adoptivo en México.

En la actualidad en nuestro país, el régimen jurídico de la adopción presenta dos vertientes: por una parte, existe una regulación de origen interno, plasmada en los diversos Códigos Civiles de los estados de la República Mexicana. Por otra parte, existe una regulación de origen convencional, reflejada en tratados internacionales que forman parte de nuestro derecho interno; y que actualmente, con motivo de las reformas de 1998, nuestro Código Civil reglamente la adopción internacional, par responder mejor los convenios en esta materia, los cuales son: La Convención Interamericana Sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción (1984), La Convención Sobre los Derechos del Niño (1989) y; La Convención Relativa a la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional (1993).

En lo referente a la regulación interna en nuestro país, entidades federativas como Hidalgo, Morelos, San Luis Potosí, Quintana Roo, el Estado de México, han contemplado la posibilidad de incluir, en sus respectivos Códigos Civiles la adopción plena; sin embargo, la mayoría de los estados tienen en común el hecho de regular la adopción simple de manera similar a como lo hacía hasta antes del 28 de mayo de 1998 el Código Civil para el Distrito Federal; hay que recalcar que en nuestro ordenamiento aún prevalece la adopción simple, conjuntamente con la adopción plena y la adopción internacional. Conviene en este punto reflexionar si no resultase benéfico pugnar para que la regulación jurídica de la adopción en todos los estados de la República Mexicana, contemplara en su ámbito interno, las dos gamas de la adopción: la simple y la plena, así como un capítulo destinado a la adopción internacional, ya que existen diversos convenios celebrados por México en este sentido, tal y como lo hace en la actualidad nuestro Código Civil.

Por lo tanto, tomando en cuenta las ventajas y desventajas que presentan los dos tipos de adopción, considero un gran avance para los fines y principios mismos de la institución de la adopción, que el Código Civil para el Distrito Federal haya introducido paralelamente a la adopción simple la adopción plena. Para que de esta forma se presente la alternativa a las personas que tienen la intención de adoptar de elegir el sistema adoptivo que consideren más adecuado para cumplir cabalmente con sus anhelos, logrando de esta forma la satisfacción de sus intereses. "Estos dos tipos de adopción no se contradicen ni excluyen. Gran número

de legislaciones las regulan conjuntamente, siendo requisito esencial para otorgar la adopción plena la situación de abandono del adoptado. Este requisito no es exigido en la adopción simple". (97)

Por otra parte, estimo que la inserción de la adopción plena en nuestra legislación civil acarreará grandes beneficios a la sociedad, ya que por un lado quizá podrá contribuir a disminuir la práctica viciada de las adopciones de hecho, y por el otro, tal vez traerá consigo un incremento en el número de adopciones efectuadas de forma legal; ya que como se ha visto, la adopción plena crea un mayor vínculo, puesto que sus efectos no se limitan entre el adoptante y el adoptado, sino que se extienden inclusive a la familia de aquél, dando así lugar a una mayor relación afectiva.

Breve referencia al acogimiento o pequeña adopción.

Con motivo del surgimiento de la legitimación adoptiva en Francia, aparecen otras nuevas formas de tutela familiar como la afiliación en el Código Civil italiano de 1942 la afiliación o pequeña adopción era acordada por el juez tutelar de menores a petición de quien, previamente, había recibido en su hogar a un menor internado en institución de asistencia pública. La afiliación también podía ser pedida por la persona que proveyó a la crianza de un menor, aun cuando no se le hubiera confiado por el instituto de asistencia pública, siempre que hubiesen transcurrido tres años desde el comienzo de la crianza.

La afiliación le imponía al afiliante los deberes de mantener al afiliado, educarlo e instruirlo de conformidad con las normas generales que se establecen para la adopción, asimismo se le atribuían al afiliante los poderes inherentes a la patria potestad, además el afiliado recibía a petición del afiliante, su apellido, aunque tratándose de un hijo legítimo o de un hijo natural reconocido, el apellido del afiliante solamente podía ser agregado al del menor.

"Por la ley 184 del 4 de mayo de 1983, se sustituyen las disposiciones relativas a la adopción y a la afiliación contenidas en el Código Civil. Esta última institución ha desaparecido... conservándose el affidamento que beneficia a menores privados temporariamente de un ambiente familiar idóneo, a efecto de ser recibidos y cuidados en otra familia, preferentemente con hijos menores (aunque también se admite al affidamento por una persona sola o una comunidad de tipo familiar) a fin de asegurarles manutención, educación e instrucción". (98)

(97) WILDE Zulema D. Ob. Cit., p. 66.

(98) ZANNONI Eduardo A. Ob. Cit., supra not. 30; p. 535.

En España, se incorpora como figura previa de la adopción, pero no imprescindible, al acogimiento familiar. “El acogimiento familiar ha sido definido como aquella institución circunstancial en virtud de la cual determinado menor huérfano de padre y madre, o que reúna circunstancias legales determinadas, pasa a ser sustentado física y moralmente por otra persona, sin aparecer relaciones permanentes, modificarse los respectivos estados familiares, ni crear parentescos civiles, por tiempo determinado o indefinido, según la voluntad del acogedor”. (99)

El acogimiento existe en España desde el año de 1937, sin embargo, dice la Exposición de Motivos de la Ley de 1987, que se da rango legal de primer orden a una institución hasta hoy regulada por dispersas normas administrativas, con lo que se logrará unificar prácticas divergentes y difundir su aplicación.

El acogimiento de menores procede respecto de menores de edad que, por causa de desamparo, han debido ser puestos bajo la tutela de establecimientos de protección, o que han sido entregados a ellos por sus padres o tutores por no poder atenderlos debidamente por causa de enfermedades u otras circunstancias graves. Se ha señalado que el acogimiento no conduce a una situación de tipo permanente, ya que si bien origina obligaciones propias de una familia –compañía, asistencia moral y material- y la plena participación del menor, la finalidad esencial es obtener la reinserción de éste en su familia de sangre.

La guarda podrá ejercerse, bajo la vigilancia de la entidad pública, por el director de la casa o establecimiento en que el menor es internado o por la persona o personas que lo reciban en acogimiento. Como regla general se establece la procuración de reinsertar al menor en la propia familia y que la guarda o el acogimiento de los hermanos se confíe a una misma institución o persona, siempre que redunde en interés del menor. El acogimiento produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien le recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral.

El acogimiento puede ser convencional o judicial, en el primer supuesto se formalizará necesariamente por escrito, con el consentimiento de la entidad pública, del menor si tuviera doce años cumplidos y de los padres si fueren conocidos y no estuvieren privados de la patria potestad o del tutor en su caso; en el segundo supuesto procede cuando los padres, que no estuvieren privados de la patria potestad, o el tutor en su caso, no comparecieren o se opusiesen al acogimiento, el juez, en interés del menor, podrá acordarlo.

(99) PINA Rafael de. Ob. Cit., pp. 371 y 372.

El acogimiento cesará en los siguientes supuestos: 1.- Por decisión judicial; 2.- Por decisión de las personas que lo tienen acogido, previa comunicación de éstas a la entidad pública, y 3.- A petición del tutor o de los padres que tengan la patria potestad y reclamen su compañía

Hay que señalar que para el cese del acogimiento dispuesto por el juez será precisa una resolución judicial en tal sentido. De la misma forma que la formalización del acogimiento, los trámites de su cese se harán con reserva.

Como se puede apreciar, tanto el Código Civil italiano como la Ley española de 1987, tienden a favorecer la reinserción del menor en su familia de origen que, por diversas causas, no puede brindarle temporalmente lo necesario para su formación integral.

“La llamada pequeña adopción por el Código Civil italiano, en nuestra legislación se regula como tutela legítima de los menores abandonados y acogidos por un particular o una institución para la protección de los menores de edad no sometidos a la patria potestad”. (100)

La diferencia de esta figura con la adopción plena y la adopción simple es que, por medio de la misma, no surge ningún tipo de parentesco ni se producen derechos y obligaciones recíprocos. Jurídicamente no se constituye una relación paterno-filial.

De lo anterior, se puede decir que a lo largo de la historia de la filiación adoptiva, han surgido simultáneamente diversas formas de tutela familiar, medios de establecer una relación afectiva y de protección a seres desvalidos; estas formas han evolucionado a la par del desarrollo y necesidades experimentadas por los países que han incorporado en su legislación a la adopción. Por lo que dichas figuras han tenido que adecuarse al momento histórico del país en cuestión.

CAPITULO IV

Régimen jurídico de la adopción

Antecedentes legislativos en México.

Códigos Civiles de 1870 y 1884.

En el Código Civil de 1870, en lo referente a la familia, se reglamenta el matrimonio, el parentesco, la paternidad, la filiación y una especie de divorcio denominada separación de cuerpos; sin embargo, la institución de la adopción no es incluida, aún cuando la base de este Código, lo fue el código francés y las leyes españolas.

No obstante de no haber sido incluida la adopción en el ordenamiento civil de 1870, no fue impedimento para que otros Estados de la República, también influenciados por los códigos francés y español, incorporaran a su articulado la adopción, tal es el caso del Código Civil de Tlaxcala de 1885, el Código de Veracruz de 1869, el Código Civil del Estado de México de 1870. Cabe hacer la aclaración que a pesar de haber sido el Código Civil de Oaxaca de 1828 el primer antecedente, generalmente no se le acepta tal carácter en virtud de que el mismo no entró en vigor, por no haberse expedido a la par el Código de Procedimientos Civiles. El Código Civil de Veracruz de 1869, no reguló expresamente la institución de la adopción, pero reconoció la existencia de la misma en los términos en que se encontraba regulada por la Ley de las Siete Partidas.

En cuanto al Código Civil de 1884, que derogó al de 1870, continua con la misma tendencia de no tomar en cuenta a la institución de la adopción, a pesar de que tuvo amplia influencia del Código de Napoleón.

“Inexplicablemente se dió un Código Civil a los 14 años de promulgarse el primero en México, sin embargo, debemos reseñarlo como una copia del de 70, sin mayores aportaciones en el orden familiar, que entre otras cosas se instituyó la libre testamentificación, pero casi todo fue una repetición del de 70”. (101)

No se entiende la postura del legislador de no hacer mención de la adopción, el por qué se haya ignorado la benéfica institución. Puesto que en nuestro país esta institución estuvo reconocida con anterioridad; en la Ley Orgánica del Registro del Estado Civil, de 1857, en el artículo 12 se enumeran los actos del Estado Civil, y se expresa que son: “I. El nacimiento; II. El matrimonio; III. La adopción y arrogación; IV. El sacerdocio y la profesión de algún voto religioso, temporal o perpetuo; V. La muerte”. Posteriormente la Ley Orgánica del Registro Civil, de 1859, en su artículo primero disponía el establecimiento en toda la República de funcionarios, llamados jueces del estado

(101) GUITRON FUENTEVILLA Julian Derecho Familiar. Segunda Edición, pp. 98 y 99; UNACH México, 1988.

civil, que tendrían a su cargo “la averiguación y 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”.

De lo anterior se desprende que la adopción era conocida y practicada en el México independiente del siglo pasado, y que deben haberse aplicado para esta institución, al no haber otras referencias, las leyes vigentes españolas. Por lo que se puede decir que los antecedentes que se tenían eran base suficiente para que se tomara en cuenta la adopción; aparentemente, los antecedentes y los efectos que podría producir la institución fueron minimizados, pasando por alto los beneficios que se pudieran originar con su inserción en el sistema jurídico de esa época.

Ley sobre Relaciones Familiares de 1917.

No es sino hasta que el 9 de abril de 1917, Venustiano Carranza expide la Ley sobre Relaciones Familiares, la cual contiene una serie de preceptos en materia de adopción. De la exposición de motivos de la citada ley, se desprende su intención de impulsar el beneficio de las instituciones familiares y en general propiciar un desarrollo social, al sustentar: “Que de la misma manera, no siendo ya la patria potestad una institución que tiene por objeto conservar la unidad de la familia, para funciones políticas, sino la reglamentación de los deberes que la naturaleza impone en beneficio de la prole, es necesario reformar las reglas establecidas para el ejercicio de ese derecho, así como las que rigen respecto a la legitimación, cuyos beneficios deben ampliarse al reconocimiento de los hijos naturales, cuya filiación debe ser protegida contra la mancha infamante que las leyes actuales conservan con el nombre de hijos espurios; a las pruebas de paternidad y a otras disposiciones análogas, entre las cuales debe considerarse muy especialmente la adopción, cuyo establecimiento, novedad entre nosotros, no hace más que reconocer la libertad de afectos y consagrar la libertad de contratación que, para este fin, no sólo tiene un objeto lícito, sino con frecuencia muy noble”.

A continuación, transcribiré, formulando algunos comentarios, el articulado del Capítulo XIII de la ley en comento, para que nos sirva como punto de referencia del análisis del régimen jurídico que ha tenido la adopción.

Artículo 220. “Adopción es el acto legal por el cual una persona mayor de edad, acepta a un menor como hijo, adquiriendo respecto a 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”. Hay que resaltar que conforme a lo establecido en este artículo, el hijo adoptivo es considerado un hijo natural, es decir, se tenía a la relación surgida de la adopción como semejante a la habida con un hijo natural, y así fue calificado, por el artículo 186, como hijo nacido fuera de matrimonio. Lo que contradice al sentir general de la doctrina, que acepta que la adopción genera una filiación legítima.

Artículo 221. "Toda persona mayor de edad, sea hombre o mujer, que no esté unida a otra en legítimo matrimonio, puede adoptar libremente a un menor". Solamente los mayores de edad podían adoptar, de conformidad con el artículo 237 de la misma ley, la mayoría de edad se alcanzaba a los 21 años. Al no establecerse una diferencia de edad entre el adoptante y el adoptado, se podía dar pie a que no se constituyera una verdadera relación paterno-filial. Asimismo, no se establecen de manera específica los requisitos del adoptante, salvo que fuera mayor de edad (21 años), pues en lo relativo a las condiciones que debería reunir su persona quedaban únicamente a consideración del Juez, quien decretaba o no la adopción.

Artículo 222. "El hombre y la mujer que estuvieren casados podrán adoptar a un menor cuando los dos estén conformes en tenerlo como hijo de ambos. La mujer sólo podrá hacer una adopción por su exclusiva cuenta, cuando el marido lo permita. Este sí podrá verificarlo sin consentimiento de la mujer, aunque no tendrá derecho de llevar al hijo adoptivo a vivir en el domicilio conyugal". Se permite la adopción a las personas unidas en matrimonio, aunque se impone una limitante en cuanto al consentimiento. En el precepto todavía quedan vestigios de la potestad marital, al establecer que la mujer podía adoptar siempre y cuando tuviera el asentimiento de su marido, en contraposición el esposo podía adoptar siempre y cuando no llevara al hijo adoptivo al domicilio conyugal, lo que parece contradictorio con la adopción cuyo fin es proporcionar una familia a quien carece de ella.

Artículo 223. "Para que la adopción pueda tener lugar, deberán consentir en ella:

- I. El menor si tuviere doce años cumplidos;
- II. El que ejerza la patria potestad sobre el menor que se trate de adoptar, o la madre, en el caso de que se trate de un menor que viva con ella y la reconozca como madre, y no hubiere persona que ejerza sobre él la patria potestad, o tutor que lo represente;
- III. El tutor del menor en caso de que éste se encuentre bajo tutela;
- IV. El juez del lugar de la residencia del menor cuando no tenga padres conocidos y carezca de tutor".

Artículo 224. "Si el tutor o el juez, sin razón justificada, no quisiere consentir en la adopción, podrá suplir su consentimiento el gobernador del Distrito Federal o el del Territorio en que resida el menor, si encontrare que dicho acto es notoriamente conveniente para los intereses morales y materiales del mismo menor".

Artículo 225. "El que quiera verificar una adopción, deberá presentar un escrito ante el juez de primera instancia de la residencia del menor, expresando su propósito de verificar tal acto, adquiriendo todos los derechos y contrayendo todas las responsabilidades de padre. La solicitud deberá ir suscrita por la persona bajo cuya tutela o guarda se encontrare el menor, así como por el mismo menor, si ya tuviere doce años cumplidos. A dicho escrito se acompañará la constancia en la que el juez haya autorizado la adopción en los casos en que dicha autorización fuere necesaria, o la autorización del gobernador cuando este funcionario haya suplido el consentimiento del tutor o del juez".

Artículo 226. "El juez de primera instancia que reciba un escrito solicitando hacer una adopción, citará inmediatamente a la persona o personas que lo suscriban, y, oyendo a éstas y al Ministerio Público, decretará o no la adopción, según que la considere conveniente o inconveniente a los intereses morales y materiales de la persona del menor".

Artículo 227. "La resolución judicial que se dicte negando una adopción, será apelable en ambos efectos.
Con la resolución judicial que se dicte, autorizando una adopción, quedará ésta consumada tan luego como aquélla cause ejecutoria".

Artículo 228. "El juez que dictare auto autorizando una adopción, remitirá copia de las diligencias respectivas al juez del Estado Civil del lugar, para que levante acta, en el libro de actas de reconocimiento, en la que inserte literalmente dichas diligencias, las que conservará en el archivo con el número que les corresponda".

Artículo 229. "El menor adoptado tendrá los mismos derechos y las mismas obligaciones para con la persona o personas que lo adopten como si se tratara de un hijo natural".

Artículo 230. "El padre o padres de un hijo adoptivo tendrán respecto de la persona del menor, los mismos derechos y obligaciones que respecto de la persona de los hijos naturales".

Artículo 231. "Los derechos y obligaciones que confiere e impone la adopción se limitarán única y exclusivamente a la persona que la hace y aquélla respecto de quien se hace, a menos que, al hacer la adopción, el adoptante exprese que el adoptado es hijo suyo, pues entonces se considerará como natural reconocido".

Artículo 232. "La adopción voluntaria puede dejarse sin efecto siempre que así lo solicite el que la hizo y consientan en ella todas las personas que consintieron en que se efectuase. El juez decretará que la adopción quede sin efecto, si satisfecho de la espontaneidad con que se solicita, encuentra que ésta es conveniente para los intereses morales y materiales del menor".

Artículo 233. "El decreto del juez aceptando una abrogación, deja sin efecto a la adopción y restituye las cosas al estado que guardaban antes de verificarse".

Artículo 234. "La demanda de abrogación se presentará ante el juez de primera instancia del domicilio del adoptante y se acompañarán con ella los documentos exigidos para la adopción".

Artículo 235. "Si al hacerse la adopción de una persona, el adoptante o los adoptantes declarasen que el adoptado es su hijo natural, la adopción no podrá ser abrogada".

Artículo 236. "Las resoluciones que dictaren los jueces aprobando una abrogación, se

comunicarán al juez del Estado Civil del lugar en que aquélla se dicte, para que se cancele el acta de adopción”.

