

134
2e1



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

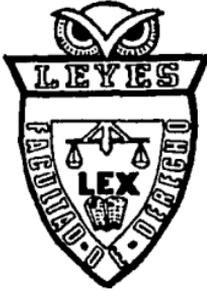
**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL**

LA NECESIDAD DE UNA ADECUADA LEGISLACION EN LA INSTITUCION DE LA ADOPCION, PARA FACULTAR AL MINISTERIO PUBLICO O AL TRABAJADOR SOCIAL PARA CONTINUAR CON LA VIGILANCIA DE LOS MENORES POSTERIORMENTE DE HABER SIDO ADOPTADOS

T E S I S

QUE PARA OPTAR AL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
SAMUEL CARBAJAL FLORES

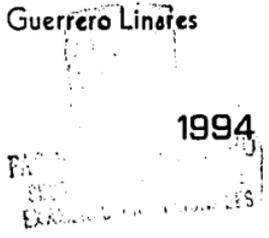
Asesor de Tesis: Lic. Angel Guerrero Linares



Cd. Universitaria, D. F.

1994

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**





Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A mis Padres, Juan y Lucina
que con su amor y apoyo
hicieron de mí un hombre
de provecho.

Al Lic. Salvador Rivero Valls,
que con su amistad y consejos
me ha impulsado en esta
carrera.

A mi asesor Lic. Angel Guerrero Linares,
por ser un gran guía y amigo en la
elaboración de la presente tesis.

A Maribel, por su amor y apoyo incondicional que han logrado que yo terminara el presente trabajo.

A mis hermanos y amigos, que
siempre me han
ayudado en la vida.

INDICE

CAPITULO I

	PAG.
LA ADOPCION	5
a) EVOLUCION DEL CONCEPTO DE ADOPCION.....	6
b) LA ADOPCION EN EL DERECHO ROMANO.....	11
c) LA ADOPCION EN EL DERECHO DE LA EDAD MEDIA....	15
1. LA ADOPCION EN ALEMANIA.....	16
2. LA ADOPCION EN FRANCIA.....	33
3. LA ADOPCION EN ITALIA.....	43
4. LA ADOPCION EN ESPANA.....	51
d) INCONVENIENTES DE LA ADOPCION.....	60

CAPITULO II

LA ADOPCION EN EL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

a) PERSONA DEL ADOPTANTE.....	66
1. REQUISITOS.....	66
2. FUNCIONES-OBLIGACIONES.....	67
3. DERECHOS.....	68
b) PERSONA DEL ADOPTADO.....	69
1. REQUISITOS.....	69
2. DERECHOS.....	70
3. OBLIGACIONES.....	70
c) PERSONA DE QUIEN EJERCE LA TUTELA, LA PATRIA POTESTAD O CUSTODIA.....	71
1. REQUISITOS.....	71
2. DERECHOS.....	71
3. FUNCIONES-OBLIGACIONES.....	72
d) REVOCACION DE LA ADOPCION.....	73
1. CAUSA IMPUTABLE AL ADOPTANTE.....	74
2. CAUSA IMPUTABLE AL ADOPTADO.....	75
3. MUTUO ACUERDO.....	76

CAPITULO III

NATURALEZA JURIDICA DE LA ADOPCION

a) LA ADOPCION COMO CONTRATO.....	77
b) LA ADOPCION COMO ACTO DE PODER ESTATAL.....	78
c) LA ADOPCION COMO INSTITUCION.....	80
d) LA ADOPCION COMO ACTO MIXTO.....	83
e) FORMAS DE ADOPCION.....	84
f)EFECTOS DE LA MUERTE DEL ADOPTANTE.....	87
1. LA PATRIA POTESTAD.....	87
2. LOS ALIMENTOS.....	88
3. LA SUCESION.....	88

CAPITULO IV

LA NECESIDAD DE UNA ADECUADA LEGISLACION EN LA INSTITUCION DE LA ADOPCION, PARA FACULTAR AL MINISTERIO PUBLICO O AL TRABAJADOR SOCIAL PARA CONTINUAR CON LA VIGILANCIA DE LOS MENORES POSTERIORMENTE DE HABER SIDO ADOPTADOS.

a) LA ADOPCION ENTRE NACIONALES.....	89
1. PROCEDIMIENTO.....	90
2. EFECTOS.....	92
b) LA ADOPCION DE MEXICANO POR EXTRANJERO.....	93
1. PROCEDIMIENTO.....	94
2. RECIPROCIDAD INTERNACIONAL.....	98
3. EFECTOS.....	99
c) CONVENIENCIA DE FACULTAR Y ENCOMENDAR AL MINISTERIO PUBLICO O A UN CUERPO DE TRABAJADORES SOCIALES PARA QUE CONTINUEN CON LA VIGILANCIA DE LOS MENORES AUN DESPUES DE HABER SIDO ADOPTADOS.....	103
d) LEY INTERNACIONAL DE LA ADOPCION.....	107
1. ANALISIS.....	108
CONCLUSIONES.....	115
BIBLIOGRAFIA.....	121
LEGISLACIONES.....	125

CAPITULO I

LA ADOPCION

La adopción reconoce antecedentes muy remotos, los cuales deben ser puestos de manifiesto antes de dar un concepto de la misma, ya que en sus orígenes tenía motivaciones muy distintas de las que ahora presenta. Pero lo que sí es claro, es que en ella se sigue manteniendo la idea de suponer a una persona hija de otra, aunque en realidad no sea su progenitora.

Parece ser que los orígenes de esta institución se remontan a la India, de donde junto con otras creencias religiosas, fue transmitida a los pueblos vecinos; todo hace suponer que de ahí la tomaron los hebreos: Efraín y Manasés, hijos de José, fueron adoptados por Jacob; Moisés por Térmla, hija de faraón, transmitiéndola a su vez con su emigración, a Egipto, de donde paso a Grecia y luego a Roma.

Los textos bíblicos hacen referencia a la institución del "Levirato", que obliga a los hermanos del esposo muerto sin descendencia a casarse con su cuñada para darle sucesión, llevando el primogénito el nombre del muerto y considerándosele hijo de él.

Daniel Hugo D'Antonio, al respecto señala que "...tanto el levirato como otras instituciones similares que rigieron las costumbres de los pueblos antiguos se basaban en la finalidad de otorgar descendientes a quien no la tenía o había fallecido sin hijos, asegurando de tal modo la subsistencia de la familia, con la consiguiente transmisión del nombre, el patrimonio, el culto de los dioses, etc." (1)

(1) D'Antonio, Daniel Hugo; Derecho de Menores, Argentina, Ed. Astrea, 1986, págs. 269 y 270

a) EVOLUCION DEL CONCEPTO DE ADOPCION

Respecto del concepto de adopción conviene establecer las diferentes conceptualizaciones que de ella se han hecho, desde la antigüedad hasta nuestros días y así poder entender el fin para el que fue creada.

Sabino Ventura Silva en su libro de Derecho Romano nos indica la manera en que se realizaba la adopción en Roma, además de que nos da su propia definición de la misma figura de la adopción diciendo que "...es el acto por el cual un extraño quedaba agregado a una familia romana, sometiéndose a la patria potestad del pater, como hijo o como nieto. Se efectúa sin la intervención del pueblo ni de los pontífices, porque el adoptado es un alieni iuris y que es además menos antigua que la arrogatio".(2)

Al respecto señalaremos también que además mediante ella se introducía a una familia civil a personas que no tenían por lo regular, ningún lazo de parentesco natural (biológico) con el jefe de familia.

En su Tratado Elemental de Derecho Romano, Eugene Petit señala que Modestino conceptualizó a dicha institución como "...la 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 jefe de familia." (3)

Dicha conceptualización nos da una idea más clara de lo que representaba en esa época la institución de la adopción para los romanos, quienes impedían a toda costa a través de esta que desapareciera el grupo familiar y también el culto de los antepasados.

- (2) Ventura Silva, Sabino; Derecho Romano, México, Ed. Porrúa, S. A., 1989, págs. 86 y 87
- (3) Petit, Eugene; Tratado Elemental de Derecho Romano, Traducc. Fernández González D. José, México, Ed. Epoca, 1990, págs. 320

Colin y Capitant la definen como "Un Acto Jurídico (generalmente un contrato) que crea entre dos personas relaciones ficticias y puramente civiles de parentesco y de filiación." (4)

Dichos tratadistas ubican a la adopción dentro de la figura del contrato, ya que para ellos el acto de adopción era eso, además de que pertenecían a la corriente contractualista que en Francia tenía lugar.

Por su parte Ripert y Boulanger definen a la citada adopción como "...el acto solemne sometido a la aprobación judicial, que crea entre dos personas relaciones análogas a las que resultarían de la filiación legítima." (5)

Dicho autor parte de la base planteada antiguamente por Modestino en Roma, sin que deje también este autor de considerar a la adopción como un contrato.

Los hermanos Mazeaud citados por Ignacio Galindo Garfias, la definen como "El acto voluntario y judicial que crea, independientemente de los lazos de sangre un vínculo de filiación entre dos personas." (6)

Dándonos asimismo él su propia definición: "Por la adopción una persona mayor de veinticinco años, por propia declaración de voluntad y previa la aprobación judicial, crea un vínculo de filiación, con un menor de edad o incapacitado." (7)

- (4) Colín, Ambrosio y Capitant H; Curso Elemental de Derecho Civil, Tomo I, España, Ed. Reus, Traducc. José Castan y José María Castan V., 1952, págs. 663
- (5) Ripert, Georges y Boulanger, Jean; Tratado de Derecho Civil, Tomo III, Traducc. Delia García Daireaux, Argentina Ed. La Ley, 1963, págs. 97
- (6) Galindo Garfias, Ignacio; Derecho Civil, México, Ed. Porrúa, S. A., 1980, págs. 652 y 653
- (7) idem.

Cabe aclarar que este concepto, no puede ser válido para todos los sistemas jurídicos, ya que el requisito como el de la edad para llevar a cabo dicho acto, no es el mismo en todos los países, ya que algunas legislaciones requieren más o menos la edad de veinticinco años para tener la posibilidad de adoptar.

Por lo que respecta al autor Francesco Messineo señala que la "...finalidad lateral de la institución es dar una familia a quien ya no la tenga o a quien no la haya tenido nunca (esto por lo que se refiere a hijos de padres desconocidos)." (8)

Este autor nos indica la finalidad y para que fue creada la adopción, que no es otra cosa mas que la de proporcionar una familia a quien carece de ella.

Para Sara Montero Dualht 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." (9)

Asimismo junto con la citada autora nosotros señalamos también que es por lo tanto un parentesco llamado civil, en razón de que tiene como fuente a la norma jurídica. Existiendo solamente este tipo de parentesco en los órdenes jurídicos que lo permiten y lo regulan.

Rafael Rojina Villegas nos da por su parte el concepto de adopción indicando que es "el acto jurídico de recibir como hijo, con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes al que no lo es naturalmente". (10)

- (8) Messineo, Francesco; Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo I y III, Traducc. Santiago Sentis Melendo, Ed. Egea, Argentina, 1979, págs. 270, 271 y 273
- (9) Montero Dualht, Sara; Derecho de Familia, México, Ed. Porrúa, S.A., 1990, págs. 320
- (10) Rojina Villegas, Rafael; Derecho Civil Mexicano, Tomo I, México, Ed. Porrúa, S. A., 1980, págs. 216

Nos parece una definición sencilla pero, con la base fundamental de señalar como se debe entender el acto de adopción por parte de quien pretende adoptar.

Para Aubry y Rau citados por Jorge Mario Magallón Ibarra "La adopción es un acto jurídico que crea, entre dos personas una relación análoga." (11)

Alberto Pacheco Escobedo nos indica señalando que "...en virtud de la adopción se crea una relación de filiación legal entre adoptante y adoptado, sin ningún fundamento biológico." (12)

Sentimos que para reafirmar lo citado por este autor es necesario abundar diciendo que es más, si este fundamento (el biológico) existiera, la adopción no procedería pues resulta ilógico que alguien pueda adoptar a su propio hijo.

Por lo que respecta a la Enciclopedia Jurídica Omeba, nos parece necesario también transcribir la definición que nos da de esta institución, ya que es acorde al fundamento moderno de la misma, define a esta diciendo: "La adopción, es una institución jurídica incorporada a las modernas legislaciones, que establece entre personas que pueden ser extrañas y cuya voluntad se encamina a ello, un vínculo artificial de parentesco, análogo al que existe entre el padre o madre unidos en legítimo matrimonio y sus hijos legítimos." (13)

De lo anterior se desprende que los deberes que la adopción impone a los adoptantes para la satisfacción de su delicada labor sean tratados, situándose en lugar prioritario, ya que esta institución conforma la protección a la minoridad y que su instrumentación jurídica debe responder cabalmente a esa idea.

- (11) Magallón Ibarra, Jorge Mario; Instituciones de Derecho Civil, Tomo III, México, Ed. Porrúa, S. A., 1988, págs. 500
- (12) Pacheco Escobedo, Alberto; La Familia en el Derecho Civil Mexicano, Ed. Panorama, 1985, págs. 188
- (13) Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo I, Argentina, Ed. Bibliográfica Argentina, 1954, págs. 497 y 498

Por otro lado, por lo que respecta al Diccionario Jurídico Mexicano, al tocar el punto respecto de la evolución sobre el concepto de la adopción, nos indica que "...la misma se ha entendido como un cauce o vía para realizar los deseos o aspiraciones de los matrimonios sin hijos y también como un cauce para la posible sociabilización de los niños abandonados o recogidos en establecimientos benéficos. Tendiendo a equiparar lo más posible la situación del hijo adoptivo con la del hijo legítimo y determinar la mayor ruptura posible de los originales vínculos del adoptado con su familia natural." (14)

A fin de destacar lo que es común a todas estas definiciones y que nos parece lo más cercano a las mismas señalamos lo siguiente:

Que el fin para el que fue creada la institución de la adopción, es que se trata principalmente de que el niño expósito, abandonado, de padres alcohólicos, locos, etc. se puedan integrar a una familia a fin de recibir educación haciendolo un ciudadano útil, y también que las parejas que intervengan en la tramitación de la correspondiente adopción, que por alguna razón no hayan tenido descendencia se la puedan dar a través de ésta o bien aquellas que ya tengan se preocupen por brindarle un hogar a quien carece de éste y pueda desarrollarse como persona en una sociedad.

