

UNIVERSIDAD DEL TEPEYAC

321309
3

ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS RECONOCIDOS OFICIALMENTE POR
ACUERDO No. 3213-09 CON FECHA 16 - X - 1979
DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO



LA ADOPCION DE MENORES EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

TESIS
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA
MARIA YUNUEN AVILA CAMACHO
ASESOR DE LA TESIS:
DR. SERGIO CUAUHTEMOC MARTINEZ CASTILLO
CED. PROFESIONAL No. 437064

MEXICO, D.F.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

2002



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.

AGRADECIMIENTOS

Con tanto amor como el que puedo dar, dedico este trabajo de tesis a la mujer más buena y maravillosa del mundo:

**MI MADRE
MA. CONCEPCIÓN CAMACHO VILLEGAS**

**Porque gracias a sus consejos, esfuerzos y cansancios
he concluido este trabajo.**

A ti mamita linda, te agradezco la fe que has depositado en mí, el apoyo y el cariño que siempre me has dado, ya que por ti he llegado a ser lo que soy ahora y para ti he hecho realidad este sueño que vamos a hacer aún mas grande y a compartir unidas las dos.

Con especial cariño a la memoria de mis abuelitos Juana Villegas y Romualdo Camacho, por el gran afecto que siempre me tuvieron, ya que su recuerdo es un impulso para seguir adelante.

Mamita una vez más mil gracias porque tu estímulo me ayudó a concluir esta tarea.

A Dios a quien solo le puedo dar las gracias por todo lo que me ha dado.

ÍNDICE

	Páginas
INTRODUCCIÓN	ii
CAPÍTULO I ANTECEDENTES DE LA ADOPCIÓN.	
1.1 La Adopción en el Derecho Romano.	2
1.2 La Adopción en el Derecho Español.	8
1.3 La Adopción en el Derecho Francés.	13
1.4 La Adopción en el Derecho Mexicano.	17
CAPÍTULO II GENERALIDADES DE LA ADOPCIÓN.	
2.1 Concepto de Adopción.	24
2.2 Naturaleza Jurídica de la Adopción	28
2.2.1 La Adopción como un Contrato de Adhesión.	29
2.3 Características de la Adopción.	32
2.4 La Adopción Simple y Plena.	39
2.5 Adopción Internacional.	45
CAPÍTULO III MARCO JURÍDICO DE LA ADOPCIÓN EN LA REPÚBLICA MEXICANA.	
3.1. Requisitos del Adoptante y del Adoptado.	47
3.2 Consentimiento en la Adopción.	53
3.3 Tutela y Patria Potestad.	57
3.4 Procedimiento de la Adopción.	72
3.5 Extinción de la Adopción.	79

CAPÍTULO IV LA ADOPCIÓN EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL.

4.1 Concepto de Derecho Internacional Privado.	89
4.1.1 Fuentes del Derecho Internacional Privado.	93
4.2 Autoridades que Intervienen en la Adopción Internacional.	111
4.3 Convenios Internacionales.	120
4.4 Convención Interamericana Sobre Conflicto de leyes en Materia de Adopción de Menores.	122
4.5 Convenio 1 Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional.	131

CAPÍTULO V LA ADOPCIÓN EN DERECHO COMPARADO.

5.1 Análisis Jurídico de la Adopción en Francia e Italia.	137
5.2 Análisis Jurídico de la Adopción en Argentina.	155
5.2.1 Aspectos Generales de la Adopción en Argentina.	156
5.2.2 Procedimiento de la Adopción en Argentina.	162
5.2.3 La Adopción Plena en Argentina.	164
5.2.4 La Adopción Simple en Argentina.	165
5.2.5 Nulidad de la Adopción en Argentina.	168
5.3 Propuestas hacia una Adopción Ágil y Segura en México y en el Ámbito Internacional.	169
CONCLUSIONES.	172
BIBLIOGRAFÍA.	179

INTRODUCCIÓN

En el ámbito internacional la realidad de los menores, sobre todo tratándose de los que pueden ser adoptados, es sombría; dado que desde el tráfico de infantes que por distintas razones se realizan en distintos países, razones que van desde la explotación laboral, la investigación biogenética, que incluye la extirpación de órganos e implantes en personas de altos recursos, hasta el uso de menores en la pornografía y comercio sexual de los mismos, de los que a pesar de los múltiples esfuerzos de distintos organismos internacionales como es la UNICEF, organizaciones no gubernamentales como CARITAS Internacional y otras más que han sido insuficientes sus esfuerzos para poder tutelar y proteger los derechos de los menores.

A pesar de los múltiples esfuerzos a nivel internacional para proteger a los menores por las circunstancias citadas en el párrafo precedente, distintas personas incluyendo a la delincuencia organizada han abusado de la figura de la adopción para que a través de la simulación de esta figura logren traficar con menores o incluso en países como Holanda se de en adopción a personas del mismo sexo, menores provenientes generalmente de países de tercer mundo, los que sufren además, de la discriminación de los distintos habitantes de la Unión Europea por razones de su color de piel, origen y en general por considerarlos como seres humanos inferiores.

Por medio de la adopción en distintos países, bandas organizadas, a través de clínicas y médicos sin escrúpulos han logrado obtener diversos órganos para ser implantados en personas de altos recursos económicos, para investigaciones biogenéticas; para tráfico con fines de explotación

pornográfica o sexual o para instaurar una nueva forma de esclavitud en materia laboral y que se encuentra poco difundida, como es el caso de Korea y Birmania en la que utilizan menores adoptados, pero que en realidad se trata de una forma de explotación para reducir costos laborales y de seguridad social.

Desde luego los anteriores párrafos son objeto de trabajos de investigación de manera específica; sin embargo, la importancia de abordar el estudio de los requisitos mínimos para adoptar a un menor en el ámbito internacional deben ser tales, que eviten que mediante la figura de la adopción se utilice ésta de manera simulada para lograr abyectos fines mencionados en párrafos precedentes.

Es de suma importancia regular de manera cuidadosa los derechos de los menores al ser adoptados, así como el procedimiento de selección del adoptante y la mecánica para realizar la referida adopción, cuidando desde luego que dicho trámite no resulte burocrático y complejo que haga perder el interés en el futuro adoptante y el menor de edad pierda la expectativa para obtener o ser parte de un núcleo familiar.

Es necesario además de conocer el derecho patrio, saber cuáles son los vínculos que se tienen con el Derecho Internacional Privado y hacer un comparativo con otros sistemas jurídicos afines a nuestro derecho.

El objetivo general de esta tesis consiste en conocer realmente la figura de la adopción, tanto en el ámbito nacional como internacional y su perfeccionamiento de tal manera que se garantice a los menores una familia y provenir estables que coadyuven a su desarrollo físico, social y moral,

otorgándoles la oportunidad de ser padres a parejas heterosexuales quienes realmente tengan el deseo ferviente de serlo, y lograr que la adopción resulte una figura ágil y segura.

No se desconoce el derecho que tienen las personas sobre las preferencias sexuales que más les convenga; sin embargo, este derecho escapa al estudio de la presente tesis, ya que el centro de atención para esta tesis en particular, es la figura de la adopción de menores, que evite que aquélla sea utilizada como un medio de simulación que afecte de manera directa o indirecta en el desarrollo físico, psíquico y emocional, evitando además que sean víctimas de delito o de explotación como se ha citado en anteriores párrafos.

Este objeto abarca de manera general conocer la figura jurídica de la adopción, tanto en derecho mexicano, su relación con el derecho internacional privado, sus puntos de comparación básicamente con tres países afines en legislación, como son Francia, Italia y sobretodo Argentina, para conocer el tratamiento que se da a ésta figura en dichos países y los puntos de contacto que se tienen con ellos.

Las hipótesis que se plantean en el presente trabajo son las siguientes:

- Una legislación más estricta en la que se provea la intervención multidisciplinaria de varios organismos, a fin de evitar que menores de edad sean adoptados con fines distintos a ser parte de un núcleo familiar y se conviertan en víctimas de explotación de seres sin escrúpulos o se abra la posibilidad de que parejas del mismo sexo adopten a dichos menores deformándoles desde su infancia.

El presente trabajo de investigación se realiza teniendo como fuentes básicamente documentales, en el ámbito teórico, como base los textos históricos, legislativos y convenciones y tratados internacionales los cuales a través de su análisis darán como resultado el objetivo general planteado, sin dejar de observar las bases teóricas científicas para su estudio respectivo.

Es necesario para el desarrollo de la presente tesis adentrarse y hacer uso de los diferentes sistemas, métodos científicos del análisis de estudio accediendo así a una verdad jurídica la cual permita conocer y profundizar en el tema de investigación.

Es por ello necesario, como se ha mencionado el hacer una búsqueda exhaustiva y sistemática de los diferentes sistemas jurídicos que sobre adopción se encuentren dentro del territorio nacional así como en el plano internacional; debiendo así observar y realizar los correspondientes análisis comparativos que permitan conocer la verdad jurídica sobre el tema de tesis y poder proyectar las observaciones concluyentes que sean válidas y verdaderas, transformándose este esfuerzo en un verdadero instrumento que sirva no solo para obtener el grado de la licenciatura en derecho, sino también como un libro de consulta para cualquier persona que quiera conocer sobre el tema.

La delimitación del presente trabajo de investigación se constriñe a la protección de los menores en la adopción dentro del ámbito internacional así como la precisión y simplificación en la forma de regular dicha adopción para evitar desvíos en la misma, como pueden ser la victimización de menores con fines de explotación laboral, sexual, de índole pornográfica o para tráfico de órganos, que serían objeto de otras tesis.

Para lograr el presente estudio, se han elaborado cinco capítulos, en los que en el primero bajo el título de Antecedentes de la Adopción, se aborda la historia jurídica de la adopción, a través de la influencia que ha tenido el derecho patrio, mediante la influencia del derecho francés, del derecho español y finalmente del derecho romano, los que en ese orden y de manera inmediata influyeron con la intervención francesa, la conquista española y sus fuentes de estos últimos que fueron del derecho romano.

En el capítulo segundo bajo el rubro de Generalidades de la Adopción, se parte del concepto de esta figura, su naturaleza jurídica, las características de la misma, las formas que pueda revestir y se plantea de manera somera la adopción en el ámbito internacional.

En el capítulo tercero con el título de Marco Jurídico de la Adopción en la república mexicana, se explican los requisitos que deben de reunir el adoptante y el adoptado, el consentimiento como elemento fundamental, los casos previstos para la tutela y la patria potestad, así como los casos de extinción de la figura jurídica en comento.

En el capítulo cuarto con el rubro la Adopción en el Ámbito Internacional, se parte del concepto de derecho internacional privado, sus fuentes, organismos internacionales que intervienen en la adopción internacional, algunos de los convenios internacionales más importantes, destacándose la Convención Interamericana Sobre Conflicto de leyes en Materia de Adopción de Menores y el Convenio 1 Relativo a la protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional.

El último capítulo con el nombre de la Adopción en el Derecho comparado, se hace un análisis jurídico de tres países con mayor similitud y tradición jurídica entre sí y en especial con México, como lo son: Francia, Italia y Argentina, centrandó el análisis en el último país, donde se estudian y se comparan los aspectos generales de la adopción, el procedimiento, las clases y la nulidad de la adopción.

PAGINACIÓN DESCONTINUA

CAPÍTULO I
ANTECEDENTES DE LA ADOPCIÓN

1.1. La Adopción en el Derecho Romano.

Los orígenes de la adopción se remontan tiempo muy atrás, se indica que la primera adopción registrada es en Babilonia, así mismo existió en la India, Egipto y principalmente en Roma.

Ser hijo en Roma implicaba encontrarse sometido a una brutal autoridad, el padre ejercía sobre el hijo la PATRIA POTESTAS; incluso no solo le daba el derecho a corregir sino a matar. "En el Derecho Romano Clásico la adopción fue un medio de ingreso en una familia y de sumisión a una jefatura familiar".¹

Sin embargo la figura de la adopción surgió fundamentalmente con el fin de evitar la desaparición de la familia, y a través de la descendencia tener quien otorgara culto a los manes, de esa manera evitaban condenarse y condenar aquellos que le habían dado vida ante la imposibilidad de concebir hijos. En el Derecho Romano donde se encuentra una plena sistematización legal, se dan la Adoptio y la Adrogatio.

a) La Adoptio:

En la Adoptio el pater Familias adquiría la patria potestad del FILIUS FAMILIAS (allieni juris) de otro ciudadano romano, para ello se requería el consentimiento de éste último.

¹. Joaquín Escriche, Diccionario de la Legislación y Jurisprudencia, p. 53.

En el derecho antiguo la adopción se realizaba de una manera muy peculiar, era necesario el mancipar por tercera vez de la patria potestas a la persona que se pretendía adoptar, de ésta manera se rompía la autoridad del padre natural y el hijo quedaba IN MANCIPIO en poder del adoptante de acuerdo con la Ley de las XII Tablas, por lo que se concluye que el allieni juris era liberado de la autoridad del padre natural; posteriormente se transmitía la patria potestas al padre adoptivo mediante la IN IURE CESSIO que significaba que una vez realizada la tercera venta el adoptante procedía a revender al hijo al padre natural, una vez realizado se presentaba ante el pretor, el adoptante reclamaba al hijo como suyo y el pater familias se abstenía de contestar, consecuentemente el pretor aceptaba la acción del adoptante consumándose la adoptio; sin embargo Justiniano establece que todo ese proceso no era necesario, bastaba presentarse ante un magistrado y declarar ambas partes su voluntad de llevar a cabo la adopción.

Por medio de la adoptio, el adoptado se desligaba totalmente de su familia de origen, formando parte de una nueva familia, la única manera de reincorporarse a su antigua familia consistía en que el adoptado dejara en su lugar a un hijo propio, del cual debía desligarse en su totalidad.

La adopción se sujetaba a ciertas condiciones como la ADOPTIO NATURAM IMITATUR, la cual se limitaba por la edad, era necesario que el adoptante tuviera dieciocho años más que el adoptado, así mismo al igual que una filiación natural se creaban los mismos impedimentos matrimoniales.

Bajo el régimen de Justiniano se incluyó una adopción que resultó radicalmente opuesta a la que hasta ese entonces existía, se refería a una adopción que si bien solucionaba el problema de carecer de descendencia, no desligaba totalmente al adoptado de su familia consanguínea.

Por tanto se dan paralelamente:

1. La adopción plena o hecha por un ascendiente (adoptio plena).- Se regulaba en la misma forma que en el derecho antiguo, el adoptante ingresaba a su nueva familia, perdiendo el padre natural la patria potestad del hijo, sin embargo el adoptante debía ser un ascendiente. (Abuelo paterno o materno).
2. La adopción menos plena o hecha por un extraño (adoptio minus plena).- El adoptado no se desligaba de su familia de origen, ni cambiaba la patria potestad, sus efectos eran únicamente patrimoniales y hereditarios, siendo extraño para los parientes del adoptante.

La razón principal del surgimiento de la adoptio minus plena se debió a que a través de la adoptio plena se desligaba de su familia original, perdiendo sus derechos sucesorios, y en el caso de que el adoptado lo mancipara el adoptante se encontraba desamparado, por ello Justiniano declara que el adoptado además de adquirir un derecho sucesorio ab-intestado con el adoptante también conservaba dicho derecho respecto de su familia de origen, la adoptio plena se siguió dando excepcionalmente, creándose derechos sucesorios mutuos con el fin de no dejar desprotegido al menor.

Al conferirse la patria potestad a través de la adopción minus plena las mujeres podían adoptar para consuelo de la pérdida de sus hijos.

En cuanto al nombre del adoptado, por lo que se refiere en la República éste tomaba los nombres del adoptante, pero se añadía un apellido de su

padre natural, es decir, de su GENS PRIMITIVA, en cuanto al Bajo Imperio se abandonó dicha costumbre.

b) La Adrogatio:

La adrogatio permite que un pater familias adquiera la patria potestad sobre otro pater familias, consiste en la adopción de personas sui juris, las mujeres no podían ser adoptadas en virtud de no formar parte en los comicios al ser excluidas.

Las consecuencias de que un ciudadano sui juris que se dé en adrogación implica que la personalidad civil se extingue totalmente, remplazándole el adrogante, asimismo sufre una CAPITIS DEMINUTIO MINIMA, es decir, el adrogado hecho hijo de familia no puede tener propiedad alguna, pues dichas propiedades se adquieren por el adrogante por derecho de potestad paterna. Esta figura a diferencia de la adoptio acarrea consecuencias graves, ya que no solo el adoptado sino toda su familia que se encontraba sometida a éste antes de la adrogatio siguen la misma suerte, lo que supone la desaparición de un grupo familiar y su absorción en otro.

La autora Beatriz Bravo Valdés señala: "La adrogación es designada así, porque el que adroga es rogado, es decir, interrogado si quiere que la persona a la que va a adrogar sea para él hijo según el derecho, y el que es adrogado, se le pregunta si consiente que así se haga".²

². Beatriz Bravo Valdés y otros, Primer Curso de Derecho Romano, p. 147.

Los elementos que componen el patrimonio de un ciudadano sui juris son el activo y el pasivo, las consecuencias que se sufren al ser adrogado son las siguientes:

DEL ACTIVO.- Hay una adquisición universal, todos los bienes del adrogado van adrogante, extendiéndose por igual a los créditos y a los derechos reales, sin embargo existen ciertas excepciones:

- Los derechos de asignación del adrogado.
- Los operarum obligationes.
- El derecho de usufructo.

Bajo Justiniano el usufructo y uso ya no se extinguen, pero el goce de estos derechos pasa al adoptante, en el 529 D.C. el adrogado conserva la propiedad de sus bienes adventicios y el adrogante adquiere sólo el usufructo.

Justiniano define al usufructo en sus Instituciones: "USUFRUCTUS EST IUS ALLIENIS REBUS FRUENDI, SALVA RERUM: EST ENIM IUS CORPORE, QUO SULBLATO ET IPSUM TOLLI NECEESE EST- el usufructo es el derecho de usar y de disfrutar la cosa de otro sin alterar su substancia, en efecto este derecho se ejerce sobre una cosa corporal que, destruida, entraña necesariamente la pérdida del derecho".³

DEL PASIVO.- Las deudas del adrogado no pasan al adrogante, dado que la adquisición de un hijo en potestad paterna implica que éste no pueda obligar al jefe de Familia, dichas deudas se extinguen civilmente como

³. Ibid p. 251.

consecuencia de la *CAPILIUS DEMINUTIO*, sin embargo hay sus excepciones; estas excepciones son en el caso de deudas provenientes de una sucesión si fue adquirida antes de la adrogación (ya que el adrogante era considerado como heredero en lugar del adrogado), también en las deudas nacidas de un delito, ya que se podría ejercitar la acción *NOXALITER* contra el adrogante, fuera de estos casos el adrogado queda obligado respecto a sus acreedores de acuerdo con el derecho natural.

Si por alguna razón el adrogado fuera emancipado las consecuencias no solo repercuten en dejar de ser hijo del adrogante, sino también en dejar de ser ciudadano de aquella ciudad.

Durante el transcurso del tiempo la adrogación se fue desarrollando bajo diferentes formalidades:

- 1) **Comicios por Curias.**- Se realizaba una encuesta por los pontífices, consecuentemente se convocaba a los comicios curiados; la *arrogatio* se consumaba después de que el pontífice interrogara al adrogante, al adrogado y al pueblo, de esta manera el adrogado renunciaba de forma solemne a su culto privado.
- 2) **Los 30 Lictores.**- En cierta época se dejaron de practicar los comicios por curias, la adrogación se tuvo que realizar ante treinta lictores, quienes representaban las curias, de ahí se deduce que la votación era tan solo un simulacro.
- 3) **Rescriptio Imperial.**- Las formalidades anteriores se remplazaron por la decisión imperial, su característica principal consistía en que las

mujeres también podían ser adrogadas, no solo se aplica en Roma sino también en las provincias.

La adopción y la adrogación son dos figuras muy similares, pero cada una con determinadas características, tales como:

- a) El adrogado necesariamente debía consentir la adrogación, el adoptado por lo menos en los orígenes de la adopción debía dar su consentimiento.
- b) En la adopción podía adoptarse aún cuando el adoptante tuviere hijos bajo su autoridad a diferencia de la adrogación en donde no era posible dicha situación.
- c) El adoptante debía tener para adoptar un hijo o nieto la edad de dieciocho y treinta y seis años respectivamente, en la adrogación el adrogante necesitaba tener sesenta años.
- d) En la adrogación se adroga al sujeto SUI JURIS y corren la misma suerte los descendientes que estuvieren sometidos a éste antes de la adrogación, en la adopción el adoptado es un sujeto ALLIENI JURIS, el cual queda agregado a una nueva familia.

1.2. La Adopción en el Derecho Español.

Esta figura surgió en España con la finalidad de dar hijos a quienes no pueden tener descendencia o cuyos hijos perdieron, de esa manera las familias con muy escasos recursos contaban con este medio para asegurar el futuro de sus hijos, sin embargo para muchos la adopción era una forma de romper los lazos de muchas familias naturales, creándose familias ficticias.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

El ilustre jurista Emilio Costa advierte que en Roma la adopción se celebraba mediante la presencia de la autoridad pública, así mismo se adoptaba tanto al filius, familias como al pater familias, consecuentemente la fusión de grupos familiares; por ello la intervención de pontífices y la adhesión del pueblo convocado por curias al acarrear problemas en el ámbito religioso dada ésta fusión de familias enteras.

Se considera a la adopción como una imitación a la naturaleza (adopto est amula natura), por lo que dicha figura debe estar acorde a la propia naturaleza humana, pues el hecho de que una persona de quince años adopte a una persona de veinticinco años resulta del todo ilógico, pues estaríamos actuando en contra de la propia naturaleza, asimismo el adoptante debe ser una persona con madurez y criterio suficiente para educar al adoptado, otorgarle protección, alimentación, techo y todo lo que implica tener un hijo.

En España remonta sus orígenes en la legislación romana, se plasma la adopción en las Leyes de Siete Partidas, que definían a la adopción como el prohijamiento como hijo o nieto, al estructurarse la adopción con el fuero real se determinan en la institución la adrogación, la cual se aplica a aquellos que no tienen padre o de tenerlo no se encuentran sujetos bajo el poder y la adopción simple en la cual la persona sigue sujeta bajo el poder del padre natural; el acto debía celebrarse ante el alcalde o rey, reconociéndose al adoptado como hijo de familia, así mismo el adoptado obtenía derechos sucesorios, no así el adoptante; con la novísima recopilación se simplifican además las formas y efectos.

Los fueros de Valencia que abarcan los libros VIII, rubro VI, fuero del 1 al 12, se basan en corrientes romanistas, exigen veinte años en el varón y

treinta años en la mujer para adoptar, la adopción se celebrará ante el tribunal, ante notario en escritura pública y en los casos en que el adoptante dejaba todo o parte de sus bienes también por medio de testamento.

En caso de intestado, se otorgaba al adoptado la delación (preferencia) en la herencia, sin embargo, ¿No podían tener preferencia los hijos legítimos? La respuesta es concisa, por el simple hecho de que el adoptante tuviese hijos legítimos, la adopción cesa en todos sus efectos.

De acuerdo con las leyes 2 y 3, título 16, parte 4, para poder adoptar es fundamental que el adoptante tenga dieciocho años más que el adoptado, debe ser un hombre libre y tener la facultad de procrear, es decir, podía ser impotente por enfermedad o por alguna causa o daño, pero no por naturaleza; en una opinión personal esto parece totalmente ridículo y absurdo, ya que ¿Por qué razón no se concedía la adopción a alguien que padecía este tipo de impotencia?. Por el contrario alguien imposibilitado para tener hijos consanguíneos necesita esta institución como consuelo, así mismo también tenía prohibido adoptar toda aquella persona que de acuerdo con sus leyes religiosas no pudiera contraer matrimonio fundamentándose que la paternidad tiene su base en el matrimonio, sin embargo no necesariamente la adopción se concede a matrimonios, sino también a personas que tengan el verdadero deseo de adoptar; en la partida cuarta, ley 2, título 16 establece que las mujeres excepcionalmente podían adoptar en el caso de haber perdido un hijo en la guerra sirviendo a su patria y por medio de una licencia real.

Cuando la adopción es llevada a cabo por un matrimonio, es necesario el consentimiento de ambos consortes, el Código Alfonsino dispone que no

debe otorgarse la licencia para adoptar sin antes tener la seguridad de que la pareja realmente no puede concebir hijos o que no tiene ya la edad para ello, por último el adoptante debe tener buena reputación con el fin de conducir a los hijos en un buen camino, haciéndolos útiles en beneficio de la misma sociedad.

No se debe descartar que también existen ciertas limitaciones para poder ser adoptado, no puede adoptarse a un mismo sujeto más de una vez, pues SERÍA IR EN CONTRA DE LA MISMA NATURALEZA TENER MÁS DE UN PADRE, debe ser dieciocho años menor que el adoptante, así como dar su consentimiento en los casos en que pueda darlo y hacerlo.

En 1858 esta institución estuvo a punto de desaparecer en España durante la preparación al proyecto del Código Civil del mismo año, dado que no estaba identificada en las costumbres de dicho pueblo. El destacado jurista García Gollena describía la realidad tanto social y legal de la adopción en su obra publicada en 1852, y decía: "Es un hecho constante y notorio que la adopción no está en nuestras costumbres. Hubo por lo tanto en la sección una casi unanimidad para pasarla en silencio; pero habiendo presentado un vocal andaluz, que en su país había algunos casos, aunque raros en ella, se consintió en dejar este título, con la seguridad de que sería tan rara y externa en adelante como la había sido hasta ahora".⁴

En el Código Civil español de 1878 la adopción se contemplaba en el capítulo V, título V, del tomo I. La edad mínima del adoptante debía ser de cuarenta y cinco años, además de tener quince años más que el adoptado;

⁴. Florencia García Gollena, Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español, p. 124.

los eclesiásticos y las personas que tenían descendientes legítimos tenían prohibido adoptar, en el caso de un tutor se veía restringido hasta que se aprobaran en forma definitiva las cuentas de la tutela.

Por lo que se refiere a la aprobación, necesariamente debía llevarse a cabo ante el alcalde del adoptante, además debían dar su consentimiento el adoptado si era mayor de edad, los que debían prestarlo si se trataba de un menor o el curador en el caso de un demente. Cabe agregar que el adoptado conservaba los derechos que le correspondían con su familia natural y la única forma de heredar era por medio de testamento, sin embargo en materia de alimentos se impuso una obligación recíproca.

La Ley española de 1958 regula la adopción plena y menos plena, para ello imponer ciertos requisitos; solamente se concede a cónyuges que vivan juntos por lo menos cinco años, además el adoptante debe ser dieciocho años mayor que el adoptado, el cual debe tener entre tres y catorce años de edad; se permite la adopción en el caso de que exista la ruptura de la familia natural conservándose solamente los derechos alimentarios y los sucesorios.

Por adopción plena se debe entender que es aquélla en la que el adoptado forma parte de la familia del adoptante como hijo propio, por lo consiguiente se desvincula de su familia de origen, no puede revocarse salvo cuando se trate de dolo o fraude.

En la adopción simple existe filiación entre el adoptante y el adoptado totalmente, excluyéndose a los demás familiares del adoptante, no extinguen las relaciones con la familia del adoptado, puede revocarse únicamente si se transmite la patria potestad a los adoptantes.

1.3. La Adopción en el Derecho Francés.

Mediante la desaparición del Imperio Romano el derecho civil legal se ve sustituido de tal manera que la figura de la adopción desaparece, siendo la Iglesia quien la suple mediante el Bautizo, que era una forma de poner en cuidado a los menores que se veían privados de su familia consanguínea.

Es en Francia durante la Revolución donde se restablece la adopción usada antiguamente en el Imperio Romano durante por lo menos tres siglos atrás; esto con motivo de la codificación de la época Napoleónica con el fin de adquirir una familia numerosa para engrandecer su poderío militar, económico o político o bien para dar descendencia a quienes carecían de ella satisfaciendo sus aspiraciones paternas. De los motivos por los que Napoleón determinó incluir la adopción en la magna obra del Código Civil se ha hablado, pues se dice "si bien se atribuye por la generalidad de los autores franceses a la fascinación que los recuerdos de la antigüedad romana ejercían en la época de la Revolución, quizá no se hubiere plasmado en el Code, de no mediar su enfática defensa por Napoleón Bonaparte, entonces primer Cónsul, de quien se dice, pensaba verosilmente en asegurarse una descendencia por medio de la adopción".⁵

Esta institución fue reintroducida por una decisión en la Asamblea Legislativa reglamentándose por decreto en 1792, sin embargo las condiciones, formas y efectos de la adopción no se encontraban reglamentados. Rougier de Lavengerie solicitó a la Asamblea Nacional una ley organizando dicha institución, siendo confirmada en 1803.

⁵. Manuel F. Chávez Asencio, La Familia en el Derecho, pp. 195 y 196.

Sara Montero Duhalt menciona que las causas principales de la introducción de la adopción en el Código Napoleónico fue la destacada influencia del entonces primer cónsul que anhela buscar descendencia por este medio.

Inicialmente el proyecto del Código propuso una forma muy similar a la adopción plena, sin embargo se terminó estableciendo una adopción MINUS PLENA, por lo que sus efectos únicamente eran de sucesión legítima y patrimoniales de alimento. Por otro lado el jurista Launay (1961) afirma, "El deseo de los autores del código era buscar convertir la Adopción en la consolidación de los matrimonios estériles facilitar ayuda para los niños. Pero este objetivo será cumplido durante el siglo XIX y se utilizará la Adopción para asegurar la sucesión del patrimonio".⁶

En una perspectiva particular esta institución adquirió poder cuando se instauró con propósitos políticos y de imitación a la naturaleza por Napoleón Bonaparte, la adopción fue inscrita en 1804 en el Código Civil Francés: dicho Código reglamentó tres formas de adopción:

- a) La ordinaria, en la que la persona anhelaba adoptar a un hijo, esta forma de adopción fue la más común.
- b) La remuneratoria, consistía en una forma de remunerar al adoptado que salvaba la vida del adoptante.
- c) La testamentaria, se permitía realizarla al tutor oficioso después de cinco años de conferida la tutela que creyera próxima su muerte, por lo menos antes de que el pupilo cumpliera la mayoría de edad.

⁶ Pedro Amoros Martí, La Adopción y el Acogimiento Familiar, p.22.

Cuando quien deseaba adoptar era un matrimonio se necesitaba el consentimiento del otro cónyuge, a no ser que existiera separación de cuerpo entre los esposos; por lo que se refiere al adoptado éste debía dar su consentimiento si tenía más de dieciséis años, la mayoría de edad se cumplía a los veinticinco años.

Incluso la Constitución de 1793 impuso como condición a los extranjeros que aspiraban a tener los derechos de la ciudadanía francesa adoptar un hijo, pero esto no puede considerarse conveniente, ya que todo extranjero que anhelaba la ciudadanía se veía obligado a adoptar sin importar si le pareciere o no, poniéndose en duda si realmente deseaba hacer dichoso a un menor y a darle el trato como a un hijo propio.