De lo anterior se deduce que no obstante de haber sido pionera la Ley sobre Relaciones Familiares en cuestiones de unidad familiar y de haber incorporado la adopción, dejó muchos puntos importantes fuera de su contenido. De los preceptos de dicha ley se desprende que incorporó a la adopción en su forma simple o semiplena, puesto que se limitaba la relación jurídica al adoptante y adoptado; en la ley de 1917 no se contempla la adopción de personas mayores de edad, en contraposición el actual Código Civil prevé la posibilidad de adoptar a un mayor de edad incapacitado. Aunque parezca extraño, la propia ley al establecer el parentesco sólo reconocía dos tipos; el consanguíneo y el de afinidad (art. 32), lo cual resulta contradictorio, puesto que la adopción, al generar solamente vínculos entre adoptante y adoptado, no quedaba comprendida en ninguno de los dos tipos de parentesco que contemplaba dicha ley.

Principales modificaciones efectuadas al Código Civil a partir de su entrada en vigor en 1932.

El Código Civil de 1928, actualmente en vigor, abrogó a la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917, el citado ordenamiento no obstante de haber sido reformado infinidad de veces ha sobrevivido a todas las modificaciones que en él se han realizado. Este Código modificó de manera sustancial las disposiciones relativas a la adopción contenidas en la Ley de relaciones Familiares.

El Código en mención contiene preceptos sobre la adopción que, salvo algunas modificaciones concernientes a los requisitos exigidos a los sujetos que intervienen en la misma, que enseguida precisaré, era el que regía hasta antes de las modificaciones radicales del 28 de mayo de 1998 que en materia de adopción experimentó el Código Civil para el Distrito Federal así como el Código de Procedimientos Civiles; modificaciones que incorporaron, en adición de la adopción simple, la adopción plena y se reglamenta la adopción internacional para responder a los convenios internacionales suscritos por México en esta materia, actualizando de esta forma el marco jurídico que regula la institución de la adopción.

A continuación se destacarán, mediante un cuadro comparativo, las principales modificaciones sufridas a partir de la vigencia del Código Civil de 1928 hasta antes de las reformas de fondo anteriormente citadas, debiendo señalarse que se omitirán algunos artículos cuya modificación atañe sólo al cambio del nombre del Oficial del Registro Civil por la de Juez del Registro Civil.

**ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA**

TEXTO ORIGINAL

Artículo 390. Los mayores de cuarenta años en pleno ejercicio de sus derechos y que no tengan descendientes, pueden adoptar a un menor o a un incapacitado, aun cuando sea mayor de edad, siempre que el adoptante tenga diecisiete años más que el adoptado y que la adopción sea benéfica a éste.

Artículo 391. El marido y la mujer podrán adoptar, cuando los dos estén conformes en considerar al adoptado como hijo.

Artículo 395. El que adopta tendrá respecto de la persona y bienes del adoptado los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres respecto de la persona y bienes de los hijos.

TEXTO MODIFICADO

Artículo 390. El mayor de veinticinco años, libre de matrimonio, en pleno ejercicio de sus derechos, puede adoptar uno o más menores o a un incapacitado, aun cuando éste sea mayor de edad, siempre que el adoptante tenga diecisiete años más que el adoptado y que acredite además:

- 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 trata de adoptar;
- II. Que la adopción es benéfica para la persona que trata de adoptarse; y
- III. Que el adoptante es persona de buenas costumbres. Cuando circunstancias especiales lo aconsejen, el juez puede autorizar la adopción de dos o más incapacitados o de menores e incapacitados simultáneamente.

Artículo 391. El marido y la mujer podrán adoptar, cuando los dos estén conformes en considerar al adoptado como hijo y aunque sólo uno de los cónyuges cumpla con el requisito de la edad a que se refiere el artículo anterior, pero siempre y cuando la diferencia de edad entre cualquiera de los adoptantes y el adoptado sea de diecisiete años cuando menos.

Artículo 395. El que adopta tendrá respecto de la persona y bienes del adoptado, los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres respecto de la persona y bienes de los hijos. El adoptante podrá darle nombre y sus apellidos al adoptado, haciéndose las anotaciones correspondientes en el acta de adopción.

Artículo 397. Para que la adopción pueda tener lugar deberán consentir en ella, en sus respectivos casos:

- I. El que ejerce la patria potestad sobre el menor que se trata de adoptar;
- II. El tutor del que se va a adoptar;
- III. Las personas que hayan acogido al que se pretende adoptar y lo traten como a 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. Si el menor que se va a adoptar tiene más de catorce años, también se necesita su consentimiento para la adopción.

Artículo 398. Si el tutor o el Ministerio Público, sin causa justificada, no consienten en la adopción, podrá suplir el consentimiento el Presidente Municipal del lugar en que resida el incapacitado, cuando encontrare que la adopción es notoriamente conveniente para los intereses morales y materiales de éste.

Artículo 403. Los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural no se extinguen por la adopción, excepto la patria potestad, que será transferida al padre adoptivo

Artículo 405. La adopción puede revocarse:

- I. Cuando las dos partes convengan en ello,

Artículo 397. Para que la adopción pueda tener lugar deberán consentir en ella, en sus respectivos casos:

- I. El que ejerce 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 pretende adoptar y lo trate como a 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. Si el menor que se va a adoptar tiene más de catorce años, también se necesita su consentimiento para la adopción.

Artículo 398. 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.

Artículo 403. Los derechos y obligaciones que resulten del parentesco natural, no se extinguen por la adopción, excepto la patria potestad, que será transferida al adoptante, salvo que en su caso esté casado con alguno de los progenitores del adoptado, porque entonces se ejercerá por ambos cónyuges.

Artículo 405. La adopción puede revocarse:

- I. Cuando las dos partes convengan en ello,

siempre que el adoptado sea mayor de edad. Si no lo fuere, es necesario que consientan en la revocación las personas que prestaron su consentimiento, conforme al artículo 397;

II. Por ingratitud del adoptado.

Artículo 406. Para los efectos de la fracción II del artículo anterior, se considera ingrato al adoptado:

I. Si comete algún delito que merezca una pena mayor de un año de prisión contra la persona, la honra o los bienes del adoptante, de su cónyuge, de sus ascendientes o descendientes;

II. Si el adoptado acusa judicialmente al adoptante de algún delito grave que pudiera ser perseguido de oficio, aunque lo 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.

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.

Artículo 406. Para los efectos de la fracción II del artículo anterior, se considera ingrato al adoptado:

I. Si comete algún delito intencional contra la persona, la honra o los bienes del adoptante, de su cónyuge, 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.

La adopción según el Código Civil vigente para el Distrito Federal.

Requisitos de la adopción.

En el Código Civil para el Distrito Federal vigente se encuentra regulada la adopción en el Libro Primero (De las personas), Título Séptimo (De la paternidad y filiación), Capítulo V (De la adopción), como una novedad, producto de las reformas del 28 de mayo de 1998, el citado Capítulo se encuentra dividido en cuatro secciones: Sección Primera (Disposiciones generales), Sección Segunda (De la adopción simple), Sección Tercera (De la adopción plena) y, Sección Cuarta (De la adopción internacional). Por lo tanto, considero que se puede decir que nuestra legislación reglamenta tres clases de adopción: la simple, en la que los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural no se extinguen, exceptuando la patria potestad, limitándose sus efectos entre el adoptante y el adoptado; la plena, por la que el adoptado deja de pertenecer a su familia consanguínea, es decir, se sustituye a la

filiación de origen, relacionándose el adoptado no sólo con el adoptante sino con toda la familia de éste. Por último tenemos la adopción internacional, que es la promovida por ciudadanos de otro país, con residencia habitual fuera del territorio nacional, dichas adopciones serán siempre plenas y se regirán de conformidad con los tratados internacionales celebrados por México en esta materia, y en lo conducente, por las disposiciones del Código Civil.

De conformidad con la nueva estructuración de las disposiciones referentes a la adopción, en sus diversas secciones se señalan los requisitos que deben cumplirse para que pueda efectuarse correctamente la misma. Requisitos que son tanto de tipo personal, referentes a los sujetos que intervienen en el acto jurídico de la adopción, es decir, adoptante y adoptado; como también requisitos de tipo formal, relativos al procedimiento judicial necesario para que la adopción se consuma. Al realizar el análisis de los preceptos legales que regulan la adopción, considero una necesidad hacer una breve referencia a los artículos que regían la adopción hasta antes de las mencionadas reformas del 28 de mayo de 1998, puesto que de conformidad con el segundo transitorio del Decreto por el que se reforma y adiciona el Código Civil para el Distrito Federal, así como el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal "Las adopciones que se encuentren en trámite a la fecha de publicación de las presentes reformas se resolverán de acuerdo con las disposiciones vigentes hasta antes de la publicación del presente Decreto".

"No obstante, si en las adopciones que actualmente se tramitan hubiere la voluntad del adoptante de obtener la adopción plena, podrá seguirse el procedimiento establecido por el presente Decreto".

"Las adopciones realizadas con anterioridad a la entrada en vigor del presente Decreto podrán convertirse a plenas, de acuerdo con los requisitos y procedimientos establecidos por este Decreto". En lo referente a la conversión de la forma de adopción, existe una disposición expresa que dice "La adopción simple podrá convertirse en plena, debiendo obtenerse el consentimiento del adoptado, si éste hubiere cumplido doce años. Si fuere menor de esa edad se requiere el consentimiento de quien hubiese consentido en la adopción, siempre y cuando sea posible obtenerlo; de lo contrario el juez deberá resolver atendiendo al interés superior del menor" (art. 404). El anterior precepto ofrece, sin lugar a dudas, una gran posibilidad a quienes habiendo efectuado una adopción bajo la forma simple, no encuentran del todo satisfechos sus deseos, ahora se les ofrece la oportunidad de considerar a su hijo adoptivo, ya no sólo moralmente sino que también jurídicamente, gracias a la conversión del sistema de adopción y a la incorporación de la adopción plena, como si se tratará de un verdadero hijo consanguíneo.

Como requisitos básicos del acto de adopción podemos señalar los siguientes:

1. Sólo las personas físicas pueden adoptar.

2. Nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo cuando los adoptantes se encuentren unidos en matrimonio, que se trate de marido y mujer (art. 392). No puede admitirse la posibilidad de que haya, con excepción del caso anterior, es decir los cónyuges, dos adoptantes para la misma persona, de la misma forma que es inadmisibles que haya dos padres para el mismo hijo.

3. El tutor no puede adoptar a su pupilo, en tanto que no se hayan aprobado definitivamente las cuentas de la tutela (art. 393). Nada impide que el tutor adopte a su pupilo, para ello basta que rinda con su administración, y una vez que se hayan saldado las cuentas esté en la posibilidad de adoptar. El curador también puede adoptar siempre y cuando no exista algún interés pendiente o contrario al que pretende adoptar.

4. Se permite adoptar, en circunstancias especiales y previa autorización del juez, en el mismo acto o sucesivamente a dos o más incapacitados, o a dos o más menores e incapaces a la vez.

5. La autorización judicial, mediante la aprobación del Juez de lo familiar.

Partes que intervienen en la adopción.

En cuanto a los requisitos personales, en términos generales se encuentra facultada para formalizar una adopción cualquier persona a quien la ley no se lo prohíba. De esta forma todo hombre o toda mujer, libre de matrimonio, o la pareja unida en matrimonio, cuando ambos estén de acuerdo, sean nacionales o extranjeros pueden llevar a cabo la adopción.

Es importante recalcar, que el sujeto que intente llevar a cabo una adopción, debe ser forzosamente una persona física, porque de acuerdo con la naturaleza de la institución, sólo las personas físicas pueden constituir una familia, en relación a la cual puede generarse el parentesco. “Es obvio que la ley haya querido desestimar a las personas jurídicas para los efectos de ser adoptante, en razón de carecer de la idoneidad que exigen las relaciones que se originan con la adopción. Más clara se ve esta exigencia, aún, si consideramos que con esta institución se persigue suplir la falta de familia legítima, imitando su apariencia, y ello concierne lógicamente a las personas naturales”. (102)

Además de ser persona física, el adoptante debe cumplir con ciertas cualidades comprendidas en la Sección Primera (Disposiciones generales) del Código Civil, el cual exige:

Artículo 390. “El mayor de veinticinco años, libre de matrimonio, en pleno ejercicio de sus derechos, puede adoptar uno o más menores o a un incapacitado,

(102)FUEYO LANERI Fernando. Ob. Cit., supra not. 36; p. 501.

aun cuando éste sea mayor de edad, siempre que el adoptante tenga diecisiete años más que el adoptado y que acredite además:

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.

Cuando circunstancias especiales lo aconsejen, el juez puede autorizar la adopción de dos o más incapacitados o de menores e incapacitados simultáneamente”.

Antes de las reformas de mayo de 1998, el citado numeral exigía que para que pudiera decretarse la adopción, el adoptante debería acreditar las siguientes circunstancias:

I. Que tiene medios bastantes para proveer a la subsistencia y educación del menor o al cuidado o 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 trata de adoptarse; y

III. Que el adoptante es persona de buenas costumbres.

Del anterior artículo transcrito tenemos que sólo puede adoptar el mayor de veinticinco años, sea hombre o mujer, soltero o casado. Cuando un matrimonio realice una adopción, basta que uno solo de los cónyuges satisfaga el requisito de edad, pero siempre y cuando la diferencia de edad entre cualquiera de los adoptantes y el adoptado sea de diecisiete años, además, será necesario que se acrediten los requisitos previstos en las fracciones del anterior artículo (art. 391). En cuanto a la edad del adoptante o los adoptantes, ya vimos que ésta ha venido reduciéndose, puesto que originalmente el Código de la materia requería cuarenta años, en la actualidad se exige ser mayor de veinticinco años.

Independientemente de la edad del adoptante y adoptado, debe haber entre ambos una diferencia de diecisiete años. “Se toma en cuenta que la adopción está destinada a lograr el normal desarrollo físico y ético de los menores, reconociendo vínculos filiales que producirán los efectos jurídicos de la patria potestad. Para que se propicie la relación filial está la necesaria diferencia de edad, que permita conservar la misma que la naturaleza establece entre padres e hijos en el matrimonio”. (103)

El adoptante se debe encontrar en pleno ejercicio de sus derechos, esta exigencia implica que tenga la capacidad de obrar completa, en otras palabras, que tenga la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, sin estar comprendido entre alguna de las limitaciones que establece

(103)CHAVEZ ASENCIO Manuel F. Ob. Cit., supra not. 40; p. 238.

la ley. Por lo tanto, no pueden adoptar aquellos que tengan incapacidad natural y legal.

Otro requisito que debe acreditar el adoptante es que tenga medios económicos suficientes. Así lo establece la fracción I del artículo 390, que dispone que quien pretenda adoptar debe tener "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". Por lo tanto, solamente podrá adoptar quien acredite la tenencia de un trabajo, bienes o recursos económicos que hagan suponer que puede satisfacer los elementos de subsistencia del ser que ha incorporado dentro de su familia.

El artículo en cuestión, en su fracción segunda, requiere como característica que la adopción sea benéfica para quien se pretende adoptar, atendiendo al interés superior de la misma; consecuentemente, es imprescindible que se estudien y califiquen todas las circunstancias personales, económicas y sociales de la persona que pretende llevar a cabo la adopción, así como también las circunstancias especiales del que será adoptado, para que de esta forma se esté en condiciones de dictaminar si la adopción resultará benéfica.

La fracción tercera del artículo en comento precisa que el adoptante sea persona apta y adecuada para adoptar. Considero que la redacción anterior de esta fracción resultaba más adecuada, puesto que establecía que el adoptante fuera de buenas costumbres, es decir, se requería un conjunto de valores morales que en suma constituyen las buenas costumbres. Lo anterior se entiende en función de que para que la adopción resulte benéfica, sin perder de vista que se trata de constituir una relación jurídica familiar, una relación paterno-filial, no es suficiente que se exija y se acredite una situación económica desahogada, sino que además resulta indispensable corroborar la idoneidad de la persona que pretende llevar a cabo una adopción, por esta razón, el Código de Procedimientos Civiles para el D. F. (art. 923) exige como requisito adicional que se acompañe un certificado médico de buena salud.

Todas las anteriores condiciones deberán ser valoradas minuciosamente por el Juez de lo Familiar para decretar la adopción. La inclusión de las tres fracciones del artículo 390 (recursos económicos suficientes, adopción benéfica para el adoptado y que el adoptante sea persona apta y adecuada para adoptar, las buenas costumbres del adoptante, conforme a la redacción anterior) son un acierto del legislador de 1970, ya que ni en la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917, ni en el texto original del citado artículo se exigen dichas condiciones. Condiciones que son congruentes con el fin perseguido por la adopción, puesto que al crearse una relación jurídica de filiación, llamada filiación adoptiva o civil, resulta

rigurosamente necesario que se establezca una relación interpersonal sana y que contraiga beneficios principalmente para el adoptado.

Hasta antes de las reformas que en esta materia sufrió el Código Civil el 17 de enero de 1970, se exigía que el adoptante no tuviera descendencia, siguiendo con la vieja tradición del Código de Napoleón que estimaba que la adopción cumplía con la finalidad de ser consuelo de las personas a quienes la naturaleza les había negado la felicidad de tener hijos o que habían tenido la desgracia de perder los que les había dado. Mucho se ha discutido a través del tiempo en la doctrina y en el criterio de los legisladores si las personas que tienen hijos pueden adoptar. En nuestro medio Antonio de Ibarrola parece inclinarse en el sentido de que quienes tienen hijos legítimos no pueden adoptar en vista de que “nuestro Código (art. 390; DO, 17 de enero de 1970) parece... habla de que el adoptante, como arriba dijimos, debe estar libre de matrimonio. El artículo 391 nada dice sobre si el marido y la mujer que ya tienen descendencia pueden adoptar”.

“La adopción consiste en incorporar a una persona extraña en el seno de una familia, y como hemos explicado en obra anterior (Ib, 977), dio origen a la institución del testamento en la antigüedad”. (104)

Sin embargo, contraria a esta postura, Sara Montero precisa que “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. Nuestro personal criterio se inclina por esta segunda posición: la adopción no debe establecerse sobre el criterio del interés del adoptante de suplir la descendencia de la que carece, sino que debe responder más al espíritu altruista de quien o quienes, teniendo suficiente capacidad económica, desean hacer extensiva su aptitud paternal protectora y afectiva a mayor número de los descendientes de los que por naturaleza están ya dotados. Por otro lado, existiendo en el Código la libre testamentificación, que supone la libertad de los sujetos de disponer de sus bienes para después de su muerte, esta libertad no debe coartarse en vida de los mismos”. (105)

Por lo tanto “habiendo cambiado las situaciones político-institucionales de la familia, en la actualidad ya no requiere la ausencia de hijos para que la adopción proceda. El fin y objeto moderno de la adopción se satisface, se tengan o no hijos en la familia del adoptante”. (106)

(104) IBARROLA Antonio de. Ob. Cit., pp. 406 y 407.