Además que otra de sus características por decirlo así que se les observa es que se introduce a una persona extraña (esto es por lo general aunque hay casos de que pueda ser un familiar) o sin ningún lazo de parentesco natural a una familia ya integrada a la sociedad con o sin descendencia dándose legalmente una relación de parentesco ficticio entre adoptante y adoptado.

Por todo lo anteriormente expuesto definimos en consecuencia a la adopción: La adopción es la institución jurídica de protección familiar y social por la cual el adoptado entra a formar parte de la familia de el o de los adoptantes para todos los efectos, en calidad de hijo, estableciéndose en beneficio de su desarrollo integral.

(14) Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo I, México, Ed. Porrúa, S.A., 1985, págs. 124

b) LA ADOPCION EN EL DERECHO ROMANO

Al empezar nuestro estudio de la adopción -la forma realizada por los romanos es interesante transcribir la fórmula romana sobre la adrogatio que inserta Ferri en su tratado sobre la adopción: "queremos y ordenas romanos que Lucius Titus sea por ley hijo de Lucius Valerius, como si fuera nacido de él y su esposa; que Lucius Valerius tenga sobre él el derecho de vida y muerte como si fuera su hijo por naturaleza". (15)

Esta fórmula ya nos está dando idea del alcance de la institución en tiempo de los romanos.

La adopción alcanzó un gran desarrollo en Roma, donde tuvo una doble finalidad: la religiosa, tendiente a la perpetuidad del culto familiar, y otra, destinada a evitar la extinción de la familia romana.

Antonio Daniel D'Hugo nos indica que: "...en Roma se conocieron dos clases de parentesco adoptivo: El derivado de la adrogatio y el proveniente de la adoptio. En el primer caso se incorporaba a la patria potestad de un jefe de familia todo un grupo familiar carente de capacidad jurídica. En la adoptio, por el contrario la relación se establecía entre el pater familiae y el individuo adoptado." (16)

Posteriormente surgen en Roma otras instituciones como la del alumnado, que incorporaba a un menor a un grupo familiar donde, sin vínculo de parentesco, se establecía una obligación asistencial entre alumno y nutridor.

Ambas formas de adopción romana, tenían pues como primera finalidad la constitución de la patria potestad: sobre el adoptado, en la datio in adoptionem y sobre éste y los demás miembros de su familia, en la adrogatio...Con Justiniano, sin embargo, la adopción sufrió profundas reformas.

(15) Enciclopedia Jurídica Omeba, Op. cit. págs. 499-501

(16) D'Antonio Daniel Hugo, Op. cit. págs. 269-270

"El declinar de la familia agnática y otras causas, motivaron que la adopción dejara de tener como principal objeto, la sumisión a la patria y pasar a ser un medio de colocar al adoptado en la posición de hijo." (17)

Dos formas de adopción se distinguieron entonces para los efectos de la adoptio plena y la adoptio minus plena, en la primera se operaba la adquisición de la patria potestad por el adoptante, pero en la segunda, no.

La adopción se realizó por un procedimiento desviado, pero deducido de la Ley Decenviral.

FORMAS DE ADOPCION. - Las formalidades del adoptio en sentido restringido se desenvolvían en dos fases: PRIMERA, el alieni iuris era liberado de la autoridad del padre natural; SEGUNDA, la transmisión de la patria potestas al padre adoptivo mediante la in iure cessio. Para cumplir la primera fase, se aplicaba aquella disposición de la ley de las XII tablas que decretaba la pérdida de la patria potestas si el padre mancipaba por tres al hijo: una primera mancipación al adoptante seguida de la respectiva manumisión de este, por haberse comprometido así por pacto de fiducia. Una segunda mancipación era seguida de otra manumisión. A la tercera mancipación se rompía la autoridad del padre natural y el hijo quedaba in mancipio en poder del adoptante. Para cumplir con la segunda fase, y una vez que se había celebrado la tercera venta, el pretor donde tenía el lugar la ficción del proceso. El adoptante reclamaba al hijo como suyo, el pater familias, que en el caso era el reo, nada decía; el pretor aceptaba la acción del adoptante, consumándose así la adoptio (para dar en adopción a una hija o a un nieto bastaba una sola mancipatio paterna).

EFECTOS. - En el derecho clásico el adoptado sale de su familia civil, pierde sus derechos de agnación y conserva únicamente su cualidad de cognado; su padre adoptivo adquiere sobre él la autoridad paterna y su nombre se modifica como en la adrogatio:

(17) Castan Vázquez, José María; La patria potestad, España, Ed. Revista de Derecho Pivado, 1960, págs. 145-146

REFORMA DE JUSTINIANO.- Dos clases de adopción.

PRIMERA. la adopción hecha por un ascendiente o adoptio plena: un hijo emancipado daba a su abuelo en adoptio, a un hijo que había tenido después de su emancipación. El adoptado pasa de una familia a otra.

SEGUNDA. la adopción hecha por un extraño o adoptio minus plena. La adoptio era minus plena porque no hacía adquirir al adoptante la patria potestas sobre el adoptado, que permanecía en su familia original. (18)

El adoptado solamente adquiría derechos sucesorios en su familia adoptiva.

Además, como esta adopción no confería la patria potestad, se permitió que las mujeres pudieran adoptar, para consuelo de la pérdida de sus hijos.

"En la República el adoptado tomaba los nombres del adoptante, pero añadiendo un apellido de su gens primitiva; así, el hijo de Aemilius Paulus, adoptado Publis Cornelius Scipio, tomaba el nombre de Publius Cornelius Scipio Aemilius. En el bajo imperio se abandonó esta costumbre." (19)

Reglas comunes a la adrogación y a la adopción:

PRIMERA. el adrogado debía consentir en la adrogación. En la adopción el consentimiento del adoptado, en su origen no parece haber sido necesario. Acaso, desde el derecho clásico o quizá desde Justiniano, es preciso que el adoptado acepte la adopción. En nuestro derecho, el consentimiento, en caso de oposición del tutor o del ministerio público, lo suple la autoridad política del lugar en que resida el incapacitado.

SEGUNDA. el adoptante debe tener la pubertad plena; es decir: 18 años más que el adoptado y 36 más que el que se toma por nieto. El adrogante debería tener 60 años.

(18) Ventura Silva, Sabino; Op. cit. págs. 87-88

(19) idem.

TERCERA. la adrogación se permitía a los que no tenían hijos bajo su autoridad. Esta condición no es necesaria para el adoptante y adoptado, porque este entra como hijo en la familia adoptiva.

CUARTA. las mujeres no pueden adoptar. Bajo Diocleciano se permitió hacerlo a una pobre madre a la que se le había muerto su hijo.

QUINTA. los esclavos no podían ser adoptados, aunque una declaración de adopción hecha por el amo vale para el esclavo su manumisión.

SEXTA. la adrogación de los hijos nacidos fuera del matrimonio sólo era permitida en el derecho clásico; pero Justino hizo una excepción a los hijos naturales nacidos del concubinato, pues al mismo tiempo que prohibió adrogarlos, suprimió la legitimación por matrimonio subsiguiente. (20)

Justiniano conservó esta medida; sin embargo permitió al padre hacer uso de la legitimación por matrimonio subsiguiente o rescripto, la cual atenuaba los desastrosos efectos de aquella prohibición.

(20) ídem.

c) LA ADOPCION EN EL DERECHO DE LA EDAD MEDIA

En el presente punto resulta difícil establecer la figura de la adopción, ya que esta desapareció cerca de trece siglos, después del antiguo derecho romano.

Sara Montero Duahlt, indica que "...la adopción cae en desuso durante casi toda la Edad Media, y reaparece en el derecho germano primitivo con finalidades primordialmente bélicas." (21)

Asimismo Coll y Estivill en su Tratado de la Institución someramente nos señala "...la adopción cayó en desuso bajo la influencia de los derechos bárbaro y feudal, y donde ellos rigieron, subsistiendo donde imperaba el derecho romano con los rasgos que le imprimió la modificación Justiniana." (22)

Bossert y Zannoni repetitivamente apuntan también que "...durante al Edad Media la institución perdió prestigio en Europa, ya que se redujo considerablemente la posibilidad de heredar del adoptado cuando el causante tenía descendientes legítimos." (23)

(21) Montero Duahlt, Sara; Op. cit. págs. 322

(22) Coll, Jorge Eduardo y Estivill, Luis Alberto; La adopción e Instituciones análogas., Argentina, Ed. Tea, 1947, págs. 204

(23) Bossert, Gustavo A. y Zannoni, Eduardo A.; Manual de Derecho de Familia. Argentina, Ed. Astrea, 1989, págs. 388-389

1.- LA ADOPCION EN ALEMANIA.

La mayor parte de los autores al estudiar la institución entre los germanos, distinguen tres periodos a saber:

El de las primitivas costumbres, el de influencia del derecho romano hasta la sanción del código de Prusia y el periodo posterior hasta la sanción del código Alemán.

En realidad el tercer periodo mencionado ya corresponde al moderno derecho, pese a lo cual y dada la subsistencia de formas más antiguas del derecho romano, tiene características propias.

a) COSTUMBRES PRIMITIVAS.- Desde tiempos muy primitivos, los germanos practicaron la adopción.

Pueblo guerrero por naturaleza, la institución en su seno, debía tener lógicamente una finalidad guerrera, cual era la de hacer que el hijo adoptivo llevara adelante las campañas emprendidas por el jefe de familia adoptante. Por tal motivo el adoptado debía previamente haber demostrado en la guerra cualidades sobresalientes de valor y destreza.

El adoptado adquiría el nombre, las armas y el poder público del adoptante, pero no tenía derechos sucesorios en la herencia del padre adoptivo, salvo que éste le hiciera donaciones o lo instruyera heredero por testamento.

b) PERIODO DE INFLUENCIA DEL DERECHO ROMANO.- Este derecho de las costumbres del primitivo periodo fue modificándose paulatinamente bajo el influjo creciente del derecho romano. En el siglo XV, con las enseñanzas de la escuela de Bolonia, se llega al apogeo de la influencia romanista, imponiéndose la obra Jurídica de Justiniano en las diversas provincias germanas desde entonces el derecho fue una mezcla del derecho romano, del canónico, de primitivas costumbres y de derecho medieval.

Se hacía necesaria una recopilación y unificación, tarea que Federico II de Prusia encomendó a una comisión, siendo el encargado de su redacción el doctor Volmar. Resultado de ello fue el Landrecht o Código Prusiano de 1794.

c) El Landrecht.- Por su influjo posterior en el Código de Napoleón, el de Prusia de 1794 tiene importancia respecto a la adopción que trata en su parte II, título II, sección en forma orgánica.

De sus disposiciones surge lo siguiente:

1) La adopción se formaliza mediante un contrato escrito que debe ser confirmado por el tribunal superior del domicilio del adoptante.

Cuando confiere el nombre y las armas de la nobleza, requiere su confirmación por el soberano.

Vale decir que se da a la adopción la forma de un contrato solemne.

2) Las condiciones requeridas para la adopción son:

El adoptante debe tener 50 años cumplidos, por lo menos, no está obligado al celibato y carecer de descendencia.

El adoptado tiene que ser menor que el adoptante, para lo que no se determina expresamente una diferencia de edad, como se hacía entre los romanos.

La mujer casada, para adoptar, necesita del consentimiento del marido. Por su parte este no necesita del consentimiento de su mujer para adoptar, pero si ella no lo ha prestado, la adopción se considera inexistente al solo efecto de los derechos de la mujer en la sucesión del marido.

El adoptado mayor de 14 años de edad debe prestar su consentimiento y en todos los casos el padre o tutor debe prestarlo para que la adopción puede efectuarse.

El padre y la madre del adoptante también deben prestar su consentimiento. En caso contrario la adopción es válida pero el hijo adoptivo no tiene derecho a la sucesión del adoptante si este fallece antes que la madre o el padre que se opusieron.

3) Los efectos que produce la adopción son los siguientes en dicho código.- El adoptado toma el nombre del adoptante. Si la familia originaria del adoptado tiene títulos de nobleza, no los pierde por el hecho de la adopción.

Si los títulos son del adoptante, sólo se transmiten al hijo adoptivo mediando expresa autorización del soberano.

La adopción engendra los mismo derechos que entre padre e hijo legítimo.

El adoptante no tiene derecho alguno sobre los bienes del adoptado, quien conserva el derecho sucesorio en la herencia de sus padres naturales, solamente a favor de ellos se abre la sucesión.

El adoptado no adquiere derechos en cuanto a los bienes de los parientes del adoptante. Los hijos naturales del adoptante que nacieran después de la adopción, no se tienen como hermanos del adoptado. Sin embargo, de acuerdo a los artículos 708 y 710, si al constituirse la adopción han concurrido al contrato y prestado su consentimiento todos los parientes del adoptante, el adoptado entra en la familia adoptiva con todos los derechos de un hijo legítimo, ocurriendo lo mismo con sus descendientes.

Los lazos entre el adoptado y su familia natural subsisten. El hijo adoptivo toma el nombre del adoptante al que agrega al suyo.

d) Período posterior al Landrecht hasta la sanción del Código Alemán actual.- El Código de 1794 se aplicó en Prusia y en las regiones sometidas a su legislación. En las demás provincias alemanas no pudo desarraigar las costumbres y sobre todo el derecho Justiniano, que se aplicaba corrientemente. Además en muchas de ellas, influyó no poco y en muchos casos fue adoptado, el Código de Napoleón. Tal situación persistió hasta la sanción del Código alemán, en el año 1900, cuya aplicación no tuvo inconvenientes en una nación política y jurídicamente unificada. (24)

I. En el antiguo Derecho Privado alemán la adopción no tuvo una importancia notable. El ALR prusiano conoce una adopción con igualdad de condiciones para ambos sexos y además un contrato de prohiamiento.

Entre los modernos derechos y en la esfera Jurídica romana son muchos a los cuales la institución jurídica de la adopción les es todavía extraña.

El C.C., conoce sólo una especie de adopción que puede hacerse tanto por un hombre como por una mujer.

En la mayoría de los casos se adoptan hijos ilegítimos y la adopción es desde el punto de vista social un medio de la máxima importancia en beneficio de los hijos ilegítimos.

Por tanto con las aspiraciones hacia la mejora de la situación jurídica de los hijos ilegítimos marcha paralelamente los anhelos hacia la mejora de las normas de la adopción.