El 19 de junio de 1923, la adopción se otorga como un acto de beneficencia en interés de los menores, principalmente enfocado a los huérfanos de guerra. El ilustre jurista Manuel Planiol analiza dicha reforma, incluyendo la definición, historia y un examen de las legislaciones de otros países en relación a ésta institución. Para Planiol la adopción es una figura análoga a la filiación legítima, la cual debe considerarse como un contrato solemne que se encuentra sometido a la aprobación judicial, y que se sobrepone a las relaciones de filiación por el derecho de que no se destruyen, consecuentemente su principal objetivo es dar un heredero a las personas que carecen de hijos propios.

Para el destacado autor Julián Bonnacase esta ley provocó grandes dificultades de aplicación, fundamentalmente los relativos a determinar los derechos conferidos al adoptante.

La finalidad de la ley de 1923 es el proporcionar hogar a la gran cantidad de huérfanos de guerra y por el hecho de que muchos hogares perdieron a sus hijos, en virtud de la Primera Guerra Mundial (1914-1918) surgiendo la adopción plena, la cual producía consecuencias jurídicas muy semejantes a la filiación matrimonial llamándosele legitimación adoptiva (Mal llamada por cierto).

En 1939 se instauró la legislación adoptiva con el rompimiento de los vínculos entre el adoptado y su familia de origen, incorporándose completamente a su nueva familia; Mazeud se muestra prudente ante circunstancias como ésta, su argumento consiste en que desgraciadamente no todos los adoptantes tienen la intención de tratar al adoptado como hijo propio, sino como un servidor doméstico o algo semejante, asimismo manifiesta que los adoptados que no son huérfanos sino abandonados y en muchas ocasiones dadas las circunstancias en las que se encuentran los padres se ven imposibilitados a mantener a su hijo, de ahí que en lo futuro pueda surgir una controversia entre el padre adoptivo y el natural, por lo que no deben darse tantas facilidades a la adopción Sin embargo también se puede ver que uno de los requisitos esenciales para adoptar consiste en tener los medios económicos suficientes y las causas principales de abandono se deben a la insuficiencia económica, desde este punto de vista el menor tendría mayor futuro y porvenir con sus padres adoptivos ya que le proporcionarían techo, alimentación, una buena educación, en otras palabras un mejor nivel de vida; de igual manera el afecto forma parte esencial y puede resultar muy relativo, ya que puede ser que el padre adoptivo no le proporcione el afecto necesario, o por el contrario cobre una gran afección con el adoptado, o bien el padre natural tenga el verdadero sentimiento de recuperar a su hijo, o tal vez este deseo de recuperarlo sea por causas

menos honorables, en donde los propios padres venden a sus hijos o los tienen como un servidor.

Como se mencionó anteriormente la legitimación adoptiva o plena incorpora al adoptado a la familia del adoptante de una manera completa, sin embargo para ello debe tratarse de hijos menores de cinco años y cuyos padres hayan muerto o sean desconocidos; los esposos deben proceder de manera conjunta en la adopción y no deben tener hijos legítimos, además de que deben de tener justificación suficiente para optar por una legitimación adoptiva.

No es sino hasta 1957 cuando surge una ley que excepcionalmente permite adoptar a las personas que tuviesen hijos legítimos.

Actualmente en Francia existe la adopción plena o legitimación adoptiva y la adopción simple o menos plena de las que se hablará posteriormente en el capítulo respectivo.

1.4. La Adopción en el Derecho Mexicano.

La adopción es una institución que hasta el siglo pasado fue vista con escaso interés en nuestro país.

Por lo que se refiere a la Nueva España la adopción no se contemplaba, incluso la familia se encontraba regulada de una manera muy somera, tanto en las leyes españolas como en las avocadas exclusivamente a la Nueva España; en el Código Civil de 1870 aplicable en el Distrito Federal tampoco es tomada con la importancia debida, la razón principal se debe a la

ferviente necesidad de organizar políticamente al país, por lo que el tema de la familia resultaba del todo irrelevante, incluso en la exposición de motivos de dicho cuerpo de leyes se mencionó respecto al acto de adopción lo siguiente: "Nadie pierde la sociedad en verdad porque un hombre que no tiene hijos declare lo suyo al que lo es de otro".

Sin embargo, en el Código Civil del mismo año aplicable en el Estado de México la adopción y la arrogación son reguladas incluso en un capítulo especial al igual que en Veracruz en el Código Civil de 1869, determinándose que dichas figuras solamente tendrían lugar en virtud de disposición legislativa señalándose así mismo sus efectos jurídicos.

En el Código Civil Federal de 1884 la adopción fue vista tan solo para lograr el reconocimiento de hijos naturales, motivo por el cual se regularon figuras afines tales como la legitimación y el reconocimiento y posesión de estado de hijo.

No es sino hasta 1917 a través de la Ley Sobre Relaciones Familiares donde se reglamenta la adopción del artículo 220 al 236, dicha ley es expedida el 9 de abril del citado año por el entonces Presidente de la república Venustiano Carranza, regulándose por primera vez con carácter de vigente en el Distrito Federal.

Dicha ley define a la adopción como el "acto legal por el cual una persona mayor de edad, acepta a un menor como hijo, adquiriendo respecto de él todos los derechos que un padre tiene y contrayendo todas las responsabilidades que el mismo reporta, respecto de la persona de un hijo natural".

La edad que se requiere para adoptar como mínimo es de veintiun años y no existe límite alguno en cuanto a qué diferencia de edad debe haber entre el adoptado y el adoptante además de que éste último debe ser menor de edad.

Las personas que deben otorgar su consentimiento conforme a los términos de la ley citada son:

1. El menor a partir de que cumpla doce años de edad;
2. El que ejerza la patria potestad sobre el menor; o a madre en caso de que el menor viva con ella reconociéndosele tal carácter y no existiendo persona que ejerza la patria potestad sobre él, o bien el tutor que lo represente;
3. El tutor del menor de ser el caso; y
4. El juez del lugar del domicilio del menor que se pretenda adoptar cuando sus padres no fuesen conocidos y no tuviese tutor legalmente nombrado.

El procedimiento del acto de adopción se iniciaba por medio de un escrito formulado por las personas que deseaban adoptar ante el Juez de Primera Instancia del lugar donde residía el menor. Dicho escrito debía contener la voluntad de dichas personas a efectuar la adopción, además de asumir las obligaciones y derechos que de dicho acto se derivaban debiendo ser firmada por la persona que debía otorgar su consentimiento y de ser el caso del adoptado de haber cumplido los doce años de edad.

Posteriormente el Juez citaba a las partes a fin de oír las y una vez emitida la opinión y un análisis profundo del Ministerio Público procedía a decretar o no la adopción. Ejecutorizada la resolución que se pronunciaba, la adopción quedaba consumada remitiéndose copia de las diligencias al Juez del Estado Civil a efecto de levantar el acta de adopción e insertar literalmente la diligencia que autorizaba dicho acto.

Dado que esta ley fue una de las primeras entre otras que reguló la figura de la adopción en México presenta algunos inconvenientes que a continuación se mencionan:

- El acto de adopción no es considerado como parentesco;
- Sus efectos jurídicos únicamente consisten en crear una relación entre dos personas análogas a las de un padre respecto a su hijo natural, por lo que se deduce que el legislador aún solo veía en el acto de adopción como única finalidad el reconocimiento de un hijo natural sin compenetrarse a un estudio más profundo;
- La mujer casada sólo podrá adoptar por su exclusiva cuenta cuando el marido lo permita, sin embargo éste si puede adoptar aún sin consentimiento de la esposa. Lo anterior conlleva a la violación de los principios de igualdad conferidos en la Constitución e incluso de la exposición de motivos de la propia Ley;
- El legislador no precisa qué ocurre con los mayores de edad incapacitados;

- En el caso de que el tutor deseara adoptar a su pupilo no se ordena el previo cumplimiento de la rendición de las cuentas relativas a su tutela conforme a los términos de la ley.

Dado que la Ley Sobre Relaciones Familiares no configuró la adopción plena se permitió su abrogación cuando dicha adopción no resultara conveniente para el adoptado tanto en el aspecto moral como material, sin embargo tratándose de personas que en el momento de celebrarse la adopción declarasen que el adoptado era su hijo natural no se podía abrogar ésta.

Indudablemente la Ley Sobre Relaciones Familiares es de gran importancia dado que sus surgimiento fue una muestra del progreso que nuestra legislación logró en el ámbito familiar; incluso en dicha ley se realiza el siguiente comentario: "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 de 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 designación de hijos espurios; a las pruebas de paternidad y 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 contratación. Que, para éste fin, no solo tiene un objeto lícito, sino con frecuencia muy noble,.....".

Anteriormente a la Ley Sobre Relaciones Familiares con excepción de los Estados de Tlaxcala y Veracruz la materia familiar se dejó en un segundo plano y en cuanto a la adopción ni siquiera se vio la necesidad de regularla.

En el Código Civil de 1928 aplicable para el Distrito Federal esta institución se aplica ampliamente, pero a diferencia de la Ley Sobre Relaciones Familiares no da una definición respecto a esta figura, tan solo indica los requisitos que deben cumplirse para operar.

La última reforma que se le ha hecho a la figura de la adopción se realizó en 1970, la cual se publicó en el Diario oficial el 17 de enero de 1970, dichas posiciones están contenidas del artículo 923 al 926 de la Ley procesal aplicable en el Distrito Federal.

Inicialmente la persona que pretendía adoptar debía tener cuarenta años, en 1938 se disminuyó a la edad de treinta años y finalmente en 1970 se redujo a la edad de veinticinco años que es la que se exige como mínima hasta la actualidad.

El siguiente capítulo se refiere a las generalidades de la adopción, a partir de su concepto; su naturaleza jurídica en la que se analizan en distintas teorías; las características que reviste la adopción a la luz de la ley; su clasificación y la mención a nivel internacional.

CAPÍTULO II
GENERALIDADES DE LA ADOPCIÓN

2.1. Concepto de Adopción.

La adopción es una figura que se remonta en los tiempos más antiguos que recuerda la historia de la humanidad; es una figura que posee un marcado fundamento ético, razón por la que se justifica su inclusión en la normatividad jurídica.

A través de la historia su finalidad ha ido variando y se han creado diversas normas que la regulan; de ahí surgen también diferentes definiciones que han tratado de abarcar con la mayor exactitud posible el concepto de adopción.

La palabra adopción proviene del latín ADOPTIO, ad que significa A y OPTARE cuyo significado es DESEAR; partiendo de esta etimología adoptar significa desear, querer, tener la voluntad de cuidar, proteger, educar a una persona con el fin de procurarle un futuro provechoso.

Sara Montero Duhalt señala que la adopción "Es la relación jurídica de filiación creada por el derecho, entre dos personas que no son biológicamente ni por afinidad, progenitor (padre o madre) e hijo".⁷

En el Diccionario Jurídico Mexicano se encuentra una definición dada por los hermanos Mazeud explicando a la adopción como un acto voluntario y judicial, el cual crea un vínculo de filiación entre dos personas, independientemente de los lazos de sangre.

⁷ Sara Montero Duhalt, Derecho de Familia, p. 320.

De estos conceptos podemos ver que la filiación puede ser un hecho natural o un hecho jurídico, en el primero la filiación siempre se da en todas las personas, ya que somos hijos de un padre y de una madre; en el segundo caso es necesario que el derecho se asegure de la existencia de esa maternidad o paternidad; en la adopción consecuentemente la filiación es creada jurídicamente, debido a que no existe un lazo consanguíneo natural entre el adoptante y el adoptado, siendo necesaria una sentencia que conceda dicho lazo jurídico, para lograrlo debe cumplirse con una serie de requisitos que exige el derecho, a éste tipo de relación se llama **FILIACIÓN ADOPTIVA**.

Planiol afirma que la adopción es un "contrato solemne, sometido a la aprobación judicial".⁸

Para el destacado jurista Rojina Villegas la adopción "es el parentesco resultante del acto jurídico que lleva ese nombre y que para algunos autores constituye un contrato. Por virtud del mismo se crean entre el adoptante y el adoptado los mismos derechos y obligaciones que origina la filiación legítima entre padre e hijo".⁹

En el Diccionario Jurídico Mexicano se señala que Scaveola la define como un contrato irrevocable el cual se encuentra revestido de formas solemnes, por tanto una persona con plena capacidad jurídica puede tomar bajo su protección a un extraño adquiriendo éste el derecho de ser alimentado por el adoptante, de usar sus apellidos e incluso de sucederlo de así pactarse, asimismo el adoptado no sale de su familia natural, conservando todos sus derechos respecto a ésta.

⁸ Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo I, p. 497.

⁹ Rafael Rojina Villegas, Diccionario de Derecho, p. 160.

Estas cuatro últimas definiciones parecen coincidir en que la adopción es un contrato, sin embargo Josserand y Planiol consideran que la adopción no es un contrato sino que el contrato es la base de la adopción. En base al Código Civil podemos decir que para llevar a cabo la adopción se requiere del acuerdo de voluntades del adoptante, del representante legal o adoptado (De acuerdo a nuestro derecho el adoptado debe dar su consentimiento si es mayor de doce años), y en algunas ocasiones el Ministerio Público; se sabe que todo contrato parte de ser un acuerdo de voluntades, sin embargo al analizar la naturaleza jurídica se verá si realmente esta figura puede considerarse un contrato o no.

Para el ilustre jurista Rafael de Pina la adopción es una "Acto jurídico que crea entre el adoptado y el adoptante un vínculo de parentesco civil del que se derivan relaciones análogas a las que resulten de la paternidad y la filiación legítima".¹⁰

El destacado jurista Jaime Jara Miranda define a la adopción como "el acto jurídico, en virtud del cual se hace ingresar al núcleo familiar a una persona extraña en calidad de análoga a la de hijo".¹¹

Para el jurista Modestino es "una institución de Derecho Civil cuyo efecto es establecer entre dos personas relaciones análogas a las que crean las JUSTAE NUPTIAE entre el hijo y el padre de familia".¹²

Según el Diccionario Jurídico Mexicano la adopción es señalada como: "(Acción de adoptar o prohijar). La adopción es un acto de carácter complejo

¹⁰. Rafael de Pina Vara, Diccionario de Derecho, p. 61.

¹¹. Jaime Jara Miranda, La Legitimidad Adoptiva, p. 15.

¹². Eugene Petit, Derecho Romano, p. 113.

que para su regularidad exige la concurrencia de los siguientes elementos: la emisión de una serie de consentimientos; la tramitación de un expediente judicial según el artículo 399 del Código Civil, y la intervención de los jueces de lo familiar y del registro Civil".¹³

En esencia todos estos conceptos coinciden con el hecho de que la adopción es un VÍNCULO ARTIFICIAL de parentesco que se crea jurídicamente.

Desde una perspectiva particular se entiende que la adopción consiste en un acto jurídico en virtud del cual dos personas que no son ni el progenitor ni el descendiente establecen una relación en base a una sentencia dictada por la autoridad judicial, dicha relación se caracteriza por tener los derechos y obligaciones de una filiación legítima, para ello el adoptante y el adoptado deben tener una edad acorde a la de un padre e hijo que la misma ley determina, pues de no ser así estaríamos destruyendo el significado esencial de esta institución, que asimismo también se debe entender como una vía para realizar los deseos y las aspiraciones de los matrimonios sin hijos y como un cauce para la posible sociabilización de los niños abandonados o recogidos en establecimientos benéficos, ya que la adopción tiende a equiparar lo más posible la situación del hijo adoptivo con la del hijo legítimo y así mismo a determinar la mayor ruptura posible de los originales vínculos del adoptado con su familia natural.

En nuestro derecho la adopción es un acto de naturaleza jurídica bilateral que se lleva ante el juez de lo familiar requiriéndose la voluntad del

¹³. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo I, pp. 112-114.

adoptante y de los representantes legales del adoptado, como la del adoptado a partir de los catorce años de edad, así como el órgano judicial. Generalmente quienes otorgan el consentimiento son los que ejercen la patria potestad, pero en su defecto, es el tutor, de no existir alguno de los mencionados es quien tenga la menor bajo su cuidado por lo menos durante seis meses.

2.2. Naturaleza Jurídica de la Adopción.

Se han analizado la evolución y modificaciones que ha tenido la adopción en el transcurso del tiempo dada la necesidad de adecuarse al mundo actual. Actualmente existen diversas opiniones acerca de la naturaleza jurídica de esta figura.

La adopción es considerada como un ACTO JURÍDICO, en razón de requerirse la expresión de voluntad de los sujetos que reciben sus consecuencias; principalmente la del adoptante, la del representante legal del adoptado, en ciertos casos la del adoptado y por último la de la autoridad judicial. Es un acto jurídico porque se producen las consecuencias jurídicas deseadas por sus autores, se lleva por vía de jurisdicción voluntaria.

Para otros autores es un ACTO SOLEMNE, ya que tiene que realizarse de acuerdo a las formas procesales establecidas en las leyes; en nuestra legislación actual los elementos solemnes se refieren a :

- a) Nombre del adoptante.

- b) Nombre del adoptado.

- c) Nombre de quien ejerce la patria potestad o tutela, en su defecto de quien hubiere acogido al menor, o bien el nombre de la institución en la que el menor fue cuidado.
- d) Consentimiento.
- e) Resolución del juez.

También se considera un acto de poder estatal, pues para que la adopción pueda aprobarse se requiere de la autoridad judicial, en nuestro derecho el juez de lo familiar; por tanto el Estado es el vínculo para crear jurídicamente la relación del adoptante y del adoptado, sin embargo otros autores niegan que la adopción sea un acto de poder estatal, se basan en sostener que el Estado no es el que crea el vínculo sino que su función se limita únicamente a reconocer la adopción, pues previamente a la autorización judicial debe de existir la voluntad del adoptante, con ella sería la intervención del Estado.

2.2.1. La Adopción Como un Contrato de Adhesión.

Hay quienes piensan que la adopción es un contrato de adhesión. La palabra adhesión proviene del latín ADHESIO y ADHAESUS, derivado del verbo ADHAERERE, estar pegado estrechamente y se emplea para calificar ciertos contratos que se les denomina contratos de adhesión; término que utilizó por primera vez el jurista francés Saleilles.

En los contratos de adhesión se considera que de antemano ya están establecidas las cláusulas esenciales, sin que la contraparte tenga la oportunidad de discutir su contenido.

Se destacan como elementos de los contratos de adhesión los siguientes: la oferta se hace a una colectividad; el convenio es obra exclusiva de una de las partes; la reglamentación del contrato es compleja; la situación del que se ofrece es preponderante; la oferta no puede ser discutida; el contrato oculto es un servicio privado de utilidad pública.

Existe también una polémica en torno a la naturaleza jurídica; acto unilateral o contrato. Respecto de la primera postura se argumenta que proviene de una autoridad privada y cuyos efectos una vez dada la adhesión por un tercero, se determina por la sola voluntad del oferente. En los contratos de adhesión hay predominio exclusivo de una sola voluntad que obra como una voluntad unilateral; se ofrece al público un contrato ya formado, cuyas cláusulas en la generalidad se encuentran impresas. Por lo que respecta a la segunda postura se afirma que la voluntad es la generadora de la relación jurídica y que en consecuencia es la que debe presidir la interpretación jurídica.

El destacado jurista Antonio Ibarrola determina que en el contrato de adhesión los sujetos manifiestan su voluntad de adherirse a la regulación legal de una institución cuyos cuadros y lineamientos ya están fijados de antemano.

La adopción se equipara a esta figura al establecer que el Estado o autoridad judicial es quien determina las condiciones para efectuar la adopción, claro está, siempre bajo el lineamiento de las leyes, mientras que el adoptante debe sujetarse sin poder alterar lo ya establecido por el Estado. Es decir, debe sujetarse a la regulación legal, pero no por imperio de autoridad.

Por otro lado una de las principales discusiones en torno a la adopción es respecto a su NATURALEZA CONTRACTUAL.

Algunos juristas franceses establecen que la adopción tiene como origen un contrato, pero no lo consideran como tal, sino solo como la base para la adopción o bien es el que la origina; una familia legítima tiene su origen en el matrimonio y en la comunidad de sangre mientras que la familia adoptiva solo tiene una base contractual.

Para muchos la idea del contrato se ve suplida por la de institución ya que se trata de un conjunto de disposiciones legales ordenadas que tienen como función reglamentar la adopción.

El maestro Rojina Villegas considera que un contrato es una norma jurídica individualizada, y a este respecto el maestro De Pina no está de acuerdo con este punto de vista, pues sería admitir que una sentencia o contrato tiene la naturaleza de norma jurídica, pues los mismos deben sustentarse en la ley que se conforma por un conjunto de normas jurídicas. Pese a la idea de Rojina Villegas en cuanto a un contrato entre las partes que intervienen en ésta, opina igual que Sara Montero Duhalt que estamos ante un acto jurídico plurilateral mixto.

Por otra parte, aún cuando los autores consideran a la adopción como un contrato de adhesión ha conllevado a discutirse mucho sobre si puede o no considerarse como contrato al no existir autonomía de la voluntad; de ahí partimos también para alegar que por el solo hecho de que el Estado al tener el derecho de estipular y el particular únicamente conformarse acatando las reglas y requisitos impuestos por el mismo, no podemos estar frente a ningún tipo de contrato.

En un concepto particular se determina que la adopción contiene tres momentos; el primero se refiere a la celebración del convenio de adopción; en el segundo la resolución judicial de aprobación y por último la transcripción de la mencionada resolución judicial.

Es de analizarse que el derecho contractual se basa en la necesidad de que las partes dispongan de igual poder de negociación, en la adopción el Estado es quien determina lo que debe hacerse, estipula las condiciones y requisitos mientras que el adoptante tiene como única alternativa acatar lo que se le dispone, bajo este punto de vista no podríamos encontrarlos en el supuesto de que la adopción es un contrato.

También es importante mencionar que los efectos que emanan de un contrato por lo general se basan en una relación pasajera, en la adopción estos efectos son permanentes y constantes, a no ser que estemos ante una revocación o extinción, pero aún así si se llega a revocar la adopción de un menor, los adoptantes tendrían la obligación de proporcionar al adoptado la pensión alimenticia que de acuerdo con la ley tiene derecho y en algunos casos en que el juez lo considere pertinente el pago de daño moral, además de que su desarrollo se debe a un conjunto de normas que la regulan, presentando consecuentemente las características de una INSTITUCIÓN.

La adopción determina una relación de parentesco y engendra un verdadero STATUS FAMILIAR, consecuentemente consideramos que la adopción es un acto jurídico que reviste las características de una institución.

2.3. Características de la Adopción.

A) Acto Jurídico.

Las personas que pretenden adoptar realizan una manifestación exterior de voluntad con la finalidad de crear las obligaciones y derechos de padres para con el adoptado, es un acto jurídico en razón de que se produce el efecto deseado por su autor.

B) Acto Solemne.

Es solemne en virtud de que es necesario cumplir con las formas procesales estipuladas en el Código de Procedimientos Civiles vigente. No debemos confundir los elementos formales de los solemnes; en la solemnidad se plasma la voluntad de las partes mediante un conjunto de elementos de carácter externo, de no darse éstos no es posible la existencia del acto jurídico a diferencia de los formales en donde podría afectarse su validez total o parcial del acto jurídico, pero no su existencia.

En la adopción los actos solemnes son:

- 1) El nombre del adoptante, del que se pretende adoptar, así como el que ejerce la patria potestad o tutela o bien quien lo haya acogido.
- 2) El consentimiento de las personas que la ley determina para llevar a cabo la adopción.
- 3) La resolución del juez de lo familiar.

C) Acto Plurilateral.

La adopción es un acto que requiere del consentimiento de varias voluntades. En primer lugar de la persona que pretende adoptar, para ello es

imprescindible que cumpla con los requisitos exigidos en el Código Civil. El artículo 397 del Código Civil aplicable al Distrito Federal establece:

"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 un hijo, cuando no hubiera quién 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 personas que ostensiblemente le imparta su protección y los 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".

Como ya se sabe las partes se adhieren a una institución, donde los lineamientos y cuadros se encuentran fijados de antemano, para la creación

de la adopción se requiere por tanto de una SENTENCIA de la autoridad judicial. Es decir, en este acto jurídico intervienen el adoptante, a los que les corresponde otorgar el consentimiento, el adoptado en los casos en los que se requiera y la autoridad judicial, por ello que la adopción tenga la característica de ser plurilateral.

D) Acto Constitutivo.

La adopción crea la facultad de ligarse a un niño, sin tomar en consideración lazo de sangre alguno; la filiación adoptiva crea una familia ficticia, este hecho crea un parentesco civil.

Los derechos y obligaciones que nacen se limitan al adoptante y al adoptado, pero existe una excepción concerniente a los impedimentos de matrimonio, que prohíbe al adoptante contraer matrimonio con el adoptado o los descendientes del mismo mientras subsista dicho lazo jurídico.

El lazo de filiación da lugar a la patria potestad que comprende una serie de derechos y obligaciones correlativas a quienes las ejerce, tales como la guardia y custodia, la facultad de corregirlos, de educarlos, de representarlos en los casos en que la ley lo determine, de proporcionarles alimentación y demás; por ello que la adopción sea un acto constitutivo ya que al surgir la filiación se deriva como consecuencia la patria potestad.

E) Acto Revocable.

Un acto jurídico es revocable en los casos en que la ley otorgue a las partes que intervienen la facultad de dejarlo sin efectos.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Indudablemente la revocación debe fundarse en motivos graves establecidos en la propia ley, además de la apreciación hecha por el tribunal, dicho asunto implica una relación exclusivamente personal, motivo por el cual no pueden intentarla ni continuarla toda aquella persona ajena a dicha relación.

Asimismo las personas que dieron su consentimiento para la realización de la adopción deben por igual consentir la revocación.

La revocación es característica de la adopción simple, las causales de revocación las señala el artículo 405 del Código Civil aplicable al Distrito Federal que a la letra 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 oirá a las personas que prestaron su consentimiento conforme al artículo 397, cuando fueren del 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".

F) Acto Extintivo.

Al ser la adopción un acto que constituye la patria potestad respecto al adoptante, también es un acto que la extingue en relación a los padres consanguíneos.

El maestro Galindo Garfias afirma que la extinción de la patria potestad se da en el caso de haber antecedentes respecto a quienes hasta entonces ejercían la patria potestad, así mismo determina que el acto de adopción siempre es extintivo.¹⁴

Bajo nuestro personal punto de vista no concordamos con dicho autor pues creemos que la adopción extingue la patria potestad de quienes la ejercían con anterioridad independientemente de que se conozcan o no; por lo tanto dicho acto siempre será extintivo respecto de quienes ejercían la patria potestad.

G) Acto de Efectos Privados.

Los efectos de la adopción se producen entre los particulares; por lo que se refiere a la adopción simple se crea un parentesco entre el adoptado y adoptante; en la adopción plena dicho parentesco o relación se extiende a todos los miembros que componen el núcleo familiar del adoptante.

La adopción simple a pesar de crear consecuencias entre particulares no integra o incorpora del todo al adoptado a un grupo familiar, lo cual puede acarrear diversos inconvenientes de los que se hablará más adelante con mayor detenimiento.

¹⁴. Ignacio Galindo Garfias, Derecho Civil, p. 678.

H) Acto Mixto.

Esta institución es considerada mixta debido a la intervención tanto de particulares como de representantes del Estado.

El Estado se ve en la necesidad de intervenir principalmente en los casos en donde el adoptado no tenga padres conocidos, tutor o persona que otorgue su protección, por lo que el Ministerio Público debe estar presente con el fin de proteger los intereses del menor y aún habiendo quien se encuentre a cargo del menor, el Ministerio público debe estar al tanto de lo que es más conveniente.

I) Acto de Interés Público.

Dado que los menores de edad y mayores incapacitados deben ser protegidos, el Estado tiene como labor principal el buscar la mejor forma de otorgar dicha protección, por ello el que tenga la obligación de dar a conocer los derechos de los niños, de protegerlos contra las drogas, de que no sean llevados al extranjero ilegalmente, de protegerlos contra el abuso sexual, de sumar esfuerzos para impedir secuestros y proteger especialmente a los niños que no tienen familia.

Por lo que se refiere a la adopción; el Estado tiene el interés de que esta figura cumpla la función de proteger al menor y no perjudicarlo mediante leyes sustantivas y procesales, sin embargo hasta la fecha aún existen lagunas jurídicas que deben corregirse.

La autora Sara Montero Duhalt expresa: "La adopción es un acto jurídico plurilateral, mixto, solemne, constitutivo a veces extintivo, de efectos

privados, de interés público por ser un instrumento de protección de los menores de edad y de los mayores incapacitados".¹⁵

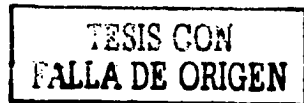
2.4. Adopción Simple y Plena.

En el derecho Romano se encuentran los antecedentes de la ADOPTIO PLENA, en base a esta figura surge en Francia la legitimación adoptiva, la cual aparece por primera vez en el Derecho de la Ley Francesa de 23 de julio de 1939, su verdadera fuente se encuentra en los trabajos de la "Sociedad de estudios legislativos en Francia"; la creación de esta figura tuvo como principal finalidad proteger a la familia desamparada.

La legitimación adoptiva ha encontrado más allá del derecho de Justiniano a la adopción plena, de modo que la legitimación adoptiva y la adopción plena son en esencia lo mismo, algunos autores como Velounsky determinan que la fuente de dicha figura proviene de un proyecto que fue presentado al Consejo Francés en 1801 en donde se maneja una asimilación completa de hijo adoptivo a un hijo legítimo, sin embargo sus finalidades eran distintas.

Por tanto es imprescindible analizar la naturaleza de la legitimación adoptiva, por legitimación debe entenderse un medio de proporcionar una familia legítima a aquellos que no la tuvieron, es decir, el ser reconocidos por la ley como parte de una familia; la adopción plena y la legitimación impulsan a la creación de la denominación de legitimación adoptiva, indudablemente conlleva a que surjan diversas controversias sobre su naturaleza jurídica que bien puede tratarse de una forma de legitimación o de una adopción pero cuyos efectos y características son más amplios:

¹⁵ Sara Montero Duhalt, Derecho de Familia, p. 325.



- a) Solamente puede aplicarse a menores de edad, en relación a ello surgen varios criterios; Sara Montero Duhalt sugiere que sea respecto a menores de tres años; la ley sustantiva del Estado de Guerrero determina que es aplicable a menores de dieciocho años; en general se puede concluir que solo pueden ser objeto de dicha adopción los menores de edad cuya edad varía dependiendo del lugar donde se lleve a cabo.

- b) Por lo general los adoptantes deben ser únicamente matrimonios con una convivencia armónica con o sin descendientes o bien una persona que tenga suficiente solvencia económica así como moral, sin embargo en cada Estado de la República existen diferencias en cuanto a quienes pueden adoptar plenamente.

- c) El adoptado se integra totalmente a su nueva familia desapareciendo cualquier vínculo respecto a su familia de origen.

- d) Da origen al estado de hijo legítimo de los adoptantes, es decir, acarrea efectos constitutivos respecto a su estado civil. (Destrucción de los documentos que pueden denunciar el parentesco consanguíneo), es decir, se constituye una filiación que sustituye a la de origen.