(105) MONTERO DUHALT SARA. Ob. Cit., pp. 328 y 329.

(106) CHAVEZ ASENCIO Manuel F. Ob. Cit., supra not. 40; p. 239.

Como quedó establecido al principio de este apartado, el criterio general es que puede adoptar cualquier individuo a quien la ley no se lo prohíba. De esta forma, podría darse el supuesto de que los parientes consanguíneos de un menor o de un incapacitado realizarán una adopción de éstos, puesto que se ha dicho que no es necesario que el adoptado sea extraño al adoptante, ésta es la tendencia a la que parece inclinarse nuestro ordenamiento civil, tratándose de la adopción simple, puesto que no establece prohibición alguna en este sentido; sin embargo, en el caso de la adopción plena, existe una disposición expresa que impide adoptar mediante adopción plena a las personas que tengan vínculo de parentesco consanguíneo con el menor o incapaz (art. 410 D). Algunos autores opinan que aun cuando el parentesco de consanguinidad no parece inconveniente en la adopción tío de sobrino, en cambio la superposición de efectos en orden al parentesco hacen impropia la adopción entre hermanos o entre abuelos y nietos. Cuestión contraria se presenta en el concubinato, en donde se plantea el problema de que si los concubinos pueden adoptar conjuntamente o si la concubina y el concubinario lo pueden hacer individualmente. El sentir general de la doctrina ha sido partidario de que en ninguno de los dos casos existe la posibilidad legal de adoptar. En vista de que al no ser el concubinato una institución legal, sino que sólo se le reconocen algunos de los efectos que se producen, ya que ante las relaciones extramatrimoniales el legislador no puede permanecer ajeno. Se trata pues, de un hecho jurídico lícito; pero que no es compatible con la norma que regula la adopción, artículo 391, que indica "marido y mujer"; por lo que el presupuesto lógico jurídico de la adopción hecha por una pareja consiste en el matrimonio entre los adoptantes, confirma lo anterior el principio de que nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo en el caso de matrimonio (arts. 391 y 392).

También se puede presentar la interrogante de que si puede adoptar uno de los cónyuges; la respuesta nos la da el artículo 391 que establece que "el marido y la mujer podrán adoptar, cuando los dos estén conformes en considerar al adoptado como hijo...". En la opinión de Federico Puig Peña "Resulta lógico que para que una persona casada pueda adoptar se exija el consentimiento del otro cónyuge, pues son tantas las modificaciones que en la familia puede introducir la adopción que no puede menos que ser oído el otro cónyuge". "Fuera de este caso, la adopción se rige, como decimos, por el principio de unidad de persona. Nadie puede ser adoptado por más de una persona excepto según los tratadistas, en el caso de haber muerto ya el padre adoptante. Este principio se funda en la necesidad de evitar las cuestiones de influencia que implicarían para los menores conflictos de patria potestad". (107)

En lo referente al adoptado, se requiere que sea menor de edad, esto es, que no haya cumplido dieciocho años, pero en el supuesto de que se trate de un incapacitado, se puede adoptar aun cuando sea mayor de edad, en cualquier caso no hay distingo en cuanto a su sexo o nacionalidad. En ambos casos es requisito indispensable que sea diecisiete años menor que el adoptante.

(107) Citado por CHAVEZ ASECIO Manuel F. Ob. Cit., supra not. 40; p. 241.

Se ha planteado el problema de que si los hijos nacidos fuera de matrimonio pueden ser adoptados por sus progenitores, en vista de que nuestro Código Civil nada previene al respecto, se ha resuelto que si no se ha establecido la filiación por reconocimiento, sí puede proceder la adopción, sin perjuicio de que el hijo intente la investigación de paternidad. No obstante lo anterior, en nuestro medio parece resultar más conveniente el reconocimiento o la legitimación, puesto que se establecen relaciones de parentesco con toda la familia y no sólo entre el padre e hijo, tal y como acontece con la adopción simple; además, de conformidad con el artículo 410 D del Código Civil, no pueden adoptar mediante la adopción plena, las personas que tengan vínculo de parentesco consanguíneo con el menor o incapaz.

En cuanto a los requisitos formales se hace necesaria la autorización judicial mediante sentencia pronunciada por el Juez de lo Familiar, y la adopción como acto jurídico que es, requiere del consentimiento de las personas señaladas por la ley para otorgarlo; asimismo, se requiere la inscripción en el Registro Civil del acta de adopción. Como se puede apreciar existen varios elementos formales y solemnes, al haber múltiples elementos formales se hace necesario determinar cuál de ellos perfecciona el acto. La respuesta a esta inquietud nos la da el artículo 400 que previene "tan luego como cause ejecutoria la resolución judicial que se dicte autorizando una adopción, quedará ésta consumada". Hay que señalar que no afecta la omisión del registro del acta de adopción, puesto que en este sentido el artículo 85 es claro al establecer que "la falta de registro de la adopción no quita a ésta sus efectos legales; pero sujeta al responsable a la pena señalada en el artículo 81".

En cuanto al consentimiento, el Código Civil es muy claro al precisar que:

Artículo 397. "Para que la adopción pueda tener lugar deberán consentir en ella, en sus respectivos casos:

I. El que ejerce 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 pretende adoptar y lo trate como a 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".

Los cambios experimentados en este precepto se constriñen a la fracción V, puesto que anteriormente no se exigía el consentimiento de las referidas instituciones, así como a la disminución de la edad para que el menor consienta en la adopción que de él se pretende llevar a cabo, anteriormente se fijaba que si el menor que se pretendía adoptar tenía más de catorce años, era necesario su consentimiento para la adopción. Adicionalmente se establece la necesidad del consentimiento de la persona incapaz siempre y cuando no quede la menor duda en cuanto la expresión de su voluntad. Tratándose de la adopción plena, para que ésta pueda tener efectos, “además de las personas a que se refiere el artículo 397 de este Código, deberá 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).

De lo anterior se desprende que la adopción nace de un acto jurídico plurilateral, debido a que se requiere una conjunción de voluntades, y es de carácter mixto, puesto que intervienen uno o varios particulares y uno o varios funcionarios del Estado. Por consiguiente, se exige siempre el consentimiento del que ejerce la patria potestad, del representante del adoptado o de quien represente este papel, del Ministerio Público, de las instituciones de asistencia social que hubieren acogido al menor o al incapacitado que se pretende adoptar, así como el del que se pretende adoptar si tiene más de 12 años.

Respecto al consentimiento, Manuel Chávez Asencio (108) realiza un interesante estudio, destacando que existen dos tipos de consentimientos: los que dan el propio adoptante y adoptado en caso de ser mayor de doce años, que son básicos y se caracterizan porque el juez carece de facultades decisorias en contra del consentimiento expresado, o ante la falta de consentimiento; y por otra parte los complementarios, que son los que deben prestar a los que la ley obliga a comparecer para dar su consentimiento.

Siguiendo con el mismo autor, “En relación al consentimiento del menor de edad (pero mayor de doce años) se trata de una capacidad de ejercicio especial. No se requiere sea complementada por su representante legal, como acontece para la celebración del matrimonio por un menor de edad, que adicionalmente requiere el consentimiento del que ejerce la patria potestad. El consentimiento de los padres o abuelos es diverso”.

Respecto de los complementarios, encontramos que deben consentir en la adopción el o los que ejercen la patria potestad, teniendo en cuenta que la institución de la patria potestad perdura mientras viva quien pueda ejercerla, que son los padres o los abuelos. “En estos casos tampoco el juez tiene facultades decisorias, pues si los que ejercen la patria potestad se oponen o no

(108)Ob. Cit., supra not. 40; p. 248.

otorgan su consentimiento, la adopción no se podrá realizar. Distinto sería el caso en que conociéndose al que ejerce la patria potestad no se le localice, en cuyo caso el juez deberá resolver conforme a los intereses del menor...”. El del tutor de la persona que se va adoptar, que se requiere cuando no haya quien ejerza la patria potestad, o también en el caso de mayores de edad incapacitados.

Conviene agregar que para el caso de adopción de abandonados, expósitos o hijos de padres desconocidos, se requerirá una constancia y el consentimiento de la persona o institución pública que hubiere acogido durante seis meses al que pretende ser adoptado, o en su defecto, del Ministerio Público del lugar del domicilio del adoptado. Si hubieren transcurrido menos de seis meses de la exposición o abandono, se decretará el depósito del menor con el presunto adoptante, entre tanto se consuma dicho plazo; pero si el menor no tuviere padres conocidos y no hubiere sido acogido por institución pública, se decretará el depósito con el presunto adoptante. Lo anterior, en virtud de que debe hacerse concordar la adopción con la pérdida de la patria potestad (art. 923 C.P.C.).

Al respecto, el artículo 398 establece que “Si el tutor o el Ministerio Público no consienten en la adopción, deberán expresar la cause en que se funden, la que el juez calificará tomando en cuenta los intereses del menor o incapacitado”. Este precepto se refiere concretamente a la negativa a otorgar su consentimiento por parte del tutor y del Ministerio Público, en cuyo caso deberá estar fundada y motivada para que el juez pueda resolver lo conducente, teniendo en cuenta siempre la protección y amparo del adoptado.

Pero la adopción requiere además del pronunciamiento judicial; el vínculo entre adoptante y adoptado finalmente será consecuencia de la aprobación judicial. El acto jurídico de la adopción es un acto formal, porque sólo se perfecciona a través de la forma procesal señalada en el ordenamiento legal.

Efectos jurídicos de la adopción.

Al hablar sobre los efectos jurídicos de la adopción, resulta indispensable hacer la distinción entre la adopción simple y la adopción plena, puesto que como quedó establecido al referirme a las clases de adopción que existen, en el Capítulo III del presente estudio, ambos tipos de adopción presentan características totalmente diferentes.

Hay que recordar que de acuerdo con el sistema de adopción simple, no se destruyen los lazos de parentesco consanguíneo del adoptado, quien preserva sus derechos a alimentos y de heredar respecto a su familia de origen. Conforme al artículo 402 del Código Civil “Los derechos y obligaciones que nacen de la adopción simple, así como el parentesco que de ella resulte, se limitan al adoptante y al adoptado, excepto en lo relativo a los impedimentos de matrimonio, respecto de los

cuales se observará lo que dispone el artículo 157". "Los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural, no se extinguen por la adopción simple..." (art. 403).

En cambio, en la adopción plena, el adoptado bajo esta forma de adopción "se equipara al hijo consanguíneo para todos los efectos legales, incluyendo los impedimentos de matrimonio. El adoptado tiene en la familia del o los adoptantes los mismos derechos, deberes y obligaciones del hijo consanguíneo y debe llevar los apellidos del adoptante o adoptantes. 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. En el supuesto de que el adoptante esté casado con alguno de los progenitores del adoptado no se extinguirán los derechos, obligaciones y demás consecuencias jurídicas que resultan de la filiación consanguínea. La adopción plena es irrevocable" (art. 410 A).

En consecuencia, los efectos jurídicos de la adopción, según que sea simple o plena son:

- 1.- Por lo que se refiere al parentesco.
- 2.- Por lo que hace al nombre y apellido.
- 3.- Respecto a los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural.
- 4.- Por lo que respecta a los impedimentos matrimoniales.
- 5.- Respecto a la supervivencia de hijos del adoptante.
- 6.- Por lo que hace a la obligación alimentaria.
- 7.- Respecto a la sucesión legítima.
- 8.- Respecto a la temporalidad o perpetuidad de sus efectos.
- 9.- En relación a los antecedentes familiares del adoptado.

- 1.- Por lo que se refiere al parentesco.

La adopción simple sólo crea entre adoptante y adoptado el parentesco civil en primer grado, el parentesco civil no excluye el parentesco natural que se mantiene, "El que adopta tendrá respecto de la persona y bienes del adoptado, los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres respecto de la persona y bienes de los hijos ..." (art. 395). "El adoptado tendrá para con la persona o personas que lo adopten los mismos derechos y obligaciones que tiene un hijo" (art. 396). La mayoría de las legislaciones que han regulado a la adopción simple, consideran a la institución como generadora de una relación por la cual el adoptado adquiere la categoría de hijo legítimo. Hay que recordar que contraria al pensamiento doctrinal, la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917 establecía que por la relación generada el adoptante adquiría, respecto al adoptado, todos los derechos que tiene un padre y contrayendo todas las responsabilidades que el mismo reporta, respecto de la persona de un hijo natural.

Ahora bien, conforme a la doctrina y de acuerdo con nuestra

legislación, se considera hijo legítimo al nacido de matrimonio. “Desde este punto de vista, es evidente que el adoptivo no podrá considerarse como hijo legítimo, pues no es habido de matrimonio, aun cuando quienes adopten sean consortes. Si quien adopta es un soltero (hombre o mujer) menos podrá considerarse como legítimo, en el sentido de que se trata de un hijo habido de matrimonio”. “... la legitimidad de los adoptados, no hace referencia al matrimonio, pues en el Derecho pueden adoptar, no sólo los cónyuges sino también personas solteras, lo que contradice el que se considere a la adopción como una relación legítima derivada del matrimonio”.

“La legitimidad proviene de que la ley acepta esta relación paterno-filial, la reglamenta y de ahí que los deberes, derechos y obligaciones generados sean civilmente exigibles. Por lo tanto, estimo que en nuestro Derecho, al poder adoptar tanto personas no casadas como cónyuges, la legitimación que se produce es por virtud de la ley, no por la imitación del acto biológico de la concepción y el nacimiento. Lo legítimo hace referencia a lo legal, no a lo biológico”.⁽¹⁰⁹⁾ En suma, La situación de hijo legítimo se refiere a que la ley sanciona esta nueva relación paterno-filial.

Por virtud de la adopción plena el adoptado se integra a una familia como si realmente se tratara de un hijo consanguíneo, en otras palabras, otorga la calidad de hijo biológico al adoptado, por lo que consecuentemente se generan efectos de parentesco no sólo entre el adoptante y el adoptado, sino que las consecuencias abarcan a los familiares de aquél. “El adoptado bajo la forma de adopción plena se equipara al hijo consanguíneo para todos los efectos legales. ... La adopción plena extingue la filiación preexistente entre el adoptado y sus progenitores y el parentesco con las familias de éstos...” (art. 410 A).

2.- Por lo que hace al nombre y apellido.

De conformidad con el artículo 395 del ordenamiento civil, en su segundo párrafo, se establece que el adoptante dará nombre y sus apellidos al adoptado, el artículo que nos ocupa textualmente dice “El adoptante dará nombre y sus apellidos al adoptado, salvo que por circunstancias específicas, en el caso de la adopción simple, no se estime conveniente”. Anteriormente se disponía que “El adoptante podrá darle nombre y sus apellidos al adoptado, haciéndose las anotaciones correspondientes en el acta de adopción”. Conforme a la antigua redacción del citado precepto, se puede decir que era un derecho y no un deber del adoptante darle nombre y sus apellidos al adoptado. Tratándose de la adopción plena, al tener el adoptado en la familia del adoptante los mismos derechos y obligaciones de un hijo consanguíneo. “debe llevar los apellidos del adoptante o adoptantes” (art. 410 A).

(109)CHAVEZ ASENCIO Manuel F. Ob. Cit., supra not. 40; pp. 228 y 229.

Por otro lado, las anotaciones correspondientes en el acta de adopción, se harán conforme al artículo 84 del Código, es decir, una vez que se haya dictado la resolución judicial definitiva que autorice la adopción, el juez de lo familiar, dentro del término de ocho días remitirá la copia certificada de las diligencias al juez del Registro Civil que corresponda, a fin de que, con la comparecencia del adoptante, se levante el acta correspondiente.

3.- Respecto a los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural.

Uno de los principales efectos de la adopción simple, lo encontramos en el artículo 403 que dice: "Los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural, no se extinguen por la adopción simple, excepto la patria potestad, que será transferida al adoptante, salvo que en su caso esté casado con alguno de los progenitores del adoptado, porque entonces se ejercerá por ambos cónyuges". Como se puede apreciar, la adopción no hace salir al adoptado de su familia natural, sin embargo, se hace la observación de que el ejercicio de la patria potestad, referente tanto a la guarda de la persona como a la administración de los bienes, lo asume el adoptante, como uno de los efectos constitutivos de la adopción simple. En la adopción plena al otorgársele la calidad de hijo consanguíneo al adoptado y al extinguirse la filiación preexistente entre el adoptado y sus progenitores y el parentesco con las familias de éstos, implícitamente asume el adoptante el ejercicio de la potestad paterna, extinguiéndose los derechos y obligaciones resultantes del parentesco consanguíneo, se exceptúa "En el supuesto de que el adoptante esté casado con alguno de los progenitores del adoptado no se extinguirán los derechos, obligaciones y demás consecuencias jurídicas que resultan de la filiación consanguínea" (art. 410 A).

4.- Por lo que respecta a los impedimentos matrimoniales.

Con motivo de la creación del vínculo adoptivo se constituye una prohibición, es decir, se genera un impedimento, en virtud de que el artículo 157 del Código Civil dispone que "Bajo el régimen de adopción simple, el adoptante no puede contraer matrimonio con el adoptado o sus descendientes". En la adopción plena, al equipararse al adoptado como hijo consanguíneo para todos los efectos legales, quedan incluidos los impedimentos de matrimonio; y no obstante que la adopción plena confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen, se mantienen los impedimentos matrimoniales.

5.- Respecto a la supervivencia de hijos del adoptante.

Anteriormente se disponía que "La adopción producirá sus efectos

aunque sobrevengan hijos al adoptante" (art. 404). De lo que se tenía que la supervinencia de hijos, después de efectuada la adopción simple, no provocaba la terminación de la misma, en consecuencia no afectaba los derechos del hijo adoptivo. A pesar de que en la nueva reglamentación de la adopción no existe ningún precepto en este sentido, parece reafirmar lo anterior el artículo 1612 de la legislación civil, al disponer que "El adoptado hereda como un hijo, pero en la adopción simple no hay derecho de sucesión entre el adoptado y los parientes del adoptante". De lo anterior se infiere la concurrencia de los hijos adoptados en forma simple, con hijos consanguíneos en la sucesión del adoptante. Como se recordará, en la actualidad se encuentra derogada la prohibición legal para el adoptante de tener descendencia. En cambio, la adopción plena no tiene consecuencias jurídicas relativas a la supervinencia de hijos.

6.- Por lo que hace a la obligación alimentaria.