(24) Enciclopedia Jurídica Omeba, Op cit. Págs. 501-502

El proyecto de ley sobre la situación jurídica de los hijos ilegítimos de 1925-1929 se extiende por tanto también a la adopción.

La realidad nos presta con frecuencia una relación de prohibamiento sin adopción efectiva, a veces porque a ésta se le oponen ciertos obstáculos y a veces porque los interesados prefieren hallarse en una situación más libre en su recíproca situación, especialmente porque desean plena libertad para suprimir la relación. El C.C., en contraste con el Landrecht Prusiano ha dejado sin regular esa relación. El proyecto intenta ordenarla.

II. REQUISITOS POR PARTE DEL ADOPTANTE.

1.- El adoptante no debe tener ningún descendiente legítimo; a este efecto como a otros se equiparan a los legítimos los hijos legitimados o los nacidos de un matrimonio putativo. Lo consecuente sería que también la existencia de hijos adoptivos se opusiera a la adopción de otros. La existencia de un hijo ilegítimo; no así respecto a la madre ilegítima.

2.- El adoptante tiene que haber cumplido los 50 años, porque hasta la edad cabe esperar que tenga hijos propios. Ahora bien, es posible que la dispensa por el Estado, supuesto que el adoptante sea mayor de edad o este declarado tal.

La dispensa es de la competencia del Estado particular del cual es súbdito del adoptante. El gobierno territorial reglamenta su concesión. Si el adoptante es un alemán que no sea súbdito de ningún estado particular, la concesión de la dispensa compete al Canciller del Reich (actualmente al Ministro de Justicia del Reich).

3.- El adoptante ha de tener por lo menos 18 años más que el adoptado para que se le pueda confiar con autoridad paterna.

Este requisito que también puede ser dispensado.

Las normas más detalladas sobre esta dispensa son las mismas que en el caso anterior.

4.- Si el adoptante está limitado en su capacidad necesita el consentimiento o aprobación de su representante legal y la aprobación del tribunal de tuteladas.

Si el adoptante es incapaz el contrato no puede concluirse en modo alguno, ya que no puede otorgarse por un representante.

5.- Si el adoptante está casado necesita el consentimiento de su cónyuge. El consentimiento es en este caso como en los demás un asentimiento previo y puede declararse al adoptante, al hijo adoptivo o al tribunal competente para confirmar el contrato.

Si el cónyuge es incapaz no se requiere su consentimiento, pues éste no es indispensable cuando el cónyuge está permanentemente imposibilitado de emitir una declaración. Lo mismo sucede cuando su paradero es desconocido permanentemente.

III.- REQUISITOS POR PARTE DEL ADOPTADO.

1.- Si el adoptado es un hijo adoptado menor de 21 años sólo puede ser adoptado con el consentimiento de los padres. Si se trata de hijo ilegítimo también menor de 21 años es menester el consentimiento de la madre.

Respecto a este consentimiento rigen las mismas disposiciones que para el consentimiento del cónyuge del adoptante.

(Al cumplimiento de los 21 años no equivale la declaración de mayoría de edad).

2.- Si el adoptado está limitado en su capacidad, es necesario el asentamiento del representante legal y la aprobación del tribunal de tutelas. Antes de resolver el particular se ha de oír a la oficina de protección a la Juventud. Si el adoptado no tiene todavía los 14 años, podrá concluir el contrato su representante legal, que necesita la aprobación del tribunal de tutelas. (Antes de resolver sobre este particular se ha de oír a la oficina de protección de la Juventud). Rige lo mismo cuando el adoptado es incapaz, es decir, cuando tiene menos de 7 años o cuando habiéndolos cumplidos es enfermo mental o está incapacitado por enfermedad mental. En cambio, si el adoptado mayor de 14 años es incapaz, el contrato no puede concluirse, ya que salvo lo dispuesto en las normas que acabamos de citar, el contrato no puede concluirse por medio de un representante.

3.- Sobre el consentimiento del cónyuge del adoptado rige lo mismo que respecto al adoptante.

IV.- No constituye obstáculo para la adopción el que el adoptado sea hijo ilegítimo del varón adoptante. Igualmente la madre ilegítima puede adoptar a su hijo en concepto de legítimo.

V.- Un matrimonio puede adoptar en común a un hijo. Cabe también que un hijo adoptivo sea adoptado más tarde por el cónyuge del adoptante.

VI.- La adopción se hace por contrato entre el adoptante y el adoptado y confirmación por el tribunal.

1.- EL CONTRATO.

a). El contrato tiene que concluirse en presencia simultánea de ambas partes ante el tribunal o el notario.

b). No puede concluirse por medio de representante.

c). El contrato no puede concluirse bajo condición o término, siendo inadmisibles tanto el término inicial como el final y tanto la condición suspensiva como la resolutoria, que harían ineficaz el contrato.

d). El contrato puede ser nulo si choca contra las buenas costumbres. Tal sucede si ambas partes abusan de la adopción no proponiéndose tanto el establecimiento de las relaciones familiares propias de su finalidad como otras ventajas distintas, así sucede especialmente en el caso frecuente de adopción con el fin de adquirir a título un apellido noble. Pero tampoco cabe exigir de las partes un fin excesivamente ideal.

Del caso de nulidad por ser contrario el contrato a las buenas costumbres se ha distinguido el caso de simulación; en el primer caso las partes quieren seriamente las consecuencias jurídicas de la adopción para un fin ilícito y, en cambio, en el caso de simulación están de acuerdo en que no se habrán de producir estas consecuencias o que sólo se producirán algunas de ellas especialmente el derecho al nombre.

2.- LA CONFIRMACIÓN DEL CONTRATO DE ADOPCIÓN CORRESPONDE AL TRIBUNAL COMPETENTE.

a). El tribunal no debe dar o negar a su libre arbitrio la confirmación según entienda que el contrato sirva o no a los intereses de las partes, sino que únicamente ha de negar la confirmación si falta un requisito legal de la adopción. Tal es el caso también si el contrato contiene condiciones inadmisibles.

b). Si la confirmación ha sido denegada en firme el contrato pierde su fuerza. Los contratantes están vinculados por el contrato desde antes de la confirmación, pero la adopción sólo cobra su eficacia en méritos de la confirmación. Esa vinculación cesa si la confirmación se niega definitivamente.

c). Se plantea hasta qué punto la confirmación da eficacia a la adopción, cuando para su eficacia falta alguno de los requisitos legales.

La ley resuelve que el contrato de adopción es eficaz aunque al hacerse la confirmación se haya supuesto erróneamente que el cónyuge del adoptante, el padre o la madre del adoptado estaban permanentemente imposibilitados de emitir una declaración o su paradero era permanentemente desconocido.

De ahí se ha de deducir que en lo demás el acuerdo de confirmación no subsana los eventuales defectos de las condiciones legales previas para la adopción o los defectos eventuales de la misma conclusión del contrato.

Así, pues, resulta especialmente que, a pesar de la confirmación, no existe adopción eficaz si el contrato carece de la forma legal sino se ha exigido el consentimiento del padre o de la madre porque se les reputara muertos (pues tal circunstancia no es idéntica a la permanente incapacidad para emitir una declaración o al desconocimiento permanente de su paradero), si la incapacidad de uno de los contratantes se opone a la eficacia del contrato, si el tribunal de tutelas no ha dado su aprobación si se olvidó la existencia de descendientes legítimos o si el contrato es contrario a las buenas costumbres.

La aprobación del tribunal de tutelas es algo perfectamente independiente de la confirmación judicial. Por consiguiente se ha de poner de relieve que el tribunal de tutelas ha de examinar la oportunidad del contrato desde el punto de vista del adoptado, mientras que el tribunal competente para la confirmación no debe hacer ya este examen.

El examinar los requisitos de la adopción, el juez a quien compete no debe confiar en que el tribunal competente para la aprobación ha examinado el caso suficientemente.

El dar al acuerdo de confirmación una eficacia mayor de la que acabamos de darle sería inconveniente toda vez que no hay recurso alguno contra el acuerdo de confirmación. El tribunal competente para la confirmación ha de comprobar si existe la aprobación del tribunal de tutelas, pero no ha de volver a examinar el procedimiento en el cual ha sido dada.

d). Si el adoptado falleció antes de la confirmación ésta ya no es procedente, y no tendría tampoco sentido jurídico alguno, ya que el adoptante no tiene derecho sucesorio frente al adoptado; pero si el contrato ha sido concluido también con los descendientes del hijo, podrá ser confirmado en cuanto a este extremo incluso después de la muerte del adoptado.

Si el adoptante ha fallecido antes de la confirmación, esta, sólo será procedente todavía si el adoptante o el adoptado han presentado la solicitud de confirmación ante el tribunal competente o si al hacer la legalización del contrato ante el tribunal o el notario o con posterioridad a esta legalización ha confiado a ese tribunal o a ese notario la presentación de la instancia. La confirmación después de la muerte del adoptante tiene el mismo efecto que si se hubiere otorgado antes de la muerte, teniendo, pues, por consecuencia especial el dar al hijo adoptivo un derecho sucesorio frente al adoptante fallecido.

d). Por lo demás la confirmación alcanzó su eficacia al ser notificada al adoptante. El tribunal no está facultado para modificar el acuerdo de confirmación. Si la confirmación se ha hecho por un tribunal de primera instancia incompetente por razón del lugar, será eficaz no obstante.

EFFECTOS DE LA ADOPCION

I.- El hijo adquiere la situación jurídica de hijo legítimo del adoptante. En caso de adopción común por un matrimonio o de adopción de un hijo legítimo de un cónyuge por el otro, el adoptado ostentará la situación jurídica de hijo común de ambos cónyuges, lo cual rige naturalmente también cuando uno es adoptado primero por un cónyuge y es adoptado después por el otro.

II.- El hijo adquiere el apellido del adoptante. Le es lícito añadir a su nuevo nombre su apellido anterior pero puede excluirse en el contrato de adopción.

Si el hijo es adoptado por una mujer que a consecuencia de su matrimonio lleva otro nombre, el hijo tendrá como apellido de adopción el que hubiese tenido la mujer antes del (primer) matrimonio, pero naturalmente si el hijo es adoptado por los cónyuges tendrá el apellido del marido.

Si una mujer casada adopta el hijo de su marido, la adopción no trae consigo un cambio en el nombre del hijo.

III.- Si el adoptado es menor de edad el adoptante tiene la patria potestad en todos sus efectos y por tanto, con inclusión al disfrute del patrimonio del hijo. También ocurre esto cuando una mujer adopta un hijo. Si uno es adoptado por un matrimonio o si uno de los cónyuges adopta al hijo del otro, la patria potestad, exactamente lo mismo que cuando se trata de hijos naturales corresponde en primer lugar al padre y la madre sólo la tendrá cuando la tendría si se tratase de un hijo natural.

La patria potestad del adoptante en su totalidad y en sus elementos singulares está sujeta a los mismos principios que la de los padres naturales por lo que se refiere a la suspensión, privación, y demás causas de terminación. Si se produce cualquiera de estos acontecimientos la relación de adopción subsiste en cuanto a los demás, de igual manera que el hijo natural no deja ser hijo de su padre porque se pierda o relaje la patria potestad.

IV.- El adoptado tiene frente al adoptado un derecho sucesorio como un hijo natural del matrimonio. Por el contrario, la adopción no da al adoptante ningún derecho sucesorio.

V.- Respecto al deber de alimentos se ha de observar lo siguiente:

1. El adoptante está obligado a prestar alimentos al hijo adoptivo como si fuera hijo legítimo. Si existen parientes naturales obligados a prestar alimentos, su obligación no desaparece por la adopción, pero el deber del adoptante se antepone ante aquellos.

2. El adoptado en concepto de hijo del adoptante está obligado a dar alimentos a éste conforme a la reglas ordinarias.

3. El deber de dotar a la hija incumbe al adoptante igual que a los padres naturales. Dada la íntima conexión entre el deber de prestar alimentos y el de dotar se ha de suponer que, correlativamente es precedente el deber del adoptante.

VI.- La adopción afecta a los descendientes del adoptado. Adquiere la situación descendientes legítimos del adoptante de la misma manera y con mismos criterios que rigen para el propio adoptado. Sin embargo respecto de los descendientes del hijo existentes al tiempo de la conclusión del contrato y respecto a los descendientes que nazcan posteriormente de tales descendientes, lo dicho sólo rige si el contrato de adopción ha sido concluido también con los descendientes existentes.

VII.- Los parientes del adoptante no están afectados por la adopción. El cónyuge del adoptante no tiene afinidad con el hijo adoptivo y no hay derecho sucesorio entre el hijo y los parientes del adoptante.

VIII- La adopción no afecta a las relaciones jurídicas entre el adoptado y sus parientes, salvo pactos especiales. El adoptante no tiene afinidad con el cónyuge del adoptado.

Las disposiciones especiales que aquí interesan son las siguientes:

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

2. El adoptante está obligado a dar alimentos al hijo y a los descendientes a quienes se extienda la adopción, con prelación a los padres naturales, más no con prelación al padre ilegítimo, pero en lo demás subsiste el deber de alimentos de los parientes naturales. El hijo adoptivo está obligado a prestar alimentos a sus descendientes, en concepto de ascendiente más próximo, incluso con prelación al adoptante, aunque la adopción alcance a aquellos. Asimismo los descendientes del adoptado tienen que alimentar a éste con preferencia a los ascendientes y por tanto incluso con preferencia al adoptante.

3. Si el padre o la madre naturales llegan al caso de dar alimentos al hijo y a la vez ha terminado la patria potestad del adoptante o esta se halla por incapacidad del mismo o porque el tribunal de tutelas ha constatado que estará impedido de hecho durante largo tiempo para el ejercicio de la patria potestad, reaparecen el derecho y el deber del padre natural o de la madre natural de cuidar de la persona del hijo, pero no del derecho de representarlo y, por tanto, el hijo adoptado necesita un tutor.

IX.- El contrato de adopción puede excluir el derecho sucesorio del adoptado frente al adoptante. Esta posibilidad es correlativa a la libertad de renunciar a la sucesión incluso tratándose de hijos naturales. Puede excluirse el disfrute paterno del adoptante sobre el patrimonio del hijo correlativamente al derecho del titular de la potestad de renunciar tal disfrute a un tratándose de hijos naturales. Ahora bien, respecto a los demás los efectos de la adopción, tal como los regal la ley no pueden ser modificados.