- e) Sólo pueden ser adoptados los huérfanos de padre y madre, los declarados judicialmente abandonados (mediante Averiguación Previa), los hijos de padres desconocidos o quien ejerce la patria potestad otorgue su consentimiento para llevar a cabo esta forma de adopción.

- f) Desaparecen las relaciones de carácter personal, apellido, patria potestad, derecho, guarda y de visitas de la familia de origen, así como las de carácter patrimonial incluyendo alimentos.
- g) Dicha relación no se extingue por la muerte del adoptante.
- h) Es irrevocable.

La adopción plena o legitimación adoptiva no solo implica que el menor se integre a la familia del adoptante, sino que también nacen los vínculos de parentesco respecto al núcleo familiar del adoptante; sin embargo en la ley francesa se menciona una excepción consistente en que si los ascendientes de los adoptantes no dieron su adhesión a dicha adopción no tendrán obligación ni derechos respecto del adoptado. El autor francés Anceli Marc señala: "...L' INTERÉS DE CONSISTE NON PAS À ETRE RATTACHE PAR DES LIENS PARALLÉLES ET NECESSAIREMENT INCOMPLETS, MAIS À SE TROUVER INTEGRÉ DANS UN SEÚL GROUPE FAMILIAL, IL TROUVERA NATURALLEMENT UNE PROTECTION LEGALE ENTIÈRE; es decir, el interés del niño no consiste en estar unidos por lazos paralelos y necesariamente incompletos, a dos familias en las que podrá tener derechos eventuales, sino a ser parte de un solo grupo familiar donde encontrará naturalmente una eterna protección legal".¹⁶

Los únicos efectos que presenta la adopción plena respecto a la familia de origen radica en el impedimento matrimonial, el adoptado no puede contraer matrimonio con sus padres naturales o con sus parientes de origen en línea recta y colateral sin limitación de grado, así como entre hermanos y

¹⁶. Marc Anceli, L'Adoptio Dans Les Legislations Modernes, p. 65.

medios hermanos e incluso en la línea colateral desigual en los casos que se estipulen en la ley.

Los adoptantes tendrán todos los derechos y obligaciones respecto al adoptado como a un hijo propio, la única limitación consiste en que no podrán recibir herencia del adoptado en caso de intestado, ni tampoco, la administración o usufructo de esos bienes; dicha limitación se funda con el fin de prever que los adoptantes solo tengan un interés patrimonial para obtener un lucro.

Los efectos de la adopción plena se producen al momento de dictarse la sentencia que concede la adopción, siendo necesario primero realizar las inscripciones ordenadas en dicha sentencia, por lo que sus efectos no son solo respecto al adoptante y al adoptado sino también respecto a terceros; asimismo dichos efectos se retrotraen a la fecha de nacimiento del adoptado, por lo que implica que el menor se considere hijo legítimo de los adoptantes y consecuentemente el que nunca haya tenido otros padres. En la práctica los efectos de esta figura comienzan a materializarse desde el momento en que la sentencia causa ejecutoria, posteriormente se procederá a realizar las diligencias necesarias para destruir todos los antecedentes que pudiesen identificar al adoptado.

Actualmente la adopción plena o legitimación adoptiva se aplica en diversos países, las diferencias radican en detalles tales como la edad del adoptante y adoptado, el procedimiento que se lleva a cabo ante la autoridad y otros más.

En México la adopción plena se aplica en algunos Estados de la República, tales como Colima, Hidalgo, Morelos, Oaxaca, Guerrero, Quintana Roo y Distrito Federal.

En cuanto a la adopción simple, sus antecedentes se encuentran desde Justiniano, la cual se reconocía como ADOPTIO MINUS PLENA.

Sus efectos y características son los siguientes:

- a) Puede aplicarse no sólo a menores de edad sino también a mayores de edad aunque en la práctica no es muy dable la adopción a éstos últimos.
- b) Pueden adoptar los matrimonios siempre y cuando los consortes estén de acuerdo o las personas que tengan la suficiente solvencia económica y moral.
- c) Los derechos y deberes que resulten del parentesco por consanguinidad no se extinguen por esta adopción a excepción de la patria potestad, la cual se transfiere a los adoptantes.
- d) No se desplaza la filiación de origen.
- e) El parentesco que resulta de la adopción se limita entre el adoptado y el adoptante, consecuentemente no se extiende a los parientes del adoptante.
- f) Se levanta un acta de adopción, la cual reúne diversas características distintas a la de nacimiento, en dicha acta se

establecen los datos de la persona que otorga su consentimiento, el tribunal que sentencia y las personas a cuyo favor se decreta.

g) Es revocable en los casos que determina la ley, uno de ellos es:

- Por ingratitud. Cuando así convenga para el adoptante y adoptado, en el caso de que éste último sea menor de edad es necesario que estén de acuerdo las personas que vayan a otorgar su consentimiento para llevar a cabo dicha adopción.

h) El adoptado podrá seguir visitando a sus padres consanguíneos.

En una perspectiva particular esta forma de adopción acarrea muchos inconvenientes desde el momento en que se levanta un acta con otras características a la de nacimiento, parecemos volver tiempo atrás ante la condición de un hijo natural frente a un hijo legítimo, así mismo se supone que la principal finalidad de esta institución se basa en otorgar protección a los adoptados, lo cual no parece al dar la oportunidad a los adoptantes de revocar, no se piensa en qué forma puede afectarse a un menor que es integrado a una familia y después desplazado, no podemos jugar con este tipo de situaciones incluso las instituciones permiten la convivencia de los pequeños con familias y de esta manera el que pueda considerarse si es factible o no adoptar al menor.

Por medio de la adopción simple el menor no se integra realmente a su nueva familia, aún cuando se crea un parentesco entre el adoptante y el adoptado con deberes y derechos similares a los de una filiación consanguínea, no es del todo satisfactoria esta incorporación, además se evitaría la práctica usual a la que muchos matrimonios incurren, consistente

en obtener un recién nacido de una madre que no desea al pequeño o bien recoger a un menor abandonado e inscribirlos ante el Registro Civil.

2.5. Adopción Internacional.

Este tipo de adopción es aquella promovida por ciudadanos de otro país, con residencia habitual fuera del territorio nacional. Ésta tiene como objeto incorporar, en una familia, a un menor que no encuentra una familia en su propio país de origen.

Esta adopción se registrará por los tratados internacionales suscritos y ratificados por el Estado Mexicano, así como por las disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal.

La adopción por extranjeros es la promovida por ciudadanos de otro país, con residencia permanente en el territorio nacional.

Y en igualdad de circunstancias se dará preferencia en la adopción a mexicanos sobre extranjeros. Cabe resaltar que LAS ADOPCIONES INTERNACIONALES SIEMPRE SERÁN PLENAS.

Tema que se tratará más a fondo en capítulos subsecuentes.

En el siguiente capítulo se analiza el marco jurídico de la adopción señalando los requisitos que deben cubrirse; la necesidad de externar el consentimiento de las partes; la diferencia entre tutela y patria potestad, así como la clasificación de la primera; el procedimiento regulado en el Código Civil; las causas de extinción de la adopción y se plasma un modelo de sentencia interlocutoria que resuelve el incidente de revocación de adopción.

CAPÍTULO III
MARCO JURÍDICO DE LA ADOPCIÓN
EN LA REPÚBLICA MEXICANA

3.1. Requisitos del Adoptante y del Adoptado.

La adopción surge principalmente con el fin de brindar un beneficio a los menores de edad o a los incapacitados mayores de edad previo el cumplimiento de los requisitos que la ley exige para ese efecto; en tiempos remotos dicha figura era un medio para beneficiar al adoptante, hoy día, el legislador se preocupa por proteger principalmente al menor dada la inferioridad intelectual y física del adoptado.

El vigente Código Civil aplicable al Distrito Federal no contiene una definición de la adopción, sin embargo en otros Estados de la República sí existen algunas definiciones:

El Código Civil aplicable en el Estado de Oaxaca establece: "Adopción es el acto por medio del cual una persona mayor de edad, acepta a un menor o incapacitado como hijo, adquiriendo respecto de él todos los derechos que el padre tienen y contrayendo todas las responsabilidades que el mismo reporta respecto de la persona del hijo natural".

Por igual el Código Civil del Estado de Guerrero señala "La adopción es una institución creada para cuidar y atender los intereses superiores de la niñez, cuando el menor no pueda ser cuidado y atendido por su familia de origen".

Indudablemente los requisitos que se establecen para la adopción están inspirados en el principio ADOPTIO NATURAM IMITATIO, por lo que la

edad del adoptante y adoptado debe ser acorde a la de un padre e hijo, para ello nuestra legislación determina la edad que se debe tener para cumplimentar este requisito.

En lo que concierne al Distrito Federal, Campeche y el Estado de Baja California el adoptante debe tener como mínimo la edad de veinticinco años así como diecisiete años de diferencia entre éste y el adoptado; por otra parte el Código Civil del Estado de Nuevo León también exige la edad de veinticinco años, sin embargo señala en su artículo 391 "El marido y la mujer que no tengan descendencia y que tengan por lo menos dos años de casados, podrán adoptar cuando los dos estén conformes en considerar al adoptado como hijo y aunque sólo uno de los cónyuges cumpla 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".

En cuanto a los Estados de Oaxaca, Yucatán, Coahuila y Veracruz basta que los presuntos adoptantes cumplan con la mayoría de edad siempre que exista una diferencia no menor de diez años, veinte y diecisiete años respectivamente entre éstos y el adoptado; por otra parte los Estados de Morelos, Sinaloa y Sonora coinciden en regular que "Los mayores de edad, en pleno ejercicio de sus derechos, pueden adoptar a menores o a incapacitados, mayores de edad, siempre que la persona adoptante tenga veinte años más que la persona adoptada y que la adopción sea benéfica a ésta".

De lo anterior se determina que el objetivo principal consiste en tratar de lograr un equilibrio entre la capacidad del adoptante que puede

determinarse por la edad como el mejor indicador de que existe cierta madurez para confrontar la responsabilidad de un padre y la situación del menor o incapacitado que se requiere para ser adoptado.

Otro de los requisitos exigidos al adoptante consiste en ser de buenas costumbres, tal y como se establece en nuestra ley sustantiva; desafortunadamente no existe un criterio definido sobre lo que debe entenderse por buenas costumbres, las cuales pueden variar en relación al factor, lugar y tiempo pues puede ocurrir que lo que es considerado como buenas costumbres en un Estado de la República no lo sea en otro o lo que era bueno antes no lo sea o viceversa.

En la actualidad dado que no existe un criterio definido del concepto en comento se exige en la práctica que los solicitantes exhiban constancia de no antecedentes penales, así como pruebas psicológicas que ayuden a conocer la capacidad de decisión, razonamiento y el estado emocional en que se encuentra la persona que pretende adoptar, así como los motivos por los cuales desea llevar a cabo una adopción, generalmente estos estudios son realizados por las instituciones autorizadas para ello, sin embargo en los casos en que no sean realizados por las instituciones o surjan dudas al respecto el juez de lo familiar puede pedir auxilio al Departamento de Trabajo Social del Tribunal Superior de Justicia.

El tener los medios económicos suficientes es otro requisito a cumplir para llevar a cabo una adopción con el fin de poder prever para su educación, cuidado y subsistencia.

Para ello el DIF, albergues y varias instituciones autorizadas someten a un estudio socio-económico a las personas que pretenden adoptar, de esta

manera es posible determinar su nivel social, económico y cultural para contar con los elementos suficientes sobre si es o no aconsejable la adopción.

Dicho requisito no es para favorecer a cierta clase social sino para estar conscientes de que no es dable que una persona que no tiene para su propia alimentación o apenas para subsistir se le conceda una adopción por más que anhele un hijo, pues implicaría un grave problema, por igual la persona que va a adoptarse es con el fin de proporcionarle un mejor nivel de vida y no empeorarlo, así mismo si el adoptante no puede proporcionar lo necesario al adoptado puede recurrir al robo u otras acciones ilícitas o dejar al menor en manos de otra persona ante la imposibilidad de mantenerlo. Debemos entender que si queremos ser padres debemos estar preparados tanto emocional como económicamente para ello.

La adopción puede llevarse a cabo por personas solteras o consortes; por soltero entendemos a la persona viuda, divorciada o que no ha contraído matrimonio.

El hecho de que un divorciado pueda adoptar ha dado lugar a diversas críticas, su fundamento consiste en establecer que una persona en esta situación no es capaz de tener permanencia en una relación, sin embargo desde nuestro punto de vista esto resulta ser muy relativo pues no debemos descartar los motivos por los que se suscita un divorcio, si la causal es por abandono, embriaguez, adulterio y demás, el cónyuge inocente no tiene porqué pagar las consecuencias de dicho divorcio y en ocasiones aún al culpable debe brindársele la oportunidad dependiendo de las circunstancias, de éste razonamiento se concluye que no debe prohibirse la adopción a las personas divorciadas sino realizarse un estudio más profundo y detallado por

parte del juez para que a su consideración determine si es propicio o no conceder a los adoptantes o al adoptante su petición.

El tutor del mayor o menor incapacitado se encuentra limitado para adoptarlo hasta que se aprueben definitivamente las cuentas de la tutela con el fin de no propiciar una adopción con el solo fin de obtener un provecho o beneficio a cambio, se debe tener la seguridad de que no hay ningún interés de por medio sino el verdadero anhelo de proporcionar a dicho menor o incapaz el cuidado de un padre.

El único caso en que puede adoptar más de una persona se encuentra en el matrimonio, tanto en el Código Civil aplicable al Distrito Federal como los Códigos Estatales determinan que basta con el hecho de que uno de los cónyuges cumpla con el requisito de la edad, siendo necesario sin embargo que se de el consentimiento por ambos para poder adoptar. El matrimonio ha sido colocado en primer plano por parte del legislador en cuanto a adopción se refiere, dado que la adopción es una limitación de la naturaleza se considera que la mejor imitación es aquella en la que los adoptantes conforman un matrimonio, pues de esta manera se ofrece al adoptado una verdadera familia, lo cual resulta un tanto difícil cuando el adoptante es una sola persona al no brindarle el amor de un padre y madre por mas que se empeñe en hacerlo.

Consecuentemente cualquier persona diversa a las mencionadas por la ley no están en posibilidad de adoptar, tal y como sucede con las personas unidas en concubinato y los sacerdotes, las primeras en virtud de ser un hecho jurídico que no reúne los requisitos necesarios para la adopción, además de no poder considerarse que se tengan buenas costumbres al unirse de esa manera y principalmente la incertidumbre, dado que dicha

relación no garantiza una estabilidad; sin embargo en el segundo caso nuestra legislación no determina algo específico sobre esta situación y al no hacerlo puede dar pauta a que un sacerdote adopte al tener la calidad de soltero, pero también implica la violación de la obligación del celibato eclesiástico.

Otro punto importante a tratar es en torno al hecho de que la persona que pretende adoptar tenga hijos biológicos; los Códigos Civiles aplicables al Distrito Federal, Campeche, Baja California, Yucatán, Veracruz y Coahuila no especifican si está permitido que el marido y la mujer o las personas solteras adopten teniendo hijos biológicos pero el hecho de mencionarse no hace presumir que está permitido, sin embargo dependiendo de las circunstancias podemos encontrar frente a ciertos detalles a aclarar, como ocurre con una persona soltera que adopta y posteriormente se casa, es necesario que el actual cónyuge preste su consentimiento para considerar al menor o incapacitado como hijo propio; por otra parte la adopción producirá sus efectos independientemente de que se tengan hijos biológicos antes o después de éste acto.

En los Estados de Nuevo León, Oaxaca, Sonora, Sinaloa y Morelos sólo permiten la adopción a aquellas personas que no tengan descendientes, entendemos que se dirige no solo a las personas que sean incapaces de tener hijos sino a los que hayan tenido.

Por otra parte el maestro Antonio Guillón afirma "No se causan mayores perjuicios a los hijos y a existentes introduciendo en la familia un adoptado que introduciendo otro hijo por naturaleza".¹⁷

¹⁷. Antonio Guillón, Sistema de Derecho Civil, p. 49.

Por último se puede decir que una vez decretada la adopción, los adoptantes adquieren la patria potestad del menor y consigo todos los derechos y obligaciones de los padres respecto a la persona y bienes del menor incapacitado.

De igual manera para ser adoptado debe cumplirse con ciertos requisitos; indudablemente debe tratarse de menores de edad o incapacitados cuya situación jurídica sea propicia para decretar la adopción y en su caso el consentimiento de las personas señaladas en la ley, asimismo el menor sólo puede ser adoptado por una sola persona y la única excepción procede en el caso de que se trate de una pareja unida en matrimonio.

Además de los aspectos anteriores la ley tiene como finalidad primordial que la adopción sea benéfica para el menor, por ello que principalmente opere a favor de niños huérfanos de padre y madre, niños abandonados e hijos de padres desconocidos y de esta forma pueda proporcionárseles un ambiente de hogar del cual carecieron.

Esta preocupación por parte del legislador es debido a que un pequeño no solo necesita alimentación, vivienda, educación y vestimenta sino que también requiere de afecto, de vida espiritual, de comprensión para lograr su estabilidad.

3.2. Consentimiento en la Adopción.

Uno de los elementos esenciales para decretar la adopción es el consentimiento. El Código civil aplicable al Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal señala:

“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 un hijo, cuando ni hubiere quién 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 personas que ostensiblemente le imparta su protección y los 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”.

Asimismo en el Estado de Sonora se determina que en los casos en que el Ministerio Público o el tutor no otorguen su consentimiento para decretar la adopción sin mediar justificación alguna, es posible la suplencia de la autoridad política superior en que resida el presunto adoptado si a su

albedrío ésta última es conveniente; en el Distrito Federal, el Estado de Morelos y Sinaloa dicha suplencia podrá realizarse por el Presidente Municipal en que resida el menor o incapaz; en el Estado de Coahuila es necesario llevar a cabo una promoción a través de la vía judicial para otorgar el consentimiento de la adopción que haya sido negada por el tutor o las personas a que se refiere la fracción III del artículo en comento al no haber causa justificada para dicha decisión, esta promoción debe realizarse por el tutor especial que se haya nombrado a el menor o incapaz; cabe mencionar que en ningún momento se hace mención respecto a qué procede hacerse en el caso de que sea el Ministerio Público el que no consienta en la adopción a diferencia de otros Estados.

En Yucatán no se hace mención alguna en el capítulo respectivo de dicha ley sustantiva sobre quienes pueden suplir en el caso de que la adopción sea negada, aún sin mediar causa justificada por lo que conlleva a presumir que nadie podrá suplir dicho consentimiento.

En el Estado de Campeche las personas que deben consentir son las siguientes:

“Artículo 413.- 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, y si no lo tiene, el que se le nombre especialmente.

Si no hubiere quien ejerza la patria potestad sobre el menor ni tenga éste tutor definitivo, serán oídas las personas que hayan acogido a quien se pretende adoptar, impartándole protección y tratándolo como hijo.

Si el menor que se va a adoptar tiene más de catorce años, también se necesita su consentimiento para la adopción”.

Si se llegase a dar el caso en que el tutor no consienta sin mediar razón alguna el Gobernador del Estado podrá suplir de creerlo adecuado.

Por último en el Estado de Guerrero dentro del capítulo de adopción las personas que deben consentir son las mismas que señala el Código Civil aplicable en el Distrito Federal con la mínima diferencia de que cuando se trate de las personas que acojan al menor no es necesario que dicho acogimiento sea durante seis meses; sin embargo dado que en dicho Estado se regula también la adopción plena existe un artículo que se avoca a señalar quiénes deben consentir en esta forma de adopción, dicho artículo señala lo siguiente:

“Artículo 575.- Para la adopción plena será necesario el consentimiento:

- I. De la persona que va a ser adoptada si fuere mayor de diez años;
- II. De las personas que ejerce la patria potestad sobre el adoptado siempre que no hubiese declaraciones judiciales de abandono, o de su tutor;
- III. Del cónyuge, con relación a la adopción de sus hijos por el otro cónyuge;

- IV. Del padre o madre cuyo hijo vaya a ser adoptado por el nuevo esposo de su excónyuge, salvo que exista a su respecto declaración judicial de abandono”.

Si dicho consentimiento fuese imposible de obtener dadas las circunstancias o si las personas señaladas estuviesen privadas de sus facultades mentales, el juez podrá dispensar dicho consentimiento además de que no debe existir duda alguna por parte de quienes dan su consentimiento que se trata de una adopción plena.

3.3. Tutela y Patria Potestad.

La tutela y la patria potestad son dos figuras afines pero que poseen un contenido diverso.

Por lo que se refiere a la patria potestad, ésta ha ido evolucionando con el paso de los años; en el derecho romano esta institución era ejercida por el PATER, sobre su esposa e hijos, su autoridad era casi absoluta al grado de poder otorgar la vida o muerte sobre éstos últimos, incluso inicialmente dicha autoridad tenía la característica de ser absoluta y vitalicia. Al paso de los siglos dicho concepto fue suavizándose, se consideraba al pater como SUI JURIS y las personas sujetas a su patria potestas como ALLIENI JURIS, en esta condición el padre era el titular del patrimonio de sus hijos y éstos podían independizarse paulatinamente al otorgárseles la capacidad para recibir en propiedad y administrar el peculio.

En Alemania la patria potestad se ejercía hasta que el hijo cumplía la mayoría de edad, además de no privárseles de la adquisición de bienes.

Actualmente en el derecho moderno la principal finalidad de esta institución consiste en proteger a los hijos e imponer una obligación a quien la ejerce.

El destacado autor Planiol define esta institución como el "conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y madre sobre la persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales".¹⁸

La patria potestad, es una institución protectora de la persona y bienes de los hijos menores de edad, no emancipados que nace de la filiación.

Su ejercicio corresponde en primer término a los progenitores (el padre y la madre del menor) y a falta de éstos, a los demás ascendientes por la línea paterna y por la línea materna, a falta de padres y abuelos paternos.

Esta función protectora, se ejerce sobre personas y bienes de los hijos, para procurarles la formación intelectual y moral que éstos requieren y para administrar el patrimonio de éstos.

La patria potestad es una institución que atribuye un conjunto de facultades y derechos a los ascendientes a fin de que puedan cumplir con las obligaciones que tienen para con sus descendientes.

José María Álvarez la definió en 1827 como "aquella autoridad y facultades que tanto el derecho de gentes como el civil conceden a los padres sobre sus hijos con el fin de que éstos sean convenientemente educados".¹⁹

¹⁸ Marcel Planiol, Derecho Civil, p. 689.

¹⁹ Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo IV, p. 2352.

La doctrina no es uniforme en cuanto a la naturaleza de la patria potestad. Algunos la definen como una institución, otros como una potestad y otros como una función.

Lo importante, independientemente de su naturaleza, es el objetivo de la misma: la asistencia, cuidado y protección de los menores no emancipados.

Es una institución que tiene su base u origen en la filiación, en la relación padres-hijos, ascendiente-descendiente.

El Código Civil no define este concepto, simplemente establece en su artículo 412 lo siguiente: "Los hijos menores de edad no emancipados están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deben ejercerla conforme a la ley". Y asimismo el artículo 413 de la misma ley sustantiva señala que "La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto, en cuanto a la guarda y educación de los menores a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten, de acuerdo con la Ley sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil en el distrito Federal".

Tratándose de hijos habidos en el matrimonio el artículo 414 del Código Civil aplicable al Distrito Federal expresa que "La patria potestad sobre los hijos se ejerce por los padres. Cuando por cualquier circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos corresponderá su ejercicio al otro.

A falta de ambos padres o por cualquier otra circunstancia prevista en éste ordenamiento, ejercerán la patria potestad sobre los menores, los

ascendientes en segundo grado en el orden que determine el juez de lo familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso”.

En caso de hijos habidos fuera de matrimonio, en tanto los padres vivan juntos, ambos ejercerán la patria potestad; si viven separados deben convenir sobre el ejercicio de la custodia exclusivamente, a falta de convenio el juez de lo familiar decidirá sobre la custodia respecto de los padres o sobre el ejercicio de la patria potestad.

Asimismo el artículo 419 del Código Civil aplicable al Distrito Federal señala que tratándose de hijos adoptivos: “La patria potestad sobre el hijo adoptivo la ejercerán únicamente las personas que lo adopten”.

Indudablemente dicha figura se ejerce por los padres al ser las personas más indicadas para proporcionarle una educación, alimentación, así como para administrar los bienes del incapaz no habiendo necesidad de una estricta regulación jurídica dada la existencia de los lazos de parentesco que permite garantizar su correcto desempeño a diferencia de la tutela.

Por lo tanto se puede definir que la patria potestad es una institución que surge dada la existencia de un vínculo filial que implica un conjunto de derechos y obligaciones que la ley otorga a los padres para el menor o no emancipado.

Uno de los efectos que esta institución produce sobre quienes están sometidos a ella consiste en la sujeción del hogar; consecuentemente es necesario el permiso de quienes la ejercen o decreto de la autoridad para poder dejar el hogar con el fin de evitar que la inexperiencia del menor o

emancipado conlleve a crear daños, de igual manera se necesita el permiso para contraer una obligación o comparecer en un juicio; sin embargo la ley da la posibilidad al menor de nombrársele un tutor por medio del juez en el caso de que sus intereses sean contrarios a los de las personas que ejercen sobre él la patria potestad en algún asunto.

El derecho de vigilar la conducta del menor al ejercerse la guarda y custodia se encuentra aunado al deber de proporcionarle alimentación, educación y cuidados. La vigilancia de la conducta lleva consigo la facultad de corregir y castigar a los hijos moderadamente, y en su caso el apoyo de la autoridad por medio de correctivos y amonestación.

Si el menor o no emancipado cuenta con propiedades que haya adquirido por cualquier título diverso al que obtenga por su trabajo corresponde administrar dichos bienes a las personas que ejercen la patria potestad; si dichos bienes crean un usufructo la mitad corresponde a quienes la ejercen a no ser que renuncien expresamente o que los bienes provengan de herencia, legado o donación y se haya dispuesto por el testado o donante que el usufructo se proporcione al menor o bien para otra finalidad; las únicas formas de extinguir dicho usufructo son con la mayoría de edad, la emancipación y la pérdida de la patria potestad.

La ley determina las personas que deben ejercer la patria potestad dependiendo de quien sea la persona sobre la que se va a ejercer; en el caso de hijos legítimos la ejercerán sus padres, en su defecto los abuelos paternos y como última instancia los abuelos maternos; si se trata de hijos naturales se ejercerá por quien lo reconozca, sin embargo ambos progenitores podrán ejercerla si viven juntos y efectúan el reconocimiento en el mismo acto, de no

habitar juntos la decisión será tomada por el juez, de no haber padres se ejercerá por los abuelos paternos y en su defecto por los maternos; por último los hijos adoptivos serán sujetos a la patria potestad únicamente por el adoptante o adoptantes, esto como resumen de lo anteriormente expresado por nuestro Código Civil aplicable al Distrito Federal.

En nuestra legislación esta institución presenta diversas contradicciones que deben corregirse con el fin de lograr su mejor aplicación.

El artículo 343 del Código Penal aplicable al Distrito Federal señala que basta con que los ascendientes o tutores entreguen al niño que esté bajo su potestad en una casa de expósitos, perdiendo por ese simple hecho todos los derechos que se tengan sobre la persona y bienes de dicho menor o incapaz entendiéndose también en éste mismo sentido lo que menciona el artículo 444 fracción IV del Código sustantivo cuyo contenido es el siguiente: "Artículo 444.- La patria potestad se pierde por resolución judicial:.....IV.- Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos, o porque los dejen abandonados por más de seis meses".

Por tanto, en la práctica al realizarse una adopción respecto a niños abandonados la mayoría de los jueces exigen se lleve a cabo previamente la promoción de un juicio para determinar si se otorga o no la pérdida de la patria potestad, colocando a la institución tutora del menor en una situación difícil dado que su labor principal es integrar si es posible al hijo con sus padres y no excluirlos de dicha responsabilidad por lo que el menor no puede ser propuesto para llevar a cabo los trámites de adopción permaneciendo en la institución, perdiendo la oportunidad de forjarse un futuro con mayores expectativas en todos los aspectos.

Con el fin de lograr que la pérdida de la patria potestad se de automáticamente es de sugerir que se requiere ampliar el tiempo de abandono por el término de un año y así evitar la necesidad de llevar un juicio especialmente avocado a decretar dicha pérdida, pues se cree que dicho tiempo es razonable para presumir que no existe un mínimo interés por parte de los padres hacia sus hijos, así mismo dicha fracción debe ser del todo explícita en cuanto a que debe levantarse un acta de averiguación previa, al ser ésta una constancia fehaciente y verídica de dicho abandono y en virtud de que el artículo 343 del Código Penal cae en contradicción en el artículo 444 de la ley sustantiva sugerimos que dicho artículo penal se modifique, estipulándose que para decretar la pérdida de los derechos que se tengan sobre el menor, los padres deben manifestar su deseo de dar en adopción ante el Ministerio Público mismo que se encargará de turnar al menor a la institución que se tenga a bien designar sin que se configure delito de abandono; asimismo la necesidad que dicho artículo se adhiera también a la ley sustantiva, pues resulta del todo ilógico que no se haga mención alguna respecto al artículo en comento, todo esto con el fin de beneficiar al menor y de evitar el riesgo de que se de la presunción del encuadramiento de delitos tales como compra de menores, extorsión, chantaje al existir un trato directo entre los padres y los presuntos adoptantes.

El Código Civil del Estado de Guerrero señala que en la adopción plena el abandono de un menor puede ser declarado por el juez del Estado si lo creyera procedente, dicha petición puede realizarse por las personas que tengan bajo su guarda al menor, el Ministerio Público o el director de la institución de asistencia autorizada, incluso en su artículo 622 fracción V determina que el abandono se da por dejar al menor por más de un día si no

se hubiese dejado al cuidado de persona alguna aunado a la pérdida de la patria potestad.

En cuanto a la transmisión de la patria potestad el autor Ignacio Galindo Garfias señala "Excepcionalmente, la patria potestad se transmite en el caso de adopción. En efecto el artículo 403 del Código Civil establece 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 esté casado con alguno de los progenitores del adoptado, porque entonces se ejercerá por ambos cónyuges".

Obviamente dicho autor se refiere a la adopción simple, pues en la plena todos los derechos y obligaciones provenientes del parentesco natural se extinguen por medio de dicha adopción, asimismo la patria potestad no puede transmitirse salvo cuando el juez de lo familiar la tramita por medio de la adopción.

Se puede concluir que salvo en el caso de la adopción plena, estimamos que debemos referirnos a la "transferencia" de la patria potestad del padre natural al padre biológico siendo factible la reversibilidad de dicha patria potestad del adoptante al padre natural sin mediar declaración al respecto. En la adopción plena no se encuentra nada relativo con la patria potestad por lo que suponemos que se confiere al menor una filiación que sustituye a la de origen.

La tutela presenta la misma finalidad que la patria potestad referente a la protección de la persona y cuidado del patrimonio de menor o no emancipado, sin embargo la patria potestad surge de la filiación y dada su

naturaleza misma se confía en que las personas que la ejercen lo harán de una manera correcta y responsable, no así con la tutela al no estar constituida directamente por la naturaleza sino estructurada y organizada por la ley misma incluso de una manera más estricta dada la desconfianza del legislador.