La filiación adoptiva genera el deber de proporcionar alimentos, la obligación alimentaria nace fundamentalmente del parentesco, que tratándose de la adopción simple nos encontramos ante el parentesco civil; esta obligación se encuentra reglamentada en el artículo 307 del Código Civil: "El adoptante y el adoptado tienen la obligación de darse alimentos en los casos en que la tienen el padre y los hijos". Pero la obligación alimenticia que nace entre adoptante y adoptado, no libera al adoptado en relación con su familia consanguínea, puesto que el adoptado no rompe los lazos con su familia de sangre, no existe precepto alguno que lo libere de esta obligación que nace del parentesco consanguíneo y de la solidaridad humana. En cambio, en el supuesto de la adopción plena cesa la obligación alimentaria del adoptado en favor de sus parientes naturales, como una consecuencia de que la adopción plena extingue la filiación preexistente con sus progenitores y sus familiares, puesto que no hay que olvidar que el adoptado ingresa a su nueva familia como hijo consanguíneo.

7.- Respecto a la sucesión legítima.

La adopción crea entre adoptante y adoptado el derecho a la sucesión legítima. "El adoptado hereda como un hijo pero en la adopción simple no hay derecho de sucesión entre el adoptado y los parientes del adoptante" (art. 1612). "Concurriendo padres adoptantes y descendientes del adoptado en forma simple, los primeros sólo tendrán derecho a alimentos" (art. 1613). Pueden concurrir los adoptantes con ascendientes del adoptado en forma simple, en cuyo supuesto "la herencia de éste se dividirá por partes iguales entre los adoptantes y los ascendientes" (art. 1620). Si concurre el cónyuge del adoptado con los adoptantes, las dos terceras partes de la herencia corresponden al cónyuge y la otra tercera parte a los que hicieron la adopción (art. 1621). Estas disposiciones no

tienen aplicación en la adopción plena, porque el adoptado tiene el carácter de hijo consanguíneo y no de adoptado en forma simple.

8.- Respecto a la temporalidad o perpetuidad de sus efectos.

El vínculo que se crea por medio de la adopción simple puede llegar a concluirse en vida de los que intervienen en la relación, es decir, del adoptante y del adoptado, debido al carácter revocable de este tipo de adopción. Esta peculiaridad, diferencia radicalmente a la adopción simple, que da lugar al parentesco civil, de la adopción plena que es irrevocable y que se asimila al parentesco consanguíneo, puesto que éste, una vez que surge ya sea dentro o fuera del matrimonio, o a través de la adopción plena, es inextinguible en vida de los sujetos que integran una familia. Conviene recalcar que la particularidad de poner fin a la adopción, se presenta como una característica de la adopción simple, mas no de la adopción plena.

9.- En relación a los antecedentes familiares del adoptado.

Como la adopción simple puede terminar, no produce efectos definitivos, situación contraria se presenta en la adopción plena debido a su carácter irrevocable; por lo que el artículo 410 C del Código Civil establece otra consecuencia de la adopción plena: la reserva. El citado numeral establece que el Registro Civil se abstendrá de proporcionar información sobre los antecedentes de la familia de origen del adoptado, salvo que con previa autorización judicial se haga para efectos de impedimento para contraer matrimonio y, cuando el adoptado quiera conocer sus antecedentes familiares, siempre y cuando sea mayor de edad, en caso contrario se requerirá el consentimiento de los adoptantes. Con motivo de la transferencia de la patria potestad al adoptante, éste se convierte en el administrador de los bienes del adoptado; tendrá también la representación del adoptado en juicio y fuera de él, asimismo, el adoptante que ejerce la patria potestad, tiene derecho a nombrar tutor testamentario a su hijo adoptivo (art. 481). La adopción no entraña ni para el adoptado ni para el adoptante la pérdida o el cambio de nacionalidad (art. 27 de la Ley de Nacionalidad).

Procedimiento legal.

De conformidad con el artículo 399 del Código Civil, el procedimiento para hacer la adopción será fijado en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el cual en sus artículos 923 al 926, correspondientes a la jurisdicción voluntaria, regula lo referente a la adopción, para la que es competente el juez de lo familiar (art. 924 C.P.C).

El que pretenda adoptar, además de acreditar los requisitos señalados por el artículo 390 del Código Civil, deberá señalar en la promoción inicial, el tipo de adopción deseado, el nombre, edad y si lo hubiere domicilio del menor o incapacitado que se pretende adoptar; el nombre, edad y domicilio de quienes ejerzan sobre él la patria potestad o la tutela, o de las personas o institución de asistencia social pública o privada que lo hayan acogido y acompañar certificado médico de buena salud. Los estudios socioeconómicos y psicológicos que se requieran para efectuar el trámite de adopción deberán realizarse directamente por el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, o por quien éste autorice. En caso de que el menor hubiere sido acogido por una institución de asistencia social, el presunto adoptante o la institución según sea el caso, recabarán constancia del tiempo de la exposición o abandono para los efectos de la pérdida de la patria potestad. Si han transcurrido menos de seis meses de la exposición o abandono, se decretará el depósito de quien se pretende adoptar con el presunto adoptante, en tanto se consuma dicho plazo. Si se desconoce el nombre de los padres o no hubiere sido acogido por institución de asistencia social, se decretará la custodia con el presunto adoptante, por el término de seis meses para los mismos efectos, siempre y cuando ello fuere aconsejable a criterio del Juez.

En los supuestos en que el menor haya sido entregado a dichas instituciones por quienes ejerzan en él la patria potestad, para promover su adopción en cualquiera de sus dos formas, no se requerirá que transcurra el plazo de seis meses a que se refiere el presente artículo. Tratándose de extranjeros se deberá acreditar su legal estancia o residencia en el país. Los extranjeros con residencia en otro país deberán presentar certificado de idoneidad expedido por la autoridad competente de su país de origen que acredite que el solicitante es considerado apto para adoptar; constancia de que el menor que se pretende adoptar ha sido autorizado para entrar y residir permanentemente en dicho Estado; autorización de la Secretaría de Gobernación para internarse y permanecer en el país con la finalidad de realizar una adopción. La documentación que presenten los solicitantes extranjeros en idioma distinto al español, además de estar apostillada o legalizada por el Cónsul mexicano, deberá acompañarse de la traducción oficial (art. 923 C.P.C.).

Rendidas las constancias que justifican los requisitos que se exigen para adoptar y una vez obtenido el consentimiento de quien debe darlo, el Juez de lo Familiar resolverá dentro del tercer día lo que proceda sobre la adopción (art. 924 C.P.C.). Dictada la resolución, cuando ésta cause ejecutoria la adopción queda consumada (art. 400).

El juez que apruebe la adopción, remitirá copia certificada de las diligencias respectivas al juez del Registro Civil del lugar, para que, con la comparecencia del adoptante, levante el acta correspondiente; esta remisión deberá hacerse dentro de los ocho días siguientes a la ejecutoria (art. 84).

“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 nombre, 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 mismos términos que la que se expide para los hijos consanguíneos, sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo siguiente” (art. 86). Una vez que se ha extendido el acta de adopción simple, se harán las anotaciones que correspondan al acta de nacimiento del adoptado, archivándose la copia de las diligencias relativas, poniéndole el mismo número del acta de adopción. “En el caso de adopción plena, a partir del levantamiento del acta a que se refiere el segundo párrafo del artículo anterior, se harán las anotaciones en el acta de nacimiento originaria, la cual quedará reservada. No se publicará ni se expedirá constancia alguna que revele el origen del adoptado ni su condición de tal, salvo providencia dictada en juicio” (art. 87). La falta de registro de la adopción no quita a ésta sus efectos legales, sólo sujeta al responsable a las penas señaladas en la ley (art. 85).

Como se recordará, las adopciones efectuadas bajo la forma simple se podrán convertir a la forma plena, siempre y cuando el adoptante o adoptantes soliciten la conversión y previamente hayan obtenido el consentimiento del adoptado, en caso de que éste tenga doce años cumplidos, de lo contrario, se requiere el consentimiento de quien lo hubiese dado al momento de constituir la adopción, en caso de que no sea posible obtenerlo, el juez deberá resolver conforme al interés superior del menor. Una vez cumplido esto, 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 (art. 925 A del C. P.C.).

Simultáneamente al cumplimiento de los requisitos legales, el interesado en adoptar, debe cubrir ciertos trámites administrativos, en otras palabras, el adoptante (o adoptantes) se presentaran ante la Institución (casa de cuna o de asistencia) donde pretenden llevar a cabo la adopción, exhibiendo una solicitud previamente llenada, que contiene datos tales como: nombre del adoptante o adoptantes, fecha de nacimiento, certificado médico de buena salud, nacionalidad, escolaridad, domicilio, teléfono, número de personas que dependen del solicitante, condiciones económicas y laborales, ingresos mensuales, ubicación y distribución de la vivienda; a la solicitud se anexarán cartas de recomendación de personas que avalen la solvencia moral del o los adoptantes. Así como también se deberán externar las razones por las que se desea adoptar. La propia Institución llevará a cabo un estudio psicológico y socioeconómico; el adoptante expresará el sexo y edad deseado en la persona del adoptado. Asimismo, se acompañarán fotografías del presunto adoptante o adoptantes para que queden establecidas sus características físicas, lo anterior es un requisito indispensable puesto que los rasgos físicos (características

antropométricas del solicitante y el eventual adoptado) se tomarán en cuenta para la selección que se realizará del menor que se pretenda adoptar. Continuando con el trámite administrativo, y una vez que se ha aprobado la solicitud, así como la selección del individuo para ser adoptado, se envía al juez de lo familiar la documentación requerida.

Terminación de la adopción.

Al hablar sobre los efectos de la adopción, hice el señalamiento que una de las principales distinciones entre la adopción simple, que genera el parentesco civil, y la adopción plena, que da lugar al parentesco consanguíneo, estribaba en que la primera podía llegar a extinguirse en vida de los sujetos, en tanto que en la segunda no acontecía esto (arts. 405 y 410 A). En atención de lo anterior, en nuestro derecho la terminación o extinción sólo es posible en la adopción simple, puesto que la relación que se genera en la adopción plena se equipara al parentesco consanguíneo, y éste es permanente, puesto que no puede terminar la relación que surge. Tomando en cuenta lo anterior, la adopción simple puede llegar a terminar por varias razones, de esta forma, como en cualquier otra institución de derecho de familia, la adopción simple termina por causa natural en caso de muerte del adoptante o del adoptado. Puesto que la adopción simple sólo genera relación jurídica y efectos entre adoptante y adoptado, faltando uno de ellos, la adopción llega a su conclusión; pues como característica principal de la adopción simple tenemos que no se crea, y por lo tanto no se conserva relación alguna entre el adoptado y la familia del adoptante en caso de fallecimiento de este último.

En la adopción, por tratarse de un acto jurídico, puede presentarse la nulidad y la inexistencia por falta de solemnidades. Al hablar sobre la terminación de la adopción, hay que distinguir entre la adopción plena y la adopción simple, puesto que como ya se ha dicho, la adopción plena es irrevocable, en tanto que la segunda, es decir, la adopción simple, puede terminar por las causas previstas en la ley, dichas causas son la revocación y la impugnación. A continuación se estudiarán cada una de ellas.

Revocación.

La posibilidad de revocar el vínculo adoptivo se concede por la ley tanto al adoptante como al adoptado, en este sentido se manifiesta el Código Civil que dice:

Artículo 405 "La adopción simple puede revocarse:

I. Cuando las dos partes convengan en ello, siempre que el adoptado sea mayor de edad. Si no lo fuere, se oír 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”.

Por otra parte, del procedimiento del artículo 405, se desprende que en el Código Civil se contemplan dos tipos de revocación. Por un lado, una revocación voluntaria, que se da en forma bilateral, establecida por mutuo consentimiento entre el adoptante y el adoptado que sea mayor de edad, o con la persona que hubiere consentido para la adopción, si es menor. Por el otro, una revocación (unilateral) que sólo se puede presentar en las circunstancias especialmente previstas en la ley, ya sea por ingratitud del adoptado o por existir peligros para el menor adoptado, pues como resultado de las reformas en esta materia, se ha incorporado la fracción tercera al citado precepto, según la cual la facultad de revocar la adopción simple además de concederse al adoptante y al adoptado, se amplía al Consejo de Adopciones del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, siempre y cuando se justifique la existencia de una causa grave que ponga en peligro al menor.

Cuando el adoptante y el adoptado en la adopción simple soliciten la revocación, el Juez los citará a una audiencia verbal, para que dentro de los tres días siguientes, se resuelva si la revocación es conveniente para los intereses morales y materiales del adoptado “Si el adoptado fuere menor de edad, para resolver sobre la revocación se oírán previamente a las personas que prestaron su consentimiento conforme al Código Civil, cuando fuere conocido su domicilio o, en su caso, se oírán al Ministerio Público. Para acreditar cualquier hecho relativo a la revocación, las partes podrán ofrecer toda clase de pruebas, conforme a las disposiciones de este Código” (art. 925 C.P.C.).

Sobre la revocabilidad de la adopción simple han existido en la doctrina posiciones encontradas; por un lado hay quienes ven en la revocación el medio necesario para remediar situaciones que se tornen conflictivas o inconvenientes para el adoptante o para el adoptado. Por el otro, se apunta que no es admisible que una vez que se ha generado una relación familiar, creándose el parentesco civil con su consecuente relación paterno-filial se extinga por el simple acuerdo de voluntades o por presentarse alguna causa prevista en la ley. Dicha dualidad de posiciones son derivadas de la polémica que ha causado la institución de la adopción simple desde que se ha regulado en las diversas legislaciones, pues no ha faltado quien ve en la adopción una ficción legal, y quienes consideran a la adopción como una imitación de la naturaleza. Se observa que la revocación por mutuo consentimiento es de origen germánico y de ahí que los códigos francés, italiano y español no la admitan. En el derecho comparado, países latinoamericanos como Argentina, Brasil,

Ecuador, Venezuela, Cuba y el Salvador, en sus respectivas legislaciones admiten la revocación, a semejanza de México.

Tratándose de revocación por mutuo acuerdo entre el adoptante y el adoptado, en caso de que éste sea mayor de edad, o de sus representantes, si es menor, el juez podrá decretar que la adopción queda revocada solamente si está convencido de la espontaneidad de la solicitud de revocación, y cuando juzgue que ésta resulta de la conveniencia para los intereses morales y materiales del adoptado. No concurriendo estas circunstancias debe ser denegada (art. 407).

Sin embargo, "aceptada la distinta finalidad y objeto de la adopción moderna, la extinción (no revocación) debería proceder sólo por situaciones originadas por actitudes del adoptante semejantes a las que se presentan para la pérdida o suspensión de la patria potestad". (110)

En relación a la revocación de la adopción por circunstancias previstas en la ley, conforme a la fracción segunda del artículo 405, la adopción puede revocarse por ingratitud del adoptado. Para los efectos de la revocación, se considera ingrato al adoptado (art. 406):

- I. Si 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 rehúsa dar alimentos al adoptante que ha caído en pobreza.

El anterior precepto hace una interpretación legal de lo que debe considerarse como ingratitud por parte del adoptado, dicho artículo hace reminiscencia de la adopción de tiempos remotos que exigía la gratitud del adoptado, en virtud de que se consideraba que solamente se podía presentar la ingratitud de parte de la persona que resultó beneficiada en el acto. Por lo que hubiere sido deseable que el legislador, siguiendo un principio de igualdad, contemplase la posibilidad en favor del adoptado de revocar unilateralmente la adopción, por las mismas causas contempladas en el ordenamiento legal.

Impugnación.

El Código Civil otorga la facultad al adoptado de impugnar la adopción que de él se haya hecho.

"El menor o la persona con incapacidad que haya sido adoptado bajo

(110)CHAVEZ ASENCIO Manuel F. Ob. Cit., supra not. 40; p. 257.

la forma de adopción simple, podrá impugnar la adopción dentro del año siguiente a la mayoría de edad o a la fecha en que haya desaparecido la incapacidad” (art. 394).

Pasado el año de que habla la ley, en otras palabras, una vez que el menor haya cumplido diecinueve años, o al haber transcurrido un año de que hubiere desaparecido la incapacidad, el adoptado ya no podrá impugnar la adopción pese a que pueda tener causas graves para querer hacerlo, pues el transcurso del año hizo que caduque su acción. La impugnación debe hacerse ante el juez de lo familiar y será un juicio entre el adoptado, en pleno ejercicio de sus derechos, y el adoptante. Esta disposición es correlativa a lo dispuesto por el artículo 376 que dispone que si el hijo reconocido es menor, puede reclamar contra el reconocimiento cuando llegue a la mayor edad. Sin embargo, en este último caso, el plazo para deducir esta acción es de dos años, que corren a partir de que el hijo sea mayor de edad, artículo 377; en cambio, en el caso del menor o del incapacitado adoptado, podrán impugnar la adopción, en el plazo de un año.

Conforme al artículo 410 del Código Civil, “las resoluciones que dicten los jueces, aprobando la revocación, se comunicarán al juez del Registro Civil del lugar en que aquélla se hizo para que cancele el acta de adopción”. Sobre el particular, el artículo 88 del Código expresa que 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.

Convenios internacionales en los que ha intervenido México en materia de adopción.

Los tratados internacionales han recibido nombres muy diversos, ello ha contribuido a crear algo de confusión en torno a estos instrumentos internacionales, pero independientemente de la denominación que se les dé, su esencia revela que se trata de un acuerdo internacional de voluntades. La práctica mexicana revela que, aunque existen ciertos trazos de uniformidad, son innumerables los acuerdos internacionales en los que se utilizan distintas denominaciones a pesar de que se refieren a la misma materia.

Conforme a la Convención de Viena de 1969, en su artículo 2 los tratados internacionales se conceptualizan de la siguiente forma: “Se entiende por tratado un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional público, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualesquiera que sea su denominación particular”.

De esta forma, el término tratado abarca cualquier instrumento internacional, los cuales requieren para estar de acuerdo con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y por consiguiente, para tenerlos como Ley Suprema de toda la

Unión, el ser celebrados por el Presidente de la República con la aprobación del Senado (arts. 76-I, 89-X y 133 constitucionales). Por otro lado, los tratados como cualquier otro instrumento jurídico internacional que tenga una denominación distinta, requieren de un acto de incorporación al sistema jurídico interno, en nuestro régimen este acto de incorporación consiste en la aprobación del Senado y la publicación en el Diario Oficial de la Federación.

La regulación de la adopción internacional es un tema complejo que viene a actuar subsidiariamente con la adopción interna de los países, México no ha permanecido ajeno y ha celebrado diversos convenios en esta materia. Al regular la adopción tanto en el marco interno como en el internacional, se refleja el interés de proporcionar al adoptado una familia; desde luego que se debe procurar la integración del ser en desamparo en un contexto social y cultural similar, lo cual indudablemente se puede cumplir con más exactitud con una familia de la nacionalidad del adoptado, pero en caso de que esto no sea posible, se debe admitir la adopción internacional, teniendo siempre en cuenta que el mejor desarrollo de un niño se produce cuando éste se desenvuelve dentro de un ambiente familiar.