X.- El hijo adoptivo ostenta la situación Jurídico-civil del hijo legítimo conforme a las reglas antes expuestas. Si en las leyes fuera del código civil se habla de hijos legítimos, no ha de establecerse la presunción de que quieran comprender, además de los hijos legítimos, los adoptivos. Ahora bien, modernamente ha tomado impulso la inclinación de equiparar, por lo que se refiere a la asistencia pública, los hijos adoptivos a los naturales.

También han alcanzado su equiparación con los hijos legítimos naturales respecto al impuesto de herencias.

VICIOS DE LA VOLUNTAD. IMPUGNACION SUPRESION DE LA ADOPCION

I.- El contrato de adopción es válido en caso de reserva mental salvo que la otra parte la a haya advertido; en caso de simulación es nulo.

El contrato puede ser impugnado por las causas corrientes de impugnabilidad de los negocios jurídicos y lo mismo puede ser impugnado el consentimiento del cónyuge del adoptante o del hijo o del padre o de la madre del adoptado.

La impugnación se hace en general según las reglas corrientes y tiene el efecto de anular retroactivamente la relación de adopción. A este efecto nada altera las consecuencias el que la confirmación de aceptación se haya hecho por el tribunal.

Ahora bien, rigen las siguientes disposiciones especiales: La impugnación no puede hacerse por medio de representante; pero la impugnación del contrato de adopción por parte del adoptado sino tiene 14 años puede hacerse por su representante legal con aprobación del tribunal de tutelas. Por lo demás, el sujeto de capacidad limitada necesita para impugnar el contrato (pero no el consentimiento) el asentimiento de su representante legal y del tribunal de tutelas.

II.- Si la adopción no puede hacerse señalándole una limitación temporal, puede, sin embargo, ser suprimida por contrato confirmado judicialmente. Esto es muy oportuno, pues no son raras las adopciones de que la gente se arrepiente con razón.

1. La supresión exige un contrato entre el adoptante y el adoptado. Si existen descendientes, a los cuales se extiendan los efectos de la adopción, estos tendrán que ser también parte en el contrato.

Si un matrimonio ha adoptado en común a un hijo o si un cónyuge ha adoptado al hijo del otro, la supresión de la adopción requiere la cooperación de ambos cónyuges.

2. Si el hijo ha fallecido los demás interesados pueden suprimir por contrato la relación jurídica entre ellos existente, pero no es posible que algunos de los interesados, es decir algunos de los descendientes del hijo afectados por la adopción, resuelvan la adopción con el adoptante o que uno de ambos cónyuges de los cuales partió la adopción supriman la relación entre él y los descendientes del hijo.

3. Si un matrimonio ha adoptado un hijo, una vez muerto uno de los cónyuges, el supérstite puede resolver la relación de adopción entre él y el hijo como también con sus descendientes, pero no entre él y una parte de estas personas. Si el hijo legítimo de uno de los cónyuges fue adoptado por el otro, este podrá resolver la adopción después de la muerte de aquel.

4. El contrato de supresión de la adopción está sujeto a igual forma que el contrato de adopción, a las mismas reglas sobre exclusión de condiciones y términos, de exclusión de la representación, de asentimiento del representante legal, de aprobación del tribunal de tutelas, de confirmación judicial y de impugnación.

5. Si se suprime la adopción, el adoptado y sus descendientes afectados por aquella pierden el derecho a llevar el apellido del adoptante, pero si después de la muerte de uno de los cónyuges la adopción es resuelta respecto de los hijos adoptados en común, tal disposición, huelga decirlo, no tiene aplicación. Todas las relaciones jurídicas entre el adoptante de un lado y el hijo y sus descendientes de otro quedan resueltas con la supresión. No resurge la patria potestad de los hijos naturales.

6. Está prohibido el matrimonio entre adoptante y el adoptado o un descendientes de éste, mientras subsista la relación jurídica constituida por la adopción.

Por lo que se refiere a los descendientes es indiferente que la adopción les afecte o no. Si el matrimonio se contrae a pesar de la prohibición será válido no obstante, pero se extingue automáticamente al contraerse el matrimonio la relación de adopción entre los cónyuges (no también con relación a los demás interesados). Si el matrimonio es nulo no extingue la adopción, pero sólo puede alegarse que no la ha extinguido cuando se puede alegar la nulidad del matrimonio. Ahora bien, en caso de nulidad del matrimonio, si la patria potestad sobre de un cónyuge corresponde al otro, caducará al celebrarse el matrimonio, pudiendo alegarse inmediatamente que no la tiene ya que entonces la ha perdido o por la supresión de la adopción o por caducación de la patria potestad.

Que la patria potestad ha caducado sólo puede alegarse cuando puede alegarse la nulidad del matrimonio. La caducación de la patria potestad no tiene lugar si la nulidad del matrimonio deriva de un defecto de forma y el matrimonio no ha sido inscrito en el registro. (25)

(25) Kipp, Theodor y Wolff Martin; Derecho de Familia, Vol. II. Traducc. del alemán por González Pérez Blas y Alguer José. Ed. Bosch, Barcelona, 1952, págs. 153-182

2.- LA ADOPCION EN FRANCIA.

En Francia, al tiempo de redactarse "...el CODE, Napoleón trató de influir en la regulación de la adopción, para que se estructurara una institución que no guardara diferencias con la filiación por naturaleza. Sin embargo, el CODE organizó la adopción para mayores de edad, y también de ese modo fue regulada en los restantes países europeos en siglo XIX. Era, entonces, un contrato -a través del cual se unían familias de viejo abolengo y pérdida fortunas con familias plebeyas de riqueza reciente- y no un medio de protección a la infancia." (26)

En Francia, en el derecho antiguo y por influencia del derecho canónico que desconoce a esta institución, no se reguló la misma.

Fue el código Napoleón el que la introdujo en Francia bajo la destacada influencia del entonces primer cónsul que aspiraba a buscarse descendencia por este medio. El proyecto original del código proponía una forma muy parecida al adoptio plena romana. La comisión altero sustancialmente el proyecto y estableció una adoptio minus plena limitada únicamente a los efectos patrimoniales de alimentos y sucesión legítima entre adoptante y adoptado.

"La adopción plena surgió en Francia a raíz de los efectos de la Primera Guerra Mundial (1914-1918) y en la actualidad se regulan ambos tipos de adopción, llamándosele a la primera "legitimación adoptiva", denominación desafortunada pero que produce efectivas consecuencias jurídicas muy semejantes a la filiación matrimonial." (27)

(26) De Ruggiero, Roberto; Instituciones de Derecho Civil, Traducc. Serrano Soñer Ramón y Santa Cruz Tejeiro José, Ed. Reus, Madrid 1968, págs. 389

(27) Montero Dualht, Sara. Op. cit. pág. 322-323

"Establecida la adopción en el Código Civil francés con un criterio individualista y con la finalidad de que el adoptante pudiera darse un heredero que ocupe el lugar del hijo legítimo y que lleve su apellido a fin de que no se extinguiera por falta de descendientes, a partir del año de 1923, después de que se introdujo la primera reforma en esta materia en el Código Civil francés, se vió en la adopción, el instrumento adecuado para ayuda y protección de los menores desamparados y dejó de considerarse a esta institución desde el punto de vista del interés del adoptante, para tomar en cuenta principalmente el interés del adoptado. La adopción desde entonces ha sido vista como institución de servicio social de interés público y de asistencia a la niñez desvalida." (28)

CONDICIONES DE LA ADOPCION.

Estas condiciones varían, según que se trate:

- 1.- de la adopción ordinaria; 2.- de la adopción remuneratoria;
- 3.- de la adopción testamentaria.

I.- ADOPCION ORDINARIA.- La adopción ordinaria o de derecho común debe ser considerada en cuanto a sus condiciones de fondo y en cuanto a su forma.

1.- Condiciones de fondo.- La adopción resulta de un contrato celebrado entre el adoptante y el adoptado. De uno y de otro se requieren numerosas condiciones. Su característica general es que todas ellas tienden a impedir que la institución no puede desviar del matrimonio.

(28) Galindos Garfias, Ignacio. Op cit. págs. 657

A. Del adoptante se requieren, además de las condiciones del derecho común, es decir, aptitud para otorgar consentimiento válido, las condiciones especiales siguientes:

a). El adoptante al hacer la adopción, debe haber cumplido 50 años y tener, por lo menos 15 años más que el adoptado.

b). No debe tener, en el momento de la adopción, ningún hijo o descendiente legítimo. Sobre el alcance de esta expresión no puede haber duda. Por una parte, es cierto que la existencia de un hijo o descendiente, simplemente concebido constituye un obstáculo a la adopción, lo mismo que la de un hijo ya nacido, y que los hijos legitimados deben ser asimilados a los hijos legítimos. De otra, la existencia de hijos naturales no pone obstáculos a la adopción.

Lo mismo sucede con la existencia de hijos adoptivos: prohibiendo el matrimonio entre dos hijos adoptivos de una misma persona.

c). Si el adoptante es casado, necesita el consentimiento de su cónyuge. Como la ley no distingue, esta regla ha de aplicarse aún en el caso de separación de cuerpos sin que el consentimiento del cónyuge pueda ser cumplido por el del juez. Por el contrario, se admite que este consentimiento pueda otorgarse sin sujeción a ninguna forma determinada que no necesita estar contenida en un acta auténtica.

d). El adoptante debe haber socorrido y dispensado cuidados no interrumpidos al adoptado durante su menor edad y seis años al menos. Esta condición tiende a impedir que la adopción constituye una sorpresa por obsesión o sea concedida por capricho.

La ley no define que es lo que ha de entenderse precisamente por cuidados y socorros, teniendo que determinarlo el poder soberano del juez.

e). Finalmente, el adoptante debe gozar de buena reputación.

B. En el adoptado, además de la lucidez y de la libertad del consentimiento, se exige:

a). Que no haya sido adoptado por otra persona, porque "nadie puede ser adoptado por varias, a no ser por dos esposos", y esto conjunta o sucesivamente.

b). Que el adoptado sea mayor de edad.

c). Que sea autorizado por sus padres si no ha cumplido la edad de 25 años, y después de esta edad, que por lo menos se les haya pedido su consejo mediante un acta respetuosa.

Se observarán que la ley no establece ninguna diferencia en esta materia, según los sexos Jóvenes (varones y hembras) que hoy pueden casarse desde los 21 años sin autorización paterna, la necesitan hasta los 25 para ser adoptados.

A falta de los padres, la autorización no pasa a ningún ascendiente, estando el padre y la madre en absoluta situación de igualdad. Por consiguiente, ni basta el consentimiento del padre en caso de disenso, ni, en caso de divorcio o de separación de cuerpos de los padres debiéndose conceder el predominio a aquel en cuyo favor se ha dictado la sentencia y que ha obtenido la buena del hijo.

d). Si el adoptado es una mujer casada, se necesita el consentimiento del marido? La ley no lo dice, pero la afirmativa resulta de los principios generales en materia de autoridad marital. Pero, precisamente porque ha de aplicarse aquí el derecho común, la autorización del marido, si rehusa a darla, podrá suplirse por la del tribunal.

e). Una controversia clásica se ha suscitado acerca de si la adopción podía aplicarse a un hijo natural del adoptado.

Es evidente que un acto de esta naturaleza parece prestarse a la crítica, en cuanto que permite a los padres eludir y a las restricciones impuestas por la ley a la capacidad de los hijos naturales de recibir sus bienes por sucesión o donación, y a las condiciones requeridas para su legitimación. Sin embargo, la jurisprudencia se ha pronunciado en el sentido más liberal y más favorable a los hijos naturales. No parece excluir los hijos adulterinos o incestuosos, puesto que el tribunal tiene la facultad de descartar una adopción escandalosa alegando que el adoptante no goza de la buena reputación requerida.

2.- Condiciones de forma.- El contrato de adopción deberá celebrarse ante el juez de paz, ser confirmado por la justicia y transcrito en el registro del estado civil.

A. El contrato de adopción se celebra ante el juez de paz.- será competente el del domicilio del adoptante. Las partes deberán comparecer en persona o mediante poder especial y auténtico.

En esta fase del procedimiento es cuando propiamente se forma el contrato de adopción.

De aquí se deducen las consecuencias siguientes:

a). En este momento deberán reunirse las condiciones necesarias para celebrarlo.

b). A partir de esa comparecencia ante el juez de paz, el adoptante y el adoptado quedan comprometidos sin que puedan ya retractarse.

c). Suponiéndose que una de las partes falleciera, la otra podrá válidamente exigir el cumplimiento de las demás formalidades prescritas para la consumación de la adopción.

B. La confirmación o aprobación judicial tiene dos fases:

a). Ante el Tribunal Civil.- Una copia autorizada del contrato celebrado ante el juez de paz será transmitida en el plazo de diez días por la parte más diligente la procurador de la República. Para esto no se necesita abogado. Si los herederos del adoptante quisieran hacer alguna observación, las remitirán con las memorias que estimen oportunas al procurador de la República. El Tribunal, en Cámara del Consejo, examina si se han reunido las condiciones necesarias para la adopción, y oído al ministerio público, sin más formas procesales, decidirá que ha lugar o que no ha lugar a la adopción. Esta decisión no es motivada.

b). Ante el Tribunal de apelación.- De la decisión del Tribunal Civil rehusando la confirmación o aprobación podrá recurrirse ante el Tribunal de apelación. Aún más: este deberá pronunciarse aún cuando se haya concedido en primera instancia la confirmación. A este efecto la decisión del Tribunal Civil quedará sometida durante el mes siguiente al Tribunal de apelación. Estatuye en la misma forma que el Tribunal Civil, es decir, sin procedimiento, sin necesidad de abogados, sin motivaciones.

Si el Tribunal decide que ha lugar a la adopción, su sentencia se dicta si, por el contrario la rechaza, su decisión debe dictarse en Cámara del Consejo.

No hay otra fase en el procedimiento. Siendo un acto de jurisdicción graciosa, no puede entablarse recurso de casación contra la sentencia que concede o rehusa la adopción.

c). La transcripción, no de la sentencia de la adopción, sino del contrato celebrado ante el juez de paz, tiene lugar dentro de los tres meses siguientes a la sentencia, a instancias de una cualquiera de las partes y mediante la presentación de una certificación de la sentencia, en el registro de nacimientos del Municipio en que esta domiciliado el adoptante.

La adopción quedará sin efecto sino se efectúa la transcripción. De donde resulta que, aunque revocable en principio, el contrato puede deshacerse por voluntad de las dos partes, si se ponen de acuerdo para no pedir la transcripción.