Existen diversos conceptos de tutela que a continuación se expondrán:

“La palabra tutela procede del verbo latín TUEOR que quiere decir DEFENDER, PROTEGER. Es un cargo que la ley impone a las personas jurídicamente capaces, para la protección y defensa de los menores o incapacitados. Es un cargo civil de interés público, y de ejercicio obligatorio”.²⁰

El autor Valverde y Valverde expresa: “Es la tutela una manera de dar protección a los débiles, y un medio de defensa de los menores y de los demás individuos incapaces, no sujetos a la autoridad paterna, o que están abandonados o son maltratados. La razón fundamental de la tutela es un deber de piedad, que tiene su origen en la debilidad e imperfección del ser humano”.²¹

Asimismo para algunos autores la tutela es un cargo público, su fundamento se basa en que es una forma en que el Estado protege a los incapaces. Y su objeto es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o sólo la segunda para gobernarse a sí mismos. La tutela puede tener también por

²⁰ Ignacio Galindo Garfias, Derecho Civil, p. 689.

²¹ Calixto Valverde y Valverde, Tratado de Derecho Civil Español, p.535.

objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señale la ley.

Galindo Garfias señala: "Es un derecho moderno y en atención a que la tutela acusa el interés de la familia, ha prevalecido en su organización un evidente interés público y general, sin desconocer el interés individual; por lo que los preceptos que la rigen deben garantizar tres clases de interés, el pueblo, el de la familia y el de la sociedad ya que ésta trasciende el problema de la protección de menores incapacitados".²²

La tutela tiene como principal característica su irrenunciabilidad, de modo que la negativa a desempeñar este cargo sin causa legal acarrea el pago de daños y perjuicios que llegare a sufrir el incapaz como consecuencia de dicha negativa, con excepción de las personas que la misma ley considere inhábiles: Menores de edad, mayores de edad sujetos a tutela, remoción por sentencia judicial que así lo determine, fraude, abuso de confianza, robo, etc; así mismo pueden excusarse de dicho ejercicio las personas que no tuviesen los recursos necesarios para proporcionar al menor o incapaz lo necesario, por mal estado de salud, por ser funcionario o empleado público dada su condición no pueda desempeñar correctamente la tutela, por ser militar en servicio, por tener sesenta años y por inexperiencia en los negocios que pudiese poner en peligro al incapaz o a su matrimonio.

Otra característica es en relación a su duración, la cual puede variar de acuerdo a las circunstancias que puede ser por cumplimiento de la mayoría de edad del pupilo, por el tiempo en que dure la incapacidad, por relevo al cargo una vez transcurrido el tiempo que determine la ley; sin embargo

²². Ignacio Galindo Garfias, Op. Cit. p. 693.

cuando se trata de un pariente en el grado colateral no se señala el tiempo en que esta obligación debe subsistir, lo que conlleva que en la práctica los jueces apliquen su propio criterio en caso de que se llegase a solicitar el relevo, de ahí la necesidad que esta laguna de la ley sea aclarada.

El menor solamente puede estar sujeto a un solo tutor, a no ser que exista conflicto de intereses en donde el juez procederá a designar un tutor enfocado exclusivamente a dicha controversia; si bien un tutor puede tener a cargo varios incapaces no puede ser tutor y curador al mismo tiempo, ni tampoco puede haber entre quienes desempeñen estos cargos una relación de parentesco; así mismo el tutor será remunerado por el desempeño de su cargo sobre los bienes del incapacitado, la cantidad será la que se designe si se trata de testamento, de no ser así el juez se encargará de fijar un porcentaje que no podrá ser menor de cinco ni mayor de diez por ciento sobre las rentas líquidas del pupilo; como última característica señalaremos que la tutela sólo podrá otorgarse previa la declaración de la interdicción dictada por el juez con fundamento en la ley. Las personas que se encuentran sujetas a la tutela son aquellas sobre quienes no se ejerza la patria potestad y que sean incapaces con fundamento en el artículo 450 del Código Civil aplicable al Distrito Federal en materia común y para toda la república en materia federal, dichas personas son:

“Artículo 450.- Tienen incapacidad natural y legal:

- I. Los menores de edad;
- II. Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna

afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupeficientes; siempre que debido a la limitación, o la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio”.

El sistema que se aplica en nuestro país es el titular mixto, es decir, la tutela de autoridad y la tutela familiar. En la primera la función de la tutela se encomienda a la autoridad judicial o administrativa, en la segunda dicha organización es llevada a cabo por los lazos paternos; por tanto en México la tutela es considerada una institución familiar y jurídica.

El destacado autor Rojina Villegas a este respecto expresa: “La incapacidad de ciertos sujetos (menores no sujetos a patria potestad y mayores de edad privados de inteligencia o afectados en sus facultades mentales) origina que el Derecho Familiar regule relaciones específicas mediante la institución de la tutela, creándose así, como nuevos sujetos a los tutores e incapaces, con el conjunto de derechos y obligaciones que después determinaremos al tratar de la citada institución”.²³

Nuestra legislación regula tres clases de tutela:

1. LA TESTAMENTARIA: Que se confiere por medio de testamento a las personas que la ley autoriza.

El artículo 470 de la ley sustantiva expresa que el ascendiente que sobreviva, de los que en cada grado deben ejercer la patria potestad, tiene

²³. Rafael Rojina Villegas, Derecho Civil, pp. 67-69.

derecho, aunque fuere menor, de nombrar tutor en su testamento a aquellos sobre quienes ejerza la tutela, con inclusión del hijo póstumo.

2. **LA LEGÍTIMA:** Que se da en caso de no haber tutor testamentario o por la pérdida de la patria potestad de los padres, debiéndose ejercer por las personas que la ley confiera.

Se puede decir que en la tutela legítima, la diferida por la ley en defecto de la testamentaria. Es decir, tiene como en el derecho romano, carácter subsidiario.

Nuestro Código civil distingue en tres capítulos (III, IV y V del título noveno del libro primero) las diferentes clases de tutela legítima que son:

- a) **La de los Menores.-** Aparece cuando no hay quien ejerza la patria potestad ni hay tutor testamentario, así como en caso de que deba nombrarse tutor por causa de divorcio, y corresponde ejercerla a los hermanos prefiriéndose a los que sean por ambas líneas o en su defecto ya sea por falta o por incapacidad de éstos a los demás colaterales dentro del cuarto grado, y en caso de que hubiere varios parientes del mismo grado, el juez elegirá entre ellos al que le parezca más apto para el cargo, pero si el menor hubiere cumplido dieciséis años, éste podrá hacer la elección.
- b) **La de los Mayores de Edad Incapacitados.-** Es aquélla en donde el marido es el tutor legítimo forzoso de su mujer y ésta lo es de su marido; los hijos mayores de edad también pueden ser tutores de su padre o madre viudos, en caso de que haya dos o más hijos será

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

preferido el que viva en compañía del padre o de la madre y siendo varios los que estén en el mismo caso el juez tendrá la tarea de elegir al que a su parecer sea el más apto.

- c) La de los Menores Abandonados y de los Acogidos por Alguna Persona, o Depositados en Establecimientos de Beneficencia.- Se da en función de que la ley coloca a los expósitos abandonados bajo la tutela de la persona que los haya cogido, quien tendrá las obligaciones, facultades y restricciones previstas por los demás tutores.

Se considera expósito al menor que es colocado en una situación de desamparo y quienes conforme a la ley estén obligados a su custodia, protección y cuidados y no pueda determinarse su origen, y en caso de que se conozca el origen del menor ese desamparo se considerará abandono.

Asimismo los responsables de las casa de asistencia, bien sean públicas o privadas, desempeñarán la tutela de los expósitos o abandonados con arreglo en las leyes y conforme a los estatutos de la institución, en cuyo caso no es necesario el discernimiento del cargo.

Los responsables de estas casas de asistencia públicas o privadas también tienen la facultad y obligación de que cuando se reciba a menores que hayan sido objeto de violencia familiar, tendrán la custodia de éstos en los términos de las leyes y de los estatutos de la institución así como también darán aviso al Ministerio Público y a quien corresponda el ejercicio de la patria potestad y no se encuentre señalado como responsable del evento de violencia familiar.

3. LA DATIVA: Que se desempeña por no haber tutor testamentario y legítimo que la ejerza sobre los menores o incapaces o para casos judiciales cuando el tutor testamentario se encuentre impedido para dicha función durante un lapso determinado y no existan hermanos colaterales dentro del cuarto grado inclusive. En la tutela dativa como en la legítima el juez debe nombrar al tutor, ya sea dentro de los parientes más cercanos del incapaz o menor o de la lista de tutores que le da cada año el Consejo Local de Tutelas.

Cabe resaltar que el tutor dativo puede ser nombrado por el menor si éste ha cumplido dieciséis años.

Una vez realizado este análisis se concluye que la tutela y la patria potestad implican la protección y el cuidado del incapaz y sus bienes, sin embargo existen ciertas diferencias tales como:

- La tutela se desempeña cuando no haya quien ejerza la patria potestad.
- La patria potestad implica un afiliación, mientras que en la tutela no es necesaria la existencia de dicha filiación, consecuentemente la necesidad de que tenga que regularse de una manera más estricta por la ley.
- La tutela es un cargo unitario, la patria potestad puede ejercerse por la pareja cuando se trate de matrimonio.
- En la tutela para su ejercicio es necesaria la declaración de incapacidad.

- La patria potestad es imprescriptible.

En la adopción, una vez que ésta es decretada por medio de sentencia ejecutoriada y previo el registro del menor, la patria potestad se transfiere a los adoptantes, quienes también tendrán la facultad de nombrar tutor testamentario para su hijo adoptivo sin necesidad de regularse de otra forma; asimismo es importante mencionar que es necesario el previo consentimiento de la adopción por la persona que hasta ese momento ejerció la tutela sobre el menor.

3.4. Procedimiento de la Adopción.

Los trámites concernientes a la adopción se efectúan por vía de jurisdicción voluntaria, en virtud de requerirse de la intervención del juez pero sin existir controversia entre las partes, dado que la adopción es meramente una promoción con carácter informativo a la que necesita darse fuerza y eficacia.

En base a la tesis de la Suprema Corte de Justicia del la Nación se ha determinado que las resoluciones dictadas en jurisdicción voluntaria no constituyen cosa juzgada, por lo que su nulidad no puede pretenderse a través de otro juicio autónomo, esto lleva a presumir que un juicio contencioso puede anular dicho procedimiento sin incurrir en violación alguna.

La jurisdicción voluntaria no solo se ejerce por el órgano jurisdiccional sino también por notarios, jueces del Registro Civil, registradores, etc.; como se mencionó, en esta vía en lugar de partes se tienen a solicitantes, la demanda se ve sustituida por la solicitud y por último el litigio o pleito por los

actos meramente consensuales con el fin de que el órgano respectivo certifique, conste y de validez a lo solicitado por los promoventes.

El jurista Prieto Cano define a la jurisdicción voluntaria como "una actividad realizada por órganos judiciales o no judiciales encaminada a tutelar el orden jurídico mediante la constitución, desenvolvimiento y modificación de estados y relaciones jurídicas con carácter general, o sea, frente a todo el mundo".²⁴

La adopción es un acto de jurisdicción voluntaria que se promueve ante el órgano jurisdiccional de primera instancia en materia familiar y cuyo procedimiento se rige del artículo 923 al 926 del Código de Procedimientos Civiles aplicable al Distrito Federal; durante el trámite el Ministerio público interviene con la finalidad de proteger los intereses del menor o incapaz, por igual es necesario que las personas que lo representen otorguen su consentimiento, de lo contrario la adopción no podrá proceder, claro está que en caso de haber negativa debe existir fundamento para ello.

Conforme a lo establecido por el artículo 156 fracción VIII del Código de Procedimientos Civiles el juez competente para conocer de una jurisdicción voluntaria será el que se encuentre ubicado en el domicilio del que promueve, sin embargo en lo relativo a la adopción han surgido diversos criterios en los que se determina que si bien se trata de una jurisdicción voluntaria también es posible su encuadramiento en la fracción IX la cual establece: "Es juez competente: IX.- En los negocios relativos a la tutela de los menores e incapacitados, el juez de la residencia de éstos, para la designación del tutor, y en los demás casos el del domicilio de éste".

²⁴. José Castillo Larrañaga, Derecho Procesal Civil, p. 546.

Por lo tanto el juez competente será el que se encuentre en el domicilio del tutor, incluso resultaría del todo ilógico la aplicación de la fracción VIII tratándose de extranjeros que deseen adoptar mexicanos y consecuentemente dicha adopción se decretará por el juez de donde son originarios los promoventes.

Anteriormente en este mismo capítulo se determinó cuáles eran los requisitos que debían cubrir los adoptantes, considerándose así mismo las variantes existentes en diversos Estados de la República.

El procedimiento de adopción comienza con una promoción en la que se deberá manifestar el tipo de adopción que se promueve (simple o plena), el nombre, edad y si lo hubiere domicilio del menor o persona con incapacidad que se pretende adoptar; el nombre, edad y domicilio de quienes en su caso ejerzan sobre él la patria potestad o tutela, o de la persona o institución de asistencia social pública o privada que lo haya acogido y se debe acompañar de certificado médico de buena salud. Así como también los estudios socioeconómico y psicológicos necesarios para efectuar el trámite de adopción, los cuales deberán realizarse por el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, directamente o por quien éste autorice; es recomendable anexar a dicha promoción documentación que si bien la ley no exige específicamente tiene como objetivo cumplir con los requisitos exigidos de manera general en el artículo 390 de la ley sustantiva.

Cuando el menor hubiere sido acogido por una institución de asistencia social pública o privada, el presunto adoptante o la institución según sea el caso recabarán constancia del tiempo de la exposición o abandono para así determinar si se pierde, termina, o no, la patria potestad ya sea por la

exposición que el padre o madre hicieren de sus hijos, o porque los dejen abandonados por más de seis meses; en caso de que hubieren transcurrido menos de seis meses dicha exposición o abandono, se decretará el depósito de quien se pretende adoptar con el presunto adoptante mientras se consume dicho plazo. De no conocerse el nombre de los padres o no hubiere sido acogido por institución de asistencia social, pública o privada, se decretará la custodia con el presunto adoptante, por el término de seis meses para los mismos efectos, siempre y cuando ello fuere aconsejable a criterio del juez. Es de hacer mención, que no es necesario que transcurra el término de seis meses en los casos 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.

Tratándose de extranjeros se deberá acreditar en primer lugar, 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. Lógicamente, la documentación que presenten los solicitantes extranjeros en idioma distinto al español, deberá acompañarse de la traducción oficial; así como también la documentación correspondiente deberá estar apostillada o legalizada por el Cónsul mexicano.

Rendidas las constancias que se exigen y obtenido el consentimiento de las personas que deben darlo, el Juez de lo Familiar resolverá dentro del tercer día, lo que proceda sobre la adopción.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Es fundamental que el adoptante tenga la suficiente solvencia económica y capacidad para adoptar, para ello se requiere realizar un estudio socioeconómico y psicológico, dichos estudio como ya se mencionó son realizados por algunas instituciones oficiales autorizadas, pero en el caso de las que no tengan dicha facultad los promoventes pueden solicitar al juez la realización de dichos estudios a través del Departamento Social del Tribunal superior de Justicia o bien el estudio psicológico puede efectuarse por una persona particular con cédula para ejercer dicha profesión y en el económico por medio de constancia de trabajo que especifique puesto, antigüedad y sueldo que percibe y en caso de tener propiedades copia del título de propiedad.

El juez siempre tendrá la facultad de solicitar oficio para auxiliarse del Departamento de Trabajo social del Tribunal cuando a su libre albedrío lo considere pertinente.

En cuanto a la edad de los adoptantes el medio idóneo para acreditarla es el acta de matrimonio además de hacer constar su estado civil, y los motivos por los que tomaron la decisión de recurrir a esta figura, así mismo el acta de nacimiento de dicho menor o incapaz y en caso de exposición o abandono la averiguación previa que se levante ante el Ministerio Público que son documentos necesarios para conocer su origen y situación.

En la solvencia moral la manera más factible de probarla es a través de constancia de no antecedentes penales, dicha constancia solo puede expedirse a solicitud de autoridad, en la práctica su requerimiento queda a criterio del juez. Por igual es factible anexar cartas de recomendación provenientes de personas que conocen a los adoptantes para liberar una

opinión acerca de su persona y el hecho de si es benéfica para el presunto adoptado dicha adopción, incluso algunos adoptantes presentan su biografía en la cual describen una manera sintética su propia vida.

Presentada la promoción inicial y de ser necesarias las prevenciones, el juez fijará fecha para que tenga verificativo la audiencia de ley, en la cual asistirán las personas que deban otorgar su consentimiento y el testimonio de quienes conozcan a los adoptantes.

Es de mencionarse que cabe la posibilidad de que el adoptante y adoptado soliciten la conversión de la adopción simple a plena debiéndose obtener primeramente el consentimiento del adoptado si éste hubiere cumplido doce años de edad y en caso de que fuere menor de esa edad se requiere el consentimiento de quien consintió en la adopción, siempre y cuando sea posible obtenerlo, de lo contrario el juez debe resolver atendiendo al interés del menor; así mismo el juez 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.

En el caso de que tanto el adoptante como el adoptado pidan que la adopción simple sea revocada, el juez también los citará a una audiencia verbal, para que dentro de los tres días siguientes, se resuelva si el juez, convencido de la espontaneidad con que se solicitó la revocación encuentra que ésta es conveniente para los intereses morales y materiales del adoptado. Si el adoptado fuere menor de edad, para resolver sobre la revocación se oirá previamente a las personas que prestaron su consentimiento cuando fuere conocido su domicilio o, en su caso, se oirá al

Ministerio Público. Para acreditar cualquier hecho relativo a la revocación, las partes podrán ofrecer toda clase de pruebas. Importante es mencionar también que los procedimientos de revocación en materia de adopción simple, se seguirán por la vía ordinaria.

Dictada la resolución judicial definitiva que autorice la adopción, el juez, dentro del término de ocho días, remitirá copia certificada de las diligencias al juez del Registro Civil, a fin de que, con la comparecencia del adoptante se levante el acta correspondiente; sin embargo el hecho de no registrar dicha adopción en ningún momento será causa de privación de sus efectos legales, pero dicha conducta será sancionada por medio de multa.

El acta de adopción simple contendrá los nombres, apellidos y domicilio del adoptante y del adoptado; el nombre y demás generales de las personas cuyo consentimiento hubiere sido necesario para la adopción, y los nombres, apellidos y domicilio de las personas que intervengan como testigos. En el acta se insertarán los datos esenciales de la resolución judicial.

En los casos de adopción plena, se levantará un acta como si fuera de nacimiento, en los mismos términos que la que se expide para los hijos consanguíneos.

Extendida el acta de la adopción simple, se harán las anotaciones que correspondan al acta de nacimiento del adoptado, y se archivará la copia de las diligencias relativas, poniéndole el mismo número del acta de adopción. Y tratándose de adopción plena, a partir del levantamiento del acta de adopción 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.

Finalmente 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.

3.5. Extinción de la Adopción.

La adopción puede terminar por dos causas:

- A. Por causas previstas en la ley.

- B. Por nulidad.

- A. Por Causas previstas en la Ley.

En el Distrito Federal y en la mayoría de los Estados es aplicable la adopción simple.

El artículo 405 del Código Civil aplicable al Distrito Federal señala tres casos en que la adopción es revocable, el cual dice a la letra:

“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”.

En la primera fracción el juez procederá a decretar la revocación si estima que es conveniente tanto para los intereses morales como materiales del adoptado; en la segunda fracción se refiere a casos previamente encuadrados en la misma ley relativos a la comisión de un delito cuya pena sea mayor de un año, contra la honra, bienes y personas del adoptante, ascendientes y descendientes; cuando el adoptado efectúe una denuncia o querrela contra el adoptante respecto a algún delito que se persiga de oficio, aún si se probara, a menos que dicho delito se haya cometido contra el mismo adoptado, su cónyuge, ascendientes o descendientes y en caso de que el adoptante haya caído en pobreza y el adoptado se niegue a proporcionarle alimentos.

Una vez que se presenta la solicitud de revocación el juez procederá a citar al adoptante, al adoptado y a las personas que deben dar su consentimiento si fuere el caso a una audiencia que se celebrará dentro de los tres días siguientes y en ella se denegará o autorizará la revocación solicitada.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

La revocación siempre se declarará judicialmente a instancia del adoptado de haber causa suficiente para ello o del adoptante cuando se refiere a la fracción II en comento.

Asimismo en la ley sustantiva se determina el momento en que la adopción deja de surtir efectos; cuando se haya consentido en la revocación de la adopción, ésta deja de tener efectos por medio del decreto del juez, en tanto que el acto de ingratitud por parte del adoptado conlleva a que la adopción deje de producir efectos a partir del momento en que se cometa éste, sin importar que la resolución que la declare revocada sea posterior.

En los Estados de Guerrero, Hidalgo, Colima, Oaxaca, Quintana Roo y otros es aplicable la adopción plena, siendo una de sus características la irrevocabilidad con la finalidad de lograr una mayor semejanza entre la filiación adoptiva y la filiación de sangre, sin embargo un inconveniente que puede acarrear es en caso de que el adoptante incurra en comportamiento delictuoso en contra del adoptado o viceversa, pese a que dichos actos se encuentran previstos y sancionados en la ley y de acuerdo a su gravedad puede incurrirse incluso a la pérdida de la patria potestad, la ley debería ser más específica en cuanto de qué manera repercute en la adopción.

La finalidad principal de esta adopción es actuar en beneficio del menor para evitar el hecho de ser integrado a una familia y posteriormente desplazado, hecho que puede afectarlo considerablemente, por ello las instituciones autorizadas permiten la convivencia gradual del menor con los presuntos adoptantes y de esta manera se pueda determinar si dicha relación funcionará o no.

Actualmente en los Estados mencionados es aplicable tanto la adopción plena como la simple; la plena solo procede respecto a menores huérfanos de padre o madre, niños abandonados o muy pequeños. El artículo 573 del Código Civil del Estado de Guerrero señala:

“Artículo 573.- Podrán ser adoptados plenamente:

- I. Los huérfanos de padre y madre;
- II. Los hijos de padres desconocidos;
- III. Aquellos cuyos padres o tutor o quienes ejerzan la patria potestad consientan en forma auténtica la adopción; y
- IV. Los declarados judicialmente abandonados”.

Incluso la adopción simple no es impedimento para que pueda realizarse la adopción plena posterior.

En la adopción simple la sentencia que declara su revocación extingue todos sus efectos por lo cual los actos celebrados entre el adoptado y adoptante con anterioridad son válidos y los subsecuentes a la sentencia no lo son dado que dichos efectos carecen de retroactividad, así mismo al desaparecer todo vínculo desaparecen también los impedimentos que surgieron con motivo de dicha adopción.

Por otra parte, la vía en que debe tramitarse la revocación de la adopción puede variar dependiendo de las circunstancias del caso.

Si ambas partes convienen en su revocación, es decir, el adoptante y el adoptado si éste fuese mayor de edad, en su defecto de las personas que prestaron su consentimiento y a falta de éstas el Ministerio Público, dado que se desprende de una jurisdicción voluntaria la forma más propicia para tramitar dicha revocación es a través de vía incidental; sin embargo respecto a la impugnación e ingratitud por parte del adoptado no es posible dicha circunstancia ya que se está ante un litigio, una controversia que no puede desprenderse de una jurisdicción voluntaria al ser de naturaleza incompatible, dado que no admite contradicción, consecuentemente la necesidad de ejercer por vía ordinaria civil.

Por otra parte la destacada autora Sara Montero Duhalt señala: "Por último la impugnación de la adopción y la revocación unilateral de la misma, no pueden promoverse en diligencias de jurisdicción voluntaria. Solamente la revocación bilateral, o sea, por mutuo acuerdo, podrá solicitarse en esa vía".²⁵

Ovalle Favela dice: "También se puede promover en procedimiento de jurisdicción voluntaria la revocación de la adopción, cuando el adoptante y el adoptado pidan común acuerdo. El procedimiento se reduce a solicitud suscrita por estas dos personas y a una audiencia en la cual se pueden practicar las pruebas conducentes para demostrar la conveniencia de la revocación".²⁶

Una vez dictada la revocación, o impugnada la adopción ésta misma cesa en todos sus efectos y regresan las cosas al estado en el que se encontraban anteriormente, sin embargo las consecuencias de haber creado

²⁵ Sara Montero Duhalt, Op. Cit. p. 333.

²⁶ José Ovalle Favela, Derecho Procesal Civil, p. 353.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

un parentesco civil pueden subsistir, pues la persona que otorgó su consentimiento para el acto de adopción se encuentra en el derecho de exigir una pensión alimenticia e incluso el juez o el Ministerio Público adscrito al juzgado puede fijarla dada la minoría de edad del adoptado a quienes eran los padres adoptivos; por último el juez deberá comunicar la resolución en la que se aprobó la revocación o impugnación al oficial del Registro Civil del lugar donde se efectuó el acto de adopción para que se proceda a su cancelación y se efectúe la anotación correspondiente en el acta de nacimiento de dicho menor o incapaz.

En relación a la vía en que procede la revocación de la adopción se muestra como ejemplo una sentencia concerniente a un juicio entablado ante los juzgados familiares, en dicho juicio las partes consintieron en revocar el acto de adopción:

México, Distrito Federal a ___ de _____ del 200__.

.... VISTOS, para resolver INTERLOCUTORIAMENTE, los autos del incidente de Revocación de Adopción, promovido por Raymundo Villegas Franco y Ma. Yunuén Avila Camacho, en las diligencias de Jurisdicción Voluntaria de ADOPCIÓN: y

RESUELVE

PRIMERO.- Se ha tramitado legalmente el presente Incidente de Revocación de Adopción.

SEGUNDO.- Se revoca la adopción otorgada a la menor JUANA REGINA BERUMEN MARÍN, mediante Sentencia Definitiva de fecha cinco de

septiembre del año dos mil uno, debidamente ejecutoriada mediante proveído de ocho de noviembre del mismo año.

TERCERO.- Quedan obligados los promoventes en la medida que voluntariamente se comprometieron a proporcionar a través y por conducto de la Casa Cuna a pagar a la menor JUANA REGINA BERUMEN MARÍN la cantidad equivalente a un Salario Mínimo General Vigente en el Distrito Federal en forma mensual, debiendo incrementarse dicha cantidad automáticamente al aumento porcentual que se causare.

CUARTO.- Una vez que cause ejecutoria la presente resolución, gírese atento oficio al C. Director del Registro Civil, a fin de que cancele el Acta de Adopción correspondiente, con apoyo en lo dispuesto por el artículo 410 del Código Civil, misma que se encuentra registrada bajo los siguientes datos: Entidad 03; Delegación 05; Juzgado 15; Acta número 00055; Año 2001; en ésta Ciudad.

QUINTO.- Así mismo y de igual manera, una vez que cause ejecutoria la presente resolución remítanse mediante atento oficio copia certificada de la misma a la C. Directora de la Casa Cuna para su consentimiento y para los efectos legales a que haya lugar.

SEXTO.- NOTIFÍQUESE PERSONALMENTE.

ASÍ INTERLOCUTORIAMENTE Juzgando, lo resolvió y firma el C. Juez.

.....Doy fe.

Otra forma de extinguir el acto de adopción es la Impugnación. La impugnación puede ser efectuada por el adoptado dentro del año siguiente al cumplimiento de su mayoría de edad o bien a partir de la fecha en que haya desaparecido la incapacidad de haber existido; este medio es sin duda un proceso autónomo de impugnación al tratarse de una resolución definitiva que cause ejecutoria.

El autor Ignacio Galindo Garfias expresa: "El adoptante dentro del año siguiente a su mayoría de edad, o a la fecha en que haya desaparecido su incapacidad, puede impugnar la adopción fundando en falta de alguno de los requisitos que la ley establece para que tenga lugar".²⁷

B) Por Nulidad.

En la adopción como en todo acto jurídico puede presentarse la nulidad relativa, la nulidad absoluta o la inexistencia.

La nulidad absoluta resulta de un acto que sea contrario al tenor de leyes prohibitivas o de interés público que dan como consecuencia que dicho acto no pueda ser convalidado y aún cuando doctrinariamente debería operar de pleno derecho, es decir, que no se requiera el reclamo de parte interesada, en nuestro derecho es necesario que la nulidad absoluta de un acto se declare judicialmente. La nulidad relativa surge cuando se presentan vicios en la voluntad: error, dolo, violencia, incapacidad, por la inobservancia de la forma o cuando la ley requiera que la voluntad deba manifestarse de una manera determinada y no se cumpla con dicho requerimiento. La nulidad absoluta surge a causa de un hecho ilícito dándose excepcionalmente la

²⁷. Ignacio Galindo Garfias, Primer Curso de Derecho Civil, p. 665.

posibilidad de una nulidad relativa. El destacado autor Rojina Villegas señala: "La nulidad absoluta en la doctrina clásica francesa, que inspiró a nuestros Códigos, es aquella sanción que se estatuye en contra de los actos jurídicos ilícitos para privarlos de efectos. Esta nulidad se caracteriza: 1º. Porque todo aquél que resulte perjudicado puede pedir que se declare; 2º. Porque es imprescriptible, es decir, en todo tiempo puede pedirse; y 3º. Porque es inconfirmable, es decir, la ratificación expresa o tácita del autor o autores de un acto ilícito no puede darle validez".²⁸

Por otra parte, la inexistencia se produce por falta de consentimiento o bien por falta de objeto.

En el siguiente capítulo se aborda el concepto de Derecho Internacional Privado, sus fuentes, los organismos que intervienen; las Generalidades de los Convenios Internacionales sobre Conflicto de Leyes en Materia de Adopción de Menores y el relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional.

²⁸. Rafael Rojina Villegas, Compendio de Derecho Civil, p. 133.

CAPÍTULO IV
LA ADOPCIÓN EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

4.1. Concepto de Derecho Internacional Privado.

Para poder compenetrarnos en el tema es necesario hablar primeramente sobre la historia del Derecho Internacional Privado.

Éste se da en razón a que simultáneamente a la creación de las ciudades, surgen los primero problemas de Derecho Internacional Privado; éstos se daban en las relaciones jurídicas entre habitantes de diferentes ciudades de tal manera que habría de determinarse el derecho aplicable.

Se considera como primera escuela del Derecho Internacional Privado a la Estatutaria del siglo XII, en Italia del norte.

Los glosadores y posglosadores hicieron aportaciones importantes en la materia como son los principios:

- a) De la costumbre internacional.
- b) De la distinción entre estatutos reales y estatutos personales.
- c) De las categorías de vinculación.

Las escuelas francesa y holandesa de los siglos XVI y XVII propusieron y aplicaron el territorialismo como solución a los conflictos de leyes; mientras que Mancini, exponente de la escuela italiana del siglo XIX, defendió la aplicación de la ley nacional.

Sin embargo, el autor alemán Friedrich Carl von Savigny puso fin a las teorías unilateralistas proponiendo un sistema de solución a los conflictos de leyes a partir de la bilateralidad de las reglas de conflicto y de la vinculación de las relaciones jurídicas al derecho aplicable.