Hasta antes de las reformas al Código Civil del 28 de mayo de 1998 la falta de regulación de la adopción plena en la legislación civil del Distrito Federal, así como en los ordenamientos civiles del interior del país, la cual en su mayoría aún subsiste, había creado una cuestión delicada con respecto a la aplicación de los tratados internacionales suscritos y ratificados por México que contemplan la adopción plena; puesto que ante la falta de una regulación expresa de la adopción plena, se tenían que aplicar, por analogía, las disposiciones sobre adopción simple, que eran las únicas existentes, lo anterior conlleva la problemática de determinar hasta que grado se aplica la analogía. Sin embargo, esta situación parece haber cambiado, por lo menos en el caso del Distrito Federal, puesto que ya se encuentra incorporada la adopción plena, pero nuestro Código Civil fue más allá de la sola inclusión de la forma adoptiva plena, puesto que ha creado una sección específica de la adopción internacional, la cual ha quedado de la siguiente forma:

Artículo 410 E. "La adopción internacional es la promovida por ciudadanos de otro país, con residencia habitual fuera del territorio nacional, y tiene como objeto incorporar, en una familia, a un menor que no puede encontrar una familia en su propio país de origen. Esta adopción se regirá por los tratados internacionales suscritos y ratificados por el Estado Mexicano y, en lo conducente, por las disposiciones de este Código.

Las adopciones internacionales siempre serán plenas.

La adopción por extranjeros es la promovida por ciudadanos de otro país, con residencia permanente en el territorio nacional. Esta adopción se regirá por lo dispuesto en el presente Código".

Artículo 410 F. "En igualdad de circunstancias se dará preferencia en la adopción a mexicanos sobre extranjeros".

En materia de adopción, se efectuó la Tercera Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-III), que se celebró en la ciudad de La Paz, Bolivia, en 1984. Tal Conferencia adoptó, entre otros tratados, la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores, la cual cuenta con 29 artículos. Convención que suscribió México. La citada Convención fue aprobada por el Senado del H. Congreso de la Unión, según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 6 de febrero de 1987; posteriormente, en el Diario Oficial del día 21 de agosto del mismo año se publicó el decreto de promulgación respectivo.

Durante la Conferencia el tema de la adopción internacional de menores fue uno de los que más captó la atención de los participantes, y durante las discusiones relativas se evidenciaron multitud de dificultades que rebasan el tema de la adopción para caer en el más amplio de la problemática de la protección del menor, tema éste que sin duda es uno de los que más preocupa no solamente a México sino a un gran número de países. Dicho interés se pone de manifiesto en la labor que viene desempeñando la Organización de las Naciones Unidas en sus tareas relativas a la elaboración de una convención sobre los derechos del niño. La CIDIP-III no fue ajena a los asuntos referentes a la protección del menor, en ella se abordó la problemática de la adopción internacional, se hizo la recomendación a los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos de tipificar en su legislación, como delito especialmente grave, la mediación con fines de lucro para promover a menores a efecto de su adopción internacional, así como todo acto de promoción, sea o no comercial, con el propósito anterior.

Dicha convención regula en principio la adopción plena internacional de menores "La presente Convención se aplicará a la adopción de menores bajo las formas de adopción plena, legitimación adoptiva y otras figuras afines, que equiparen al adoptado a la condición de hijo cuya filiación esté legalmente establecida, cuando el adoptante (o adoptantes) tengan su domicilio en un Estado Parte y el adoptado su residencia habitual en otro Estado Parte" (art. 1). Del anterior precepto se desprende que la adopción es plena cuando equipara al adoptado a la condición de hijo; es internacional cuando el domicilio del adoptante y la residencia habitual del adoptado se encuentren en Estados diversos.

Se dijo que la Convención regula en principio la adopción plena, porque "Cualquier Estado Parte podrá declarar, al momento de firmar o ratificar esta Convención, o de adherirse a ella, que se extiende su aplicación a cualquier otra forma de adopción internacional de menores" (art. 2). Por lo que con respecto a la adopción simple, puede hacerse uso de esta facultad y declarar que será aplicable también a esta forma de adopción. Incluso se contempla la posibilidad de establecer la adopción interna con vocación internacional; se permite aplicar las normas de la Convención, cuando el Estado parte haga la declaración correspondiente (como lo ha hecho México), a aquellas adopciones que en un principio no muestran las conexiones necesarias para establecer su carácter de internacionales, por lo que se presentan como adopciones puramente nacionales, pero no obstante, podrían devenir

internacionales. La vocación internacional será apreciada por la autoridad interviniente, quien tendrá en cuenta el propósito por parte del adoptante o adoptantes de constituir su domicilio en otro Estado Parte (art. 20).

Por lo que se refiere a la constitución de la adopción, la capacidad, consentimiento, y demás requisitos para ser adoptado, así como el procedimiento y las formalidades extrínsecas se rigen por la ley del lugar de residencia habitual del menor (art. 3); la capacidad, edad, estado civil, consentimiento del cónyuge y demás requisitos para adoptar, se rigen distributivamente por la ley del domicilio del adoptante o adoptantes. Sin embargo, si tales requisitos fueren manifiestamente inferiores a los señalados por la ley de la residencia habitual del menor, regirá ésta (art. 4). Los requisitos de publicidad y registro se rigen por la ley del lugar donde deban cumplirse, en el asiento registral se expresarán la modalidad y características de la adopción (art. 6).

Se garantizará el secreto de la adopción cuando correspondiere. No obstante, cuando ello fuere posible, se comunicarán a quien legalmente proceda los antecedentes clínicos del menor y de los progenitores si se los conociere, sin mencionar sus nombres ni otros datos que permitan su identificación (art. 7). En las adopciones regidas por esta Convención las autoridades que otorgaren la adopción podrán exigir que el adoptante (o adoptantes) acredite su aptitud física, moral, psicológica y económica, a través de instituciones públicas o privadas cuya finalidad específica se relacione con la protección del menor. Estas instituciones deberán estar expresamente autorizadas por algún Estado u organismo internacional. Las instituciones que acrediten las aptitudes referidas se comprometerán a informar a la autoridad otorgante de la adopción acerca de las condiciones en que se ha desarrollado al adopción, durante el lapso de un año. Para este efecto la autoridad otorgante comunicará a la institución acreditante, el otorgamiento de la adopción (art. 8). Serán competentes en el otorgamiento de la adopción las autoridades del Estado de la residencia habitual del adoptado (art. 15).

En caso de adopción plena, legitimación adoptiva y figuras afines, la adopción será irrevocable (art. 12); se rompen los vínculos del adoptado con su familia de origen, aunque subsisten los impedimentos para contraer matrimonio (art. 9-b); las relaciones entre adoptante o adoptantes y adoptado, inclusive las alimentarias, y las del adoptado con la familia del adoptante, se rigen por la ley aplicable a las relaciones entre adoptante y su familia legítima (art. 9-a); la adopción surte efectos de pleno derecho en los Estados Partes (art. 5). Los derechos sucesorios que corresponden al adoptado o adoptante, se regirán por las normas aplicables a las respectivas sucesiones. En los casos de adopción plena, legitimación adoptiva y figuras afines, el adoptado, el adoptante y la familia de éste tendrán los mismos derechos que corresponden a la filiación legítima (art. 11).

Los efectos de la adopción simple se regulan separadamente, en caso de adopciones distintas a la adopción plena, legitimación adoptiva y figuras afines, las relaciones entre adoptante y adoptado se rigen por la ley del domicilio del adoptante.

Las relaciones del adoptado con su familia de origen se rigen por la ley de la residencia habitual al momento de la adopción (art. 10). La revocación de la adopción se regirá por la ley de la residencia habitual del adoptado al momento de la adopción (art. 12). La cuestión competencial en materia de relaciones entre adoptante o adoptantes y su familia y el adoptado, se resuelve a favor del Estado donde tenga domicilio el adoptante o adoptantes, mientras el adoptado no constituya domicilio propio; pero a partir del momento en que el adoptado tenga domicilio propio, será competente, a elección del actor, el juez del domicilio del adoptado o del adoptante o adoptantes (art. 17).

Respecto a la anulación de la adopción (art. 14), se regirá por la ley de su otorgamiento; la nulidad se debe regir por la ley de la constitución de la adopción porque está vinculada íntimamente a su formación, teniendo su fundamento en algún vicio o defecto del acto constitutivo que afecta su validez. El citado artículo agrega que la anulación sólo será decretada judicialmente, velándose por los intereses del menor de conformidad con el artículo 19 de la Convención, según el cual, debe haber una interpretación armónica en la aplicación de los términos de la Convención y de las leyes aplicables según la misma, tendiendo a favorecer la validez de la adopción y el beneficio del adoptado. Se busca en lo posible restringir los casos de anulación si afectan los intereses del menor. Por lo que se refiere a la competencia, se establece únicamente la de los jueces del Estado de la residencia habitual del adoptado al momento del otorgamiento de la adopción; siendo aplicable también esta disposición para el caso de la revocación, tratándose de adopción simple (art. 16).

Como una innovación la Convención contempla la conversión de la adopción, artículo 13. "Cuando sea posible la conversión de la adopción simple en adopción plena o legitimación adoptiva o instituciones afines, la conversión se regirá, a elección del actor, por la ley de la residencia habitual del adoptado, al momento de la adopción, o por la del Estado donde tenga su domicilio el adoptante (o adoptantes) al momento de pedirse la conversión. Si el adoptado tuviere más de 14 años de edad será necesario su consentimiento". La posibilidad de convertir la adopción simple en plena se ha regulado teniendo en cuenta la posibilidad de mejorar la situación del adoptado. En cuanto a la conversión de la adopción simple en plena, la Convención establece la competencia concurrente, puesto que otorga varias opciones alternativas al actor debido a la prioridad que otorga a la adopción plena. Se ha querido beneficiar al adoptado otorgándole la posibilidad de solicitarla ante las autoridades del Estado donde él establezca su domicilio propio. También son competentes las autoridades del Estado de la residencia habitual del adoptado al momento de la adopción o las del Estado donde tenga su domicilio el adoptante al momento de la conversión (art. 16, segundo párrafo).

La Convención no es exclusivamente regional ya que permite su adhesión por parte de Estados no sólo integrantes de la Organización de los Estados Americanos, sino también ajenos a ella (arts. 21 y 23). Por lo tanto la órbita espacial de aplicación de la convención puede trascender nuestro continente en la medida en que Estados no miembros de la OEA la suscriban.

Un aspecto que debe destacarse, es que en virtud de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores México está obligado, entre otras cosas, a: 1) Permitir que se lleven a cabo en su territorio adopciones plenas en el caso de menores con residencia habitual en el país en que vayan a ser adoptados por personas domiciliadas en algún Estado que sea parte de dicha Convención; 2) Permitir que personas domiciliadas en el país, adopten en adopción plena a menores con residencia habitual en el país, siempre y cuando el adoptante, posteriormente a la adopción, establezca su domicilio en un Estado parte de la Convención; 3) Reconocer los efectos de las adopciones plenas otorgadas en otros Estados que sean parte de la Convención, ajustándose a la misma, sin que pueda pretenderse hacer valer la excepción de institución desconocida (art. 5). Por lo anterior, se puede decir, que de alguna u otra forma la adopción plena ya formaba parte del derecho interno mexicano, con anterioridad a las reformas de mayo de 1998; sin embargo, como tal figura había sido incorporada en virtud de la Convención su radio de acción era muy limitado. Lo anterior daba lugar a una situación poco congruente, pues las adopciones meramente internas tenían que continuar siendo simples o semiplenas, en tanto que las internacionales y aquéllas con vocación a internacionalizarse serían plenas en los pocos casos en que la Convención fuera aplicable.

La Convención sobre los Derechos del Niño (1989), esta Convención es el fruto de exhaustivas deliberaciones entre numerosos Estados, agencias de la Organización de las Naciones Unidas y organizaciones no gubernamentales. Se propone establecer normas universales de defensa y protección a la infancia contra el abandono, la explotación y los malos tratos, es decir, contiene disposiciones que garantizan los derechos de los niños, ofreciendo protección a aquellos pequeños que se encuentran en situaciones difíciles, pero no contiene obligaciones específicas para los gobiernos que la aceptan. Sus normas son aplicables a todas las personas menores de 18 años de edad, salvo en el caso de que se acceda antes a la mayoría de edad, según la legislación de cada país.

La Convención sobre los Derechos del Niño se presentó para su aprobación ante la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y por parte de México la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado, aprobó la Convención el 12 de junio de 1990, ratificándola en septiembre del mismo año.

En su artículo 20 se establece que los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado. Los Estados parte garantizarán de conformidad con sus leyes nacionales, otro tipo de cuidados para esos niños; entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la adopción de ser necesaria, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores.

La Convención dedica al tema de la adopción su artículo 21, el cual dice literalmente: Artículo 21. Los Estados Partes que reconocen y/o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración

primordial y:

- a) Velarán porque la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las cuales determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario;
- b) Reconocerán que la adopción por personas que residan en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar al niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen;
- c) Velarán porque el niño objeto de la adopción en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen;
- d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella;
- e) Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, para garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes.

Lo primero que hay que resaltar es que las disposiciones de la Convención sólo serán obligatorias para los Estados que lleguen a ser parte y que además reconozcan o permitan la adopción; no se establecen normas conflictuales. Se pretende lograr el objetivo de que las adopciones que se lleven a cabo en los distintos Estados parte, sean autorizadas por una autoridad competente; asimismo, que no se lleven a cabo adopciones sin autorización de aquellas personas que deban ser escuchadas de acuerdo a la legislación de cada Estado; que la adopción no se convierta en un mercado de niños. Busca primordialmente proteger y salvaguardar los derechos del niño así como el beneficio de éste, evitando en lo posible que sea víctima de malos tratos. Esta Convención en su artículo 41 señala que nada de lo dispuesto en la misma afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en: a) El derecho de un Estado parte, o, b) El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado. Lo anterior significa que las disposiciones del Código Civil sobre adopción así como los preceptos internacionales que en esta materia se celebren, no se verán afectados por la Convención sobre los Derechos del Niño.

Entre los Convenios internacionales tendientes a regular la adopción, nos encontramos con el Convenio Relativo a la Protección del Niño y la Cooperación en

Materia de Adopción Internacional, celebrado en la Haya el 29 de mayo de 1993, en la Décimo Séptima Sesión de la Conferencia de la Haya. Este Convenio fue aprobado por el Senado de la República el 22 de junio de 1994, según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 6 de julio del mismo año.

El Convenio en cuestión, reconoce que para el adecuado desarrollo del niño, éste debe crecer en un medio familiar armónico, por lo que de esta forma, la adopción internacional puede presentar la ventaja de dar una familia permanente a un niño que no cuenta o que no puede encontrar una familia adecuada en su Estado de origen. Se busca que las adopciones internacionales se hagan conservando el interés del menor y respetando sus derechos esenciales que le reconoce el derecho internacional, especialmente el Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, evitando de esta manera, en lo posible, la sustracción, la venta o el tráfico de niños, para que de esta forma se pueda asegurar, que los Estados que han ratificado la Convención, reconozcan las adopciones efectuadas conforme a la misma. .

El Convenio que nos ocupa cuenta con 48 artículos divididos en siete capítulos, a continuación presentaré un breve análisis de su normatividad.

Capítulo I – Ambito de aplicación del Convenio. Se refiere al objeto del Convenio, que consiste en establecer garantías para que la adopción internacional considere el interés superior del niño y sus derechos fundamentales, a través de la cooperación entre Estados parte y el reconocimiento de las adopciones realizadas en cumplimiento del Convenio. Está dirigido a adopciones que establezcan exclusivamente un vínculo de filiación para el niño que va a ser desplazado a otro Estado miembro.

Capítulo II – Condiciones de las adopciones internacionales. Este capítulo establece cuándo puede aplicarse la Convención y la necesidad de que las autoridades de cada Estado hayan establecido que el niño es adoptable, así como que dichas autoridades conozcan las consecuencias de otorgar la adopción y que den el consentimiento en forma libre, legal y por escrito, sin obtener pago alguno. El desamparo es el presupuesto fáctico que motiva la adopción, como remedio a esa falta de ambiente familiar adecuado, que es el que permite el crecimiento, educación y desarrollo óptimo del niño. Esta situación de carencia de medio familiar idóneo, que no satisface las necesidades básicas del menor es lo que caracteriza el desamparo; éste puede tener múltiples formas y diversas intensidades, asumiendo matices diferentes según el estrato social al que permanezcan los sujetos. La falta de protección es constatada por la autoridad judicial lo que posibilita la declaración o no de la misma, según el régimen interno de cada país; constatado el abandono no se requiere una declaración de adoptabilidad del menor, la que implicaría que el niño está en condiciones de ser dado en adopción o de ser integrado a otro grupo familiar. A fin de lograr esa declaración judicial, ha de citarse a los padres biológicos del menor con el fin de ser escuchados, haciéndoles conocer con claridad y precisión las consecuencias que probablemente sobrevengan. Esta declaración previa, coloca al menor en la posibilidad de ser adoptado, sin perjuicio de lo que oportunamente el

juez decida, conforme a las circunstancias del caso. También establece el Convenio condiciones respecto del consentimiento de la madre, exigiendo que deba ser posterior al nacimiento del hijo, y sin pago alguno, y el consentimiento del hijo dado en adopción, que también debe expresarse en forma libre, legal y por escrito, si tiene edad suficiente para hacerlo, como forma de tener en cuenta sus deseos. Para que estas adopciones se lleven a cabo es necesario haber realizado una investigación sobre los futuros padres adoptivos para determinar su aptitud para serlo; también es necesario haberlos asesorado convenientemente y constatar el permiso otorgado al niño para entrar, y residir permanentemente en otro Estado.

Capítulo III – Autoridades centrales y organismos acreditados. Cada Estado parte designará una autoridad central que se encargue de dar cumplimiento a las obligaciones que el Convenio establece y de cooperar entre ellos. En caso de un Estado federal, podrán nombrarse más de una autoridad central, pero determinando cual es la competente dentro de ese Estado. Las autoridades centrales se encargarán de suprimir obstáculos y toda práctica contraria a los objetivos de la Convención; de intercambiar información sobre la situación del niño y los futuros padres adoptivos, para el procedimiento de adopción, y de informar sobre estadísticas y experiencias en materia de adopción internacional. El organismo que entiende de este tema debe depender del Estado no pudiendo perseguir fines de lucro y debe estar dirigido por personas destacadas por sus conocimientos en el tema y por su reconocida integridad moral y ética. La sede donde funcionen estos organismos será comunicada a la Oficina Permanente de la Conferencia de la Haya de Derecho internacional Privado.