Después de la Ley de 13 de febrero de 1909, que ha este efecto añadió un párrafo al artículo 359, deberá hacerse mención de la adopción al margen del acta de nacimiento del adoptado. Sin embargo, la sanción de la falta de cumplimiento de esta formalidad no es ya lo de destruir los efectos de la adopción. No puede hacerse producir esta consecuencia a una negligencia imputable solamente al oficial del Estado Civil.

II. ADOPCION REMUNERATORIA.- Esta variedad de adopción está sometida idénticamente a las mismas condiciones de forma que la adopción ordinaria. Sin embargo, desde el punto de vista de las condiciones de fondo se conceden en ella muchas facilidades.

La facultad puede ejercitarse respecto de aquel "que haya salvado la vida del adoptante, ya en un combate, ya retirándole de las llamas o de las olas", con sujeción solamente a las condiciones que siguen. Que el adoptante sea mayor de edad, que tenga más edad que el adoptado, que no tenga hijo ni descendientes legítimos y que, si está casado, obtenga el consentimiento de su cónyuge.

Este texto sugiere dos observaciones:

A. La ley ha suprimido, en favor de la adopción remuneratoria, algunas de las condiciones requeridas en el adoptante. Sin embargo, como no habla de los que debe reunir el adoptado, debe concluirse que en este respecto se deben aplicar las reglas del adopción ordinaria.

B. La indicación de los rasgos de abnegación que pueden justificar la adopción, no es limitativa, debiéndose assimilar a los casos previstos por la ley, todos aquellos en los que el adoptado haya salvado la vida del otro exponiéndose él mismo a grave peligro.

III.- ADOPCION TESTAMENTARIA.- La adopción testamentaria se haya estrechamente unida a la institución de la tutela oficiosa, especie de diminutivo y de prólogo de la adopción propiamente dicha, institución de beneficencia que el legislador de 1804 ha organizado con un cuidado minucioso, pero que no ha respondido a las esperanzas que en ella se tenían, por que en el práctica se encuentran muy pocas aplicaciones de ella.

Toda persona, hombre o mujer, de más de 50 años de edad que no tenga hijos ni descendientes legítimos, provista del consentimiento de su cónyuge, si es casada, puede declararse tutor de un hijo de menos de 15 años de edad mediante un acta redacta ante el Juez de paz del domicilio de este hijo, teniendo el consentimiento de sus padres, y a falta de ellos del consejo de familia, o sino tiene familia de los administradores del hospicio en que se haya recogido o del Municipio del lugar de su residencia (las condiciones de 50 años de edad en el tutor y de menos de 15 en el pupilo son descartadas por la ley del 27 de Julio de 1917 para que en el caso que un pupilo de la nación haya sido confiado durante tres años a un particular).

El tutor oficioso dirige la persona del pupilo y administra sus bienes, si los tiene; pero en este caso no puede educarlo y mantenerlo con cargo a las rentas de aquellos. La ley impone, además, al tutor oficioso diversas obligaciones: la de alimentar al pupilo, educarle e instruirle en un oficio, no abandonarle, y, en cierta medida, adoptarle al llegar a la mayor edad.

Hay que distinguir dos casos:

1.- Si el tutor sobrevive al llegar el pupilo a la mayor edad, puede proponer a éste adoptarlo.

Si acepta, la adopción será en la forma ordinaria. Si rehusa, el tutor queda libre, respecto a él, de toda obligación. Si el tutor oficioso se abstiene de proponerle la adopción, el pupilo, dentro de los tres meses siguientes al llegar a la mayor edad puede requerirle a que lo adopte, y si este requerimiento no fuera atendido, el pupilo no estuviera en condiciones de ganarse la vida, reclamarle una indemnización consistente en la cantidad de socorros necesarios para aprender un oficio.

2.- Si el tutor fallece antes de que tutor llegue a la mayoría de edad y después de 5 años cumplidos de tutela, puede conferir al pupilo, mediante testamento, el beneficio de la adopción, sin más condiciones que aquel no deje hijos legítimos.

Dos observaciones para concluir:

A. El efecto del testamento de adopción está subordinado al fallecimiento del testador durante minoría de edad del pupilo porque si sobreviviera lo bastante para tener tiempo y posibilidad de proceder a una adopción regular, quedaría sin eficacia la hecha en el testamento, aún cuando muriera después sin haber revocado sus disposiciones.

B. Si el tutor falleciera antes de que el pupilo llegara a la mayoría de edad, pero sin haberlo adoptado, este tendrá derecho a reclamar alimentos a sus herederos hasta el día de su mayoría de edad.

ACCIONES DE NULIDAD CONTRA EL ACTA DE ADOPCION

Los efectos que la ley concede a la adopción no se producen evidentemente cuando este contrato está afectado de nulidad, porque siendo puramente graciosas las decisiones que le confirman, no conceden a la adopción fuerza de cosa juzgada, y no hay duda de que, como todo acto jurídico, puede ser impugnado ante los Tribunales cuando falta alguna de las condiciones requeridas por la ley para su formación.

La nulidad de la adopción es absoluta o relativa.

Hay nulidad absoluta, que puede invocarse, por consiguiente, por toda persona interesada sino se ha observado alguna de las formas requeridas, por ejemplo, sino se ha hecho la adopción ante el juez de paz, si la sentencia del Tribunal de apelación no se ha dictado en audiencia pública, sino se ha hecho en los registros del Municipio distinto al del domicilio del adoptante. Sin embargo, la Jurisprudencia no castiga necesariamente de nulidad la falta de observancia del plazo concedido para la remisión de la copia autorizada del contrato al procurador de la República; el Tribunal que conozca la demanda de confirmación apreciará si dicho retraso es de tal naturaleza que le induzca a denegar.

En todo caso, una vez pronunciada la confirmación, cubre toda irregularidad.

De la misma manera, el defecto de competencia del juez de paz que haya conocido de la declaración de las partes sólo será causa de nulidad si hubo intención de fraude.

Al lado del vicio de forma, la ausencia de una de las condiciones de fondo requeridas para la adopción da lugar a nulidad absoluta siempre que se trate de una condición que se refiera a consideraciones de orden público, como la de no desviar del matrimonio a los ciudadanos, por ejemplo, condiciones de edad y en caso también de fraude, consistente en simular un salvamento para llegar a una adopción remuneratoria, no justificada en realidad.

En cuanto a los vicios del consentimiento en una de las partes o falta de autorización de los padres o del cónyuge del adoptado, sólo son causa de nulidad relativas, que por consiguiente, solo pueden invocar las persons cuyo consentimiento ha sido viciado o cuya autorización falta. (29)

- (29) Colín Ambrosio y Capitán H.; Curso Elemental de Derecho Civil, Tomo I. Traducc. por la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Ed. Reus, Madrid, 1952, págs. 663-673

3.- LA ADOPCION EN ITALIA.

Al referirnos a este numeral y en base a lo que señala Francesco Messineo la tramitación de dicha institución no ha cambiado desde que se implantó en Italia, por lo que creemos conveniente transcribir lo que su Código Civil preceptúa y el cual la resume en dos grandes capítulos que son efectos y formas de la misma:

1.- De la adopción y de sus efectos.

a). Condiciones.- La adopción se permite a las personas que no tienen descendientes legítimos o legitimados, que han cumplido los 50 años y que exceden al menos en 18 años de edad de aquellos que quieran adoptar.

Cuando circunstancias excepcionales lo aconsejen, la Corte de Apelación puede autorizar la adopción si el adoptante ha alcanzado al menos la edad de 40 años y si la diferencia de edad entre el adoptante y el adoptado es al menos de 16 años.

b). Prohibición de la adopción por diversidad de raza.- La adopción no se permite entre ciudadanos de razas arias y personas de raza diversa.

El Rey o las autoridades delegadas para ello pueden conceder dispensa de la observancia de esta disposición.

c). Prohibición de adopción de los hijos nacidos fuera del matrimonio.- Los hijos nacidos fuera del matrimonio no pueden ser adoptados por sus progenitores.

No puede, sin embargo, declararse la nulidad de la adopción si, en el momento que ésta tuvo lugar, la calidad de hijo natural no resultara de reconocimiento o de declaración judicial.

El reconocimiento posterior a la adopción no tiene efecto sino a los efectos de la legitimación.

Si el adoptado es un hijo natural que no puede ser reconocido, puede declararse siempre la nulidad de la adopción.

d). Pluralidad de adoptados o de adoptantes.- Nadie puede tener varios hijos adoptivos sino son adoptados mediante el mismo acto.

Nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo que los dos adoptantes sean marido y mujer.

e). Adopción por parte del tutor.- El tutor no puede adoptar a la persona de la cual ha tenido la tutela, sino después que hay sido aprobada la cuenta de su administración, se haya hecho la entrega de los bienes y se hayan extinguidos las obligaciones resultantes a su cargo o se haya dado garantía idónea para su cumplimiento.

f). Consentimiento para la adopción.- Para la adopción se exige el consentimiento del adoptante y del adoptado.

Si el adoptado no ha cumplido los dieciocho años, el consentimiento se da por su legítimo representante; se ha cumplido los dieciocho años pero no ha cumplido todavía los veintuno, el representante legal debe dar su asentimiento.

Si el adoptando ha cumplido doce años, debe ser oído personalmente.

g). Asentimiento del cónyuge y de los progenitores.- Si el adoptando o el adoptante están casados, es siempre necesario el asentimiento del cónyuge.

Es necesario también el asentimiento de los padres del adoptando.

h). Momento después que se producen los efectos de la adopción.- La adopción produce los efectos desde la fecha del decreto que la pronuncia.

Mientras el decreto no se dicta, tanto el adoptando como el adoptante pueden revocar su consentimiento.

Si el adoptante muere después de la prestación del consentimiento y antes de que se haya dictado el decreto, se puede proceder al cumplimiento de los actos necesarios para la adopción.

Si la adopción se admite, la misma produce sus efectos desde el momento de la muerte del adoptante.

i). Apellido del adoptado.- El adoptado toma el apellido del adoptante y lo agrega al propio.

El adoptado que sea hijo natural, no reconocido por los propios progenitores, toma sólo el apellido del adoptante. El reconocimiento posterior a la adopción no hace asumir al adoptado el apellido del progenitor que lo ha reconocido, salvo que la adopción sea posteriormente revocada.

Si la adopción se lleva a cabo por una mujer casada, el adoptado que no se hijo del marido, asume el apellido de la familia de ella.

Si la adopción se lleva a cabo por ambos cónyuges, el adoptado asume el apellido del marido.

j). Derechos y deberes del adoptado.- El adoptado conserva todos los derechos y deberes respecto de su familia de origen, salvo las excepciones establecidas por la ley.

k). Patria Potestad y administración de los bienes.- La patria potestad sobre el adoptado corresponde al adoptante.

Este tiene la obligación de mantener o adoptado, de educarlo y de instruirlo.

Si la mujer adopta al hijo del propio marido, el ejercicio de la patria potestad corresponde al marido.

Si el adoptado tiene bienes propios, la administración de ellos, durante la menor edad del adoptado, corresponde al adoptante, el cual no tiene el usufructo legal, pero puede emplear sus rentas para los gastos de mantenimiento, educación e instrucción del menor, con la obligación de invertir el excedente en forma fructífera.

l). El adoptante deber hacer el inventario de los bienes del adoptado menor de edad y transmitirlo al juez tutelar dentro de un mes desde la fecha del decreto de adopción.

El adoptante que omite hacer el inventario dentro del plazo establecido o hace un inventario infiel puede ser privado de la administración de los bienes por el juez tutelar, salvo la obligación del resarcimiento de los daños.

m). Cesación de la patria potestad del adoptante.- Si cesa la patria potestad del adoptante, el juez tutelar, a instancia del adoptado, de sus parientes afines o del ministerio público, o también de oficio, puede dictar las providencias oportunas acerca del cuidado de la persona del adoptado, de su representación y de la administración de sus bienes, y también si se considera conveniente que el ejercicio de la patria potestad vuelva a los padres.

Quando la adopción se hace por ambos cónyuges, el ejercicio de la patria potestad pasa a la mujer, si cesa la patria potestad del marido.

n). Derechos de sucesión.- La adopción no atribuye al adoptante ningún derecho de sucesión. Los derechos del adoptado en la sucesión del adoptando se pierden por la pronunciación de la revocación después de la muerte del adoptante por hecho imputable al adoptado, éste (y sus descendientes) y queda excluido de la sucesión del adoptante. Esos efectos cesan, además, cuando tenga a lugar el matrimonio entre adoptante y adoptado, o legitimación del hijo adoptivo por parte del adoptante.

o). Revocación de la adopción.-

1).- Por indignidad del adoptado.- La revocación de la adopción puede ser pronunciada por el tribunal a petición del adoptante, cuando el adoptado haya atentado a la vida de él o de

su cónyuge, de sus descendientes o ascendientes, o bien se haya hecho culpable respecto de él de delito punible con pena restrictiva de la realidad personalidad no inferior en el mínimo a tres años. Si el adoptante muere a consecuencia del atentado, la revocación de la adopción puede ser pedida por aquellos a los que se diferiría la herencia en defecto del adoptado o de sus descendientes.

2).- Por indignidad del adoptante.- Cuando los hechos señalados anteriormente hayan sido realizados por el adoptante contra el adoptado, o bien contra el cónyuge o los descendientes o los ascendientes de él, la revocación puede ser pronunciada en virtud de demanda del adoptado, o si éste es menor, a instancia del ministerio público.

En este último caso el tribunal, oído el juez tutelar, puede dictar las providencias oportunas acerca de cuidado de la persona del menor, de su representación y de la administración de los bienes, y también si considera conveniente que el ejercicio de la patria potestad vuelva a los padres.

3).- Promovida por el Ministerio Público.- La revocación de la adopción por razones de buenas costumbres puede ser promovida por el ministerio público.

Desde cuando se producen los efectos de la revocación.- Los efectos de la adopción cesan cuando pasa en cosa juzgada la sentencia de revocación.

Sin embargo, si la revocación se pronuncia después de la muerte del adoptante por hecho imputable al adoptado, el adoptado y sus descendientes quedan excluidos de la sucesión del adoptante.

Cesación de los efectos de la adopción.- Los efectos de la adopción cesan:

1). Por matrimonio entre las personas ligadas por el vínculo de la adopción;

2). Por legitimación del hijo adoptivo por parte del adoptante.