La doctrina contemporánea se caracteriza por la existencia de tres corrientes:

- a) La de los autores que defienden la aplicación territorial de las leyes recurriendo a un territorialismo feudal o, en ocasiones, a métodos nuevos como por ejemplo, las normas de aplicación inmediata o los sistemas de resolución de los conflictos de leyes en los países anglosajones.
- b) Algunos estudiosos consideran que el carácter internacional de la materia es primordial; esta corriente nacionalista o supranacionalista estima que la solución a los problemas que se presentan en Derecho Internacional Privado deben buscarse en la conclusión de tratados o convenios.
- c) La última corriente es la llamada "autónoma", la cual considera al Derecho Internacional Privado como un derecho autónomo, que debe lograr un equilibrio entre "nacionalismo" e "internacionalismo". La técnica que propone pretende, por medio del estudio del derecho comparado llegar a uniformar o armonizar los sistemas jurídicos. Esta corriente considera que existen varios métodos para la resolución de los conflictos de leyes, a saber: las normas de aplicación inmediata, las normas materiales y el sistema tradicional.

El concepto de Derecho Internacional Privado ha ido evolucionando a través del tiempo. Tradicionalmente el Derecho Internacional Privado, expresión utilizada por primera vez por Story en 1834 se definía como el derecho cuya función era reglamentar las relaciones privadas entre los individuos a nivel internacional. Sin embargo, la doctrina actual considera que el Derecho internacional Privado debe regular cualquier tipo de relación internacional entre personas privadas, aún cuando se trate de Estados como particulares.

Así se puede definir al Derecho Internacional Privado como el conjunto de reglas aplicables a los individuos en sus relaciones internacionales.

El destacado autor Eduardo García Maynes lo define de la siguiente manera: "Derecho Internacional Privado es el conjunto de normas que indican en qué forma deben resolverse en materia privada los problemas de aplicación que derivan la pluralidad de legislaciones".²⁹

El autor Andrés Bello expresa: "El Derecho Internacional es la colección de las leyes o reglas generales de conducta que las naciones o Estados deben observar entre sí para su seguridad y bienestar común".³⁰

El autor Alfonso Rivier señala: "Llámesese Derecho Internacional Privado al conjunto de principios que determinan la ley aplicable, ya a las relaciones jurídicas entre personas pertenecientes a Estados o territorios diversos, ya a los actos realizados en país extranjero, en fin, a todos los casos en que se trata de aplicar la ley de un Estado en territorio de otro".³¹

²⁹. Raquel Gutiérrez Aragón, Esquema Fundamental de Derecho Mexicano, p. 245.

³⁰. Antonio Gómez Robledo, Estudios Internacionales, p. 42.

³¹. Alfonso Rivier, La Ciencia Jurídica, p. 7.

En lo personal el Derecho Internacional Privado es aquél que tiene como función principal la de regular las relaciones socio-jurídicas entre personas de diferentes Estados a través de normas investidas de la misma validez para las diversas legislaciones.

La naturaleza del Derecho Internacional Privado es ambigua porque por un lado es un derecho internacional en cuanto a su objeto, que es la reglamentación de la vida internacional de los individuos; y por otro lado es un derecho privado porque en oposición al Derecho Internacional Público sus sujetos son las personas y no los Estados.

Sin embargo por sus fuentes, así como por la falta de un legislador internacional o supranacional el derecho internacional privado parte del derecho nacional de cada país, así se habla de un Derecho Internacional Privado mexicano, por lo que se justifica la opinión según la cual se trata de un derecho interno que se proyecta a situaciones internacionales. Además, la intervención creciente del Estado en todas las ramas del derecho vuelve superficial y discutible la tradicional división del derecho en público y privado.

Es importante pensar que el Derecho Internacional Privado es autónomo aún cuando numerosas reglas naturales relativas a este derecho se encuentran, frecuentemente, en los Códigos Civiles.

Su contenido varía según las diferentes escuelas. Tanto en Italia como en Alemania el derecho internacional Privado se identifica con el estudio de los conflictos de leyes, es decir, con la determinación de la ley aplicable a una relación privada de carácter internacional. En los países anglosajones comprende el análisis de los conflictos de leyes y de los conflictos de

jurisdicción. Esto significa el estudio de la competencia internacional de los jueces nacionales y de los efectos y de la ejecución de un sistema emitido en el extranjero.

En Francia como en México, el Derecho Internacional Privado tiene un contenido más amplio del estudio de los conflictos de leyes y de los conflictos jurisdiccionales, el derecho de la nacionalidad, es decir, el derecho que establece y regula la calidad de una persona en relación a un Estado y la condición jurídica del extranjero, que implica el análisis de los derechos y las obligaciones de los no nacionales en un sistema jurídico determinado. En nuestra opinión el derecho Internacional Privado se debe estudiar en un sentido restrictivo, ya que los conflictos de leyes constituyen una materia muy particular tanto por sus fuentes como por su naturaleza y sus métodos de solución.

Es importante subrayar que los conflictos de leyes son la base común del Derecho Internacional Privado en todas las escuelas mencionadas anteriormente.

4.1.1. Fuentes del Derecho Internacional Privado.

El Derecho Internacional presenta las siguientes fuentes de derecho:

1) Tratados y Convenciones Internacionales:

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 señala en su artículo 2 que: "Se entiende por Tratado un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho

Internacional ya conste un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”.

Cabe advertir que la anterior definición se elaboró para efectos de la Convención de Viena, lo que quiere decir que pueden existir otro tipo de acuerdos que sin quedar cubiertos por la definición se consideran tratados internacionales. Esto ocurre con los acuerdos que celebran las organizaciones internacionales. La Convención de Viena habla de acuerdos entre Estados, pero ello obedece al hecho de que los tratados que celebran las organizaciones internacionales, ofrecen particularidades respecto a los mecanismos de concertación, por lo tanto se prefirió dejar esos acuerdos al régimen específico de las organizaciones internacionales, sin que la definición citada afecte el carácter de tratados. Es más, la propia Convención en el artículo 5 especifica que su régimen se aplicará, en lo conducente, a los tratados consecutivos de organizaciones internacionales y a los celebrados dentro de su ámbito.

Asimismo la definición establece que el tratado debe celebrarse por escrito, mas este requisito es igualmente para efectos de la Convención, ya que nada impediría que con los avances tecnológicos un acuerdo entre Estados pudiera contenerse en una forma distinta, verbigracia en una grabación, sin que se afectara el carácter de tratado de ese acuerdo. Lo importante es la manifestación de la voluntad de los Estados.

La definición citada en el artículo 2 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, brinda elementos que requieren ser analizados. Se establece que el tratado debe ser regido por el derecho internacional. Esto obedece a que hay acuerdos entre Estados que pueden quedar gobernados

por el derecho interno como acontece con las transacciones comerciales, que frecuentemente se contienen en contratos privados y se sujetan al derecho interno de algunos de los Estados contratantes. Incluso se dice en la definición que el tratado es un acuerdo internacional, precisamente para diferenciarlo de los contratos privados.

Otro elemento establece que el tratado puede constar en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos. Ello se explica en virtud de los tratados tradicionales, de gran solemnidad, necesariamente contienen el régimen en un solo instrumento, sin que los derechos y las obligaciones se dispersen en documentos diversos. Sin embargo, la celeridad de las relaciones internacionales ha impuesto que diversos acuerdos internacionales, gobernados por el derecho internacional, según se decía anteriormente, se consiguen en diversos instrumentos. Esto ocurre con el intercambio de notas, caso en el que el régimen queda integrado en varios documentos, según lo expresa la propia denominación de intercambio de notas.

Por último se establece que será tratado un acuerdo internacional, independientemente de su denominación particular. La práctica brinda una nomenclatura extraordinariamente variada para la denominación de los acuerdos internacionales. Así es como se encuentran diversas denominaciones para el mismo acto jurídico como son: tratado, convención, convenio, acuerdo, pacto, carta, declaración protocolo, intercambio de notas, etc. Al margen del nombre, los acuerdos serán obligatorios y considerados como tratados.

La Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados hace explícito que la capacidad para celebrar tratados es una expresión de soberanía de los Estados. En este sentido el artículo 6 señala. "Todo Estado tiene capacidad para celebrar tratados".

La teoría general de los tratados establece que el régimen para la celebración de los tratados es definido de acuerdo con la soberanía estatal, y toca a las constituciones internas regular los mecanismos por los cuales un Estado asume compromisos hacia el exterior, vía convenciones internacionales.

Es de interés notar en la Convención la tendencia que apunta a favor de la primacía de los tratados sobre el derecho interno. Particularmente el artículo 7 señala: "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado". Y todavía más importante es el artículo 46, que contempla el caso de las ratificaciones irregulares, o sea la manifestación de la voluntad de un Estado para obligarse por un convenio en violación a las disposiciones internas relativas a la celebración de los tratados: "El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento a menos que esa violación sea manifestada y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno".

Este artículo recoge como tendencia principal, el que un tratado sea válido, y que un Estado no podrá aducir como vicio de su consentimiento, el que se haya celebrado en violación a las disposiciones internas sobre la

materia. Ésta es la tendencia principal, pero se presenta una salvedad al prescribirse que la violación al derecho interno debe ser manifiesta y que afecte a una norma de importancia fundamental. Con todo, la balanza se inclina a favor de la primacía de los tratados.

Los tratados se rigen por tres principios, el primero es la NORMA, contenido en el artículo 26 de la convención de Viena que señala que "Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe". El segundo que es un TRATADO y que produce efectos únicamente entre las partes, así lo dispone el artículo 34 que prescribe que "Un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento". El tercer principio establece que el CONSENTIMIENTO es la base de las obligaciones convencionales, este principio rige no únicamente para la celebración original del tratado, sino para las diversas figuras sobre derecho de los tratados la adhesión, la terminación, la modificación, etc.

Es decir, los tratados y convenciones internacionales son aquellos consistentes en acuerdos celebrados entre sujetos del orden internacional que en diversas ocasiones son considerados asuntos de Derecho Internacional Privado.

2) Costumbre Internacional:

La costumbre internacional es reconocida universalmente como una fuente del derecho internacional positivo. En efecto el artículo 38 inciso b) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece que dicho órgano internacional "deberá aplicar la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho". Nótese que de lo anterior

puede inferirse una confusión entre práctica y costumbre, ambas internacionales. Sin embargo, algunos autores aclaran que existen diferencias entre ambos conceptos como:

- La práctica es el conglomerado de los pasos que van formando el derecho en tanto que la costumbre es el derecho mismo.
- La práctica sugiere el proceso formativo, en tanto que la costumbre su acatamiento.
- La práctica es evidencia y la costumbre el resultado.

La costumbre internacional se integra con varios elementos, el primero es una práctica de los Estados, un modo de comportamiento, la actuación de un determinado sentido. A lo anterior se le denomina "precedente". Pero no es suficiente que los Estados actúen en determinada forma, sino que es necesario, que los mismos tengan conciencia de que actúan conforme a derecho.

Para Manley Hudson los requisitos que debe llenar la costumbre para ser considerada como fuente de derecho internacional son los siguientes:

- Práctica concordante, realizada por un número regular de Estados con referencia a un tipo de relaciones que caen bajo el dominio del derecho internacional.
- Continuación o repetición de una práctica por un considerable periodo de tiempo.

- La concepción de que la práctica está requerida o es consistente con el derecho internacional prevaleciente
- Aquiescencia de esa práctica por otros Estados.

La costumbre posee dos características que son la generalidad y la flexibilidad. En cuanto a la primera de ellas, la generalidad, no es suficiente la actuación de uno o varios Estados para formarla, sino que tiene que participar la mayoría de ellos para su formación. Sin embargo, algunos doctrinarios y la misma Corte Internacional de Justicia aceptan la existencia de "costumbres regionales".

En lo que se refiere a la flexibilidad se dice que a diferencia del derecho escrito, carece de rigidez, por lo que va evolucionando con la realidad y adaptándose a las nuevas circunstancias.

De igual modo una costumbre que ya no responda a las necesidades actuales puede ir cayendo en desuso e irse formando otra para sustituirla.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la costumbre, es difícil establecer la fuerza obligatoria de la misma. Para algunos autores la costumbre es una especie de acuerdo tácito entre los Estados, posición adoptada por los positivistas, en tanto que para otros su obligatoriedad hay que buscarla en una especie de conciencia jurídica colectiva, tesis de la escuela historicista.

Para las modernas tendencias socio-logistas, la costumbre surge de la vida en sociedad, es un hecho social y como tal se impone.

En lo que se refiere a la prueba de tal fuente, en la mayoría de los casos es tarea muy difícil evidenciarla. Se dice con anterioridad que la

costumbre se asienta con el paso del tiempo, a veces siglos, sin embargo existen materias que son relativamente nuevas (derecho aéreo, derecho espacial, responsabilidad objetiva, derecho del medio ambiente, etc.) en las que se ha consolidado una serie de costumbres en el transcurso de unos años a lo que se ha dado en llamarle costumbre repentina".

Para el abogado Manuel Osorio, la costumbre es definida como el "Hábito adquirido por la repetición de actos de la misma especie. La Academia la define, dentro del vocablo forense, como la que se establece en materia no regulada o sobre aspectos no previstos por las leyes. Esta costumbre se denomina sin ley o fuera de la ley, y está llamada a llenar las lagunas legales. Representa en ese aspecto una de las fuentes del Derecho Internacional".³²

La costumbre internacional es consecuentemente la aceptación de principios en las legislaciones pertenecientes a varios países, entre los principios más usuales están:

A) *Locus Regit Actum*.- Regia de conflicto según la cual la ley aplicable a la forma de los actos y contratos es la ley del lugar de celebración de los mismos, es decir, que es aplicable la ley del lugar donde se rige el acto.

El principio *Locus Regit Actum* fue descubierto por la escuela estatutaria italiana del siglo XIV. Sin embargo su contenido era, al principio, diferente del actual, ya que se aplicaba tanto a la forma como al fondo de los actos y contratos. El descubrimiento del principio *Lex Loci Executionis* que es otra regla de conflicto de leyes según la cual la ley aplicable en materia de

³². Manuel Osorio, Diccionario de Ciencia Jurídicas, Políticas y Sociales, p. 182.

ilícitos es la ley de ocurrencia de los mismos, marcó el inicio de la distinción entre fondo y forma y limitó el campo de aplicación de la regla *locus regit actum* a los litigios relativos a la forma. Dicha regla es ahora de aplicación universal, pero en muchos casos, como en México, facultativa. Se aplica en la forma de los actos y contratos siendo el punto de vinculación el lugar de celebración de éstos.

En México, el principio *locus regit actum* se encuentra contenido en todos los Códigos Civiles de los Estados de la República, y su fundamento se encuentra en el artículo 13 fracción IV del Código Civil aplicable al Distrito Federal que a la letra señala: "Artículo 13.- La determinación del derecho aplicable se hará conforme a las siguientes reglas:IV.- La forma de los actos jurídicos se regirá por el derecho del lugar en que se celebren. Sin embargo, podrán sujetarse a las formas prescritas en este Código cuando el acto haya de tener efectos en el distrito Federal o en la República tratándose de materia federal;.....".

B) *Mobilia Seguntur Personam*.- Este principio significa que los bienes muebles SIGUEN a la persona; el Código de Procedimientos Civiles aplicable en el Distrito Federal señala como juez competente al que se encuentra en el domicilio del demandado cuando se refiera al ejercicio de una acción sobre bienes muebles; sin embargo en el siglo XIX se sugirió por la doctrina que dicho principio sólo se aplicará respecto a bienes inmuebles dada su característica de inmovilidad.

C) *Lex Rei Sitae*.- Es otra regla de conflicto según la cual la ley aplicable a los bienes es la ley del lugar de ubicación de los mismos, es decir procede en el caso de que se desee determinar cuál es la ley aplicable a los bienes y para ello es necesario saber en dónde se encuentran situados éstos.

Este principio de solución a los conflictos de leyes fue descubierto en el siglo XIV por la escuela de los posglosadores; su aplicación se generalizó a todos los países.

El principio *lex rei sitae* se aplica a los litigios relativos al estatuto real; sin embargo, existe cierta controversia en cuanto a su aplicación a los bienes muebles, susceptibles de desplazamiento. La dificultad de ubicar a los mismos justifica a veces la aplicación del principio *Mobilia Seguntur Personam*, de preferencia al de *lex rei sitae*. Se plantea entonces un problema de calificación, sobre todo en lo referente a los bienes incorpóreos.

En México, se encuentra su fundamento en el artículo 13 fracción III del Código Civil aplicable al Distrito Federal, que estipula: "Artículo 13.- La determinación del derecho aplicable se hará conforme a las siguientes reglas:III.- la constitución, régimen y extinción de los derechos reales sobre inmuebles, así como los contratos de arrendamiento y de uso temporal de tales bienes, y los bienes muebles, se regirán por el derecho del lugar de su ubicación, aunque sus titulares sean extranjeros.

D) *Lex Fori*.- Significa que la ley del lugar será la del lugar en donde se celebró el acto jurídico, aún cuando se trate de la ley de un país diferente.

Ésta es una locución latina en materia de conflicto de leyes para designar la aplicación del derecho del foro.

Los estudiosos de la escuela estatutaria italiana consideraban que la ley aplicable al procedimiento era, en todos los casos, la ley del juez que conocía del asunto, *lex fori*, en oposición al principio de *locus regit actum* aplicable al fondo del problema.

Lex fori tiene actualmente un contenido más amplio que en el siglo XIII ya que, si bien es cierto que se sigue aplicando siempre al procedimiento, la expresión se refiere también a todos los casos de aplicación por el juez de su propio derecho nacional. En los sistemas territorialistas, por ejemplo, los jueces aplican sistemáticamente el principio lex fori. En los sistemas jurídicos que contienen reglas de conflicto bilaterales la aplicación de lex fori se puede dar en varios casos como los de reenvío simple, fraude a la ley o bien cuando el juez considera que la aplicación del derecho extranjero prevista por su regla de conflicto es contraria a su orden público internacional; también cuando las partes no pueden hacer la prueba del contenido del derecho extranjero; se trata en éste último caso de una aplicación subsidiaria del principio lex fori.

3) La Doctrina:

La palabra "doctrina" proviene del latín DOCTRINA, locución que deriva de DOCERE ("enseñar", "dar a conocer", "instruir", "educar") y significa como aquélla: "enseñanza", "educación", "instrucción", "sabiduría".

La doctrina y sus equivalentes han mantenido en gran medida su significado originario. El matiz que se advierte es el peso o fuerza que se otorga a esta instrucción, ya que la doctrina alude a la idea de lo que se enseña son dogmas o verdades sabidas o impuestas por una escuela determinada.

En la literatura jurídica se entiende por doctrina, primeramente, al conjunto de conceptos e ideas que formulan los juristas y transmiten en la enseñanza del derecho. La doctrina así entendida, constituye el aparato

dogmático para el estudio y aplicación del derecho. En este sentido doctrina se opone a la legislación y a la jurisprudencia, esto es el material jurídico dado.

El abogado Manuel Osorio define a la doctrina como el "Conjunto de tesis y opiniones de los tratadistas y estudiosos del derecho, que explican y fijan el sentido de las leyes o sugieren soluciones para cuestiones aún no legisladas. Tiene importancia como fuente mediata del derecho, ya que el prestigio y autoridad de los destacados juristas influye a menudo sobre la labor del legislados e incluso en la interpretación judicial de los textos vigentes".³³

El estatuto de la Corte Internacional de Justicia en su artículo 38 considera a la doctrina como uno de los elementos a tomarse como base para la decisión de la Corte; en México, conforme al derecho positivo, las decisiones de un tribunal tienen su base en la ley y jurisprudencia, sin embargo en la práctica se han dado casos en que se ha tomado también en cuenta la costumbre y la doctrina.

4) Jurisprudencia Internacional:

En primer lugar se entiende que la palabra jurisprudencia proviene del latín JURISPRUDENTIA, compuesta por lo vocablos JURIS que significa derecho y PRUDENTIA, que quiere decir conocimiento o ciencia. Según Ulpiano es la ciencia de los justo y lo injusto.

La jurisprudencia está formada por un conjunto de sentencias dictadas por los miembros del poder judicial respecto a una materia determinada y

³³. Manuel Osorio, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, p. 262.

cuya finalidad principal consiste en aclarar dudas relativas a la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, previo el cumplimiento de los requisitos necesarios para que adquiera el carácter de jurisprudencia y que sea considerada con la misma validez que la propia ley.

En el ámbito internacional el organismo que emite jurisprudencia es la Corte Internacional de Justicia; cabe resaltar que en la práctica sus pronunciamientos han sido escasos.

5) Conferencias Diplomáticas y Congresos:

Las conferencias internacionales son reuniones de Estados a través de sus representantes para tratar asuntos de interés común. La institucionalización de la cooperación multilateral se inició con el sistema de conferencias que arrojó la experiencia y la base previa para la creación de las organizaciones internacionales. Constituye uno de los métodos diplomáticos más utilizados para la conclusión de tratados y arreglo de diferencias. Ejemplo, son las dos célebres conferencias de la Paz de la Haya de 1899 y 1907 que alcanzaron grandes éxitos en la codificación de materias de derecho internacional.

Las conferencias tuvieron en el Continente Americano una importancia de primera magnitud para la cooperación internacional. La primera fue la Conferencia Panamericana de 1889 celebrada en la ciudad de Washington y que es el antecedente remoto de la OEA (Organización de Estados Americanos). El sistema de cooperación y elaboración de los principios jurídicos rectores del continente se fueron conformando en éstas reuniones. Particular importancia tuvo la VI Conferencia de la Haya de 1928 que adoptó

un conjunto importante de convenciones sobre materias diversas. Lo mismo puede decirse de la VII Conferencia de Montevideo en 1933, de la conferencia Interamericana sobre problemas de la Guerra y de la Paz que tuvo lugar en México en 1945 y de la IX Conferencia Panamericana de Bogotá en 1948 de donde surgió la OEA.

En el texto original de la Carta de Bogotá figuraba como órgano superior la Conferencia Interamericana. Las reformas de 1967 a la carta constitutiva de la OEA cambiaron la nomenclatura de los órganos para sustituir la denominación por la de Asamblea General.

En la actualidad, principalmente a partir de la terminación de la Segunda Guerra Mundial, los congresos y las conferencias internacionales han ido adquiriendo una importancia creciente en el campo de las relaciones internacionales, como uno de los mecanismos más idóneos a favor de desarrollo progresivo y de la codificación del derecho de gentes. En gran medida, la celebración de un número tan elevado de éste tipo de reuniones se explica debido a la estrecha interdependencia que se da entre los Estados, sin duda proporcionada por los notables adelantos científico-técnicos. Por otra parte, durante las tres últimas décadas las conferencias internacionales están demostrando su eficacia como reuniones generadoras de ciertas normas del derecho internacional, como el derecho de lo tratados y el derecho del mar, por citar dos ejemplos sobresalientes, como parte de lo que se ha dado en llamar la "diplomacia parlamentaria". Es así como para algunos autores los congresos y conferencias formarían parte de las llamadas negociaciones jurídicas internacionales, destinadas a generar, modificar o extinguir una relación jurídica entre dos o más Estados.

En la actualidad no es perfectamente nítida la distinción entre los términos congreso y conferencia que suelen ser utilizados en forma intercambiable. Mientras que durante el siglo XIX y principios del siglo XX se notó una clara preferencia para calificar a las reuniones internacionales con el nombre de Congresos, en nuestros días la práctica de los Estados y de las organizaciones internacionales se inclina decididamente a favor de la utilización de la palabra Conferencia.

Si se atiende a su etimología, la palabra congreso (del latín CUM: con; y GRADIOR, GRADI: ir caminar) simplemente significa reunión que es lo mismo que quiere decir conferencia y aun convención. Lo que debe quedar claro es que ha habido una evolución en el significado del vocablo.

Históricamente, se considera que la finalidad de un congreso, al que se supone debe asistir un elevado número de Jefes de Estado, es el restablecimiento de la paz.

Por lo tanto su naturaleza es más bien política que jurídica. Para apoyar esta tesis se afirma que hasta mediados del siglo XVII se utilizaba el término "paz" para referirse a un congreso internacional, citando como ejemplos la Paz de Cambri de 1529; la Paz de Augsburgo de 1555; la Paz de Catesu-Cambresis de 1559 y la Paz de Westfalia de 1648, que es la primera reunión internacional a la que se aplica el nombre de Congreso.

Por último cabría señalar que según Genet, de 1648 a 1850 tienen lugar veintiséis congresos y una sola conferencia, mientras que de 1850 a 1900, cuando empieza a cobrar vigor el empleo del vocablo conferencia, la situación se invierte ya que en ese periodo se celebran cuarenta y cinco conferencias y solo ocho congresos.

Así pues, el advenimiento del siglo XX marca la caída en desuso del término congreso.

Para Sibert el congreso "Consagra el triunfo de una política, mientras que la conferencia anuncia el triunfo del derecho y de la organización".³⁴ Añade que a las conferencias conviene un método científico, igualitario y prudente.

El maestro César Sepúlveda nos dice cuál es la pequeña diferencia que existe actualmente entre los congresos y las conferencias. Afirma que los primeros "se orientan hoy día hacia materias técnicas o tecno-jurídicas, y acusan, por otra parte, muchas veces en un marcado carácter privado, no oficial".³⁵ En cambio las conferencias "más bien son reuniones formales de representantes debidamente autorizados para el propósito de discutir materias internacionales de interés común para ver llegar una solución con respecto a ellas".³⁶

A su vez, el Diccionario Jurídico Mexicano señala que Cahier define a la conferencia como. "Toda reunión de representantes de diferentes Estados u organismos internacionales que discuten un problema y tratan, a través de la negociación, de encontrar una solución a un punto controvertido".

Puede decirse entonces que la conferencia reúne las siguientes características:

³⁴ Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo I, p. 593.

³⁵ César Sepúlveda, Derecho Internacional, p. 342.

³⁶ Idem.

- Se trata de una reunión formal en la que participan representantes o delegados de diferentes Estados, así como de ciertos organismos internacionales.
- Nace y se desarrolla con plena autonomía, atendiendo solamente al cumplimiento del objetivo final para el cual fue convocada. Así se ha dicho que la conferencia "empieza y termina en sí misma", al tratarse de una entidad que carece de periodicidad, pues aunque se suspende durante cierto tiempo, una vez terminada su función deja de existir.
- Una de sus características más distintivas es que la conferencia intenta llegar a un acuerdo en la mayoría de las ocasiones, por lo que puede decirse que su objetivo lógico y final es la formulación y firma de un contrato. Esto ha valido para que algunos autores las consideren "órganos legislativos" que contribuyen a la formulación del derecho de gentes mediante la redacción y firma de tratados.
- Por lo que se refiere a su naturaleza jurídica, la conferencia no posee una personalidad jurídica internacional propia, por lo que debe ser considerada como un órgano temporal común de los diferentes Estados que la componen, , en consecuencia, las participaciones de los delegados solamente expresan el punto de vista del Estado que representan.
- No existe un derecho consuetudinario que regule la organización de las conferencias. Por lo tanto, cada conferencia en forma autónoma define la lista de temas y cuestiones a tratar, el programa de

actividades, los Estados participantes, su organización administrativa interna, y su reglamento interior.

Cabría señalar que con base en el elevado número de conferencias celebradas en los últimos años se está formando un conjunto de reglas que les son comunes, especialmente en aquellas conferencias que organizan ciertos organismos internacionales.

Al respecto cabría también recordar que entre 1925 y 1927 la Comisión de Expertos de la Sociedad de Naciones para la codificación Progresiva del Derecho Internacional examinó la posibilidad de codificar las reglas de procedimientos aplicables a las conferencias internacionales, que luego fue abandonada. En la actualidad, la ONU (Organización de las Naciones Unidas) desde hace años ha venido realizando una valiosa labor de ordenación y sistematización.

Por último, es de señalar que debido a la complejidad de las materias tratadas y al elevado número de Estados que en ellas participan, las conferencias internacionales tienden a convertirse, cada vez más, en reuniones altamente técnicas y complicadas.

Entre las cuestiones de las cuales deben ocuparse sus organizadores se incluyen: la convocatoria de la conferencia, el objetivo final, la lista de temas y cuestiones a tratar, las actividades preparatorias, las delegaciones y los plenos poderes, su estructura administrativa y nombramiento de funcionarios, la elección de los órganos de la conferencia, la formulación y aprobación del reglamento interior, los idiomas de trabajo, la impresión y distribución de discursos, propuestas y enmiendas, así como de informes y

otros documentos de trabajo, las diferentes clases de sesiones, el acta final con sus anexos, protocolos y convenciones resultantes, su firma y depósito, ratificaciones y adhesiones, sistema de reservas, entrada de vigor, etc.

En resumen, queda claro que las conferencias y los congresos internacionales tienen como finalidad discutir y elaborar proyectos de convenciones o tratados internacionales para su posterior aprobación.

4.2. Autoridades que intervienen en la Adopción Internacional.

1) Secretaría de Gobernación.

Es necesario que todo extranjero que desee adoptar a un menor mexicano, solicite ante la Secretaría de Gobernación permiso especial para llevar a cabo dichos trámites ante las autoridades correspondientes independientemente de su calidad migratoria.

Dicho permiso tiene su fundamento en el artículo 67 de la Ley General de Población y en el artículo 150 de su Reglamento, dado que las autoridades que conocen de la adopción deben comprobar además la legal estancia en el país de todo extranjero que está debidamente autorizado para realizar dicha actividad.

"Artículo 67.- Las autoridades de la República, sean federales, locales o municipales, así como los notarios públicos, los que sustituyan a éstos o hagan sus veces y los corredores de comercio, están obligados a exigir a los extranjeros que tramiten ante ellos asuntos de su competencia, que previamente les comprueben su legal estancia en el país, y que en los casos

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

en que establezca el reglamento, acrediten que su condición y calidad migratoria les permite realizar el acto o contrato de que se trate, o en su defecto, el permiso especial de la Secretaría de Gobernación. En los casos que señale el reglamento, darán aviso a la expresada Secretaría en un plazo no mayor de quince días, a partir del acto o contrato celebrado ante ellas".

"Artículo 68.- Los jueces u oficiales del Registro Civil no celebrarán ningún acto en que intervenga algún extranjero, sin la comprobación previa, por parte de éste, de su legal estancia en el país, excepto los registros de nacimiento en tiempo, y de defunción, en los términos que establezca el Reglamento de ésta Ley. Tratándose de matrimonios de extranjeros con mexicanos, deberán exigir además la autorización de la Secretaría de Gobernación.

En todos los casos deberán asentarse las comprobaciones a que se refiere el artículo anterior y darse aviso a la Secretaría de Gobernación del acto celebrado.

Los matrimonios y divorcios entre mexicanos y extranjeros se inscribirán en el Registro Nacional de Extranjeros, dentro de los treinta días siguientes a su realización".

El Reglamento de la misma Ley expresa en su artículo 149 lo siguiente:

"Artículo 149.- Las autoridades a que se refieren los artículos 67 y 68 de la Ley, están obligados a exigir a los extranjeros que tramiten ante ellos asuntos de su competencia, que previamente les comprueben su legal estancia en el país, con excepción en los casos de:

- I. Registro de nacimientos en tiempo;
- II. Registro de defunciones, y
- III. Otorgamiento de testamentos, poderes, cotejos, certificación de copias y de hechos.