Capítulo IV – Condiciones de procedimiento respecto a las adopciones internacionales. Para adoptar un niño que reside en otro país, es necesario dirigirse a la autoridad central del propio Estado, quien preparará un informe completo sobre el interesado y lo remitirá a la autoridad central del país del menor. La autoridad central del país del niño realizará el mismo trabajo, respondiendo con otro informe sobre el niño y todo su historial, inclusive su origen étnico, religioso y cultural, asegurándose de obtener todos los consentimientos requeridos en el Capítulo II y sin divulgar la identidad de los padres biológicos del niño ofrecido en adopción, si en el Estado de origen no pudiere manifestarse. El Estado de origen deberá asegurar la conservación de toda la información que disponga respecto de la identidad de los padres del niño, su origen, la historia médica de él y de su familia. Si alguna vez, el niño o su representante deseara conocer esa información y la ley de su Estado lo permitiera, deberá asegurarse el acceso a la misma, con el debido asesoramiento. Para que el niño salga del Estado de origen y entre con residencia permanente en el Estado de recepción, la autoridad central del Estado de origen habrá confirmado previamente que los futuros padres adoptivos han expresado su acuerdo y que el mismo ha sido aprobado por la autoridad central del lugar de su residencia. El desplazamiento del niño se hará en las mejores condiciones de seguridad y si es posible, acompañado por los futuros padres adoptivos; puede requerirse un período probatorio en el cual las autoridades centrales se mantendrán informadas sobre el procedimiento de adopción. Se puede presentar la posibilidad de que al mantener al niño en su nueva familia, se deje de responder al interés superior del mismo, por lo que la autoridad central del

Estado de recepción tomará las medidas para protegerlo y cuidarlo provisionalmente mientras le buscan un nuevo hogar, con el conocimiento y la previa aceptación de la autoridad central del Estado de origen. Pero también se presenta la opción de regresar al niño al Estado de origen si ello responde a su interés, y si así lo desea el niño y tiene suficiente edad para emitir su consentimiento sobre las medidas a tomarse respecto a su destino.

Capítulo V – Reconocimiento y efectos de la adopción. Toda adopción certificada por la autoridad central del Estado donde ha tenido lugar una adopción, cuyo nombramiento haya sido notificado al depositario de la Convención, será reconocida de pleno derecho en los demás Estados parte, salvo que dicha adopción sea manifiestamente contraria a su orden público, teniendo en cuenta el interés superior del niño. Por disposición del artículo 24 de la Convención, se autoriza a un tercer Estado parte a denegar el reconocimiento de la adopción, si ésta fuera manifiestamente contraria a su orden público, teniendo sólo como límite a esta facultad el de tomar en consideración el interés superior del niño. El reconocimiento de la adopción implica reconocer el vínculo de filiación entre el niño y sus padres adoptivos y la responsabilidad que éstos tienen hacia su hijo, así como la ruptura del vínculo de filiación preexistente, si la adopción produce este efecto en cada uno de los Estados miembros. Cuando la adopción realizada en el Estado de origen no tenga por efecto la ruptura del vínculo de filiación preexistente, en el Estado de recepción que reconozca la adopción de acuerdo al Convenio, se podrá convertir en una adopción que produzca tal efecto, lo que tiene relación con el requisito de que sean convenientemente asesoradas y debidamente informadas en particular, las personas, instituciones y autoridades cuyo consentimiento se requiere para la adopción, en lo referente al mantenimiento o ruptura de los vínculos jurídicos entre el niño y su familia de origen.

Capítulo VI – Disposiciones generales. El convenio no afecta a la ley de un Estado de origen que exija que la adopción se produzca en ese mismo Estado, o que prohíba el desplazamiento del niño al Estado de recepción, antes de la adopción. El Convenio impide el contacto entre los futuros padres adoptivos y los padres o guardadores de éste, hasta que la autoridad central haya establecido que el niño es adoptable, que eso responde a su interés superior y que se hayan obtenido los consentimientos de las autoridades centrales de ambos países, de los futuros padres adoptivos con probada aptitud para adoptar, de la madre del niño luego de su nacimiento y en determinadas circunstancias, del propio niño. Queda expresamente determinado que no pueden obtenerse beneficios materiales indebidos por parte de quienes intervengan en la adopción; solamente podrán reclamarse costos y gastos directos incluyendo honorarios profesionales adecuados de las personas que han intervenido en la adopción; igualmente los directores, administradores y empleados de organismos dedicados a la adopción recibirán remuneraciones proporcionadas. Si bien el convenio no acepta reserva alguna, admite en cambio acuerdos entre Estados parte para favorecer la aplicación del Convenio en sus relaciones recíprocas; para llevar a cabo estos acuerdos las partes podrán derogar las disposiciones conducentes, notificando tales acuerdos al depositario del Convenio.

Capítulo VII – Cláusulas finales. En principio el Convenio podrá ser firmado por los Estados miembros de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado (Sesión 17) y por los demás Estados participantes. Los documentos de ratificación, aceptación o aprobación se depositarán en el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos, depositario del Convenio. Luego de su entrada en vigor, cualquier Estado podrá adherirse, pero el Convenio no tendrá efecto para el adherente en relación al Estado contratante que formule objeción a la adhesión dentro de los seis meses de notificada, o en el momento de la ratificación. Cuando un Estado tenga varias unidades territoriales con sistemas jurídicos diferentes en materia de adopción, podrá indicar en que unidades se aplicará el Convenio y en cuáles no. Si no realizan aclaración alguna, el Convenio se aplicará a la totalidad del territorio. El Convenio entrará en vigor el primer día siguiente a la expiración de un período de tres meses desde su aceptación, aprobación, ratificación o adhesión.

“Los niños susceptibles de ser adoptados provienen de sectores marginales y de pobreza, y está comprobado que no todos logran un nuevo hogar dentro de las fronteras de su propio territorio. No hay que suponer que los nacionales pueden ser mejores padres que los extranjeros.

Por razones culturales, sociales y económicas, los países con alto desarrollo económico tienen una bajísima tasa de natalidad en agudo descenso. Ante la necesidad de población joven, los países altamente industrializados propician la adopción de menores. Con ello evitan el riesgo de convertirse en sociedades de personas maduras en su mayoría, y aunque los avances científicos y sanitarios les proporcionen una larga vida, por una cuestión de edad, pasan ideductiblemente a engrosar la clase pasiva”. (111)

(111)WLDE Zulema D. Ob. Cit., pp. 130 y 131.

CAPITULO V

Consideraciones para una mejor regulación de la adopción

Análisis sobre las recientes reformas al Código Civil.

Como quedó asentado al hacer referencia a los antecedentes legislativos en México, no cabe la menor duda que fue un gran acierto el haber incorporado la adopción en la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917, aún con los inconvenientes que se señalaron en el apartado correspondiente. La importancia de dicha ley radica en el hecho de haber sido la precursora en la regulación de la adopción.

Posteriormente, con el Código Civil de 1928, se dejó escapar una gran oportunidad para perfeccionar la regulación y el funcionamiento de la institución que nos ocupa; puesto que no obstante las modificaciones que había sufrido el ordenamiento legal, hasta antes de las reformas del 28 de mayo de 1998, los principios rectores de la adopción no habían experimentado un cambio radical desde su vigencia, puesto que las modificaciones que habían sufrido las normas referentes a la adopción, se habían constreñido a cambios sin mayor relevancia. En el presente estudio, ha quedado apuntado el desarrollo y fines que ha perseguido la adopción a lo largo de la historia; sus efectos han variado desde su aparición, puesto que originalmente la adopción fue concebida en beneficio del adoptante y de su familia, para la conservación de ésta y del culto familiar, es decir, tenía una finalidad eminentemente política y religiosa, paulatinamente fue evolucionando su finalidad hasta considerarse en la actualidad que la adopción, ya sea simple, plena o internacional, es una institución destinada a proteger a los menores o incapaces, que procura ante todo el beneficio del adoptado, postura imperante en el derecho comparado.

En el caso del Código Civil sus consecuencias habían sido tan restringidas, que considero le restaron aplicación práctica en beneficio de la sociedad. Si a esto le añadimos el hecho de que las reformas que había experimentado, hasta antes del año de 1998, habían sido solamente, por decirlo de alguna manera, parches jurídicos, los cuales fueron insertados sin que se hubiera hecho un estudio completo de la institución; por consiguiente, estimo que la reglamentación de la adopción resultaba incompleta y le restringía utilidad social. Además, a pesar de que el Gobierno de México tenía suscritos diversos convenios internacionales en esta materia, no se contaba con una reglamentación de la adopción internacional que permitiera responder de una manera adecuada a los compromisos asumidos.

Haciendo un análisis de la reglamentación de que había sido objeto la institución de la adopción en nuestro Código Civil, nos encontramos que su

articulado resultaba deficiente por lo que era blanco de un sinnúmero de críticas, puesto que se consideraba que la adopción no cumplía en su totalidad los objetivos para los que fue creada e incorporada en nuestro ordenamiento legal, por lo que existía un gran interés por parte de un importante segmento de la población, de prestigiados juristas así como de instituciones públicas y privadas, en la búsqueda de un consenso para la actualización y adecuación de la adopción, para que sufriera una transformación que verdaderamente respondiera a las necesidades actuales. De esta forma, el 28 de mayo de 1998 se publicó en el Diario Oficial el Decreto que reforma y adiciona el Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal así como el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal; aun cuando el citado Decreto no respondió en su totalidad las expectativas que se tenían para la transformación de la adopción, considero que las modificaciones experimentadas en la misma, sin lugar a dudas significan un avance en ésta materia. Puesto que a la par de la adopción simple, a la que se le hicieron algunas modificaciones que se estimaron convenientes, se introduce la adopción plena, respondiendo de esta forma a un añejo reclamo social y brindándole a los interesados en esta noble institución, la oportunidad de elegir la clase de adopción que satisfaga íntegramente sus anhelos; asimismo, se adecua nuestra legislación a las diversas convenciones internacionales suscritas por México, reglamentándose de esta forma la adopción internacional.

Por lo que concierne a los principios rectores de la adopción, por una parte se dispone que el adoptante tendrá respecto de la persona y bienes del adoptado los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres respecto de sus hijos, por otra, que el adoptado tendrá para con la o las personas que lo adopten, los mismos derechos y obligaciones que tiene un hijo, sin embargo, contrariamente se establece que el parentesco que se derive de la adopción simple, sólo existirá entre adoptante y adoptado, de tal forma que se limitan esos derechos y obligaciones. Asimismo, tratándose de la adopción simple, se puede dar por terminado el vínculo adoptivo, lo que puede dar lugar, aún por grave que parezca, a que el que antes fue el padre o madre adoptivo, es decir, el adoptante, pueda contraer matrimonio con el que otrora fue su hijo adoptivo, en otras palabras, el adoptado o aún con sus descendientes. Considero inadecuada la posibilidad de disolver la relación paterno-filial, pero lo que me parece aún más grave es que se permita la posibilidad de que el adoptante pueda contraer matrimonio con el adoptado o sus descendientes, una vez que haya concluido el lazo jurídico de la adopción, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 157 del Código Civil antes de ser reformado. En la actualidad, el citado numeral dispone que "Bajo el régimen de adopción simple, el adoptante no puede contraer matrimonio con el adoptado o sus descendientes", por lo que considero que todavía persiste la posibilidad de que una vez que concluya la adopción puedan contraer matrimonio el

adoptante y el adoptado. Cómo se puede permitir que lo que una vez se fundó en un sentimiento loable, como es el afecto paterno-filial, llegue a un fin, y se tenga la posibilidad de unirse a una persona a que inicialmente se le vio y crió como un hijo, que se educó dentro de un sentimiento paterno, transformándose dicho vínculo en un sentimiento carnal.

El artículo 390 del Código Civil establece los requisitos que deben reunir las personas interesadas en efectuar una adopción, ya sea simple o plena, con relación a la edad, todo aspirante a ser padre adoptivo debe tener veinticinco años, probablemente dicha edad se fijó por considerar que los individuos se encuentran suficientemente aptos para asumir la responsabilidad que implica la paternidad, sin embargo debe estimarse que no siempre la edad es una garantía del grado de madurez que ha adquirido una persona, pues muchas veces los sentimientos paternales se despiertan prematuramente con buenos resultados, por lo que deben considerarse totalmente válidos. Si para contraer matrimonio se ha establecido la edad mínima de catorce años para la mujer y de dieciséis años para el hombre, considero que la edad requerida al adoptante debe flexibilizarse, y no fijarse tajantemente en una edad determinada, imposibilitando a alguien que no reúna el requisito de la edad, pero que sí cumpla con las demás exigencias legales, a aspirar efectuar una adopción. Puesto que se ha estimado que uno de los fines del matrimonio es la procreación, y si ésta se puede presentar válidamente entre los menores de edad, que cumplan la edad mínima exigida, el requerimiento de una edad superior a la que se necesita para el matrimonio no tiene congruencia en la actualidad. La adopción, más que ser un sucedáneo que pretenda imitar la naturaleza, es la forma legal de vincular a las personas semejando una verdadera relación paterno-filial; sin embargo no hay que perder de vista que la adopción está destinada a lograr el normal desarrollo físico y emocional del adoptado, y para que se propicie una sana relación filial está la necesaria diferencia de edad entre adoptante y adoptado, que permita conservar la semejanza a la edad mínima que la naturaleza ha establecido entre padres e hijos.

Abundando sobre el tema, el artículo 646 del Código Civil dispone que la mayoría de edad se alcanza a los dieciocho años, por lo que se es poseedor de la capacidad de goce y de ejercicio, por lo que la persona es susceptible de ejercitar por sí misma sus derechos, adquiriendo frente a la sociedad obligaciones y derechos. Si a los dieciocho años se tiene la facultad de disponer libremente de la persona y de los bienes, no entiendo cuál sea la razón para que un individuo, que no ha cumplido veinticinco años, pero que ya se encuentra en pleno ejercicio de sus derechos, no pueda ser apto para adoptar, máxime que como mencione anteriormente, la edad mínima para contraer matrimonio es inferior a la de la mayoría de edad; puede ser que el legislador haya considerado la edad de veinticinco años como la más apropiada, sin embargo, en su tiempo, también se consideró que los cuarenta años, era la edad ideal para asumir este papel. La

experiencia y la evolución que la sociedad va presentando, ha permitido se vaya modificando la edad que se le requiere al aspirante a efectuar una adopción, y ésta se ha ido reduciendo.

El Código Civil para el Distrito Federal (art. 390), contempla la posibilidad de que pueden ser aspirantes a llevar a cabo una adopción, personas que se encuentren libres de matrimonio, entendiéndose por tales a las solteras, viudas o divorciadas; desde luego que será el juzgador quien al momento de emitir su resolución valore, de acuerdo a las circunstancias del caso concreto, si la adopción le resultará benéfica al adoptado. Considero que sería apropiado que quedara asentado en el cuerpo legal que la adopción, particularmente en el caso de la plena, deberá otorgarse preferentemente a las personas que al momento de solicitarla se encuentren unidas en matrimonio, y que sean éstas quienes tengan preferencia sobre las personas libres de matrimonio.

Ante la posibilidad de que puedan adoptar personas que no se encuentren unidas en matrimonio, existen apuntes de estudiosos de otras disciplinas que no pertenecen al campo del derecho, quienes afirman que resulta riesgoso para el sano desenvolvimiento emocional del adoptado que sea adoptado por una persona, soltera, divorciada o viuda, por la inestabilidad que podrá sufrir al no ser integrado a una familia. La adopción por un no casado nunca producirá las mismas consecuencias para el adoptado, como la que se realice por una pareja de un hombre y una mujer, puesto que la presencia de ambos resulta necesaria para el completo y armónico desarrollo del adoptado. En el caso particular de una persona divorciada, que pretende realizar una adopción, se plantea el siguiente comentario: "desde el punto de vista psicológico, puede haber más riesgos para el futuro de un niño si es adoptado por una persona divorciada, que si lo fuera por una persona soltera. Y si en este último caso me parece que la adopción debe ser excepcional debe serlo mucho más en tratándose de personas divorciadas". (112) Si tomamos en consideración que en la actualidad la adopción procura el beneficio del adoptado, es decir, del menor o del mayor incapacitado, considero que la misma solamente debería otorgarse tratándose de una pareja conyugal. Ante la imposibilidad de que surjan hijos fuera de matrimonio, sería conveniente evitar que las situaciones anómalas y perjudiciales para el menor nacido fuera del matrimonio se trasladaran a los casos de adopción, ya sea simple, plena o internacional. Puesto que indudablemente se presenta un mejor desarrollo del menor cuando se tiene al padre y a la madre.

Uno de los principios contemplados en nuestra legislación, es el de que nadie puede ser adoptado por más de una persona, excepto cuando los adoptantes sean marido y mujer (arts. 391 y 392), sin embargo, se puede decir

(112)MERCHANT FERMIN Raúl. La adopción. p. 69; Editorial Depalma. Buenos Aires, 1987.

que tratándose de la adopción simple si es posible una nueva adopción respecto del mismo menor o mayor incapacitado, cuando la adopción llegue a extinguirse o terminar, ya sea por muerte del adoptante, impugnación o revocación de la misma. Aún cuando nuestro ordenamiento civil no comprende éstas situaciones, lo anterior es entendible en razón de que la adopción simple solamente genera vínculos entre adoptante y adoptado, por lo que si llega a concluir por cualquiera de las circunstancias señaladas la relación generada, la adopción anterior ya no existirá, y por consiguiente será factible que se realice una nueva adopción sin que se incurra en duplicidad de adoptantes. Lo anterior de ninguna manera se podrá presentar en la adopción plena, en virtud de que la relación que se genera se equipara al parentesco consanguíneo, relacionándose el adoptado no sólo con el o los adoptantes, en el caso de un matrimonio, sino con toda la familia de quienes lo acogen, además de que a este tipo de adopción se le confiere el carácter de irrevocable. Por lo que si llegase a fallecer el o los adoptantes, el cuidado del adoptado ya sea un menor o un mayor que sufra alguna incapacidad, corresponderá en ejercicio de la patria potestad o de la tutela legítima, respectivamente, en el orden que lo determine la ley.

La adopción de mayores de edad incapacitados, contemplada en el Código Civil, no permite que se produzca una verdadera relación paterno-filial, debido a que la integración del mayor de edad incapaz al núcleo familiar, es todavía más difícil que la de un menor de edad que se encuentra ávido de afecto, puesto que la persona que ha cumplido la mayoría de edad y sufre de alguna incapacidad, además del afecto y atención que requiere es muy probable que necesite de cuidados especiales o de atención especializada. Asimismo, al hablar sobre los efectos que produce la adopción simple, señalé que uno de los principales era la transmisión de la patria potestad al adoptante, lo que no acontece cuando se adopta a un mayor de edad, puesto que el adoptante no adquiere la patria potestad sobre el adoptado, en virtud de que ésta concluye al llegar a la mayoría de edad.