DE LAS FORMAS DE LA ADOPCION.

I). Manifestación del consentimiento.- El consentimiento del adoptante y del adoptado o del representante legal de éste debe ser manifestado personalmente al presidente de la Corte de Apelación en cuyo distrito tiene su residencia.

En caso de impedimento grave, dicho presidente puede delegar en el presidente del tribunal para recibir el consentimiento de las personas indicadas en el apartado anterior o para oír al adoptando.

El asentimiento puede darse por la persona provista de poder especial librado por acto público o por escritura privada autenticada.

II). Verificaciones de la Corte de Apelación.- La corte, asumidas las oportunas informaciones, y oídos los progenitores del adoptante, verifica:

- 1). Si todas las condiciones de la ley han sido cumplidas;
- 2). Si aquel que quiere adoptar tiene buena fama;
- 3). Si la adopción conviene al adoptando.

III). Providencias de la Corte de Apelación.- La corte, en cámara de consejo, oído el ministerio público y omitida toda otra formalidad de procedimiento, sin expresar los motivos, pronuncia en estos términos: *SE DA LUGAR O NO SE DA LUGAR A LA ADOPCION.*

IV). Publicidad.- El decreto que pronuncia la adopción debe ser inscrito en el registro especial, al cuidado del secretario, el cual, dentro de los diez días siguientes debe comunicar copia del mismo al oficial del estado civil para la anotación al margen del acta de nacimiento del adoptado y de la del adoptante.

Igualmente debe inscribirse y anotarse la sentencia de revocación de la adopción dentro de los treinta días a contar de la fecha en que a pasado en autoridad de cosa juzgada. A este efecto la parte interesada debe presentar copia auténtica de la sentencia al secretario de la Corte de Apelación que ha pronunciado la adopción y a los oficiales del Estado Civil competentes.

La autoridad judicial puede además ordenar la publicación del decreto que pronuncia la adopción o de la sentencia de revocación en los modos que considere oportunos. (30)

(30) Messineo Francesco. Op. cit. págs. 270-273

4. LA ADOPCION EN ESPAÑA.

Escasa importancia ha tenido la adopción en el derecho histórico español, y no aparecen, en Castilla, huellas de ella hasta que la recoge el Fuero Real y la organizan y regulan las partidas bajo la inspiración del Derecho romano.

Con el nombre genérico de prohijamiento (porfijamiento) dieron entrada estos cuerpos legales a las dos formas romanas, la adopción en especie o propiamente tal y la abrogación, así como las subdivisiones de la primera en plena y menos plena. El poco uso que se hacía de estas leyes determinó que, al elaborarse el proyecto del Código de 1895, hubiera casi unanimidad en pasar en silencio esta institución, que al fin se conservó, al decir de García Goyena, porque un vocal, hijo de Andalucía, manifestó que en su país se deban algunos, aunque raros, casos de ella.

El Código Civil admite y regula la adopción, simplificando su régimen, al prescindir de las antiguas especies en que la había diversificado el Derecho romano, pero no acierta a darle una orientación práctica y un matiz moderno. En principio, y coincidiendo con las legislaciones modernas que cita el texto configura nuestro código la adopción como un modo de constituir la patria potestad; más la relación paternofilial que por la adopción se produce resulta muy imperfecta y borrosa, dadas las limitaciones que se le imponen.

Al respecto Blas Pérez y José Castán nos indican "...deja sin regular nuestro código (coincidiendo en esto con el alemán) la relación, más frecuente en la práctica, del prohijamiento sin adopción efectiva. Para los casos de prohijamiento de expósitos asilados en los establecimientos públicos de beneficencia, entendemos que siguen vigentes las prescripciones reglamentarias que se dictaron a partir de la Real Cédula del once de diciembre de 1796, y, después, como desarrollo legal de la materia, en la ley de beneficencia del veintitrés de enero de 1822, restablecida en 1836, la de veinte de junio de 1849 que organizo la beneficencia, y su reglamento del catorce de mayo de 1852." (31)

(31) Pérez González, Blas y Castán Tobeñas José; Relaciones PaternoFiliales y Parentales. Tutela, Vol. II Ed. Bosch, Barcelona, 1952, págs. 163-169

Son sus reglas más substanciales: 1.- Que los niños expósitos o abandonados que no fuesen reclamados por sus padres, y los huérfanos de padre y madre, pueden ser prohiados por personas honradas que tengan posibilidad para mantenerlos, a discreción de las juntas provinciales de beneficencia pero sin que este prohiamiento produzca más efectos que los que determinen las leyes. 2.- Que las juntas cuidaran que a los prohiados les sean guardados todos sus derechos, volviéndolos a tomar bajo su amparo en caso de que por cualquier motivo no les fuese beneficioso el prohiamiento. 3.- Que el prohiado será devuelto a sus padres que le reclamaren, los cuales, con la intervención de la Junta, se concertaran antes con el prohiante sobre el modo y la forma en que haya de ser este indemnizado de los gastos hechos en la crianza del prohiado.

A la autorización del prohiamiento por la Casa de Expósitos tendrá siempre que preceder informe de la Junta de Protección de Menores, cuya vigilancia se mantendrá en todo caso sobre los prohiados.

"Recientemente el nuevo Estado ha regulado, el acogimiento o colocación familiar de menores huérfanos o abandonados. Sin perjuicio de la adopción legal que señala el Código Civil, que podrán ejercer en cualquier momento las personas que, habiendo acogido niños, tengan a ello derecho, los menores huérfanos y abandonados podrán ser recibidos: a) con carácter permanente. b) con carácter temporal, hasta la edad o momento en que cada caso se estipule. Las personas a quienes se haga entrega de niños en virtud de esta disposición están obligadas a darles instrucción escolar hasta los doce años, como mínimo, no pudiendo, bajo ninguna causa o pretexto, hacer de los niños acogidos objeto de explotación alguna, debiendo prestarles los cuidados de un buen padre de familia. Siendo la colocación familiar una forma de ejercer el Estado la tutela de los niños abandonados, por analogía para los niños recogidos en establecimientos benéficos, la tutela correspondiente a los acogidos a esta disposición se ejercerá por las juntas locales de colocación familiar, bajo la inspección de la Junta provincial de Beneficencia y el gobierno general del Estado, quienes investigarán, en la forma en que en cada caso crean más conveniente, como cumplen aquellos su obligación tutelar. La representación en juicio de estos tutores estará a cargo del Ministerio Fiscal." (32)

(32) idem.

Si uno de los niños colocados en virtud de este ordenamiento llega en cualquier momento a poseer bienes, se constituirá el Consejo de Familia para la guarda de los mismos, de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil y disposiciones vigentes. Si en cualquier momento apareciese el padre o tutor legal de algunos de los niños colocados, podrá reclamarle, de acuerdo con lo dispuesto en las leyes y reglamentos vigentes.

"Más recientemente todavía la Ley del 17 de octubre de 1941, tendiendo en cuenta que las normas sobre adopción, no han satisfecho en la práctica el propósito de suplir los vínculos paterno-filiales fundados en la generación, respecto de los seres más desvalidos e inocentes, abandonados en torno de una casa de expósitos o recogidos en otros establecimientos de beneficencia, pues respecto de ellos, si bien es muy frecuente el prohijamiento, casi nunca llega a constituirse, por las dificultades procesales, un verdadero estado jurídico dentro de las normas que para la adopción señalan las disposiciones vigentes, ha querido corregir tan grave deficiencia de la legislación civil, dictando normas que faciliten la adopción de tales acogidos. Los acogidos en casas de expósitos y establecimientos benéficos, cuya tutela corresponde a la administración de los mismos, pueden ser adoptados por personas idóneas a juicio de aquella. Es nota característica de esta especie de adopción la intervención que se da a la administración del establecimiento benéfico, no sólo en la constitución, sino también en la inspección y posible revocación de la adopción." (33)

La administración del establecimiento benéfico correspondiente quedará obligada a vigilar la conducta del adoptante hasta la mayor edad del adoptado, pudiendo, en su caso, dejar sin efecto la adopción. Los padres naturales del adoptado tendrán también derecho a impugnar la adopción al dejarla sin efecto, en el caso de que deseen recuperar su hijo, solicitándolo así, previa la debida justificación y garantía de la administración del establecimiento benéfico de donde proceda el adoptado. Este será, además, oído, antes de resolver, si fuere mayor de catorce años.

(33) idem.

I. Por parte del adoptante, exige la adopción los siguientes requisitos:

1). Al igual que en el derecho alemán, el adoptante no debe tener ningún descendiente legítimo ni legitimado. No se opone a la adopción la existencia de un hijo ilegítimo ni tampoco la de un anterior hijo adoptivo. De acuerdo con la opinión dominante se ha de considerar como tal prolegítima, para el efecto de excluir la adopción, no sólo la que haya nacido antes de ésta, sino la que está meramente concebida, conforme a la regla que se tiene al concebido, por nacido para todos los efectos que le sean favorables.

2). El adoptante tiene que haber cumplido los 45 años, no habiendo para este requisito dispensa por el Estado.

3). El adoptante ha de tener por lo menos quince años mas que el adoptado, sin que tampoco este requisito pueda ser dispensado.

4). El adoptante ha de hallarse en pleno uso de sus derechos civiles, lo que implica que ha de tener la capacidad de obrar o civil, íntegra y perfecta, resultan incapaces para adoptar los menores, los imbéciles o dementes (aunque éstos tengan intervalos lúcidos), los sordomudos, los declarados pródigos y los que sufren interdicción civil.

Si cualquiera de estas causas de restricción de la capacidad sobreviniere en el adoptante después de formalizada la adopción, no se cree que afecte, en principio, a la subsistencia de la misma. Mas cuando, a consecuencia de ellas, no pueda el adoptante ejercer la patria potestad, pasará el ejercicio de tal derecho al padre natural del adoptado.

5). No pueden adoptar los eclesiásticos. En esta prohibición han de ser comprendidos no sólo los clérigos que hayan recibido órdenes mayores, sino también los profesores de una orden religiosa canónicamente aprobada, ligados con votos solemne de castigar, máxime si se tiene en cuenta que los votos religiosos serían incompatibles con el ejercicio de derechos y cumplimiento de deberes que nacen de la adopción.

6). Está también prohibida la adopción al tutor, respecto a su pupilo, hasta que le hayan sido aprobadas definitivamente sus cuentas. La prohibición no se hace extensiva a los descendientes del tutor.

7). Si el adoptante está casado necesita el consentimiento de su consorte.

II. Por parte del adoptado, no exige el código otro requisito general más que el ya aludido antes de que el adoptado tenga quince años menos que el adoptante. Aparte de ello, si el adoptado es menor de edad, ha de costar necesariamente el consentimiento de las personas que debieran darle para su matrimonio y, si está incapacitado, el de su tutor.

Nada dice el Código español respecto al requisito del consentimiento del cónyuge del adoptado. Ahora bien: si el supuesto es el de adopción de una mujer casada, será necesaria la representación o licencia del marido y si se trata de adopción de varón casado, nos inclinamos a estimar necesario el consentimiento de la esposa.

III. Es muy discutido en el derecho español si pueden ser adoptados los hijos legítimos del adoptante. Se dice que la admisión de esta posibilidad sería contraria al fundamento y fines de la adopción; pero es lo cierto que la ley no establece la correspondiente prohibición, al determinar las condiciones necesarias para la adopción por parte del adoptante y del adoptado.

Si la paternidad natural consta (por estar ya reconocido el hijo natural o por indicarse en la escritura de adopción el vínculo existente entre adoptante y adoptado), se entiende que no es lícita la adopción, pues, siendo mayores los derechos del hijo reconocido que el adoptivo, perjudicaría aquella la condición. Mas sino consta de forma legal la paternidad ilegítima, no se ve que en el terreno jurídico y prescindiendo de los matices morales del problema, pueda negarse la posibilidad de la adopción.

IV. Los cónyuges pueden adoptar conjuntamente.

Fuera de este caso, nadie puede ser adoptado por más de una persona.

No hace falta que la adopción sea simultánea y en un sólo acto; bastará con que ambos cónyuges coincidan en adoptar a una misma persona, aunque sea sucesivamente. La doctrina suele entender que si llega a declararse la nulidad del matrimonio, cuyos cónyuges hubieran realizado la adopción conjunta de otra persona, se extinguirá esa adopción, toda vez que nadie puede ser adoptado por más de una, fuera del supuesto de esa adopción por dos consortes, que en este caso han dejado de serlo.

V. La adopción en el derecho español se realiza por un contrato entre el adoptante y el adoptado y mediando la aprobación judicial.

1). Es la adopción un contrato (en el sentido de convención jurídica o negocio jurídico bilateral), ya que requiere, no sólo el consentimiento del adoptante, sino también el del adoptado, si es mayor de edad, o bien, si es menor, el de las personas que debieran darlo para su casamiento o, si está incapacitado el de su tutor.

El Código español no dice, que ese contrato tenga que concluirse "en presencia simultánea de ambas partes ante el tribunal o el notario"; sólo exige que, para que el juez pueda autorizar la adopción, conste necesariamente el consentimiento del adoptado o de las personas que hayan de suplirlo, más por ello no dispensa de la observancia de una forma contractual solemne, una vez medie la autorización judicial pues "aprobada la adopción por el juez definitivamente, se otorgará escritura, expresando en ella las condiciones con que se haya hecho, y se inscribirá en el Registro Civil correspondiente". Han de adoptarse además al margen de la partida de nacimiento, ya que no se admite otra justificación de la adopción que la referida nota marginal, pudiendo afirmarse, que la adopción no queda perfeccionada sin el requisito esencial de la extensión de dicha nota.

Esta ley no dice que el contrato de adopción no pueda concluirse por medio de representante ni bajo condición o término.

Se cree que será válida el consentimiento manifestado por medio de apoderado con poder especial. En cambio es muy dudoso que pueda ser admitido el término y mucho menos la condición.

Por aplicación de los principios generales del derecho de obligaciones, podrá ser nulo el contrato de adopción si choca contra las buenas costumbres.

2). La adopción requiere la aprobación judicial y ésta presupone la instrucción del adecuado expediente de jurisdicción voluntaria, con intervención del ministerio público: "Se oirá sobre el asunto al Ministerio Fiscal; y el juez, previa las diligencias que estime necesarias, aprobará la adopción, si está ajustada a la ley y la cree conveniente al adoptado". Se completa esta disposición con los trámites para la comparecencia de los interesados, diligencias de información testifical y dictamen del ministerio fiscal. Se debe anotar, sin embargo, que el juez tiene facultad discrecional, para practicar cuantas diligencias le sugieran su pericia y las particularidades de cada caso.