En los casos de registro de nacimientos en tiempo, en los cuales los extranjeros no acrediten su legal estancia en el país las autoridades deberán notificarlo a la Secretaría en un término no mayor a quince días".

Así es como el artículo 150 de la citada ley también señala:

"Artículo 150.- Las autoridades y fedatarios a que se refiere el artículo anterior, están obligados a exigir a los extranjeros que tramiten ante ellos asuntos de su competencia, que además de acreditar su legal estancia en el país, exhiban la autorización o el permiso previo o la certificación de la Secretaría de Gobernación, solo en los siguientes casos:

- I. Cuando se trate de realizar trámites de adopción;
- II. Cuando se trate de la celebración de matrimonio de extranjero y mexicano, y
- III. Cuando se trate de divorcio o nulidad de matrimonio de acuerdo a lo establecido en el artículo 156".

El permiso otorgado por la Secretaría de Gobernación contiene como datos esenciales los siguientes:

- Asunto, es decir, autorización de permiso de adopción.
- Fecha en que se expide.
- Nombre, nacionalidad y domicilio temporal en México de las personas que desean adoptar.
- Nombre del menor que desean adoptar.
- Vigencia del presente oficio.

En cuanto a la condición jurídica del extranjero en México, el artículo 1º de la Constitución Política señala: "En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, los cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece".

En estas condiciones el extranjero queda equiparado al nacional en cuanto al goce de las garantías individuales, en cuanto a las garantías sociales se refiere son dirigidas a determinadas clases sociales, las cuales tienen como finalidad mejorar y consolidar la situación económica del país; sin embargo el extranjero se ve restringido para ejercer varias actividades dada su calidad, tales como la de pertenecer en el ejército, a la marina de guerra o no ser preferido de igual manera que los nacionales en cargos del gobierno o bien inmiscuirse en asuntos del gobierno dada su relación con aspectos de seguridad nacional, manejándose como casos excepcionales.

El destacado autor Leonel Pereznieto Castro resume algunos preceptos sobresalientes en relación a los extranjeros de acuerdo a la Ley de Nacionalidad, como son los siguientes:

- Se establece que el extranjero está obligado a obedecer y respetar las leyes, instituciones y autoridades del país, además de someterse a los fallos y sentencias pronunciadas por los tribunales sin recurrir de manera diferente a la establecida en las leyes mexicanas.
- El extranjero tiene derecho a adquirir bienes inmuebles pero con ciertas limitaciones, también tendrá derecho a obtener concesiones o celebrar contratos con las autoridades públicas si renunciase a solicitar en un momento dado la protección de su país.
- Podrá concedérsele el derecho a domiciliarse dentro del país y así mismo se le impondrá la obligación de pagar las contribuciones a las que todos estamos sujetos.
- Se le exenta de prestar el servicio militar, pero se le podrá obligar en los casos en que sea necesario realizar vigilancia.

De lo anterior se deduce que si el extranjero goza de todas las garantías establecidas en nuestra Constitución salvo las excepciones que la misma señala, es necesario que cumpla con las disposiciones establecidas en la Ley General de Población para poderse internar y permanecer legalmente en el país, así como el cumplimiento de otros requisitos que se exigen para determinadas actividades como es en el supuesto de llevar a cabo la promoción de un juicio de adopción respecto de un menor mexicano; los organismos que tienen su principal desempeño en esta área son la ya mencionada Secretaría de Gobernación y la Secretaría de Relaciones Exteriores en los términos establecidos en el Estatuto Legal de los Extranjeros y en la Ley de Nacionalidad.

2) Secretaría de Relaciones Exteriores.

La Secretaría de Relaciones Exteriores es la autoridad encargada de expedir pasaportes al menor adoptado a través de sus delegaciones y unidades administrativas previa la verificación del cumplimiento de todos los requisitos que la ley exige; tales como verificar que efectivamente el menor adoptado cuente con un registro de acta de nacimiento original, verificar la legal estancia en el país de los adoptantes así como el permiso emitido por la Secretaría de Gobernación en donde se les permitió obtener al menor, la identificación plena del menor adoptado y en general el cumplimiento de los requisitos exigidos en el Reglamento de Pasaportes. Y en el extranjero, quien expide los pasaportes son las embajadas y oficinas consulares del Estado mexicano.

La Secretaría de referencia expide cuatro tipos de pasaportes y en el caso en cuestión se expide al menor el pasaporte ordinario; para lo cual el artículo 8º del Reglamento de Pasaportes expresa:

“Artículo 8º.- Toda persona de nacionalidad mexicana podrá obtener pasaporte ordinario, cumpliendo los siguientes requisitos:

- I. I.Requisitar la solicitud y formularios complementarios;
- II. Acreditar la nacionalidad mexicana mediante copia certificada del acta de nacimiento, certificado de nacionalidad mexicana o en su caso los demás medios que fueren procedentes;
- III. Presentar los documentos que a juicio de la Secretaría, acrediten su identidad;

- IV. Entregar las fotografías en el número y forma que determine la Secretaría de Relaciones Exteriores;
- V. Cubrir los derechos que señalen las disposiciones aplicables en la materia, y
- VI. Los varones de edad militar deberán comprobar estar al corriente de sus obligaciones conforme a la Ley del Servicio Militar”.

Cabe advertir que ésta última fracción ha quedado sin efectos para tal caso, de acuerdo a las nuevas disposiciones.

También es de suma importancia señalar lo que indica el artículo 13 del citado reglamento en cuanto a la expedición de pasaportes a menores de edad e incapacitados que a su vez es el otro tipo de pasaportes que expide la Secretaría de relaciones Exteriores, y que a la letra dice: “Para la expedición de pasaportes a menores de edad e incapacitados, además de cumplir con los requisitos señalados para la expedición de pasaporte ordinario, deberán dar su consentimiento los padres o las personas que ejerzan la patria potestad o tutela lo cual deberán de acreditar, así como su identidad ante la Secretaría de Relaciones Exteriores con documento idóneo y, en su caso, con copia certificada de la resolución judicial que les confiere su cargo.

Asimismo, deberán presentarse ante la autoridad expedidora, para otorgar su conformidad, a efecto de que los menores de edad e incapacitados puedan salir del territorio nacional o permanecer en el extranjero, por el término que se solicite. En caso de que no puedan concurrir personalmente a la oficina expedidora, el permiso podrá otorgarse en la República Mexicana ante la autoridad competente, notario público o quien desempeñe funciones

notariales de acuerdo con la ley y en el extranjero ante cualquier oficina del Servicio Exterior Mexicano”.

Es así como también el artículo 14 comenta que: “En caso de que no sea posible otorgar la conformidad para la expedición del pasaporte , en los términos del artículo anterior, se procederá de la siguiente manera:

- I. Cuando solamente viva uno de los padres, deberá presentarse copia certificada del acta de defunción del fallecido debiendo otorgar la conformidad el supérstite;
- II. Si alguno de los padres ha perdido la patria potestad, el que la ejerza en exclusiva exhibirá copia certificada de la resolución judicial ejecutoriada, y
- III. En caso de los menores o incapacitados adoptados por cónyuges, cuando alguno de los padres adoptivos haya fallecido, deberá otorgar su conformidad, el supérstite acreditando el deceso con la copia certificada del acta de defunción”.

Cabe mencionar que la Secretaría de Relaciones Exteriores podrá aceptar cualquier otro medio de prueba, que a su juicio demuestre que el permiso respectivo se otorga por la persona o personas autorizadas para ello.

Respecto a otras de las disposiciones para la expedición de pasaportes a los menores de edad e incapacitados el artículo 16 del citado reglamento señala:

“Artículo 16.- Para la expedición del pasaporte a menores de edad o incapacitados que hayan sido adoptados, además de cumplir con los

requisitos establecidos por el artículo 8º y 14 de este ordenamiento, se deberá presentar copia certificada de la resolución judicial ejecutoriada de la adopción”.

Y en el caso de que la adopción hubiere sido en el extranjero, la autoridad expedidora verificará la autenticidad de la misma.

Independientemente de los requisitos estipulados en el Reglamento de Pasaportes, actualmente la Secretaría de Relaciones Exteriores, levanta un acta administrativa en la que se establece un convenio entre ésta y los adoptantes con la finalidad de imponer a éstos últimos la obligación de reportar las condiciones respecto al bienestar del menor cada seis meses al consulado mexicano más cercano a su residencia a efecto de tener un adecuado control.

Los otros dos tipos de pasaporte que expide la Secretaría de Relaciones Exteriores son: el Pasaporte Diplomático, el cual tiene la vigencia que determine la referida Secretaría en los acuerdos que al efecto expida, éste es el pasaporte que se le expide al Presidente de la República, ex-Presidentes, Presidentes de las Cámaras de Diputados y Senadores, Gobernadores de los Estados, Procurador General de la República, Procurador General de Justicia del Distrito Federal, jefe de Gobierno del Distrito Federal, Ministros de la Suprema Corte de justicia de la Nación, entre otras personas que ejercen cargos públicos tanto en el territorio nacional como en el extranjero; y por último, el otro tipo de pasaportes es el Pasaporte Oficial, cuya validez de un año, refrendable hasta dos veces, por un año, sin que exceda de tres años a partir de la fecha de su expedición, éste se otorga a Senadores y Diputados en comisión oficial al extranjero, Titulares de

entidades paraestatales de la administración pública federal que viajen al extranjero por un asunto oficial o para atender asuntos de las propias entidades, a Servidores Públicos de la rama administrativa del Servicio Exterior Mexicano adscritos a embajadas, consulados, oficinas consulares y delegaciones ante organismos internacionales, a quienes viajen al extranjero en comisión oficial cuando de la naturaleza de la comisión lo justifique a juicio de la Secretaría de Relaciones Exteriores, y al cónyuge e hijos menores de edad y hasta veinticinco años si son solteros, así como a los hijos incapacitados sin importar su edad, así como a los dependientes económicos siempre y cuando no sean residentes permanentes en el Estado receptor.

4.3. Convenios Internacionales.

En nuestros días la adopción internacional ha ido adquiriendo cada vez mayor importancia; por adopción internacional de menores se debe entender que es el acto por medio del cual la persona que pretende adoptar y el presunto adoptado son de diferente nacionalidad aunado al desplazamiento de dicho menor o incapaz a un país extranjero.

En nuestro país, el extranjero para poder efectuar actos jurídicos debe sujetarse a nuestras normas jurídicas, a cambio goza de la protección de nuestras leyes conforme al artículo 1° de nuestra Constitución Política y del artículo 12 de la ley sustantiva aplicable al Distrito Federal, éste último señala: "Las leyes mexicanas rigen a todas las personas que se encuentren en la República, así como los actos y hechos ocurridos en su territorio o jurisdicción y aquellos que se sometan a dichas leyes, salvo cuando éstas prevean la aplicación de un derecho extranjero y salvo, además, lo previsto en los tratados y convenciones de que México sea parte".

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Cuando el adoptado y el adoptante tienen la misma nacionalidad no habrá problemática en relación a la ley que debe aplicarse, sin embargo si dichas personas pertenecen a diferentes países puede surgir un conflicto de leyes.

Necesariamente se debe estar a lo dispuesto en ambas leyes para que de esta manera veamos si existe la posibilidad o no de una adopción, es decir, la validez de una adopción depende del hecho de que ésta responda a las exigencias de ambas leyes para cada uno de los interesados.

Conforme a la ley sustantiva y a la Ley de Nacionalidad se desprende que todo extranjero que en México pretenda celebrar el acto jurídico de la adopción deberá acreditar ante la autoridad competente (juez familiar, oficial del Registro Civil) su legal estancia en el país y la autorización expresa de la Secretaría de Gobernación que le permite llevar a cabo el acto que se pretende, además de sujetarse a las leyes del país, aún así los requisitos exigidos en México, son adversos en muchas ocasiones a los del país de origen del extranjero ya sea en cuanto a la edad del adoptante, la del adoptado, la forma de adopción, sus consecuencias jurídicas, etc., que puedan acarrear inconvenientes.

En virtud de lo anterior, México y otros países han buscado lograr la mayor coordinación posible con otros países en materia de adopción, con la finalidad de mejorar las condiciones de desarrollo del menor o incapaz sin perjudicarlo o colocarlo en una situación cuestionable ante el supuesto de ser adoptado por extranjeros. Dicha preocupación se ve reflejada en el Proyecto de Convención sobre Adopción Internacional del Niño, la Convención de la Haya, la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de

Adopción de Menores publicada en el Diario Oficial de la Federación el 21 de agosto de 1987, entre otras.

4.4. Convención Interamericana Sobre Conflicto de Leyes en Materia de Adopción de Menores.

La Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Adopción de Menores fue hecha en la ciudad de La Paz, Bolivia, el 24 de mayo de 1984; fue suscrita por los Estados Unidos Mexicanos el 2 de diciembre de 1986; dicha convención se aprobó por la Cámara de Senadores del H. Congreso de la Unión el 27 de diciembre de 1986, según Decreto Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 6 de febrero de 1987; el depósito del Instrumento de Ratificación se efectuó el 12 de junio de 1987; promulgándose en la Presidencia del Poder Ejecutivo Federal el 1º de julio de 1987; publicada en el Diario Oficial el 21 de agosto de 1987; entro en vigor internacional el 26 de mayo de 1988, y para los Estados Unidos Mexicanos en la misma fecha; la Fe de erratas fue publicada en el diario Oficial, el 13 de julio de 1992.

Los puntos más importantes dentro de dicha Convención son los siguientes:

En ella se determina la aplicación de la adopción de menores bajo las formas de adopción plena, legitimación adoptiva y figuras afines, siendo necesario que tanto el adoptado como el adoptante (o adoptantes) tengan su domicilio en Estados contratantes; en caso de que algún Estado Parte desee aplicar otra forma de adopción será necesario que declare dicha intención al momento de firmar o ratificar dicha convención, o adherirse a ella, por

momento de firmar o ratificar dicha convención, o adherirse a ella, por ejemplo la adopción simple, se encuentra en este supuesto, surgiendo la problemática de que ambas formas de adopción están sujetas a diferentes legislaciones, requisitos y efectos jurídicos por lo que creemos necesario regular por separado cada forma de adopción.

Dicha Convención señala que la residencia habitual del menor regirá la capacidad, consentimiento y demás requisitos para ser adoptado, así como cuáles son los procedimientos y formalidades extrínsecas necesarias para la constitución del vínculo; de aquí se desprende que la ley del domicilio del adoptante (o adoptantes) regirá:

- a. La capacidad para ser adoptante;
- b. Los requisitos de edad y el estado civil del adoptante;
- c. el consentimiento del cónyuge del adoptante, si fuere casado, y
- d. Los demás requisitos para ser adoptante.

Y en el supuesto de que los requisitos que establece la ley del adoptante (o adoptantes) sean manifiestamente menor estrictos a los señalados por la ley de la residencia habitual del adoptado, regirá la ley de éste.

Dentro de la Convención se garantiza el secreto de la adopción, sin embargo cuando ello fuere posible, se comunicarán a quien legalmente proceda los antecedentes clínicos del menor y de los progenitores si se

conocieren, sin mencionar sus nombres ni otros datos que permitan su identificación.

Se puede decir respecto de la adopción plena, legitimación adoptiva y figuras afines exclusivamente, que su característica principal consiste en que se rompe el parentesco consanguíneo del adoptado con su familia de origen radicalmente; mientras que en la adopción simple por el contrario, no se mantiene el secreto, sin embargo en el caso de huérfanos o niños expósitos cuyos padres no se conocen es posible hablar de una conversión de adopción simple a adopción plena.

Asimismo es importante señalar qué ocurre con la nacionalidad del menor dependiendo del tipo de adopción; la Convención no hace mención alguna al respecto, sin embargo pese a las contradicciones que pudiesen darse entre los Estados contratantes en relación a la nacionalidad, es dable optar por su nacionalidad a partir del año siguiente de que el menor cumpla la mayoría de edad. En la adopción plena algunos recomiendan la modificación de la nacionalidad al no existir ya lazo alguno con la familia consanguínea y consecuentemente el hecho de mantener en secreto la adopción.

Es recomendable no manejar en un plan tan relevante el hecho de mantener en secreto la adopción, pues la razón de ser de dicha figura no es esconderle al menor su verdadero origen sino que al ser irrevocable se busca proteger al menor evitándole un trauma o afectación psicológica al ser rechazado por una familia.

Con el fin de proteger al menor en las adopciones regidas por dicha Convención, las autoridades que otorgan la adopción podrán exigir que el adoptante (o adoptantes) acrediten su actitud física, moral, psicológica y

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

económica, a través de instituciones públicas o privadas cuya finalidad específica se relaciona con la protección del menor. Estas instituciones deberán estar expresamente autorizadas por algún Estado u organismo internacional.

La función de dichas instituciones consiste en realizar los estudios ya mencionados, antes de concederse la adopción y, una vez otorgada ésta 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 la adopción, durante el lapso de por lo menos un año.

En México, ley sustantiva no contiene ningún artículo expreso que señale institución alguna cuya finalidad principal se enfoque a la protección del menor. En la práctica la principal institución que opera en el ámbito público es el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF), algunas de sus actividades son la realización de estudios e investigaciones, para ello exigirá a los extranjeros que deseen adoptar, que cumplan con los requisitos exigidos en la ley sustantiva, así como de los siguientes:

- I. Solicitud proporcionada por la institución.
- II. Curriculum Vitae del solicitante (o solicitantes).
- III. Cartas de recomendación de quienes los conozcan.
- IV. Fotografías de su hogar con ciertas modalidades.
- V. Constancia de trabajo especificándose puesto y antigüedad.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

VI. Pruebas relativas a la detección del SIDA, copia certificada del acta de matrimonio o de nacimiento según sea el caso.

VII. Consentimiento de la institución de dar al menor en adopción.

VIII. Estudio socioeconómico y psicológico practicado por la institución.

Toda esta documentación deberá ser traducida al español por peritos autorizados, certificado por Notario público de su país de origen y legalizado por el Consulado Mexicano.

IX. Estudios socioeconómicos y psicológicos practicados por institución pública o privada de su país de origen.

Asimismo el extranjero debe estar autorizado por su país de origen para realizar trámites de adopción de un menor mexicano.

Menciona la convención que tratándose adopción plena, legitimación adoptiva y figuras afines, las relaciones entre adoptante (o adoptantes) y adoptado, inclusive las alimenticias y las del adoptado con la familia del adoptante (o adoptantes) se regirán por la ley que rige las relaciones del adoptante (o adoptantes) con su familia legítima y los vínculos del adoptado con su familia de origen se considerarán disueltos, sin embargo subsistirán los impedimentos para contraer matrimonio.

En caso de adopciones distintas a las mencionadas en el párrafo anterior, las relaciones entre adoptante (o adoptantes) y adoptado se rigen por la ley del domicilio del adoptante (o adoptantes), y las relaciones del adoptado con su familia de origen se rigen por la ley de su residencia habitual al momento de la adopción.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Los derechos sucesorios que corresponden al adoptado o adoptante (o adoptantes) 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 (o adoptantes) y la familia de éste (o de éstos), tendrán los mismos derechos sucesorios que corresponden a la filiación legítima.

Evidentemente la sucesión resulta ser más extensiva que en nuestro país, pues en México la adopción simple implica que el adoptado herede como hijo pero no así respecto de los parientes del adoptante al no existir entre éstos lazos de parentesco (artículos 402 y 1612 del Código Civil aplicable al Distrito Federal).

Dicha Convención también establece que la adopción plena, legitimación adoptiva y figuras afines, serán irrevocables; en cuanto a la adopción simple y figuras afines es factible revocar la adopción de acuerdo a la ley del domicilio del adoptado, es decir, la misma ley que otorgó la adopción, resultando ser conveniente en virtud de que al llevarlo las mismas autoridades se cuenta ya con antecedentes de la adopción, incluso se encuadra la posibilidad de la conversión de la adopción simple a la adopción plena, concediéndose al adoptante (o adoptantes) la libertad de regir dicha conversión conforme a la ley de residencia del adoptado al momento de la adopción o la ley del domicilio del adoptante (o adoptantes), siendo necesario que el adoptado otorgue su consentimiento si resulta tener más de catorce años de edad.

Aún cuando se hable de una conversión no puede considerarse que ésta se de totalmente, es decir, nos encontramos ante una adopción semiplena cuyas características son:

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

- a. Conlleva al rompimiento de las consecuencias jurídicas del adoptado con su familia de origen, subsistiendo los lazos de consanguinidad entre ellos.
- b. Se crea un lazo de parentesco entre el adoptado y los familiares del adoptante (o adoptantes).
- c. Es irrevocable.

En resumen la Convención busca evitar el conflicto de intereses de las partes involucradas en la adopción internacional, al regularse cada una de las partes por sus legislaciones ya que se logra una aplicación justa para la protección de ambos sujetos y la adopción internacional resulta válida al cumplirse los requisitos fundamentales. Los términos y las leyes aplicables según la Convención se deberán interpretar a favor de la validez de la adopción y en interés del adoptado.

Asimismo se señala también que mientras el adoptado no constituya domicilio propio serán competentes los jueces del Estado del domicilio del adoptante (o adoptantes), y 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).

Es de mencionarse que las autoridades de cada Estado Parte podrán rehusarse a aplicar la ley declarada competente por la Convención cuando dicha ley sea manifiestamente contraria a su orden público.

En México, la autoridad competente para conocer de la adopción es el juez de lo familiar de primera instancia.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Por último se determinan los lineamientos en los que se regirá exclusivamente la Convención, concernientes a su sujeción, ratificación, adhesión y formulación de reservas al momento de firmarla, ratificarla o adherirse a ella; en los dos primeros casos deberán depositarse en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Es con fecha 27 de diciembre de 1986 que la presente Convención fue aprobada por la Cámara de Senadores del H. Congreso de la Unión. El instrumento de ratificación fue firmado el 11 de febrero de 1987 y depositado en la Secretaría General de los Estados Americanos y dado el cumplimiento del artículo 89 fracción I de nuestra Constitución Política, se promulgó el presente decreto el día 1º de julio de 1987 por el Poder Ejecutivo, obrando copia certificada de dicha convención en la Secretaría de Relaciones Exteriores.

A partir de la fecha en que se haya depositado el segundo instrumento de ratificación, dicha convención entrará en vigor al trigésimo día. Si se tratase de algún Estado que ratifique o se adhiera a la Convención después de haber sido depositado el segundo instrumento de ratificación, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que dicho Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.

Si los Estados Partes tuviesen más de una unidad territorial que rigiera diferentes sistemas jurídicos relacionados con cuestiones tratadas en la convención, se determina que en el momento de la firma, ratificación o adhesión de los Estados Partes podrán declarar que la Convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente a una de ellas; asimismo dichas declaraciones podrán cambiarse a través de modificaciones

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

ulteriores que deberán especificar expresamente la o las unidades territoriales que se aplicarán a la convención, transmitiéndose éstas a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos para que surtan efecto treinta días después de recibidas.

La vigencia de la convención, será de duración indefinida, sin embargo cualquiera de los Estados Partes podrán denunciarla.

El instrumento de denuncia se depositará en la Secretaría mencionada y en el transcurso de un año contado a partir de la fecha de dicho depósito, la convención cesará en sus efectos respecto al Estado denunciante quedando subsistente en los demás Estados Partes.

Hablando de la validez de la Convención, el instrumento de ésta, cuyos textos en español, francés, inglés y portugués son igualmente auténticos, será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que enviará copia auténtica de su texto a la Secretaría de las Naciones Unidas, para su registro y publicación.

La Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos notificará a los Estados Miembros de dicha Organización y a los Estados que se hayan adherido a la Convención, las firmas, los depósitos de instrumentos de ratificación, adhesión y denuncia, así como las reservas que hubiere. También les transmitirá las declaraciones previstas en los artículos 2, 20 y 27 de tal Convención.

4.5. Convenio 1 Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional.

La Cámara de Senadores del H. Congreso de la Unión en ejercicio de la facultad concedida en el artículo 76 fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, emitió decreto en el que aprueba la Convención adoptada en La Haya el 29 de mayo de 1993; dicha ratificación se publicó el 6 de julio de 1994 en el Diario Oficial de la Federación.

El principal objeto de la realización de este Convenio consiste en garantizar que las adopciones internacionales brindarán protección al menor respetando sus derechos esenciales, es decir, actuar en beneficio de éste. Cada Estado contratante contará con una autoridad central que podrá conferir sus funciones a organismos acreditados o autoridades públicas, en México, se considera conveniente que se instituyan treinta y dos autoridades centrales recayendo de manera exclusiva en el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, es decir, el DIF tendrá jurisdicción exclusiva en el Distrito Federal y jurisdicción subsidiaria en los treinta y un Estados de la República Mexicana, consecuentemente las adopciones internacionales que se gestionen por organismos independientes de carácter privado no procederán en México.

Indudablemente la autoridad central desempeña un papel importante al conferírsele amplias facultades. Desde el momento en que se piensa iniciar el procedimiento de adopción debe manifestarse su conformidad, de igual manera buscará proteger en lo posible al menor cumpliendo con los objetivos del Convenio, proporcionará información respecto a la legislación de su Estado y el funcionamiento del Convenio, buscará prevenir lucros indebidos

evitando así todo acto que resulte contrario al Convenio, podrá reunir, intercambiar y conservar la información relativa al menor, a los padres adoptivos, asesorar, agilizar el procedimiento, estará al tanto del procedimiento de adopción, en pocas palabras efectuará las medidas y actividades que crea necesarias dentro de lo que su competencia le permita para una adecuada adopción.

Por otra parte los Estados contratantes podrán desempeñar el papel de autoridad de origen y de recepción, el primer caso encuadra cuando en dicho Estado reside el menor y el segundo caso cuando en dicho Estado reside el adoptante. La autoridad central del Estado de recepción tiene como labor principal el considerar si los adoptantes son personas aptas para adoptar, de ser así efectuará un informe que contenga los datos esenciales de éstos transmitiéndose a la autoridad de origen para que determine si efectivamente son personas adecuadas para dicha adopción y de serlo ésta efectuará un informe que contenga los datos relativos al menor, el consentimiento de las personas de que deben otorgarlo y los motivos por los que se consideró que la adopción es adecuada.

Si fuese el caso en que el menor se desplace al Estado de recepción para realizar el trámite de adopción y la autoridad de origen considera que no es adecuado el hecho de que dicho menor esté con la familia de recepción de la autoridad central donde resida dicha familia podrá disponer retirarlo de ésta y hacerse cargo del menor en tanto, colocarlo en una nueva familia enterándose de dicha situación la autoridad de origen o bien regresarlo a dicha autoridad; si el menor tuviese la edad y madurez suficientes se le tomará en consideración su opinión.

Para que una adopción tenga validez de pleno derecho en los demás Estados contratantes no basta con ser Estado miembro, sino también que dicha adopción sea certificada, consecuentemente el reconocimiento de ésta no podrá denegarse salvo que sea contraria al orden público. Los efectos de dicho reconocimiento consisten en aceptar el vínculo de filiación que se crea entre los adoptantes y el menor, la ruptura del vínculo de filiación con la familia consanguínea si la ley del Estado contratante lo dispone, la responsabilidad que desde ese momento adquieren los adoptantes para con el menor y el hecho de que puedan aplicarse disposiciones favorables sin perjuicio de lo anterior. Si en el Estado de origen la adopción no implica la ruptura del vínculo consanguíneo podrá darse su conversión si la ley del Estado de recepción permite dicha circunstancia.

Dentro del capítulo IV de dicho Convenio se regulan disposiciones generales que deben cumplimentarse para lograr su aplicación; como medida de prevención se prohíbe el contacto entre los padres adoptivos y los padres consanguíneos del menor hasta que el consentimiento se otorgue debidamente y se determine la aptitud de los adoptantes para dicha adopción estableciéndose como excepción a dichas reglas el caso de que la adopción se efectúe entre familiares; las autoridades deberán conservar la información que obtengan respecto del menor y sus lazos consanguíneos y únicamente la utilizarán para los fines para los cuales se obtuvo; bajo ninguna circunstancia se podrán obtener beneficios materiales que resultasen indebidos, incluso en caso de observarse alguna anomalía en cuanto a que no se respete el convenio, se dará aviso a la autoridad central; se realizará la traducción de algún documento que requiera la autoridad competente de así requerirlo; así mismo independientemente de los requisitos exigidos para lograr la aplicación del Convenio, es necesario:

- a. Que se formule una solicitud cumpliendo con los requisitos que la ley exige;
- b. Que sea recibida después de la entrada en vigor de dicho Convenio en el Estado de recepción.

Como se aprecia, la aplicación del Convenio implica el cumplimiento de sus disposiciones que se integran por cuarenta y nueve artículos, sin embargo dentro de dichas disposiciones existe la posibilidad de que los Estados contratantes puedan derogar algunas de ellas si así lo permite este instrumento, consecuentemente toda adopción que tenga relación a un acuerdo concluido conforme a los términos de dicho Convenio no se reconocerá bajo ninguna circunstancia; lo mismo sucederá con las unidades territoriales de un Estado contratante que tenga un sistema jurídico unitario que no los obligue a integrarse al Convenio; la aplicación del Convenio se verificará por el Secretario de La Haya por medio de una comisión especial que se convocará periódicamente.

En lo concerniente al Capítulo VII, éste contiene las cláusulas finales que establecen las reglas de integración y aplicación del Convenio. Se determina que este Convenio estará abierto a la firma de los Estados que fueron integrantes en la Decimoséptima Sesión de la Conferencia de La Haya en Derecho Internacional, procediéndose a depositar los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación en el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de Países Bajos quien tendrá la función de depositario, sin embargo otros Estados podrán adherirse y dicha adhesión surtirá sus efectos con los Estados contratantes que no la objeten; si fuese el caso en que el Estado contratante tuviese más de una unidad territorial con sistemas

jurídicos idiferentes a lo establecido en los términos del Convenio el Estado contratante deberá especificar a qué unidades y a cuáles no se aplicará éste, de no haber especificación se entenderá que se aplicará a todo el territorio de dicho Estado.

El día del mes siguiente a la expiración de un periodo de tres meses después de depositarse el tercer instrumento de ratificación, aprobación o aceptación el Convenio entrará en vigor; el mismo término se aplicará con las ratificaciones, aceptaciones, aprobaciones o adhesiones posteriormente contado a partir del depósito de dichos instrumentos y en el caso de extensión a partir de su notificación al depositario del Convenio.

Por último las firmas, ratificaciones, aprobaciones, aceptaciones, adhesiones, objeciones, declaraciones, designaciones, acuerdos, fechas en que entra en vigor el Convenio y denuncias que se realicen por algún Estado contratante deberán notificarse a los Estados miembros de esta conferencia. Dicha notificación deberá efectuarse por el depositario del Convenio.

En el próximo capítulo se realiza un análisis jurídico de la adopción en distintos países por sus características y antecedentes similares al derecho patrio como son Francia, Italia y Argentina, destacando los aspectos generales, los procedimientos y requisitos para una adopción.