Al referirse a los efectos de la adopción y de la tutela, Ignacio Galindo Garfias señala que "La adopción en esta última hipótesis no produce el efecto de que el adoptante adquiera la patria potestad sobre el mayor de edad incapacitado, porque ésta se extingue al concluir la minoría del hijo, para dar lugar a la tutela legítima de los padres si el hijo, al cumplir la mayoría de edad sufre alguna causa de incapacidad. El estado de minoridad se transforma en estado de interdicción".

"El cuidado y la vigilancia de la persona y de los bienes del mayor de edad incapacitado... corresponde ciertamente a los ascendientes, quienes llevan a cabo esta función protectora, no en ejercicio de la patria potestad, sino en virtud de la tutela legítima que recae sobre ellos de acuerdo con el artículo 498 del Código Civil".

“No nos es lícito concluir que, por lo que se refiere a los hijos consanguíneos mayores de edad e incapacitados, tenga lugar la tutela y que subsista la patria potestad respecto de los hijos adoptivos, después de la mayoría de edad de estos últimos, si sufren alguna causa de incapacidad. La tutela legítima en uno y otro caso cumple en forma adecuada la función de proveer al cuidado y vigilancia de la persona y de los bienes del mayor de edad incapacitado”. (113)

Por lo anterior, considero que no es muy adecuado mantener la adopción respecto de los mayores de edad incapacitados, sobre todo tratándose de la adopción plena, puesto que existen otras instituciones que cumplen con la finalidad de brindarles los cuidados que requieren. La adopción de menores de edad presenta mayor interés, pues aun cuando tiene un carácter eminentemente asistencial, no cumple sus objetivos con el solo cuidar y vigilar al adoptado y sus bienes, sino que además con la adopción de infantes se pretenden crear vínculos paterno-filiales semejantes a los que se producen con el hecho biológico de la procreación.

“La adopción de los mayores de edad, posible con más o menos amplitud, según legislaciones vigentes, es cada vez más rara, tendiendo a caer en desuso. Hay que esperar, sin embargo, que no sería justo prescindir de ella en relación con los incapacitados (que es el sistema admitido en México). Respecto a los mayores de edad no incapacitados,... la institución es en realidad escasamente útil desde el punto de vista social”. (114)

Continuando con los inconvenientes que presenta la regulación de la adopción en nuestra legislación, es preciso señalar que de acuerdo con el artículo 397 del Código Civil, entre otras personas, debe dar su consentimiento para que tenga lugar la adopción el que ejerza la patria potestad sobre el menor que se trata de adoptar, tratándose de la adopción plena para que ésta pueda tener efectos, además de las personas a que se refiere el artículo 397 del Código Civil, deberá otorgar su consentimiento el padre o madre del menor que se pretende adoptar, salvo que exista declaración judicial de abandono (art. 410 B). En cuanto a las personas que deben manifestar su consentimiento para que se pueda decretar la adopción, entre otros a quien la ley exige dar el suyo, tenemos al adoptante y al adoptado, en caso de que sea mayor de doce años, con relación al consentimiento de este último nos encontramos ante una capacidad de ejercicio especial que no requiere sea complementado por su representante legal, puesto que a diferencia de lo que acontece para la celebración del matrimonio de un menor de edad en que adicionalmente se requiere el consentimiento de quien ejerza la patria potestad en la adopción no sucede esto. En vista de lo anterior, hubiera sido deseable que se exigieran una serie de

(113) GALINDO GARFIAS Ignacio. Ob. Cit., supra not. 94; p. 6

(114) PINA Rafael de. Ob. Cit., pp. 370 y 371.

medidas tendientes a proteger el menor, entre ellas que el juez se cerciorara de que el menor haya sido debidamente asesorado y convenientemente informado sobre las consecuencias de la adopción.

Por otra parte, de conformidad con el artículo 448 del mismo ordenamiento, la patria potestad no es renunciable, pero aquellos a quienes corresponde ejercerla pueden excusarse: I. Cuando tengan sesenta años cumplidos; II. Cuando por su mal estado habitual de salud no puedan atender debidamente su desempeño. El texto del artículo 397 parece permitir la vulnerabilidad al principio de la irrenunciabilidad de la patria potestad contemplado en el artículo 448 del ordenamiento civil. De lo anterior, parece que el legislador permite que, quienes tienen el ejercicio de la patria potestad, consientan en dar a sus hijos en adopción, renunciando a la misma y desligándose de esta manera de los derechos y obligaciones que nacen como consecuencia de su ejercicio. Los progenitores tienen que asumir su paternidad con todas sus consecuencias, no entiendo el porqué pareciera que se les faculta a renunciar a éstos deberes, permitiendo den su consentimiento para que sus hijos sean transferidos a otra familia. Quizá la extrema pobreza en que viven muchas familias y en que muchos padres tienen inmersos a sus hijos, podría ser mitigada, otorgándole a los infantes la oportunidad de vivir una vida mejor a través de la adopción; sin embargo, creo que ésta no es la solución. La adopción en este caso no debe ser el remedio, esta problemática debe ser atacada desde su origen a través de un programa de concientización y educación a la población, acercándole la información y los medios necesarios para disminuir el elevado crecimiento demográfico, ya que siempre será más efectivo combatir la causa que buscar el remedio.

Cuestión diferente es la adopción de menores abandonados o expósitos, puesto que la patria potestad se pierde, artículo 444-IV del Código Civil, por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos, o porque los dejen abandonados por más de seis meses. En este supuesto no se estará en presencia de una transmisión de la patria potestad, consecuentemente no habrá renuncia de la misma, sino que estaremos en presencia del perecimiento del ejercicio de la patria potestad correspondiente a los padres y la adquisición de dicha potestad por parte de los adoptantes del abandonado o expósito. A pesar de que en las casas de cuna y en las instituciones de asistencia social se alberga a un alto número de infantes sin padres, no todos son susceptibles de dar en adopción, debido a que primero es necesario definir su situación jurídica; cuando llega un menor a los citados centros, ante todo hay que investigar a profundidad si tiene padres, si ha sido registrado; si hay progenitores, aunque se desconozca el paradero de alguno de los que ejerzan la patria potestad, será absolutamente indispensable tramitar un juicio con el fin de retirar la patria potestad a los padres que han abandonado a sus hijos para que se pueda otorgar a los nuevos padres. Es precisamente este juicio el

que suele demorar la procedencia de la adopción, puesto que las reformas de 1998 que experimentó nuestro Código Civil fueron omisas al respecto, considero que se debió de haber establecido que si los progenitores, o uno solo de ellos abandona a sus hijos, independientemente del tiempo que subsista el abandono, es posible pensar que no desean tenerlo consigo, y es entonces cuando el Estado, a través de las autoridades competentes, debería promover el juicio de pérdida de la patria potestad, para que el menor pueda ser dado en adopción.

En el caso de la adopción simple, nuestra legislación civil establece que los lazos entre el adoptado y su familia natural subsisten, dando lugar a una situación en la que se pone en peligro el pleno desarrollo del adoptado, puesto que no se le permite que salga completamente de su familia natural, ni se le integra plenamente en la familia del progenitor adoptivo. En efecto, el artículo 403 del Código Civil dispone que los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural, no se extinguen por la adopción excepto la patria potestad, que será transferida al adoptante, da la impresión de que con el afán de proteger los vínculos que se producen como consecuencia de la procreación, se ha permitido una confusión en la adopción simple, toda vez, que por una parte se le confieren al adoptante los mismos derechos y obligaciones que reporta un padre con sus hijos, y por otra parte, se permite que subsistan los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural, aún cuando los padres hayan consentido en la adopción, renunciando a la patria potestad que les vinculaba con sus hijos; de ahí que opine que la adopción, especialmente la plena, se debió de haber establecido en favor de los menores huérfanos o expósitos, que se encontraran en un estado de absoluta desvinculación con sus parientes consanguíneos, puesto que de lo contrario se pueden presentar las contradicciones a las que me he referido anteriormente.

La adopción, especialmente la plena, solamente debería ser en beneficio de los menores de edad que carecieran de padres o que hayan sido abandonados y se desconociera el paradero de sus progenitores, puesto que aquellos que tienen padres, no tienen porque experimentar una adopción, a no ser que la convivencia con sus ascendientes les resultara más perjudicial que benéfica, y en todo caso estaríamos ante la presencia de una causal de pérdida de la patria potestad. Hay que recordar que en Europa tuvo que acontecer un acontecimiento dramático como la primera guerra mundial, para que se reflexionara sobre la adopción, debido al enorme número de huérfanos que proliferó debido al conflicto bélico.

Asimismo, me permito manifestar que para poder realizar una adopción de un menor, en principio, hay que cubrir una serie de requisitos tanto legales como administrativos, trámites que en su conjunto llevan una gran cantidad de tiempo; pero una vez que se ha aprobado la adopción, y por lo tanto se ha hecho la incorporación del menor a su nuevo hogar,

habiendo transcurrido el lapso de custodia temporal, pareciera que la institución que se hizo cargo del menor se olvida de él una vez que es dado en adopción, esto es, ya no se realizan visitas de trabajadoras sociales al seno del hogar a verificar las condiciones en que se encuentra el menor en su nueva familia. Se da por hecho que el menor se encuentra en las mejores condiciones en su familia adoptiva. Esta situación debería corregirse y contemplarse en el Código Civil un par de visitas periódicas al año por lo menos, para que de esta forma sea más factible cumplir con lo dispuesto por la fracción II del artículo 390, que establece que la adopción sea benéfica para la persona que trata de adoptarse.

Respecto a la celeridad para realizar los trámites tendientes a llevar a cabo una adopción, sea esta simple, plena o internacional, conviene precisar que existen diversos puntos de vista al respecto, por un lado hay quienes pugnan por la reducción de los requisitos para que de esta forma se pueda lograr una mayor rapidez en el trámite, facilitando de esta manera la adopción, lo que repercutirá en beneficio del adoptado y del adoptante o adoptantes, incrementando de esta forma el número de adopciones. Los partidarios de esta postura argumentan a su favor que al tramitar una adopción, se esta actuando directamente ante una autoridad judicial, quedando constancia de todos los datos del adoptante en un expediente reduciéndose así la posibilidad de que el adoptante desvirtúe los fines de la institución.

Por otra parte, hay quienes recomiendan la necesidad de que el ordenamiento legal fije e imponga mayores requisitos tanto del orden formal, concernientes al procedimiento y trámites requeridos, así como del orden personal, referentes a los sujetos interesados en adoptar a un menor de edad o a un mayor incapaz, lo que forzosamente incrementará el tiempo necesario para poder realizar una adopción, evitando de esta forma "adopciones hechas al vapor", es decir, las adopciones efectuadas sin que el adoptante tenga realmente conciencia de las obligaciones que adquiere al hacerse cargo de un menor o de una mayor discapacitado. Quienes son partidarios de esta corriente, señalan que si se propicia la simplificación de requisitos y formalidades exigidos por el ordenamiento legal, fomentando de manera indiscriminada la adopción entre la población, se puede correr el riesgo de que sirva de detonador para el incremento de conductas ilegales o inmorales por parte del adoptante, en otras palabras, que haya un aumento en actuaciones denigrantes sobretodo contra los menores de edad, que proliferen el tráfico ilegal de menores para fines de pornografía infantil o comercio clandestino de órganos, situación más proclive tratándose de la adopción internacional, puesto que el adoptado al ser llevado a un Estado diverso del suyo, puede quedar totalmente desvinculado de las autoridades que otorgaron y consintieron su adopción, colocándolo en una situación de absoluta indefensión. En virtud de lo anterior, se deberá poner mayor atención a las adopciones internacionales,

para evitar en la medida de lo posible se degrade al adoptado, corrompiendo su integridad física y emocional, vulnerando así sus derechos humanos.

Con las recientes reformas de mayo de 1998, considero que nuestro Código Civil, al haber adicionado mayores requisitos para la procedencia de la adopción, dándole intervención a instituciones ajenas a los sujetos que participan en la misma, se inclinó por la corriente de fortalecer los requisitos necesarios para poder llevar a cabo una adopción, con la posible repercusión de que se torne lento el trámite, reflejo de lo anterior es la nueva redacción de la fracción III del artículo 390 del Código Civil que dispone que el adoptante sea persona apta y adecuada para adoptar, por lo que deberán analizarse todas las circunstancias personales, sociales, físicas y emocionales de quien va a adoptar. Por su parte, el artículo 923 del Código de Procedimientos Civiles, en su fracción primera, dispone que los estudios socioeconómicos y psicológicos necesarios para efectuar el trámite de la adopción se realizarán por el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, directamente o por quien éste autorice; por lo que quien solicite la adopción además de aportar las pruebas pertinentes para acreditar lo requisitos exigidos, serán necesarios los estudios realizados por dichas instituciones, y quien tendrá la facultad para resolver la aptitud del adoptante será el juez.

Actualmente, con motivo de las reformas para actualizar el marco jurídico que regula la adopción, se creó el Consejo de Adopciones del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, el cual, en el caso específico del Distrito Federal, se encargará de analizar las solicitudes y agilizar los trámites administrativos de las personas que deseen adoptar a un menor. Dicho Consejo se integra por un representante del DIF, uno más del Ministerio Público, otro del Registro Civil, así como por tres representantes de la Junta de Asistencia Privada del Distrito Federal. Su función es la de consensar y dar certificado de viabilidad para que el juez decrete la adopción.

La adopción simple, tal y como se encuentra regulada actualmente por el Código Civil para el Distrito Federal, permite la disolución del vínculo paterno-filial derivado de la adopción; por medio de la adopción simple se crea el parentesco civil que surge entre adoptante y adoptado. Los artículos 394 y 405 del ordenamiento civil contemplan tal posibilidad. El artículo 394 confiere al adoptado la facultad de impugnar la adopción que de él se hizo; por su parte, el artículo 405 permite la revocación del acto jurídico de la adopción. En mi opinión, las disposiciones que permiten la posibilidad de terminar la adopción, son contrarias a los fines actuales que persigue la institución, puesto que los beneficios que puede proporcionar la adopción a nuestra sociedad, no se limitan solamente en asistir al adoptado que se encuentra ajeno a la protección que proporciona

una familia, sino que por medio de la adopción, se pueden crear sentimientos afectivos reales para conformar un verdadero núcleo familiar, lo cual se reflejará necesariamente en beneficio de la sociedad. Porque como manifesté al principio del presente estudio, la familia es la base de la sociedad y del bienestar de la primera depende la estabilidad y desarrollo de la segunda.

En el Decreto de 1998 que modificó el Código Civil, como lo manifesté anteriormente, se conserva la posibilidad de revocar la adopción simple, y se le confiere a la adopción plena el carácter de irrevocable, situación que me parece contradictoria, puesto que ambos tipos de adopción tienen en común el efecto de generar el parentesco, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 293 y 295 del Código Civil, la adopción simple genera el parentesco civil y la adopción plena se equipara al parentesco consanguíneo, pero aun cuando en cada caso los efectos sean diversos, en los dos supuestos la generación del parentesco es la consecuencia en ambas, así como el establecimiento de una relación entre padre e hijo, por lo que al generarse por disposición legal un vínculo paterno-filial entre adoptante y adoptado, la relación debería permanecer independientemente de la actuación de alguno de los que intervienen en dicha relación, en virtud de que la constitución de la adopción no puede realizarse de manera privada entre los interesados, puesto que es requisito indispensable la determinación por la autoridad judicial, por lo que al ser la relación entre padres e hijos, es decir la familia, una cuestión de orden público y de interés social, la voluntad de los particulares debería encontrarse restringida.

En conclusión, los efectos más discutidos que limitan la eficacia y aceptación de la adopción simple y que en la actualidad son regulados por el Código Civil para el Distrito Federal, son: a) La adopción simple no hace salir al adoptado de su familia natural, esto es, los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural no se extinguen por la adopción, exceptuando la patria potestad, que como se ha señalado en su oportunidad, se transfiere al adoptante. Por tanto, el adoptado conserva el derecho de recibir alimentos y de heredar de sus parientes consanguíneos, quienes a su vez heredan de él. b) La adopción simple crea solamente relaciones jurídicas entre adoptante y adoptado. c) La adopción simple es susceptible de terminar por revocación e impugnación, lo que coloca nuevamente al adoptado, especialmente tratándose de un menor, en una situación de desamparo.

Tal vez en un principio la inclusión exclusivamente de la adopción simple en nuestro medio fue hecha por el legislador pensando que el hecho de la procreación jamás podrá ser imitado, ni sustituido artificialmente, razones por las que no se le da los mismos alcances a una figura artificial creada por el hombre. De esta manera el legislador limita

los efectos de la adopción simple circunscribiéndolos solamente entre adoptante y adoptado, pero pierde de vista que si bien la familia humana tiene indiscutiblemente una raíz biológica que descansa en la comunidad de sangre, ello no es suficiente para su sólida constitución ni para su desarrollo armónico, puesto que para esto se requiere la existencia de lazos afectivos entre sus miembros, lo que se puede dar con independencia de los vínculos consanguíneos.

Es cierto que los sentimientos de paternidad y filiación están integrados por dos clases de supuestos, el biológico y el afectivo o emocional, pero también lo es que se puede presentar una verdadera relación entre padres e hijos, sin que sea requisito indispensable el supuesto biológico que tenga su origen en la relación de consanguinidad y que descansa en los supuestos de la concepción y del nacimiento; por lo que considero que si bien el factor biológico es importante en una relación humana, no por ello debemos descartar los vínculos interpersonales que se generan, en el caso de la adopción, entre adoptante y adoptado con base en el principio de la solidaridad, por lo que podemos considerar que un verdadero padre o una verdadera madre son aquellos quienes han criado, educado e infundado valores en quienes consideran sus hijos, de tal manera que los han formado para integrarse al núcleo social. En este orden de ideas, me atrevo a concluir que una relación paterno-filial también puede generarse entre personas que no desciendan unas de otras, pues si bien esta relación humana normalmente tiene su origen en el vínculo biológico, también puede darse sin él, en virtud del principio de solidaridad humana, pilar, sin lugar a dudas, de la familia.