El juez competente para instruir el expediente de adopción es el del domicilio del adoptante.

Los poderes del juez en orden a la aprobación de la adopción tienen gran amplitud, pues puede aquel negar dicha aprobación, no sólo cuando la adopción no esté ajustada a la ley, por falta de requisitos exigidos, sino también cuando no la crea conveniente al adoptado. La conveniencia de la adopción para el adoptado, constituye en cada caso un particular sometido a la apreciación del juez, quien al autorizar aquella no está obligado a detallar en su resolución los extremos justificativos de la conveniencia que, a su juicio, encierre la misma.

Contra la negativa de la autorización judicial no otorgan las leyes recurso alguno.

3). Para la adopción de los acogidos en casas de expósitos y demás establecimientos de beneficencia. El expediente se ha de tramitar exclusivamente por la administración del establecimiento benéfico en que se encuentre el presente adoptado, y se limitará a averiguar la moralidad y honradez del adoptante o adoptantes y a oír al adoptado si fuese mayor de catorce años, así como a sus parientes naturales más próximos, si fueren conocidos. El expediente será elevado a la aprobación del juez de primera instancia competente, quien, previa audiencia del Ministerio Fiscal, y si encuentra cumplidos los trámites indicados, lo aprobará mediante providencia que abra de dictar en el término máximo de los ocho días siguientes a la recepción del expediente, ordenando el otorgamiento de la correspondiente escritura pública, que suscribirán los que soliciten la adopción y el Presidente de la Diputación Provincial de quien dependa el establecimiento en que se encuentre el adoptado, o la persona en que aquel delegue. Si el juez observare cualquier defecto en la tramitación del expediente, lo devolverá en igual término de ocho días la administración del establecimiento de su procedencia, para que el defecto se corrija. La escritura de adopción se anotará en el respectivo registro civil, expresándose todos los extremos y circunstancias que se deduzcan de la misma.

Las certificaciones ulteriores y la inscripción de la escritura sólo expresarán el nombre y apellidos del adoptado y de su adoptante o adoptantes. Ninguno de los funcionarios que intervengan en este procedimiento percibirá derecho ni retribución alguna por su intervención, extendiéndose todas las diligencias y escritura en papel de sello de oficio. (34)

(34) idem.

d). INCONVENIENTES DE LA ADOPCION

Rafael de Pina, nos indica que, "La adopción de los mayores de edad, posible o con menos amplitud, según legislaciones vigentes, es cada vez más rara, tendiendo a caer en desuso. Hay que esperar, sin embargo, que no sería justo prescindir de ella en relación con los incapacitados (que es el sistema admitido en México). Respecto a los mayores de edad no incapacitados, admitida en Francia, la institución es una realidad escasamente útil desde el punto de vista social". (35)

Es difícil llegar a compaginar los diversos intereses que se entrecruzan en el acto de la adopción, pues encuentran padre o madre natural, adoptante y adoptado. El adoptante casi siempre deseará terminar con la filiación natural para que esta no interfiera en la nueva filiación adoptiva, pues en otra forma no hace la adopción, lo cual en último término es en perjuicio del adoptado. El conservar vivo el parentesco natural puede prestarse a chantajes o abusos por parte de los padres sin escrúpulos, contra el adoptante, lo cual retrae a éste de llevar adelante la adopción. El hijo adoptivo también puede sufrir perjuicios al quedar totalmente en manos del adoptante que quizá con el tiempo se arrepienta de la adopción.

Una de las razones que se aducen para explicar el poco éxito que tiene entre nosotros la adopción es precisamente el hecho de que en nuestra legislación no es posible que esta termine con la filiación natural, y por tanto con frecuencia las personas que quieren adoptar inscriben a los adoptados como hijos suyos legítimos, cuando sea un matrimonio el que adopta, o naturales cuando adopta una sola persona; esta práctica es ilegal y puede traer graves consecuencias, aún de carácter penal pues puede configurar los delitos contra el Estado Civil que prevé el artículo 277 del Código Penal.

(35) De Pina Rafael; Derecho Civil Mexicano, Tomo I, Porrúa, México, 1977.

En nuestro concepto lo que sucede es que la legislación sobre adopción es, en nuestro código, incompleta y poco práctica, pues solo da una posibilidad, no agradable por cierto para el adoptante, que es el causante de la adopción.

Alberto Pacheco Escobedo al respecto comenta: "...debería de distinguirse entre la adopción de los expósitos o abandonados, y la adopción de aquellos que tengan padre o madre naturales ya reconocidos por la ley. En el primer caso, es lógico organizar un sistema del primer tipo, o sea, que la adopción desvincule totalmente al adoptado de su parentela consanguínea, que además, en el momento de la adopción legalmente no existe, y en el segundo, continuar con el sistema legal actual, pues el que adopta sabiendo que el adoptado tiene parientes consanguíneos legalmente reconocidos, no puede tener la pretensión de romper este vínculo, más fuerte de por sí que cualquier otro artificial que se forme." (36)

En el segundo caso si debe admitirse, si el adoptante lo pide y el progenitor natural está de acuerdo, en que este renuncie a todo derecho patrimonial sobre el adoptado, pues no puede ser la adopción un sistema que beneficie al progenitor natural a cargo del adoptante.

Es menester señalar junto a estas ventajas, los inconvenientes y los peligros de la adopción a fin de dar una mayor amplitud de lo que representa la referida institución objeto del presente trabajo que a continuación se detallan.

Se ha señalado a veces entre ellos el consistente en adoptar a los hijos naturales que puedan tenerse, confiriéndoles así el beneficio de la legitimación sin que su filiación sea reconocida. Actualmente, como el legislador se esfuerza en mejorar la condición del hijo natural, es posible que más que un abuso se viera en ella un beneficio.

(36) Pacheco Escobedo, Alberto. Op.cit. págs. 188

Más seria es la crítica que presenta a la adopción como una especie de venta de un hijo pobre a padres adoptivos ricos. El traspaso de la patria potestad resulta chocante. Los padres consanguíneos pueden estar guiados por el interés del hijo; no por ello dejan de abdicar de sus derechos y deberes. Todo lo que puede decirse raramente se da en esas condiciones. Puede ocurrir que los padres naturales reconozcan a su hijo luego de la adopción con un fin interesado.

La adopción ha sido practicada a veces para conferir el carácter de hijo adoptivo a un presunto heredero en un grado alejado o a una persona a la que se quiere designar legatario universal, con el sólo fin de que ese heredero o ese legatario no pague, en el momento del deceso del adoptante, más que los derechos de transferencia que corresponden a los descendientes en primer grado. Tales disposiciones sirvieron para realizar un fraude fiscal. La vigilancia del Ministerio Público no ha bastado para desbaratar semejantes cálculos.

A todo esto es necesario establecer lo siguiente como algo cotidiano respecto de la institución en cuestión:

La relación que surge entre los padre y los hijos en el caso de la adopción, se convierte en el aspecto más trascendente para la formación de estos últimos, es decir, que la mejor identificación de los valores siempre emanará de la proyección de los padres; esta conclusión surge de las reiteradas observaciones que arroja el desarrollo de los niños que son adoptados, ya que, cuando el niño no se forma en el seno del hogar biológico, concurren de manera simultánea varias condiciones de carácter negativo, entre ellas se destaca en primer lugar la separación del niño de su madre y la carencia subsecuente de otras figuras que sustituyan social y efectivamente el rol materno.

Independientemente debemos resaltar, además, el hecho de que los niños han sido criados en instituciones, arrojan un alto índice de alteraciones en diversas áreas del desarrollo psíquico (rendimiento intelectual, lenguaje, aspecto emocional y conducta social).

En estas condiciones, se debe tener demasiado cuidado con la formación del hijo adoptivo, ya que, el papel de los padres debe convertirse en la columna vertebral del desarrollo del menor, y, para prevenir los efectos sociales negativos, se debe manejar la relación entre familiares y amigos de una manera circunspecta; esto quiere decir, que siempre debe informársele al menor que es adoptivo y tratar de conscientizar a la gente que lo rodea de que el hecho de que sea adoptivo no obsta para menospreciar a los padres ni al menor.

En nuestra sociedad suelen presentarse hechos bastante desagradables en el caso de una adopción tanto en la familia de los padres adoptivos, como a las escuelas a las cuales asisten los menores; y es por eso que los padres de estos niños recurren a todo por conseguir documentación que le "sirva para acreditar que no son hijos adoptivos. De esta manera a los niños se les pretende ocultar la verdad, situación que tarde o temprano conocerán y de la cual se pueden sentir decepcionados, o mejor dicho, que siempre que lo sepan se sentirán prestados y sobre todo inconformes con todo lo que se relacione con su familia, de ahí la importancia de que siempre se les hable con la verdad y que dicha verdad esté fincada en la convicción de querer formar una gente útil a la sociedad, al fin y al cabo esa es la característica en la paternidad.

El concepto de la paternidad, a través de todos los tiempos se ha considerado como la célula integradora del progreso de la humanidad; el hombre para trascender debe hacerlo por medio de sus realizaciones, y, una de ellas son los hijos, los cuales cuando han sido formados de manera positiva logran convertir la imagen de los padres en un sentido trascendental.

La adopción se da a la vida existencial después de un profundo análisis (cuando menos así debería ser), y cuando de las relaciones sociales surgen inconvenientes, se debe estar conciente de su superación adoptante el papel de dignidad y de responsabilidad que requieren dichas situaciones, pensando siempre que lo importante de una adopción es el formar gente útil y no utilizar a seres inocentes para cubrir caprichos egoístas o patologías emocionales de una pareja.

Los familiares de los padres adoptivos, en un porcentaje muy alto, se entrometen de manera arbitraria e irresponsable con la vida del adoptado, pero lo significativo no es que se metan sino que deben aplicarse medidas que lo eviten por parte de la pareja responsable del cuidado y formación del menor; porque los niños son asombrosamente sensitivos hacia las actitudes de los padres y cuando estos últimos no les proyectan los verdaderos sentimientos, se convierte en una situación de mensajes mezclados que a la larga hace que el niño empiece a tener grandes dudas acerca de la honestidad y la sinceridad de sus padres.

De muchas experiencias aprende el niño, que los padres a menudo dicen una cosa cuando en realidad sienten otra, y si éste es el medio en el cual el menor crecerá, es muy probable que después de mucho tiempo, realice conductas de ingratitud o desagrado en contra de los que lo rodean, llámense familiares o amigos. Por lo que es recomendable aportar la mejor imagen hacia el menor fincado en la sinceridad y en una verdadera comunicación, ya que, de esa manera se atenúan los efectos negativos que representa en la sociedad la adopción.

Para la mayoría de la gente, la afiliación a un grupo principia con la membresía en una familia. La familia media entre un individuo y la sociedad, ayudándole a tomar su lugar dentro de un mundo más grande y al mismo tiempo proveyéndolo de una isla de protección e intimidad. En toda sociedad el parentesco ha sido la unidad y clave de la organización social, haciendo sentir su influencia sobre la economía, la vida política, la religión y aún la guerra.

En los estudios antropológicos de la organización social, el parentesco es el tópico principal, ya que es una relación lo suficientemente cercana y duradera como para sustentar un sentido de origen común. Teóricamente el parentesco puede encontrarse en prolongada asociación y compartida tradición, con tan sólo una vaga referencia biológica. Pero es necesario un medio más definitivo de reconocer para fijar derechos y responsabilidades específicas. De ahí que un origen ancestral común e identificable es la base usual del parentesco, suplementada por otros lazos reconocidos, tales como la afinidad por medio del matrimonio o de la adopción.

El punto esencial consisten en que está socialmente definido, que lo medular es el papel que juega el pariente y que la base biológica es un punto conveniente para principiar, pero no es el único determinante, es decir que el parentesco puede ser la unión que represente el aspecto más estrecho y definido; por eso la adopción ocupa un lugar muy significativo, y, ante el grupo social debe pugnarse porque se le de el carácter trascendental requerido sin infravalorar su naturaleza porque las relaciones individuales y de grupo se han estudiado con mejores resultados dentro de un contexto histórico y sociológico, cuando se toma en cuenta la relación de parentesco, por ser éste el punto de apoyo de la organización social que proyecta los rasgos generales de los diferentes órdenes sociales y trata de identificar las instituciones más penetrantes en las tendencias sociales básicas.

Por lo expuesto podemos decir que la sociedades pueden ser llamadas familiarietas, ya que, la familia es el tipo de grupo social dominante y lleva la principal carga de mantener el orden, producir bienes y propiciar el mejor bienestar. En estas condiciones el individuo depende de sus parientes, ellos son sus principales fuentes de ayuda proctúa y retienen las llaves de la estimación social y los intereses de la familia tienden a colocarse por encima de los intereses del individuo.

En México como en muchos países latinoamericanos se tiene una raza joven relativamente, a diferencia de la raza europea, por ejemplo, que es una raza muy vieja, y la adopción es más representativa y aceptada en Europa que en América Latina, por las mismas razones pero ojalá que con el correr de los días se convierta en realidad el hecho de poder y querer dar apoyo y formación a tantos seres desamparados que existen, esto es, a los menores que por infinidad de motivos no tienen un hogar, y que las razones de que existan, radican en el tipo de sociedad en que vivimos (de la cual somos responsables de una u otra manera).

CAPITULO II

LA ADOPCION EN EL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

Aún cuando nuestro país es heredero del derecho privado español, en los Códigos Civiles de 1870 y 1884 no se reguló la adopción, la misma surgió por primera vez en la Ley de Relaciones Familiares de 1917.

El Código Vigente para el Distrito Federal, recogió en sus preceptos la antigua adopción simple u ordinaria, siendo además fuente de parentesco, si bien, sólo entre adoptante y adoptado. Regulando la institución de la adopción a partir de los artículos 390 al 410.

a). PERSONA DEL ADOPTANTE

El adoptante debe ser persona física.

Es obvio que la ley ha querido desestimar a las personas jurídicas para los efectos de ser adoptantes, en razón de carecer de la idoneidad que exigen las relaciones que se originan con la adopción. Mas clara se ve esta exigencia, aún si consideramos que con esta institución se persigue suplir la falta de familia legítima, imitando su apariencia y ello concierne lógicamente a las personas naturales.