CAPÍTULO V
LA ADOPCIÓN EN DERECHO COMPARADO

5.1. Análisis Jurídico de la Adopción en Francia e Italia.

A) Francia.

En la legislación francesa el 19 de junio de 1923 se dicta una ley en donde la adopción se otorga como un acto de beneficencia, con el fin de proteger los intereses de los huérfanos de guerra, por lo que el Código de 1804 se ve desplazado por ésta ley la cual resulta menos estricta en cuanto a los requisitos y formalidades se refiere. Con el transcurso del tiempo esta institución fue evolucionando al grado que en 1939 se instaura una legislación adoptiva en la que el menor se desincorpora totalmente con su nueva familia rompiéndose los vínculos existentes. A partir de esa fecha y dado el aumento de adopciones se han efectuado diversas reformas para lograr el perfeccionamiento de ésta institución.

En términos generales los requisitos que deben cumplirse son los siguientes:

a) El presunto adoptante debe tener por lo menos la edad de treinta y cinco años, sin embargo si se efectúa por un matrimonio basta que uno de ellos cumpla con dicho requisito. Por igual debe haber quince años de diferencia entre el adoptante y el adoptado; en la adopción plena es posible dispensar la diferencia de edad, si ésta es efectuada por el Presidente de la República.

b) En el caso de menores e incapaces deberán otorgar su consentimiento los padres, o en su defecto el que tenga la tutela, si el menor fuese huérfano el consejo de Familia deberá otorgarlo, pero si el presunto adoptado resulta ser mayor de diez años, éste deberá consentir o no en dicha adopción.

Normalmente la adopción no implica la ruptura de los lazos de unión entre el adoptado y su familia de origen, conservando también todos sus derechos, en especial el hereditario, esta adopción es conocida como simple y se permite cualquiera que sea la edad del adoptado, pero si éste fuera mayor de quince años deberá de dar su consentimiento. Es de mencionarse que el matrimonio entre el adoptante, adoptado y descendientes; entre el adoptado y cónyuge del adoptante y viceversa; entre los adoptados y los hijos del adoptante y entre los hijos adoptivos de una misma persona queda estrictamente prohibido, sin embargo en los dos últimos casos puede dispensarse dicha prohibición por el Presidente de la República.

Por último cabe mencionar que en esta adopción es factible su revocación, para ello debe haber causa o motivo grave, y si en la sentencia se llega a declarar dicha revocación el juez debe tener debidamente fundada su motivación. En el caso del adoptado la solicitud de revocación sólo podrá recibirse si éste resulta ser mayor de quince años, en su defecto podrá solicitarla algún miembro de su familia de origen.

En la adopción plena el adoptado se integra totalmente a su nueva familia, desapareciendo todo vínculo con su familia natural, quienes pueden ser sujetos a esta adopción son los menores de quince años o bien aquellos que siendo mayores de dicha edad hubiesen sido acogidos antes de ésta, en

ambos casos deben tener por lo menos seis meses de convivencia con los adoptantes; en cuanto al adoptante debe tener más de treinta y cinco años como se mencionó pero si es casado y no separado de cuerpo con su cónyuge basta que uno de ellos tenga treinta años además de cinco años de matrimonio.

La adopción plena no solo tiene como característica la desvinculación de los lazos de la familia de origen. En este tipo de adopción solo pueden ser adoptados los menores cuando el padre o madre o el consejo de Familia consientan en ello; los pupilos de los Estados y los abandonados conforme a lo establecido por el artículo 350 del Código Civil Argentino, el abandono puede declararse por el Tribunal de gran Instancia respecto a menores que son recogidos por un particular, entidad privada o asistencia civil si los padres manifiestan su total desinterés durante un plazo menor de un año, a no ser que se ejerza la guarda de dicho menor por algún miembro de la familia del padre o madre de origen.

También procede declarar el abandono respecto de un hijo legítimo cuando la madre haya consentido su adopción y a partir de esa fecha hasta dentro del término de un año el padre no reclame a dicho menor y consecuentemente se demande el secreto del nacimiento del pequeño; si fuese el caso de que la filiación del menor no fuese establecida será necesario al transcurso de tres meses contados a partir de la fecha en que haya sido recogido.

La adopción plena no está permitida a los adoptantes que tienen descendientes legítimos, sin embargo si hubiesen menores adoptados no habrá problema para llevar a cabo la adopción plena, a no ser que en fecha

posterior al convenio de adopción tuviesen uno o más hijos legítimos; solamente a través de disposición presidencial se puede permitir esta adopción a las personas que ya tienen descendientes legítimos.

Si la adopción por algún motivo llegase a cesar o fuese rechazada por el Tribunal, todos sus efectos recobrarán retroactividad, pero si pasa autoridad de cosa juzgada al ser aceptada dicha sentencia se transcribirá en los Registros de Estado civil del lugar de nacimiento del adoptado dentro de los quince días siguientes, dicha transcripción confiere al menor una filiación civil que sustituye a la de origen, por ello la importancia de asentar en ésta el día, hora, sexo, lugar de nacimiento, prenombre y lo que resulte del juicio así como los datos del adoptante. Una vez decretada la adopción no puede revocarse por ninguna circunstancia.

Pese a las diferencias existentes en estas adopciones es de mencionarse que también presentan similitudes, éstas son las siguientes:

- Impedimento para contraer matrimonio.
- Los vínculos que resultan de la adopción se extienden a los hijos legítimos del adoptado.
- Obligación alimenticia entre el adoptante y el adoptado reciprocamente.
- Los derechos sucesorios respecto al adoptante son los mismos de un hijo legítimo.

- No se puede ser adoptado por más de una persona excepto cuando se trate de un matrimonio.

El autor Pedro Amorós Martí señala que la finalidad de lograr la mejor aplicación y perfeccionamiento de esta figura, es la existencia de instituciones autorizadas que intervienen en las obras de adopción, su principal función consiste en colocar a los menores e incapaces para adopción e incluso en los menores de dos años intervendrán obligatoriamente dada su corta edad y la necesidad de protegerlos. En cuanto a los requisitos señala lo siguiente: "Se requiere, además de reunir las características legales, un certificado expedido por un médico psiquiatra, en el que conste la ausencia o existencia de inconvenientes de orden psicológico para la adopción. Además, por parte de la administración o de una obra privada autorizada se realiza una encuesta hecha por un asistente social con el fin de apreciar: Las condiciones morales, familiares y educativas que los adoptantes pueden ofrecer a un niño, los recursos financieros que permitan asegurar el futuro del niño y las condiciones de la vivienda".³⁷

En Francia quien conoce de la adopción es el Juez de Paz, que se encuentra ubicado en el domicilio del adoptante o ante un notario, a través de una declaración suscrita por el adoptante y el adoptado o bien su representante de no tener la edad necesaria, una vez hecho lo anterior el Tribunal Civil procederá a una examinación sin necesidad de argumentar su decisión final a diferencia de México en donde es esencial fundamentar la decisión que se llegue a tomar.

³⁷. Pedro Amorós Martí, La Adopción y el Acogimiento Familiar, p. 60.

Se requiere publicar la sentencia en el diario Oficial del domicilio del adoptante, así mismo de no efectuarse la inscripción en el acta de nacimiento del menor la adopción no surtirá sus efectos frente a terceros.

B) Italia.

Italia es indudablemente el país que ha renovado su legislación en torno a la figura de la adopción. Algunos de los antecedentes más recientes son:

- En la ley del 5 de junio de 1967 se introdujo la ADOPCIÓN ESPECIAL, que además de integrar a los menores de manera definitiva a su nueva familia, se modificó la edad requerida al adoptante de cincuenta años a treinta y cinco años y de cuarenta a treinta en los supuestos excepcionales.
- La ley número 39 del 8 de mayo de 1975 modificó algunas cuestiones de la adopción ordinaria y reformó una parte considerable del Derecho de Familia.
- La ley número 184 del 4 de mayo de 1983 introdujo una nueva regulación en materia de Guarda de Menores y Adopción. Los adoptantes deben cumplir con los requisitos enumerados por la nueva reglamentación, sin embargo ésta enmarca tres adopciones cuyas características se verán a continuación.

Primeramente se tiene la propiamente llamada ADOPCIÓN, la cual se encuentra regulada del artículo 6 al artículo 23, ésta sustituye a la

ADOPCIÓN ESPECIAL y el adoptado requiere la calidad de hijo legítimo de los adoptantes desapareciendo toda relación con su familia de origen. Los adoptantes deben ser un matrimonio que no se encuentre separado y tener por lo menos tres años de matrimonio, deben tener dieciocho años más y no exceder de cuarenta de diferencia con el adoptado y tener la capacidad para proporcionar al adoptado todo lo necesario para su correcto desarrollo, asimismo se les consiente en adoptar a más de un hijo.

Esta adopción se enfoca exclusivamente a menores de dieciocho años que sean previamente declarados en estado de adoptabilidad, si dicho menor es mayor de doce años se establece una audiencia personal y si es mayor de catorce años es necesario que preste su consentimiento para ser adoptado. Para la declaración del estado de adoptabilidad deben darse las siguientes situaciones:

1. Que se trate de un menor en situación de abandono porque esté privado de la asistencia moral y material de parte de sus progenitores que deben cuidarlo
2. Porque la falta de asistencia no se deba a causas de fuerza mayor de carácter transitorio.
3. Cuando el menor sea acogido por institución de asistencia por su situación de abandono.
4. Que se encuentre en "Affidamento Familiare", es decir, confiado a una familia que se haga cargo de dicho menor dada su situación de abandono.

El artículo 9 de dicha ley señala: "Artículo 9.- Cualquier persona tiene la facultad de señalar a la autoridad pública la situación de abandono de un menor de edad. Los oficiales públicos, los encargados de un servicio público, los que ejercen un servicio de necesidad pública deben comunicar al más cercano Tribunal para Menores sobre las condiciones de todo menor en situación de abandono de la que tenga conocimiento en razón de su propio oficio, la situación de abandono puede ser también cerciorada de oficio por el juez. Los institutos de asistencia públicos o privados deben transmitir semanalmente al juez titular del lugar, donde les corresponda, una lista de todos los menores recogidos, con la indicación específica, de cada uno de ellos, del lugar de residencia de los padres, de los informes de la familia y de las condiciones psicológicas y físicas del mismo menor. El juez titular, recabará la información necesaria, refiriéndola al Tribunal para Menores sobre las condiciones de los menores recogidos que suelen resultar en situación de abandono, especificando los motivos. El juez titular, cada seis meses, procederá a la inspección de los institutos públicos o privados. Puede proceder asimismo a la inspección extraordinaria en todo tiempo....".

El presidente del Tribunal para menores o un Juez de su delegación recibirá la información a que se refiere el artículo 9 y tendrá la facultad de indagar y tomar las medidas que crea necesarias a fin de verificar si subsiste el estado de abandono del menor, pudiendo asimismo efectuar toda oportuna disposición hasta que se dicte el estado de AFFIDAMENTO PREADOPTIVO conforme a los términos de ley; para ello será necesario la previa declaración del estado de adoptabilidad. Si de las indagaciones realizadas por el Tribunal resulta que los progenitores del menor han fallecido y no resulten parientes existentes dentro del cuarto grado, procederá a declarar el estado de adoptabilidad, así mismo será en el caso en que no resulte la existencia de

progenitores naturales que hayan reconocido al menor o bien no exista la declaración judicial de maternidad o paternidad; sin embargo el estado de adoptabilidad no podrá declararse cuando exista petición de suspensión del procedimiento de parte de quien afirme ser uno de los progenitores naturales que desee llevar a cabo el reconocimiento de dicho menor, disponiéndose por lo tanto la suspensión del procedimiento, hasta por dos meses, si transcurrido dicho periodo es efectuado el reconocimiento se declarará cerrado el procedimiento, pero si por el contrario dicho reconocimiento no se ha efectuado se dispondrá sin otra formalidad de procedimiento a la pronunciación del estado de adoptabilidad.

Declarado el estado de adoptabilidad o el "affidamento adoptivo" el reconocimiento quedará privado de eficacia. Si se llevase un juicio para la declaración judicial de la paternidad o maternidad se suspenderá de derecho y se extinguirá por la pronunciación definitiva de adopción.

Si de las indagaciones efectuadas por el Tribunal resulta la existencia de progenitores o parientes dentro del cuarto grado, se procederá a fijar su comparecencia, y una vez oídos se fijarán las disposiciones idóneas para garantizar la asistencia moral, el mantenimiento, la instrucción y la educación del menor.

El artículo 14 de la ley 184 enumera otros casos en los que también se procede a la declaración del Estado de Adoptabilidad: "...En conclusión de las indagaciones y de las averiguaciones previstas en los artículos anteriores, donde resulte la situación de abandono de acuerdo con el artículo 8º, el estado de adoptabilidad del menor es declarado por el Tribunal para Menores cuando:

- 1) Los progenitores y los parientes convocados conforme a los artículos 12 y 13 (cuando el Tribunal procede a fijar su comparecencia que no se hayan presentado sin motivo justificado) acepten dicho estado de adoptabilidad,
- 2) La audición de los mismos ha demostrado la persistencia de la falta moral y material y la no disponibilidad a decir algo más,
- 3) La prescripción impartida conforme al artículo 12 que quede inobservante por responsabilidad de los progenitores...”.

La disposición que declare el estado de adoptabilidad puede recurrirse por el Ministerio Público, los progenitores, los parientes hasta dentro del cuarto grado y por el tutor, dicho recurso será presentado ante el mismo tribunal que lo pronunció quien procederá al nombramiento de un curador especial para el menor y fijará fecha para que tenga verificativo la audiencia de comparecencia dentro de los treinta días siguientes al depósito del recurso; en la audiencia se procederá a oír al recurrente, a las personas convocadas y a las personas indicadas por las partes y emitiéndose conclusión por él mismo y por el Ministerio Público quien dará inmediatamente lectura a la sentencia; dicha sentencia puede impugnarse por medio de recurso presentado a la sesión para menores de la Corte de Apelación la cual oyendo a las partes procederá a decidir, la sentencia emitida por la Corte de Apelación también puede ser recurrida ante el Tribunal Supremo por violación de leyes dentro de los treinta días siguientes contados a partir de la notificación.

Una vez declarado el estado de adoptabilidad, únicamente podrá cesar cuando:

- 1) Se declare la adopción.
- 2) Se cumpla la mayoría de edad por parte de la persona a quien se declaró en estado de adoptabilidad.
- 3) Se de su revocación actuando en interés del menor, conforme a los términos de ley.

Asimismo es necesario que se declare el estado de adoptabilidad para que se pueda dar el "Affidamento Pre-adoptivo".

El autor Pedro Amorós Martí expresa que la adopción tiene en la nueva regulación una fase llamada AFFIDAMENTO PREADOPTIVO, en ella el menor convive con los solicitantes de la adopción durante un periodo no inferior a un año.

Anteriormente a este periodo preadoptivo, que sirve para valorar las relaciones que se hayan establecido en el menor y la familia que desea adoptarlo, se ha pasado por un periodo de selección de estos candidatos en donde el Tribunal de Menores ha tenido que valorar las condiciones de los adoptantes, en concreto su aptitud para educar al menor, su situación personal y económica, la salud y el ambiente familiar, así como, los motivos que les indujeron a la adopción. "Esta situación no queda en el mero trámite de selección, sino que también existe la obligación por parte del Tribunal de informar a los solicitantes sobre los hechos relevantes relativos al menor que se hayan obtenido en las pesquisas iniciales".³⁸

³⁸. Ibid p. 102.

Para ello los cónyuges que intentan adoptar deben presentar demanda al Tribunal de Menores incluso se admite la presentación de más demandas a otros tribunales. La demanda decae después de dos años de la presentación, sin embargo ésta puede ser renovada.

El affidamento preadoptivo puede revocarse por el Tribunal de Menores de oficio o a instancia del Ministerio, del tutor o de aquellos que se encargan de ejercer la vigilancia (Juez titular o servicio social); el decreto que se emita se comunicará al Ministerio Público, a la persona que presentó la revocación, a quien se confió al menor y al tutor. Si la revocación procediere dadas las graves dificultades para lograr un buen trato y convivencia adecuada entre el menor y quienes desean adoptarlo, el Tribunal de Menores fijará temporalmente las medidas necesarias a favor del adoptado.

El decreto del Tribunal de Menores concerniente al affidamento preadoptivo o a su revocación puede ser impugnado por el Ministerio Público y el tutor, dicha impugnación será del conocimiento de la Corte de Apelación, la cual después de oír a las partes y efectuar las indagaciones oportunas procederá a decir en cámara de consejo con decreto motivado.

En segundo lugar se encuentra la ADOPCIÓN EN CASOS PARTICULARES, la cual se encuentra regulada del artículo 44 al artículo 57 de la ley en comento, siendo competente para conocer el Tribunal de Menores del Distrito donde se encuentre residiendo el menor; el autor Pedro Amorós Martí expresa: "Aunque de una forma excepcional se mantiene, la Adopción en casos particulares permite la adopción de niños menores de edad sin que adquieran el status de hijos legítimos de los adoptantes y sin eliminar sus relaciones con la familia de origen".³⁹

³⁹. Ibid p. 103.

La adopción en casos particulares permite a la persona que esté unida al menor, huérfano de padre y madre con vínculo de parentesco hasta el sexto grado, o que exista una unión persistente y durable desde la muerte de los progenitores del menor; a el cónyuge en el caso en que el menor sea hijo incluso adoptivo del otro cónyuge, o bien cuando se haya conestado la imposibilidad del affidamento preadoptivo. En todos los supuestos debe tener por lo menos dieciocho años más que el menor que intenta adoptar.

Respecto a las personas que otorgan su consentimiento en este tipo de adopción así como para su decreto, se encuentran a:

- 1) El adoptante y adoptado por sí o a través de su representante legal dependiendo de su edad.
- 2) Los progenitores o el cónyuge del adoptado si lo hubiere.

Cuando tratándose del segundo caso sea negado el consentimiento, el Tribunal de Menores oír a las partes interesadas a instancia del adoptante y en caso de que dicha negación resulte injustificada o contraria a los intereses del adoptado se podrá decretar la adopción a no ser que se trate de progenitores que ejerzan la patria potestad o del cónyuge que conviva con el adoptado; también podrá declararse la adopción en caso de que exista incapacidad o imposibilidad para encontrar a la persona que haya sido llamada a expresar su consentimiento.

En tanto el decreto de la adopción no sea emanado, tanto el adoptante como el adoptado podrán revocar su consentimiento y los efectos de dicha adopción se producirán desde la fecha en que se pronuncie éste. En caso de que el menor fuera adoptado por dos cónyuges o por el cónyuge del

progenitor del menor la patria potestad se ejercerá por ambos, la adopción implica los mismos derechos y obligaciones de un padre para con su hijo; si fuese el caso de que el adoptado tuviere bienes propios, la administración de éstos se efectuará por el adoptante el cual no podrá utilizar el usufructo legal más que para el empleo de la rendición de gastos de mantenimiento, instrucción y educación del menor con la obligación de que la cantidad excedente se utilice de manera fructífera, teniendo además la obligación de realizar el inventario de esos bienes, consecuentemente si fuese el caso en que éste no se realizare o fuera erróneo podrá ser privado de la administración de los bienes del menor y obligado a resarcir los daños por el juez tutelar.

La adopción puede ser revocada por el Tribunal de Menores por demanda presentada por el adoptante contra el adoptado o viceversa, por actos que atenten a la vida de éstos, contra sus cónyuges, sus descendientes o ascendientes y de los que resultase culpabilidad que fuese punible con una pena restrictiva de la libertad personal no inferior a tres años. Si fuese el supuesto en el que resultase muerto el adoptante a consecuencia del atentado por parte del adoptado, la revocación podrá ser solicitada por aquellos a los cuales se transfiere la herencia al ser excluido el adoptado y sus descendientes de ésta.

El Tribunal de Menores podrá emitir toda disposición oportuna con decreto en cámara de consejo respecto del cuidado de la persona del menor su representación y la administración de sus bienes.

La revocación de la adopción puede ser igualmente promovida por el Ministerio público en consecuencia de la violación de los deberes atribuidos al adoptante.

Los efectos de la adopción cesan desde el momento en que la sentencia de revocación sea inapelable.

Por último cabe mencionar que el Tribunal antes de decretar la adopción, valorará la aptitud de los adoptantes para educar al menor, su situación económica y personal, salud, el ambiente familiar que se desarrolla; los motivos por los que se decidieron a adoptar y la posibilidad del adoptante y el menor a fin de que se actúe en interés de éste último.

En tercer lugar está la ADOPCIÓN PARA MAYORES, la cual se encuentra regulada del artículo 58 al 63 de la citada ley. El artículo 60 expresa lo siguiente:

"Artículo 60.- Las disposiciones de acuerdo al capítulo I del Título VIII del libro primero del código Civil no se aplican a las personas menores de edad".

Consecuentemente dentro de dicha ley sólo se hace mención respecto del apellido que llevará el adoptado y la revocación de la adopción, la cual se regulará en los términos ya previstos.

Una vez analizadas las tres clases de adopción que se regulan en Italia nos avocaremos al estudio de la ADOPCIÓN INTERNACIONAL, en dicha ley se regula en el Título III del artículo 29 al artículo 43.

En el caso de adopción de menores extranjeros el artículo 29 de la presente ley señala: "Artículo 29.- Para las disposiciones de adopciones de menores extranjeros será competente el Tribunal de menores del distrito en

donde se encuentre el lugar de residencia de los adoptantes o afidatarios. En el caso de cónyuges ciudadanos italianos residentes en el Estado extranjero será competente el Tribunal para Menores del distrito en donde se encuentra el lugar del último domicilio de los cónyuges, a falta del anterior domicilio es competente el Tribunal para Menores de Roma”.

Para el caso de adopciones internacionales es esencial que se declare la idoneidad de adopción por parte de los adoptantes, dicha declaración se efectúa por el Tribunal de menores, previas las investigaciones necesarias; cuando se trate de ciudadanos italianos residentes en el exterior, el Tribunal podrá valerse para dichas investigaciones de la autoridad diplomática o consular, o bien, de los servicios locales del último domicilio de los adoptantes antes de que residieran en el exterior.

Para conseguir el ingreso de un extranjero menor de los catorce años, es necesario que se emita por la autoridad extranjera en confrontación con los ciudadanos italianos ya sea residentes en Italia o en el extranjero la disposición de adopción o del affidamento preadoptivo, el Tribunal de Menores calificará la eficacia de dicha disposición en base a los supuestos señalados en el artículo 32:

“....a) Que sea emanada, en precedencia, la declaración de idoneidad de los cónyuges adoptantes, conforme al artículo 30; b) que las disposiciones extranjeras sean conforme a la legislación del Estado que la ha emitido; c) que la disposición extranjera no sea contraria al principio fundamental que regulan en el Estado el Derecho de Familia y de Menores. La declaración de eficacia es emitida en cámara de consejo con derecho motivado., oyendo al Ministerio Público. Opuesta la decisión del Tribunal es admisible el recurso ante el Tribunal Supremo”.

Por otra parte Giorgio Giannini señala los casos en que el Tribunal puede negar la eficacia de la disposición extranjera:

"a) Cuando no se hayan respectado las condiciones de la ley 184; b) si el Affidamento no ha tenido buen éxito porque el niño es rechazado después de su ingreso en Italia....Si la disposición extranjera no resulta eficaz en nuestro país o bien el en AFFIDAMENTO PREADOPTIVO no tiene éxito positivo, el tribunal para Menores considera al menor extranjero en estado de abandono, y por tanto son aplicables las disposiciones para una nueva adopción en Italia....".⁴⁰

La adopción se regulará por la legislación del Estado que emitió dicha disposición previa la declaración de la autoridad consular correspondiente. El ingreso del menor de referencia también deberá de consentirse por el Ministerio de Asuntos Exteriores.

Asimismo el periodo de affidamento preadoptivo dentro del derecho italiano es esencial, a tal grado que la disposición emitida por una autoridad extranjera en la que no resulte comprobada la existencia de dicho periodo no será declarada eficaz como AFFIDAMENTO PREADOPTIVO y después de un año de permanencia del menor en Italia con los adoptantes, el Tribunal de Menores procederá a declarar la adopción.

Fuera de los casos determinados por la ley está prohibido a la autoridad consular y a los oficiales de la policía fronteriza consentir el ingreso de menores de catorce años con motivo de adopción, asimismo en el caso en que el menor tuviere un adulto acompañante éste deberá disponer de sus

⁴⁰. Giorgio Giannini, Enciclopedia de Diritti del Consumi, p. 6.

propios gastos para el repatrio del menor a su país de origen; si el menor ingresa sin la compañía de sus padres o de sus parientes dentro del cuarto grado será inmediatamente señalado por los oficiales de la policía de frontera al Tribunal de Menores de distrito a donde se dirija el menor, en el supuesto en que no se tenga conocimiento del lugar de morada del menor, conocerá el Tribunal de Menores de Roma.

La señalación realizada por la policía de frontera deberá contener los datos relativos al nombre de la persona que acompaña al menor eventualmente, sin embargo si el ingreso del menor es con motivos turísticos o de estudios por un periodo superior a tres meses no se efectuará dicha señalación. Por lo que se refiere al ingreso del menor extranjero en estado de abandono al país, se aplicarán las leyes italianas en lo relativo a materia de adopción, affidamento y medidas urgentes.

Asimismo la presente ley regula los supuestos en los que los extranjeros o ciudadanos italianos residentes en el exterior desean adoptar a un menor de ciudadanía italiana, para ello se presentará demanda ante el Cónsul italiano competente del lugar a fin de que éste la presente al Tribunal de Menores que corresponda en Italia. De decretarse el AFFIDAMENTO PREADOPTIVO de un menor a los adoptantes, el Cónsul del lugar donde residan éstos se encargará de vigilar el buen desarrollo de éste e incluso podrá auxiliarse de organizaciones asistenciales italianas o extranjeras.

Si en dicho periodo se observa incompatibilidad o falta de ambientación entre los adoptantes y el adoptado, el Cónsul procederá inmediatamente a dar noticia escrita al Tribunal de Menores que decretó el Affidamento Preadoptivo a fin de que éste efectúe las disposiciones necesarias o incluso se lleve a cabo el repatrio de dicho menor.

5.2. Análisis Jurídico de la Adopción en Argentina.

La inclusión de la figura de la adopción en el Derecho Argentino es de creación reciente. El 21 de junio de 1865 el Lic. Vélez Sársfield expuso de manera breve los motivos de su rechazo respecto a dicha figura a través de una nota dirigida al Ministerio de Justicia, Culto e Instrucción Pública de la Nación, Doctor Eduardo Costa; su principal fundamento se basó en que la Adopción aún no es aceptada dentro de las costumbres de los argentinos al no adecuarse a las condiciones jurídicas y sociales de esa época.

En 1925 es presentado un proyecto de ley sobre reformas al Código Civil por el Senador Carlos Serney fundamentando la necesidad de reestablecer la adopción en bien de los menores abandonados como consecuencia de los cambios y movimientos sociales que sufrió Europa en esa época.

A partir de esta fecha fueron presentados varios proyectos, sin embargo la adopción no fue incorporada en el Derecho Argentino sino hasta el 29 de septiembre de 1948 en la Ley No. 13.252 siendo derogada el 21 de julio de 1971, posteriormente se efectuó la inclusión de la adopción simple y plena en la nueva Ley 19.134.

En cuanto al concepto se refiere, la ley argentina 13.252 determina: "La adopción crea un vínculo legal de familia", en tanto que la ley 19.134 no presenta conceptualización alguna, a este respecto el destacado autor julio J. López de Carril expresa: "Con esta ley no sabemos porqué hay un vínculo llamado allí de adopción simple y otro de adopción plena....Estableciendo que la ley crea el vínculo, y que no existe otra posibilidad de creación, queda

demostrado que ha faltado criterio socio-jurídico con la citada omisión”.⁴¹

Como se mencionó, una de las novedades más importantes en la ley 19.134 consiste en el desdoblamiento del instituto de dos tipos de adopción que son la plena y la simple, ambas se distinguen principalmente por dos aspectos:

- 1) Sus efectos.
- 2) Los sujetos pasivos a los cuales están destinados.

5.2.1. Aspectos Generales de la Adopción en Argentina.

Los requisitos del adoptado y del adoptante son los siguientes:

- a) Adoptado.

De acuerdo con la ley argentina 19.134, la adopción debe realizarse solamente respecto a menores no emancipados con excepción del caso previsto en el segundo párrafo del artículo 1° de la citada ley, el cual dispone que “También podrá ser adoptado con su consentimiento el hijo mayor de edad del otro cónyuge”. Sin embargo, no se debe olvidar que uno de los principales objetivos de la institución de la adopción consiste en proteger al adoptado, si éste resulta mayor de edad es de entenderse que cuenta ya con la capacidad de valerse por sí mismo no habiendo necesidad de que la ley lo ampare o proteja por medio de esta institución.

⁴¹. Julio J. López de Carril, Derecho de Familia, p. 548.

La autora María Josefa Méndez costa expresa: "Creemos que este tipo de adopción no tiene sentido, el instituto ha sido estructurado alrededor de la idea de protección de la minoridad, para asegurar la educación y formación del menor desamparado. El mayor de edad ya está formado y su adopción no responde a ninguna necesidad, ni social, ni individual".⁴²

El autor Julio J. López Carril señala: "Si la adopción implica un sistema socio-jurídico de protección al menor, para la formación y desarrollo de un hombre, es de preguntarse si un mayor de edad necesita el apoyo, protección y desarrollo de un menor. El mayor de edad, ya está formado, bien o mal, la adopción no tiene allí otro objeto que algún fin utilitario que no puede amparar una ley cuyo aspecto fundamental y esencial son los menores".⁴³

Indudablemente los mayores de edad que encuadran dentro del segundo párrafo de la ley en comento deben regirse por la adopción simple en virtud de que la plena solo puede decretarse en relación a menores de edad.

Otro requisito para poder ser adoptado consiste en la necesidad de ausencia de otra adopción, es decir, evitar el hecho de que dos adopciones se sobrepongan; pues estaríamos en contra de la propia naturaleza además de los inconvenientes que se pudiesen dar como imposibilidad de dividir el ejercicio de la patria potestad, etc. De ahí que el artículo 2º prohíba expresamente que una persona sea adoptada por dos o más adoptantes salvo que estemos en el supuesto de que éstos sean cónyuges. Por otra parte el artículo 2º de la ley en comento da la posibilidad de permitir una

⁴² Ma. Josefa Méndez Costa, Derecho de Familia, Tomo II, p. 174.

⁴³ Julio J. López de Carril, Derecho de Familia, p. 550.

nueva adopción en el caso de que el adoptante o adoptantes fallezcan, por lo tanto se admite una adopción sucesiva de manera excepcional.

Algunos autores expresan que si bien la ley presenta una solución respecto del adoptado en caso de muerte de los adoptantes no lo hace en caso de pérdida de la patria potestad o abandono; consecuentemente se coloca en desventaja frente a un hijo consanguíneo dado que la ley otorga a éste último la posibilidad de ser adoptado, mientras que en el primero al no encuadrarse en ningún artículo ni ser causal de revocación se entiende que no puede ser adoptado. Sin embargo, Zannoni, Belluscio y Bossert expresan que por el hecho de mediar las mismas razones que en el caso de fallecimiento es posible una nueva adopción aún cuando la ley no lo especifique expresamente.