En vista de lo anteriormente expresado, considero que la tendencia de nuestro Código Civil de haber reglamentado durante mucho tiempo exclusivamente la adopción simple, más que fomentar y proteger la institución de la adopción, la colocaron en una situación alejada de las expectativas de la sociedad. Por lo tanto, creo que ha sido un gran acierto el que se hayan reformado en el Código Civil las disposiciones relativas a la adopción, para darle un enfoque más apegado a la finalidad actual de la institución. Con la introducción de la adopción plena al Código Civil para el Distrito Federal, el vínculo que se establece entre adoptante y adoptado no se circunscribe únicamente entre ellos, sino que el adoptado se relaciona con toda la familia del adoptante, rompiendo en definitiva el vínculo con su familia de origen. De esta forma, se da una ficción legal de un parentesco consanguíneo que surge con motivo de la adopción plena, por consiguiente, los fines actuales de la institución se cumplirán de una forma más satisfactoria.

Así, nuestro Código Civil ha hecho una realidad la incorporación de la adopción plena paralelamente a la adopción simple, no obstante lo

anterior, sin el afán de criticar, soy del pensamiento de que la adopción plena se debió haber reservado únicamente a los matrimonios, independientemente de que tuvieran descendencia previa. En cuanto a los adoptados, se debió de haber excluido la posibilidad de que fueran susceptibles de adoptar en forma plena los mayores de edad incapacitados, reservándose preferentemente este tipo de adopción en favor de los menores abandonados o expósitos totalmente desvinculados de su familia natural, que se encuentren en una edad temprana, hasta los siete años, para que de esta forma se facilitara su total integración a su nueva familia, tales exigencias son requeridas en el derecho comparado. El adoptado bajo tales circunstancias ingresaría como hijo consanguíneo de la pareja, para que de esta forma el adoptado adquiriera lazos de parentesco no solo con el adoptante o adoptantes, sino con toda su familia. En cuanto a la adopción simple, quedaría reservada a los menores que hubiesen sobrepasado la edad dispuesta para la adopción plena, así como para los mayores de edad incapacitados, pudiendo acceder a ella preferentemente las personas que se encuentren casadas, y en caso de que el solicitante se encontrara libre de matrimonio, se le concedería siempre y cuando acreditara las exigencias legales.

CONCLUSIONES

I. La familia es un grupo esencial para el sano y próspero desarrollo de la colectividad humana, su función en la sociedad es de vital trascendencia, ya que gracias a la familia se logra la integración de los individuos a la colectividad humana, en vista de lo anterior, para el adecuado desenvolvimiento del conglomerado humano se debe procurar su sólida constitución, evitando, en la medida de lo posible, su desintegración. Asimismo, ante la realidad innegable de menores colocados en una situación de abandono, encontramos el auxilio de la filiación adoptiva, la que no pretende ofrecer un carácter biológico sino solamente jurídico, y también porque no decirlo, afectivo, consistente en la creación de un vínculo paterno-filial entre dos personas ajenas entre sí, a instancia de una de ellas y sancionado por la autoridad, encontrando un sólido principio en la solidaridad humana.

II. No obstante que el Código Civil para el Distrito Federal proclama la igualdad entre los hijos, sin hacer distinciones en cuanto a su procedencia, lo cierto es que aún conserva vestigios que traen a la mente la antigua distinción entre hijos habidos dentro del matrimonio de sus padres, o los habidos fuera de él. Muestra de ello es la existencia de diversas normas aplicables según se trate de acreditar la filiación matrimonial o la filiación extramatrimonial.

III. La institución de la adopción parte de la importancia de la familia, puesto que el ambiente familiar es una necesidad vital para la crianza de los niños, para el desarrollo de su personalidad y para su integración en la sociedad. Ante el hecho de que no todos los menores cuentan con una familia o de que no siempre encuentran en la misma el amparo que legalmente se espera de ella, el ordenamiento jurídico proporciona una solución a través de la adopción, sea en su vertiente simple o plena, siendo esta última la que considero más adecuada para el establecimiento de una relación paterno-filial.

IV. La adopción es una institución jurídico-social de gran contenido humano, que en la actualidad se concibe como un medio de protección de los menores de edad y de los mayores incapacitados, cuya finalidad atañe directamente al interés social. Sin embargo, no debemos olvidar que la tendencia social y natural se encuentra orientada a conformar una familia con hijos, por lo que no debe desconocerse también el muy legítimo interés de quienes no tienen hijos, o quieren tener otros en su familia, es decir, deben conjugarse dos intereses, el del adoptante o adoptantes, y ante todo el beneficio del adoptado. Por lo que de esta forma, la filiación que surge a través de la adopción se convierte en un medio de gran utilidad para disminuir significativamente el problema de la infancia desvalida que tanto agobia a nuestro país.

V. Para la protección de los menores que se encuentren en una situación de desamparo, han surgido diversas instituciones que se encaminan a protegerlos, por lo que se han señalado como figuras afines de la adopción, la legitimación y el

reconocimiento de hijos naturales, sin embargo se trata de figuras diferentes, la legitimación hace referencia al matrimonio de los padres que tiene como consecuencia legitimar a los hijos extramatrimoniales, en tanto que el reconocimiento acepta la vinculación biológica preexistente entre ascendientes y descendientes, no habiendo entonces razón alguna de realizar una adopción para vincular jurídicamente al progenitor con su hijo.

VI. La adopción por ser una institución de creación humana no se encuentra ajena a los cambios imperantes en la sociedad, muestra de lo anterior es el Decreto del 28 de mayo de 1998, por el que nuestra legislación incorpora la reglamentación de tres clases de adopción: simple, plena e internacional, lo que sin lugar a dudas actualiza la institución objeto del presente estudio. Pero como todo cambio, éste no resultó exento de críticas, sin embargo, considero que aún no es tiempo de emitir un juicio definitivo sobre las reformas experimentadas, que en principio, considero son un avance en la reglamentación de la adopción, por lo que será necesario ver la respuesta de la sociedad para hacerle los cambios que sean necesarios tendientes a perfeccionar a tan noble institución.

VII. En México no existe una cultura de la adopción, por lo que una situación tan humana como es la de dar una familia a un niño que carece de ella, o un hijo a los padres deseosos de tenerlo, se rodea de prejuicios que afectan a la adopción, institución de evidente nobleza que permite incorporar a los menores, inclusive a los mayores de edad incapaces, a la protección afectiva, económica y jurídica que proporciona la familia. Ante tal situación, lo que en principio nos puede parecer inadecuado de que los niños salgan del país, que haya menores susceptibles de dar en adopción a personas que no residan en nuestro territorio, configurando de esta forma la adopción internacional; antes de emitir un juicio definitivo debemos tener en cuenta que las parejas que aspiran a tener un hijo en otras naciones parecen tener menos prejuicios o discriminaciones para acogerlos en su seno. En la medida que la sociedad mexicana se da cuenta que la adopción se presenta como una alternativa para disminuir la problemática de los menores desvalidos, se puede incrementar el número de adopciones que se efectúan en la actualidad.

VIII. Resulta indispensable que se ponga mucha atención en lo concerniente a la facilidad para poder llevar a cabo una adopción, en cualquiera de sus vertientes: simple, plena y especialmente en la internacional, puesto que si por un lado se impulsa la disminución de los requisitos para lograr una mayor rapidez en el trámite, las adopciones que se efectúen se realizarán sin que el adoptante tenga verdadera conciencia de las obligaciones que adquiere al hacerse cargo del adoptado, quizá propiciando actitudes impropias por parte del o los adoptantes. Pero por otra parte, si se imponen mayores requisitos que incrementen el tiempo necesario para poder tramitar una adopción, puede repercutir desfavorablemente entre la población, reduciéndose el número de adopciones. Por lo tanto, estimo que la legislación debe asumir una postura intermedia, para no caer en los excesos, y una vez que se haya decretado una adopción, sería importante que se realizara un seguimiento de la misma, para verificar las condiciones en las que se encuentra el

adoptado, para que de esta forma se esté en posibilidad de determinar si la adopción en realidad resulta conveniente para el adoptado.

IX. Considero que la regulación actual de la adopción en nuestro Código Civil significa, sin lugar a dudas, un avance de importancia frente a la reglamentación anterior, entre otros motivos porque en el ámbito interno establece un doble régimen de adopción conformado por la adopción simple y la adopción plena; así como por el hecho de que ya se encuentra reglamentada la adopción internacional, para responder de una manera más adecuada a las convenciones internacionales suscritas por México en la materia. Sin embargo, a pesar de que la adopción simple y la adopción plena producen efectos sustancialmente diversos, ambas se encuentran regidas bajo las mismas disposiciones generales.

X. Estimo que conforme a la tradición del derecho comparado, y por el sano desenvolvimiento de la institución, hubiera sido deseable que la adopción plena se reservara solamente para los menores de edad, hasta una edad máxima de siete años, independientemente de que tuvieran otra incapacidad diversa de la derivada de su minoría de edad, que se encontraran en un estado de absoluta desvinculación con sus progenitores biológicos, facilitándose de esta forma el rompimiento definitivo del vínculo que alguna vez unió a padres e hijo; dejando de esta forma el camino libre para crear una relación irrevocable entre el menor y el adoptante o adoptantes, otorgándose preferentemente esta clase de adopción a la pareja unida en matrimonio. Además, para este tipo de adopción, se debió de haber excluido la posibilidad de que fueran adoptadas personas incapacitadas que sean mayores de edad, puesto que en este último supuesto la tutela es el medio idóneo para la guarda, custodia y administración de los bienes de quienes no tienen la capacidad suficiente para gobernarse a sí mismos; de tal forma que considero la necesidad de conservar cada institución, pero manteniendo cada una sus principios para los que fueron creadas.

XI. En tanto que la adopción simple se debió haber reservado para los menores que hubiesen sobrepasado la edad máxima fijada para que pudiera proceder la adopción plena, operando en los casos en que el adoptado mantuviera vínculos relativamente cercanos con sus progenitores consanguíneos, por lo que con este tipo de adopción no se pretendería sustituirlos, sino que se buscaría asegurarle al adoptado un entorno familiar más estable del que los padres biológicos pueden brindarle. Y si bien es cierto, que no justifico la procedencia de la adopción respecto de los mayores de edad incapacitados, especialmente en el caso de la adopción plena, soy de la opinión, que en el caso de la adopción simple, su permanencia se entiende en razón de que si la adopción no es ampliamente conocida por la sociedad, menos lo es la tutela, por lo que se dejaría ajenos de la protección que requieren a los individuos que se encuentren en tal situación.

BIBLIOGRAFIA

- BAQUEIRO ROJAS EDGARD / BUENROSTRO BÁEZ ROSALÍA. Derecho de Familia y Sucesiones. Editorial Harla. México, 1994.
- BARBERO DOMENICO Sistema de Derecho Privado II. Derecho de la Personalidad. Derecho de Familia. Derechos Reales. Traducción Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1967.
- BONNECASE JULIEN. Elementos de Derecho Civil Tomo I. Nociones Preliminares. Persona. Familia. Bienes. Traducción José Cajica Jr. Cárdenas Editor y Distribuidor México, 1981.
- BOSSERT GUSTAVO A. Manual de Derecho de Familia. Segunda Edición, Editorial Astrea Buenos Aires, 1989.
- BRUGI BIAGIO. Instituciones de Derecho Civil. Cuarta Edición, Traducción Jaime Simo Bofarull. Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana. México, 1946.
- CLEMENTE De DIEGO. Instituciones de Derecho Civil Español Tomo II. Derecho de Obligaciones. Contratos. Derecho de Familia. Artes Gráficas. Madrid, 1959.
- COSSIO Y CORRAL ALFONSO De. Instituciones de Derecho Civil Tomo II. Derechos Reales y Derecho Hipotecario. Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones. Editorial Civitas, S. A. Madrid, 1988.
- CHAVEZ ASENCIO MANUEL F. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales. Editorial Porrúa S. A. México, 1992.
- CHAVEZ ASENCIO MANUEL F. La Familia en el Derecho Relaciones Jurídicas Conyugales. Editorial Porrúa S. A. México, 1995.
- DÍEZ-PICAZO LUIS / GULLÓN ANTONIO. Sistema de Derecho Civil. Volumen IV. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones. Sexta Edición, Editorial Tecnos Madrid, 1992.
- FUEYO LANERI FERNANDO. Derecho Civil Tomo VI. Derecho de Familia Volumen I y Volumen III. Imp. y Lito. Universo S. A. Santiago de Chile, 1959.
- GALINDO GARFIAS IGNACIO. Derecho Civil Primer Curso. Parte General. Personas. Familia. Novena Edición, Editorial Porrúa S. A. México, 1989.
- GALINDO GARFIAS IGNACIO. Estudios de Derecho Civil. Segunda Edición, Editorial Porrúa S. A. México, 1994.
- GUGLIEMI ENRIQUE A. Instituciones de Derecho Civil. Segunda Edición, Parte General. Obligaciones. Contratos. Derechos Reales. Derechos de Familia. Derecho Sucesorio. Editorial Universidad. Buenos Aires, 1980.
- GÜTTRON FUENTEVILLA JULIAN. Derecho Familiar. Segunda Edición. Universidad Autónoma de Chiapas. México, 1988.

- GÜTRON FUENTE VILLA JULIAN. *Qué es el Derecho Familiar?* Tercera Edición, Promociones Jurídicas y Culturales, S. C. México, 1987.
- IBARROLA ANTONIO De. *Derecho de Familia*. Tercera Edición, Editorial Porrúa S. A. México, 1984.
- MAGALLON IBARRA JORGE MARIO. *Instituciones de Derecho Civil Tomo III. Derecho de Familia*. Editorial Porrúa S. A. México, 1988.
- MAZEAUD Henri, Leon y Jean. *Lecciones de Derecho Civil. Primera Parte Volumen III. La familia. Constitución de la Familia*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1959.
- MENDIZÁBAL OSES L. *Derecho de Menores. Teoría General*. Ediciones Pirámide. S.A. Madrid, 1977.
- MERCHANT FERMÍN RAÚL. *La adopción*. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1987.
- MONTERO DUHALT SARA. *Derecho de Familia*. Quinta Edición, Editorial Porrúa S. A. México, 1992.
- PEÑA BERNALDO DE QUIROS MANUEL. *Derecho de Familia*. Universidad de Madrid. Facultad de Derecho. Selección de Publicaciones. Madrid, 1989.
- PETIT EUGÈNE. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Editora Nacional S. A. Traducción José Ferrández González. México, 1953.
- PINA RAFAEL De. *Elementos de Derecho Civil Mexicano Tomo I. Introducción. Personas. Familia*. Decimo Séptima Edición, Editorial Porrúa S. A. México, 1992.
- PLANIOL MARCEL. *Tratado Elemental de Derecho Civil Tomo II. Divorcio. Filiación. Incapacidades*. Editorial José M. Cajica Jr. México, 1946.
- PUIG BRUTAU JOSE. *Compendio de Derecho Civil Volumen IV. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*. Primera Edición, Bosch. Casa editorial. S. A. Barcelona, 1991.
- RAMOS PAZOS RENE. *Derecho de Familia*. Primera Edición, Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1992.
- ROJINA VILLEGAS RAFAEL. *Derecho Civil Mexicano Tomo II. Derecho de Familia*. Octava Edición, Editorial Porrúa S. A. México, 1993.
- ROJINA VILLEGAS RAFAEL. *Compendio de Derecho Civil I. Introducción, Personas y Familia*. Vigésima Sexta Edición, Editorial Porrúa S. A. México, 1995.
- RUGGIERO ROBERTO De. *Instituciones de Derecho Civil Tomo II Volumen II. Derecho de Obligaciones. Derecho de Familia. Derecho Hereditario*. Cuarta Edición, Traducción Ramón Serrano Suñer / José Santa-Cruz Teijeiro. Instituto Editorial Reus Madrid, 1956.

- RUIZ SERRAMALERA RICARDO. Derecho de Familia. El Matrimonio. La Filiación. La Tutela. Realigraf. Madrid, 1988.
- WILDE ZULEMA D. La Adopción Nacional e Internacional. Abeledo-Perrot Buenos Aires, 1996.
- ZANNONI EDUARDO A. Derecho Civil. Derecho de Familia. Tomo I y Tomo II Segunda Edición, Editorial Astrea. Buenos Aires, 1993.
- ENCICLOPEDIA DE DERECHO DE FAMILIA. Tomo I. Editorial Universidad. Buenos Aires, 1991.
- ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. Tomo I. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires.
- NUEVA ENCICLOPEDIA JURÍDICA. Tomo II. Editorial Francisco Seix, S. A. Barcelona, 1983.
- DERECHOS DE LA NIÑEZ. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 1990.

CODIGOS Y LEYES

- Código Civil para el Distrito Federal en materia comun, y para toda la República en materia Federal. Editorial Sista. México, 1998.
- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Editorial Sista. México, 1998.
- Ley sobre Relaciones Familiares. Anotada por el Notario Manuel Andrade. Ediciones Andrade. Segunda Edición, México, 1964

LA ADOPCION EN MEXICO, UNA INSTITUCION PARA RESOLVER EL PROBLEMA DE LOS MENORES Y DE LOS INCAPACITADOS

<i>Introducción</i>	1
---------------------------	---

CAPITULO I

El derecho de familia y la adopción

La familia y su importancia social	3
La familia como grupo de integración a la sociedad.....	3
La desintegración familiar.....	10
Matrimonio.....	11
Concubinato.....	24
Procreación.....	31
Filiación matrimonial.....	35
Filiación extramatrimonial.....	39
Asistencia para la conformación de una familia	43
Adopción.....	43
El parentesco y sus consecuencias.....	44

CAPITULO II

Generalidades sobre la adopción

Concepto de adopción.....	51
La adopción como acto jurídico.....	54
La adopción como institución jurídica.....	58
Figuras afines y diferencias.....	60

CAPITULO III

Clases de adopción

Sistemas legales de adopción	61
Adopción plena o legitimación adoptiva.....	61
Ventajas y desventajas de la adopción plena.....	66
Adopción simple.....	67
Ventajas y desventajas de la adopción simple.....	69
La conveniencia de mantener o modificar el sistema adoptivo en México.....	71
Breve referencia al acogimiento o pequeña adopción.....	72

CAPITULO IV
Régimen jurídico de la adopción

Antecedentes legislativos en México.....	75
Códigos Civiles de 1870 y 1884.....	75
Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917.....	76
Modificaciones efectuadas al Código Civil a partir de su entrada en vigor en 1932.....	79
La adopción según el Código Civil vigente para el D. F.....	82
Requisitos de la adopción.....	82
Partes que intervienen en la adopción.....	84
Efectos jurídicos de la adopción.....	91
Procedimiento legal.....	96
Terminación de la adopción.....	99
Revocación.....	99
Impugnación.....	101
Convenios internacionales en los que ha intervenido México en materia de adopción.....	102

CAPITULO V
Consideraciones para una mejor regulación de la adopción

Análisis sobre las recientes reformas al Código Civil.....	113
<i>Conclusiones.....</i>	<i>126</i>
<i>Bibliografía.....</i>	<i>129</i>