Por último es de mencionar que la ley permite adoptar a uno o varios menores simultáneamente o sucesivamente sin importar el sexo, estableciéndose sin embargo ciertas limitaciones pues en caso de existir más de un hijo legítimo o adoptivo sólo podrá decretarse excepcionalmente por parte del juez y en caso de que se llegasen a adoptar a varios menores no podrá decretarse mas que un solo tipo de adopción, ya sea simple o plena con el fin de evitar la desigualdad entre los menores actuando en beneficio de los mismos.

b) Adoptante.

Las personas que pueden adoptar conforme a la ley serán los varones o mujeres sin importar su estado civil, ya sean nacionales o extranjeros con plena capacidad de ejercicio de sus derechos cumpliendo los requisitos que

la misma ley exige; la autora María Josefa Méndez señala: "Quedan excluidas las personas jurídicas. La ley no lo establece expresamente, pero se deduce claramente que las condiciones y requisitos que ha de reunir la persona del adoptante, los cuales no pueden ser predicados de una persona ideal".⁴⁴

El artículo 5º de la ley en comento establece al adoptante la edad mínima de treinta y cinco años, sin embargo si la adopción es solicitada conjuntamente por dos cónyuges es suficiente que acrediten tener cinco años de casados o bien el hecho de no poder procrear hijos aún cuando no transcurra el citado plazo, asimismo debe haber entre el adoptado y el adoptante por lo menos una diferencia de edades de dieciocho años pero tratándose de un hijo extramatrimonial o cuando el cónyuge supérstite adopta al hijo adoptivo del presunto muerto no es necesaria dicha diferencia. Los destacados autores Belluscio, Mazzinghi y Goyena señalan que éste último acarrea diversos inconvenientes pues en un momento dado solo funciona en caso de muerte y respecto a hijos adoptivos, y es posible que el adoptante sea menor que el adoptado.

Por lo que concierne a las personas que pueden adoptar no puede realizarse por más de una salvo cuando se trate de un matrimonio conforme al artículo 2º: "Nadie puede ser adoptado por más de una persona salvo que los adoptantes sean cónyuges". Para muchos autores e incluso para las legislaciones de otros países resulta en adverso a la propia naturaleza el que una sola persona adopte, además de ir en contra de los intereses del menor, de la institución del matrimonio y de la adopción.

⁴⁴. Ma. Josefa Méndez Costa, Derecho de Familia, Tomo II, p. 138.

En caso de que el adoptante tuviese más de un hijo legítimo o más de un hijo adoptivo, sólo podrá acordarse la adopción de mera excepcional, para ello se establecerá en la sentencia que beneficiará al adoptado y que no crea perjuicio alguno al núcleo familiar del adoptante.

El artículo 4º de la ley 19. 134 expresa: "La existencia de descendientes, legítimos o no, del adoptante no impide la adopción, pero en tal caso aquellos podrán ser oídos por el juez o tribunal, si lo considerasen necesario y fuesen mayores de ocho años. No obstante cuando exista más de un hijo legítimo o adoptivo, sólo podrá acordarse la adopción con carácter de excepción, estableciéndose en la sentencia que la acuerde que beneficiará al menor adoptado y no crea perjuicios al núcleo familiar del adoptante".

Si en caso de que el adoptante estuviese casado, necesariamente deberá tener el consentimiento de su cónyuge; sin embargo dicho consentimiento no es requerido en el caso de mediar divorcio por culpa de uno de los cónyuges; por culpa de ambos o mutuo consentimiento; cuando el cónyuge ha sido declarado insano, en cuyo caso podrá oírse al curador; cuando se encuentren separados de hecho o por voluntad de unirse y cuando el cónyuge haya sido declarado ausente y por fallecimiento.

Otra situación a cumplimentar por el adoptante es la expresada en el artículo 6º: "El adoptante deberá haber tenido al menor bajo su guarda durante un año. Esta condición no se requiere cuando se adopta al hijo o hijos extramatrimoniales del adoptante, al de su cónyuge".

Pensemos en la finalidad principal por la que la ley exige la previa guarda del menor consistente en que de esta manera el juez apreciará la

convivencia de la adopción dependiendo del trato dado al menor en ese tiempo, así mismo se demostrarán los verdaderos deseos del adoptante para crear esta filiación y que no se trata de una decisión repentina que en un futuro pudiera acarrear problemas principalmente para el menor a quien finalmente se busca proteger.

La demanda de adopción podrá iniciarse incluso antes de que venza el plazo, sin embargo la sentencia surtirá efectos a partir del vencimiento del plazo.

Consecuentemente los dos únicos casos en que deberá cumplirse el plazo de guarda son:

- Cuando se trate de hijo extramatrimonial.
- Cuando se trate del hijo del otro cónyuge.

En estos casos **NO SE TRANSMITIRÁ LA PATRIA POTESTAD** al adoptante pues de ser así se extinguiría todo vínculo familiar con su progenitor, lo cual resultaría ilógico.

Otro aspecto determinante para que el juez o tribunal valoren si la adopción puede ser conveniente es el relativo a las cualidades morales, personales y medios de vida del adoptante, con el fin de garantizarle una correcta formación al adoptado.

Independientemente del cumplimiento de los requisitos analizados, la adopción no puede decretarse a los abuelos del adoptado de acuerdo al

artículo 5° inciso segundo, debido a que si existe un parentesco consanguíneo entre los abuelos y nietos ¿Qué necesidad hay para crear un parentesco civil?. Lo único que se crearía sería un completo desorden familiar dado que el nieto del adoptante sería hermano de los tíos y de su propio padre, cuñado de su madre, padre de sus hermanos, abuelo de sus sobrinos, etc.

Por último, el artículo 7° de la ley 19.134 señala: "El tutor solo podrá adoptar al pupilo una vez extinguidas las obligaciones emergentes de la tutela", es decir, que su rendición de cuentas esté aprobada judicialmente y se paguen los saldos que resulten a favor del menor para evitar que el tutor eluda sus obligaciones e incluso que utilice la adopción tan solo para dicho fin.

5.2.2. Procedimiento de la Adopción en Argentina.

El procedimiento de adopción se inicia presentando su solicitud ante el juez o tribunal del domicilio del adoptante o en su defecto del lugar donde se haya otorgado la guarda, para que en su momento intervengan las partes interesadas, el adoptante, el adoptado si fuese mayor de diez años, el Ministerio de Menores y los progenitores del menor cuando sea el caso, conforme a los artículo 10 y 12 de la ley en comento.

En cuanto a los padres consanguíneos se refiere, en términos del artículo 12° serán citados por el juez, sin embargo su presentación no se admitirá en caso de haber pérdida de la patria potestad, cuando los progenitores hayan manifestado su conformidad, por abandono judicialmente comprobado o cuando el menor se haya confiado a una institución o

establecimiento de beneficencia, desatendiéndosele por sus progenitores sin justificación alguna por el término de un año y aún cuando no encuadra en los casos anteriores la ley no los considerará partes del juicio, consecuentemente su intervención dependerá del arbitrio del juez.

La demanda de adopción podrá interponerse aún antes de cumplirse el plazo de guarda requerido por la ley, sin embargo se producirán efectos hasta el momento en que venza el plazo citado, posteriormente una vez dictada la sentencia que decrete la adopción, ésta tendrá efecto retroactivo a la fecha de promoción de la acción.

Asimismo dado que una de las finalidades principales consiste en que la adopción resulte del todo benéfica la ley referida, en su artículo 10º inciso e) faculta al juez a disponer de todas las medidas de prueba pertinentes autorizándose por igual al Ministerio de Menores para requerirse de dichas pruebas, por otra parte deberá considerar las cualidades morales, personales y los medios de vida del adoptante y de ésta forma determinar si éstos son aptos para satisfacer las necesidades del adoptado.

Hablando de la reserva y secreto del proceso de adopción, la ley 19.134 en los incisos g) y h) del mismo artículo 10º señala que las audiencias relativas al juicio de adopción serán privadas y el expediente solo podrá ser examinado por las partes, sus letrados, apoderados y peritos intervinientes, el juez o tribunal bajo ninguna circunstancia deberán de entregar o remitir los asuntos salvo en los casos en que la misma ley lo establece.

5.2.3. La Adopción Plena en Argentina.

Dos aspectos fundamentales caracterizan a la adopción plena:

a) Los sujetos pasivos.

b) Sus efectos.

a) Los Sujetos Pasivos:

Dado que el adoptado es quien debe reunir ciertas características para la adopción plena, nos enfocaremos a éste señalando solamente que pueden adoptar plenamente los adoptantes casados, viudos, divorciados o solteros que reúnan los requisitos exigidos por la ley así como los que no se encuentren impedidos por la ley.

Conforme a los artículo 11 y 16 de la ley en comento pueden ser adoptados plenamente:

- Los huérfanos de padre o madre.
- Los que no tengan filiación acreditada.
- Los que hayan sido entregados a un establecimiento de beneficencia público o privado, desatendiéndose sus progenitores por causa injustificada por el plazo de un año.
- Los que hayan sido entregados por los padres para ser adoptados, manifestando su conformidad ante la autoridad respectiva o por instrumento público.

- Cuando se trate de menores que se encuentren en evidente estado de desamparo moral o material, siendo comprobada dicha situación ante la autoridad judicial.

b) Sus Efectos:

El artículo 14 de la ley 19.134 expresa: "La adopción plena confiere al adoptado una filiación que constituye la de origen. El adoptado deja de pertenecer a su familia de sangre y extingue el parentesco con los integrantes de ésta, así como todos sus efectos jurídicos, con la sola excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales. El adoptado tiene, en la familia del adoptante los mismos derechos y obligaciones del hijo legítimo".

Otro de los efectos que produce la adopción plena consiste en su irrevocabilidad, con el fin de crear mayor similitud con la filiación de sangre. De tal modo que se piense que esta adopción busca crear la mayor similitud posible con el vínculo natural cumpliéndose una de sus principales funciones, es decir, actuar en beneficio y protección del menor.

Los derechos sucesorios no se encuentran estipulados en la adopción plena, por lo que se deduce que al crearse los mismos derechos y deberes de un hijo legítimo incluimos los efectos sucesorios, aclarando que dicha sucesión solamente existe respecto de la familia adoptiva al haberse extinguido el vínculo de parentesco con su familia de origen.

5.2.4. La Adopción Simple en Argentina.

Una circunstancia especial que hay en Argentina consiste en la aplicabilidad general de la adopción plena y excepcionalmente la adopción simple. El

artículo 21 de la ley 19.134 expresa: "Es facultad privativa del juez o tribunal, cuando sea más conveniente para el menor y concurren en circunstancias excepcionales, otorgar la adopción simple. El otorgamiento podrá ser únicamente de oficio y no deberá atenderse a su respecto peticiones de parte".

En una opinión personal, la adopción simple acarrea diversos inconvenientes, entre ellos están:

- a) Dicho vínculo adoptivo permite ser utilizado para finalidades extrañas al mismo, al no tener la debida similitud con el lazo consanguíneo.
- b) Su revocabilidad permite que el menor sea desplazado de su familia causándole afectaciones psicológicas.
- c) El vínculo de parentesco que se crea es limitado.

Sus características son las siguientes:

El artículo 20° de la ley en comento expone: "La adopción simple confiere al adoptado la posición del hijo legítimo, pero no crea vínculo de parentesco entre aquél y la familia de sangre del adoptante, sino a los efectos expresamente determinados en esta ley. Los hijos adoptivos de un mismo adoptante serán considerados hermanos entre sí".

Asimismo los lazos de parentesco de la familia de origen siguen subsistiendo con excepción de la patria potestad, la cual se cede al adoptante.

En lo que a derechos sucesorios se refiere el adoptado adquiere todos los derechos de un hijo legítimo subsistiendo además los efectos jurídicos del parentesco natural; por otra parte el adoptado, sus descendientes legítimos o extramatrimoniales heredan por representación a los ascendientes del adoptado pero no son herederos forzosos, este aspecto es criticado por el autor J. López de Carril debido a que la propia ley confiere el derecho de representación a quien pueda suceder al causante (ascendiente del adoptante) y dado que en la adopción simple solo se crea un parentesco entre el adoptante y el adoptado no podrá representar al adoptante frente a sus ascendientes, sin embargo, no se debe descartar que desde el momento en que la ley permite al adoptado llevar a cabo la representación de referencia se crea el vínculo de parentesco.

Los descendientes del adoptado también tienen derechos en la sucesión del adoptante, siendo incluso herederos forzosos, entre otros están:

- La esposa del adoptado en la sucesión del adoptante;
- Entre los hijos adoptivos del mismo adoptante;
- El adoptante tiene el derecho a heredar del adoptado en las mismas condiciones del padre legítimo, por lo que resulta ser heredero forzoso salvo en el caso en que el adoptado hubiera recibido de su familia de sangre bienes a título gratuito, pues en esta circunstancia no podrá heredar el adoptante y viceversa.

A diferencia de la adopción plena, la adopción simple presenta la característica de ser revocable, dicha revocación procede en el supuesto de que el adoptado o adoptante incurran en indignidad, por impedirse la

sucesión de encuadrarse en los casos previstos en el código Civil o bien por no proporcionar alimentos, así mismo si el adoptado fuese mayor de edad podrá acordarse por las partes su revocación.

De haber sentencia que declare revocada la adopción se tendrá como consecuencia la extinción de todos los efectos a partir de dicha declaración, sin embargo seguirán subsistiendo los impedimentos matrimoniales.

5.2.5. Nulidad de la Adopción en Argentina.

Conforme al artículo 30° de la ley 19.134 los casos que estarán afectados de nulidad son los siguientes:

a) Nulidad Absoluta:

- Cuando se hubiese violado la edad del adoptado.
- De no respetarse la diferencia exigida por la ley entre el adoptante y el adoptado.
- En general por no acatarse los preceptos jurídicos relativos a la adopción.

b) Nulidad Relativa:

- Aquellas adopciones que hubiesen sido acordadas existiendo vicios del consentimiento.
- Cuando se trate de adopciones en las que se haya violado la edad mínima del adoptante.

5.3. Propuestas hacia una Adopción Ágil y Segura en México y en el Ámbito Internacional.

La adopción ha adquirido importancia y trascendencia en nuestra sociedad y en el ámbito internacional, al ser un medio idóneo bilateral de bienestar, que tiene como objetivo esencial proporcionar por un lado el satisfacer un derecho de la personalidad de una pareja sin hijos y por otro, darle a un menor la oportunidad de tener un hogar, una familia y un futuro más prometedor, y para ello es necesario la mayor coordinación, claridad y seguimiento de esta figura.

A continuación se señalan algunas propuestas que podrían beneficiar al menor para que su adopción sea benéfica en seguridad y bienestar personal, así como para agilizar el procedimiento de dicha adopción, ya sea nacional o internacional, éstas son:

- Simplificar la legislación y la intervención de las autoridades para lograr una adopción de menores segura en el sentido de que sean adoptados por parejas con comportamiento ad hoc, minimizando el riesgo de victimización por pornografía infantil, tráfico de órganos o prostitución infantil, y éstos tengan derecho a una vida digna familiar y evitar que trámites burocráticos complicados sin tomar como base un perfil de la pareja adoptante, origine el desistimiento de las adopciones y que los menores se abandonen y se sumen a los mal llamados “niños de la calle”.
- Realizar como antes se mencionó, por parte de las instituciones de asistencia social públicas o privadas que otorguen la adopción, un

estudio del perfil psicológico de la pareja adoptante, además de los estudios socio-económicos que se realizan.

- Dar mayor preferencia a las solicitudes de adopción presentadas por matrimonios que las que se presenten por personas solteras, ya que en el primer caso se da mayor seguridad y bienestar al menor, formándose así una verdadera familia y previniendo en el segundo caso que la adopción se realice por personas con preferencias sexuales hacia un mismo sexo, o conductas de las llamadas parejas "swinger" o con otras modalidades, que pudieran deformar a los menores adoptados.
- Lograr la unificación de preceptos legales aplicables a la adopción, con la finalidad de evitar decisiones basadas en criterios particulares, que surgen debido a la existencia de contradicciones legales y lagunas jurídicas.
- Adecuar nuestra legislación a la existente en el ámbito internacional, solicitando una mayor intervención de distintos organismos, entre ellos el Consulado Mexicano para evitar que los menores nacionales pudieran ser víctimas de delitos o tráfico de órganos vitales.
- Normar que la adopción a nivel internacional debe ser exclusivamente de parejas de distintos sexos, las que salvaguarden el sano desarrollo del menor de edad.

CONCLUSIONES

El primer antecedente regulado de la adopción se localiza en el Derecho Romano, donde se reguló de manera estructurada con la teología de trascender con el apellido; es decir, familias que carecían de descendencia lograban conservar su estirpe por medio de la adopción, esta figura fue adoptada por otros países civilizados; en México el primer antecedente registrado sobre adopción data del año de 1860, en el Estado de Veracruz.

Existe un gran vacío legal en nuestro derecho, en virtud de que las normas no son precisas sobre la protección directa de los menores adoptados en cuanto a su sano desarrollo, solamente se prevé que exista una diferencia de edad suficiente que el legislador considera son diecisiete años entre adoptante y adoptado; no se exige para la adopción, que exista matrimonio ni tampoco se contempla de manera primordial el derecho de menores o incapacitados para tener una familia; así como tampoco se prevé, la realización de un perfil psicológico, de la pareja adoptante, ya que a ésta se le da mayor preferencia para la adopción que a una persona soltera.

Por lo anterior, es primordial proteger el sano desarrollo de los menores en cualquier país, además de ser un derecho y garantía de cualquier ser humano, los adoptantes deben ser un matrimonio ya que con ello se dará mayor seguridad y bienestar al menor o incapacitado que una persona soltera y con esto prevenir que la adopción se realice por personas con preferencias sexuales hacia un mismo sexo sin que esto prejuzgue sobre los mismos.

Dentro de los derechos humanos y de las garantías individuales de las personas se encuentra la libertad, para expresar sus ideas, para asociarse,

para profesar el credo religioso que mas le convenga y para escoger la preferencia sexual que deseen. Esta libertad debe ser ejercida por mayores de edad, por lo que el proyecto de reformas al Código Civil aplicable al Distrito Federal sobre adopción de personas con preferencias sexuales hacia un mismo sexo que pretenden adoptar y cuyo proyecto proponen algunos partidos políticos en México y que en la actualidad dicho proyecto se encuentra para su estudio en las comisiones correspondientes en la II Asamblea Legislativa del Distrito Federal, es un atentado a la garantía de libertad del menor, puesto que de aprobarse, se impondría a los menores adoptados una preferencia sexual que ellos aún no conocen y por tanto no pueden decidir.

Corresponde mencionar que en la mayoría de las legislaciones de otros países se le da mayor preferencia a las solicitudes de adopción presentadas por matrimonios, en los mismos términos del párrafo que antecede, salvo en países como Holanda, y de la iniciativa ya mencionada de algunos partidos políticos en México en la II Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

Así como se tipifica en el Código Penal aplicable al Distrito Federal, el ilícito en contra de los padres que abandonen a un menor por un periodo que supere los seis meses, también debe de contemplarse el mismo delito para los adoptantes y de que independientemente en materia familiar es causal para extinguir la patria potestad, es necesario hacer mayor hincapié para que los jueces de la materia observen particularmente dicha causal, ya que este delito debiera considerarse como delito grave, ya que si bien es cierto el Código Penal para el Distrito Federal no prevé ningún ilícito en cuanto a los padres adoptivos, debe entenderse que desde el momento en que la ley les concede la adopción a éstos adquieren derechos y obligaciones como

padres, por lo tanto debiera dentro del Código Penal hacerse una apreciación de esta figura dado el carácter formal del Derecho Penal.

Debe hacerse congruente el Código Penal con el Código Civil ambos aplicables al Distrito Federal, para que coincidan en el mismo supuesto de que las personas tengan bajo su patria potestad a un menor y lo entreguen a una casa de expósitos, signifique la pérdida de derechos que tuviesen sobre la persona y bienes del mismo sin que sea necesario que transcurran más de seis meses del abandono para encuadrar la pérdida de la patria potestad. Y como consecuencia en un futuro estos niños puedan ser sujetos de adopción, ya sea nacional o internacional, se recomienda que se reforme la legislación en cada Entidad Federativa, y se sugiere asimismo que se incluya en un Tratado Internacional. La legislación en cada Entidad Federativa debe ser uniforme con la del Código Civil aplicable al Distrito Federal para que en un estado de derecho se marquen las normas que deben regir en materia de adopción tanto de la Federación como ante las posibles adopciones que se realicen en el plano internacional por lo que se recomienda que la legislación deba de ser uniforme.

A pesar de que existen Tratados Internacionales en materia de adopción, éstos se refieren a normas protectoras que deben observar los países firmantes y en los que se destaca la intervención de las autoridades internas de cada país para evitar el tráfico de menores o la utilización de éstos para transplantes de órganos, prostitución o pornografía infantil, pero no existe en realidad un proceso de adopción a nivel internacional en el que existan organismos transnacionales, ni tampoco se defina qué nacionalidad tendría el adoptado, sino que se sigue el principio del IUS SANGUINIS y del IUS SOLLI.

El Derecho Internacional Público no existe en la realidad jurídica, ya que para que fuese una realidad sería necesario que los Estados cedieran parte de su soberanía en verdaderos órganos internacionales, que trascendieran a los Estados cedentes y que éstos los dotaran de facultades coercitivas para hacer cumplir sus determinaciones, de lo contrario habría una invasión de soberanía o se crearían órganos meramente decorativos como lo es la Corte Internacional de Justicia con sede en La Haya u organismos que si bien es cierto abarca a la mayoría de las naciones que carecen del IUS COGONS y por tanto cualquier situación que se tome es simplemente una recomendación de buena voluntad. La propuesta es crear un organismo ante el cual se pueda tramitar adopciones y que además se encargue de vigilar y tutelar los derechos de los adoptados, con facultades expresas de los Estados firmantes que permitan que ese organismo detente funciones jurisdiccionales y los medios necesarios para hacer cumplir sus determinaciones.

En el Derecho Internacional privado la adopción se contempla únicamente desde el punto de vista para establecer y en algunos casos ratificar las reglas suscitadas por los conflictos de leyes en el espacio; la aplicación de la ley del Estado que debe aplicarse en función del lugar donde se originó la adopción, del lugar de origen de los padres, del domicilio territorial en el que se suscite el conflicto por lo que lo establecido en Tratados Internacionales salvo las reglas antes señaladas solo son meras recomendaciones como ya se vislumbraba en la hipótesis planteada en la presente tesis.

Por otro lado, se comprueba que la adopción de menores no esta debidamente protegida por normas que trasciendan a nivel internacional y

desde luego esto hace necesario que se retome la idea de hacer una sesión parcial de soberanía en función al interés público de proteger a los menores de edad sobre la posibilidad de ser víctimas del crimen organizado en pornografía o prostitución infantil y evitar que sean utilizados como mercancía para la realización de trabajo o proveedores de órganos vitales.

Por lo anterior es necesaria la participación de ese organismo internacional, que tenga procedimientos ágiles y seguros y que en el caso de nuestro país se ligue con las autoridades tanto de la Secretaría de Gobernación, de la Secretaría de Relaciones Exteriores y con el Ministerio Público en su carácter de representante social, con lo que existirán criterios uniformes para que en caso de controversia que apliquen dichos criterios por los jueces de lo familiar o por el organismo internacional en caso de que los padres o el menor en su caso sean de distinta nacionalidad o el conflicto se suscite en un territorio distinto al de las nacionalidades de los adoptantes y del adoptado.

En tanto se realiza la propuesta de tener ese organismo transnacional es necesario ajustar en nuestra legislación diversas normas para homologarlas al Convenio celebrado en La Haya el 29 de mayo de 1993 en Materia de Adopción Internacional de Menores, a fin de lograr la regulación de la adopción contemplada en dicho Convenio. Es necesario que en éste también se contemple la garantía de los menores de que sea respetado su derecho de libertad de preferencia sexual al momento de que éstos cumplan la mayoría de edad.

Es así como la adopción es contemplada tradicionalmente en el ámbito de leyes locales y es necesario que nuestros legisladores tomen en cuenta

trasladarla al ámbito federal con el fin de que sea incluida en el artículo 73 Constitucional y así evitar la tramitación excesiva que se realiza actualmente, y ante tal circunstancia sería homologada con normas locales, federales y como consecuencia internacionales, ya que la misma es de interés público y en tal circunstancia aplicarse al derecho de familia en cuanto a la velación y protección del núcleo social.

BIBLIOGRAFÍA

Legislaciones.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. México. Sista. 2001. Pp. 235.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 133ª ed. México. Porrúa. 2000. Pp. 147.

Código Civil del Estado de Baja California. 3ª ed. México. Porrúa. 1991. Pp. 515.

Código Civil del Estado de Campeche. 2ª ed. México. Porrúa. 1995. Pp. 460.

Código Civil para el Distrito Federal. México. Sista. 2001. Pp. 519.

Código Civil del Estado de Guerrero. 2ª ed. México. Porrúa. 1990. Pp. 471.

Código Civil del Estado de Oaxaca. 2ª ed. México. Porrúa. 1991. Pp. 471.

Código Civil del Estado de Veracruz. 4ª ed. México. Porrúa. 1993. Pp. 480.

Código Civil del Estado de Yucatán. 4ª ed. México. Porrúa. 2001. Pp. 439.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. México. Sista. 2001. Pp. 238.

Estatuto Legal de los Extranjeros. 20ª ed. México. Porrúa. 2001. Pp. 655.

Libros de Consulta.

AMORÓS MARTÍ, Pedro. La Adopción y el Acogimiento Familiar. Madrid. Narcea. 1987. Pp. 221.

ARELLANO GARCÍA, Carlos. Derecho Internacional Privado. 13ª ed. México. Porrúa. 1999. Pp. 986.

BAQUEIRO ROJAS, Edgard. Derecho Familiar y Sucesiones. México. Harla. 1990. Pp. 493.

BRAVO GONZÁLEZ, Agustín y BRAVO VALDÉS Beatriz. Primer curso de Derecho Romano. 17ª ed. México. Porrúa. 2000. Pp. 323.

CUEVAS CANCINO, Francisco y otros. Manual de Derecho Internacional Privado Mexicano. 2ª ed. México. Porrúa. 1998. Pp. 408.

CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. La Adopción. México. Porrúa. 1999. Pp. 140.

CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. La Familia en el Derecho. Tomo III: Relaciones Jurídicas Paterno-Filiales. 3ª ed. México. Porrúa. 1997. Pp. 430.

DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO Editado por la Universidad Nacional Autónoma de México, 8ª ed. México. Porrúa. 1995. pp. 3272.

ESQUIVEL OBREGÓN, Toribio. Hernán Cortés y el derecho Internacional en el Siglo XVI. 2ª ed. México. Porrúa. 1985. Pp.157.

GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. 2ª ed. México. Porrúa. 1994. Pp. 723.

GALINDO GARFIAS, Ignacio. Primer Curso de Derecho Civil. Parte General: Personas. Familia. 19ª ed. México. Porrúa. 2000. Pp. 790.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Algunos Aspectos de la Doctrina Kelseniana. México. Porrúa. 1978. Pp. 183.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. 51ª ed. México. Porrúa. 2000. Pp. 444.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Teoría General del Derecho y del Estado. 4ª ed. México. Porrúa. 1988. Pp. 477.

GIBERT, Eva. Adoptar Hoy. Buenos Aires, Argentina. Paidós. 1994. Pp. 146.

- GÓMEZ ROBLEDO, Antonio. Estudios Internacionales. 17ª ed. México. La Impresora Azteca. 1982. Pp. 319.
- GUTIÉRREZ ARAGÓN, Raquel. Esquema Fundamental del Derecho Mexicano. México. Porrúa. 1972. c 1997. Pp. 280.
- IBARROLA, Antonio de. Derecho de Familia. 3ª ed. México. Porrúa. 1984. Pp. 575.
- LAZCANO, Carlos Alberto. Derecho Internacional Privado. Buenos Aires Argentina. La Plata. 1965. Pp. 748.
- MAGALLON IBARRA, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil. Tomo III: Derecho de Familia. México. Porrúa. 1988. Pp. 586.
- MARGADANT S, Guillermo F. Derecho Romano. 19ª ed. México. Esfinge. 1993. Pp. 530
- MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. México. Porrúa. 1984. Pp. 429.
- MORALES, José Ignacio. Derecho Romano. 2ª ed. México. Trillas. 1987. Pp. 351.
- OBREGÓN ESQUIVEL, T. y D'ACOSTA Julio. Apuntes Para la Historia del Derecho en México. 2ª ed. México. Porrúa. 1984. Pp. 923.
- OSSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Buenos Aires Argentina. Heliasta. 1990. Pp. 797.

OVALLE FAVELA, José. Derecho Procesal Civil. 8ª ed. Colección de Textos Universitarios. México. 1999. Pp. 446.

PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier. Derecho de Familia. 2ª ed. Valladolid. Lex Novoa. 1998. Pp. 928.

PEREZNIETO CASTRO, Leonel. Derecho Internacional Privado. 6ª ed. México. Harla. 1995. Pp. 632.

PETIT, Eugéne. Tratado Elemental de Derecho Romano. México. Época. 1977. Pp. 717.

PHILIPP, Walter Frisch y otros. Derecho Internacional Privado y Derecho Procesal Internacional. 2ª ed. México. Porrúa. 1998. Pp. 292.

PINA VARA, Rafael de. Derecho Civil Mexicano. 13ª ed. México. Porrúa. 1992. Pp. 411.

PINA VARA, Rafael de. Diccionario de Derecho. 28ª ed. México. Porrúa. 2000. Pp. 525.

PINA VARA, Rafael de. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Tomo I. Introducción, Personas y Familia. 20ª ed. México. Porrúa. 1998. Pp.406.

PLANIOL, Marcel Fernand. Derecho Civil. México. Oxford University Press. 1997. Pp. 1563.

RAMOS PAZOS, René. Derecho de Familia. Santiago Chile. Jurídica Chile. 1993. Pp. 573.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Tomo I: Introducción, Personas y Familia. 29ª ed. México. Porrúa. 2000. Pp. 537.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo I: Introducción y Personas. 9ª ed. México. Porrúa. 1999. Pp. 525.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo II: Derecho de Familia. 9ª ed. México. Porrúa. 1998. Pp. 805.

SÁNCHEZ MÁRQUEZ, Ricardo. Derecho Civil. Parte General: Personas y Familia. México. Porrúa. 1998. Pp. 746.

SEPÚLVEDA, César. Derecho Internacional. 20ª ed. México. Porrúa. 1998. Pp. 746.

SILVA, Jorge Alberto. Derecho Internacional Privado. México. Porrúa. 1999. Pp. 1005.

TENA RAMÍREZ, Felipe. Derecho Constitucional Mexicano. 29ª ed. México. Porrúa. 1995. Pp. 653.

TEXEIRO VALLADA, Haroldo. Derecho Internacional Privado. México. Trillas. 1987. Pp. 624.