1. REQUISITOS (Artículo 390 Fracciones I-III)

De acuerdo con las normas adoptadas por nuestro Código Civil el adoptante deben concurrir los siguientes requisitos:

- a).- Debe ser mayor de 25 años.
- b).- Ha de estar en pleno ejercicio de sus derechos civiles.
- c).- Debe acreditar su buena conducta, y
- d).- Ha de contar con medios económicos suficientes para proveer a la subsistencia y educación del adoptado.

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

2. FUNCIONES-OBLIGACIONES (Artículo 395).

En este caso se deben dar como parte fundamental en el acto de adopción las siguientes:

- a).- Tener una solvencia moral y económica.
- b).- A la recíproca vocación hereditaria.
- c).- A dar alimentos al adoptado.
- d).- A darle al adoptado su nombre y apellidos, haciéndose las anotaciones correspondientes en el acta de adopción.

3. DERECHOS (Artículo 395 Párrafo I, 402)

Se toman como parte fundamental de lo que representa el acto de adopción los siguientes:

- a).- A recibir alimentos por parte del adoptado si los necesita.
- b).- Hacer honrado y respetado por el adoptado.
- c).- Corregir y castigar moderadamente al adoptado.
- d).- Puede adoptar una persona o cónyuges marido y mujer.
- e).- Le corresponde la administración de los bienes del adoptado.
- f).- Le corresponde la mitad del usufructo de los bienes del adoptado.
- g).- Tener la patria potestad del que adopta.
- h).- Revocar unilateralmente la adopción.

- b).- PERSONA DEL ADOPTADO (Regulado por los artículos 390 Fracción III 396).

Debe ser un menor de edad o un mayor incapacitado.

Nuestro Código Civil recalcó la exigencia de que haya ventajas en la adopción para el adoptado. Aunque también la referida legislación no rechaza la idea de que también haya ventajas para el adoptante, por lo que en igualdad de condiciones de lo que se trata es que mutuamente se proporcionen una familia de la cual carecen.

1). REQUISITOS

Para la persona del adoptado nuestro Código Civil le establece los siguientes:

- a).- El adoptado debe ser menor de edad o mayor de edad incapacitado.
- b).- Tener diecisiete años menos que el adoptante.
- c).- Que la adopción sea benéfica a su persona.

2). DERECHOS

Los cuales vienen a ser una forma de protección para el adoptado para que no pueda recibir algún perjuicio en su persona y patrimonio, y que a continuación se detallan:

- a).- A recibir alimentos del adoptante.
- b).- A la recíproca vocación hereditaria (a participar en la sucesión hereditaria).
- c).- A llevar el apellido de quien lo ha adoptado.
- d).- A dar su consentimiento si es mayor de edad respecto de la adopción pretendida a su favor.

3).- OBLIGACIONES

El adoptado tendrá para con la persona o personas que la adopten, las mismas obligaciones que tiene un hijo, las cuales serían:

- a).- Dar alimentos al adoptante si los necesita.
- b).- A vivir al lado del adoptante.
- c).- Respetar y honrar a su padre adoptivo.

c).- PERSONA DE QUIEN EJERCE LA TUTELA, LA PATRIA POTESTAD, O CUSTODIA.

La patria potestad se ejerce por los padres naturales, por el abuelo y abuela paternos o maternos y a falta de estos o algún otro descendiente podrá ejercer la tutela preferentemente de la persona de los incapacitados por persona física, con la intervención del curador, del juez de lo familiar y del Consejo Local de Tutelas.

1).- REQUISITOS

La patria potestad deberá ser ejercida principalmente por el padre o la madre y a falta de estos por la abuelos paternos o maternos según sea el caso.

En dado caso que no se pueda ejercer ésta por falta de un familiar, se nombrará un tutor o bien será acogida la persona de que se trate cuando no haya quien ejerza la patria potestad sobre él ni tenga tutor.

2).- DERECHOS

De quien ejerce la patria potestad a ser respetados y honrados, de otorgar su consentimiento para que el que está sujeto a la patria potestad pueda comparecer a juicio o contraer alguna obligación.

Los padres o quienes ejercen la patria potestad pueden renunciar a su derecho de la mitad del usufructo, haciéndolo constar por escrito.

También gozan del derecho de corregirlos, de otorgar el permiso para que el hijo abandone la casa donde habita.

Pueden representar también a los hijos en juicio.

En el caso del que ejerce la tutela, puede adoptar a su pupilo una vez que hayan sido aprobadas definitivamente las cuentas de la tutela.

3). FUNCIONES-OBLIGACIONES

Las personas que ejercen la patria potestad tienen la obligación de dar cuenta de la administración de los bienes de los hijos, además son legítimos representantes de los que están bajo de ella, no pudiendo enajenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles y los muebles preciosos que correspondan al hijo.

La personas que ejerzan la patria potestad deben entregar a sus hijos, luego que estos se emancipen o lleguen a la mayor edad, todos los bienes y frutos que les pertenecen.

Deberán observar además una conducta que sirva a estos de buen ejemplo y educarlos convenientemente.

De la tutela 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 a la Ley sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal.

Además este cargo es un cargo de interés público del que nadie puede eximirse, sino por causa legítima. No pudiendo desempeñar este cargo las personas que ejerzan un cargo en el Juzgado de lo Familiar y los que integren los Consejos Locales de Tutelas.

En la tutela se cuidará preferentemente de la persona de los incapacitados.

d). REVOCACION DE LA ADOPCION

La adopción termina por revocación o impugnación.

La adopción puede ser revocada por consentimiento del adoptante y adoptado, en este caso sólo cuando el adoptado sea mayor de edad, pero sino lo es deben consentir en la adopción las personas que prestaron su consentimiento para que se realizara la adopción (Artículo 405 Fracción I del Código Civil).

Aunque el adoptado sea mayor de edad, si está incapacitado, no podrá por ello prestar su consentimiento, será entonces necesario que consientan en la revocación las mismas personas cuya declaración de voluntad se requiere en el caso del menor de edad.

Es conveniente que pueda terminar la adopción por mutuo consentimiento? La ley inglesa de 1926 no admite la posibilidad de revocación. Dentro de este sistema, el tribunal inglés que conoce de la solicitud de la adopción, puede conceder antes de aprobar definitivamente la adopción, un periodo provisional de prueba, que no deberá de exceder de dos años, durante el cual existe la posibilidad de revocar la autorización provisional. Vencido ese plazo, la adopción es irrevocable.

La legislación vigente en ese país, respecto a la adopción a partir de 1939, prohíbe terminantemente que la adopción pueda ser revocada, si el adoptante no ha cumplido trece años.

Por lo que respecta a nuestro Código Civil, nos indica que puede darse la revocación, siempre y cuando concurren los siguientes requisitos:

a) Cuando las partes convengan en ello, siempre que el adoptado sea mayor de edad. Sino lo fuere se oír a las personas que dieron su consentimiento para la adopción, y a falta de ellas, al representante del Ministerio Público o al Consejo de Tutelas en su caso.

Por lo que es de subrayarse que el lazo de parentesco civil entre adoptante y adoptado, no termina ni con la emancipación ni con la mayor edad del adoptado. (Artículo 403 y 433 del Código Civil).

Subsiste la relación civil paternofamiliar entre adoptante y adoptado, aún después de la mayoría de edad de este último. La filiación civil, es independiente de la subsistencia de la patria potestad, puesto que en nuestro régimen jurídico, pueden ser adoptados los mayores de edad, cuando sufran incapacidad.

1). CAUSA IMPUTABLE AL ADOPTANTE

Al respecto Ignacio Galindo nos indica lo siguiente "...nuestra legislación civil solamente hacen mención en cuanto a la ingratitud del adoptado en su artículo 406 Fracción II, entendiéndose ésta si el adoptado formula denuncia o querrela contra el adoptante, por algún delito, aunque se pruebe, a no ser que hubiere sido cometido contra el mismo adoptado, su cónyuge, sus ascendientes o descendientes. (Artículo 406 Fracción II; Diario Oficial, 17 de enero de 1970)." (37)

Es de preguntarse por qué el legislador no concedió las mismas causas de revocación al adoptado. La respuesta seguramente será en el sentido de que sólo hay ingratitud de parte de la persona beneficiada por actos de liberalidad, por ejemplo: el donatario y en este caso el adoptado. Sin embargo, si el adoptante por ejemplo, cometa delito en contra del adoptado o sus familiares cercanos, éste tiene que sufrir las consecuencias sin poder romper el lazo de parentesco civil que le une con el adoptante delincuente.

Respecto a lo anterior Sara Montero Dualht abunda diciendo que "...un elemental sentido de equidad debiera establecerse en el trato legal a ambos sujetos de la adopción, ya volviendo irrevocable la adopción para los dos en forma unilateral, u otorgando el derecho de revocar la adopción al adoptado por las mismas causas que el adoptante, aunque no se llame ingrato a este último." (38)

(37) Galindo Garfias, Ignacio. Op. cit. págs. 438, 662-663

(38) Montero Dualht, Sara. Op. cit. pág. págs. 332-333

2.- CAUSA IMPUTABLE AL ADOPTADO

El juez ante quien se ha solicitado la revocación, podrá decretarla, si convencido de la espontaneidad de la solicitud, encuentra que la revocación es conveniente para los intereses morales y materiales del adoptado.

La adopción puede ser revocada por la ingratitud del adoptado.

Se considera ingrato al adoptado:

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

b). Si el adoptado rehusa dar alimentos al adoptante que ha caído en pobreza.

Si la solicitud de la revocación se funda en la ingratitud del adoptado los efectos del decreto que la revoque se producirán desde el acto de la ingratitud, aunque la resolución judicial que declare revocada la adopción sea posterior (artículo 409 del Código Civil).

No muy de acuerdo con lo indicado en esta parte Antonio de Ibarrola tajantemente señala "...naturalmente, "Las resoluciones que dicten los jueces aprobando la revocación, se comunicará al Juez del Registro Civil del lugar en que aquella se hizo para que cancele el acto de adopción" (Diario Oficial, 14 de marzo de 1973). Otra de las ociosas reformas inútil y complicada, que únicamente tuvo por objeto sustituir el título de Oficial por el de Juez del Registro Civil." (39)

(39) De Ibarrola, Antonio; Derecho de Familia, Porrúa S.A., México, 1984, págs. 438-439

3. MUTUO ACUERDO

La adopción puede revocarse, señala el artículo 405 del Código Civil, cuando las dos partes convengan en ello, siempre que el adoptado sea mayor de edad.

Si no lo fuere (o siendo mayor está incapacitado), se oirá a las personas que prestaron su consentimiento para la creación de la adopción, y a falta de ellas, al representante del Ministerio Público y al Consejo de Tutelas.

Se discute por los juristas si es conveniente la revocación por mutuo consentimiento en el caso de la adopción, y existen legislaciones que no lo permiten (artículo 117 del Código Civil Español por ejemplo), o que la permiten sólo en ciertos casos como Inglaterra, por Ley de 1926 que señala un plazo de dos años antes de decretar la adopción como definitiva y que, vencido el mismo, la adopción se vuelve irrevocable. La Ley del propio país vigente desde 1939 prohíbe la revocación cuando el adoptado no ha cumplido trece años.

El problema que puede plantearse si se da el caso de la revocación de la adopción respecto a los menores de edad es acerca de a quien le corresponderá el ejercicio de la patria potestad. Se resuelve el mismo aplicando el artículo 408: el decreto del Juez deja sin efecto la adopción y restituye las cosas al estado que guardaban antes de efectuarse ésta.

Por ello, la patria potestad correspondería a los padres o abuelos que consintieron primero en la adopción y posteriormente en la revocación de la misma; pero en el caso de adoptados menores de edad sin ascendientes que ejerzan la patria potestad una vez extinguida la adopción, habría que nombrarles tutor (legítimo o dativo según sea el caso).

"En la revocación por mutuo acuerdo entre adoptante y adoptado y sus representantes legales, el Juez tiene amplio poder discrecional, pues decretará que la adopción queda revocada si se reúnen dos circunstancias: que esté convencido de la espontaneidad de la solicitud de la revocación y que Juzgue que esta es conveniente para los intereses morales y materiales del adoptado." (40)

(40) Montero Duahlt, Sara. Op. cit. págs. 332-333

CAPITULO III

NATURALEZA JURIDICA DE LA ADOPCION

Es indudable que la adopción es un acto jurídico en el que influyen varias voluntades; sin embargo, para poder determinar su naturaleza jurídica, es necesario que analicemos algunas posturas que sobre este punto han versado.

a). LA ADOPCION COMO CONTRATO.

Algunas legislaciones le han atribuido a la adopción una naturaleza contractual (Francia en el Código de Napoleón), debido en buena parte a la época del surgimiento de tal código en que imperaban las ideas del individualismo jurídico, producto de la Revolución Francesa. Sin por contrato entendemos el convenio que crea o transmite consecuencias jurídicas (artículo 1793 Código Civil), en el cual las partes pueden poner las cláusulas que crean convenientes... (artículo 1839), de acuerdo con el principio de autonomía de la voluntad, base de los contratos, la adopción no tiene base contractual, pues en ella no impera el principio de autonomía de la voluntad.

Se le ha supuesto también a la adopción, el carácter de un contrato de adhesión. Los sujetos manifiestan su voluntad de adherirse a la regulación legal de la institución de la adopción.

"Sin embargo ya está bien discutido por la doctrina que los famosos contratos de adhesión no son auténticamente contratos porque carecen del elemento esencial contractual: la libertad de establecer las cláusulas voluntariamente elegidas." (41)

(41) Montero Dualht, Sara. Op. cit. pág. 324

Por otra parte la reglamentación que en el sistema civil mexicano tiene la forma de la adopción no permite atribuirle la naturaleza de acto contractual.

La atribución de naturaleza contractual a la adopción carece de todo fundamento y nadie, desde el punto de vista del derecho mexicano, puede sostenerla sin ponerse en contradicción con él.

Rafael de Pina considera que "...las disposiciones legales vigentes sobre esta materia son tan claras que, ciertamente, no permiten que la tesis contractualista encuentre en ellas la menor justificación, por lo que resulta extraño que haya quienes la defiendan. (42)

b). LA ADOPCION COMO ACTO DE PODER ESTATAL.

En virtud de ser indispensable la aprobación judicial para que se constituya la adopción, de acuerdo con las normas especiales establecidas para el caso, hay quienes dicen el acto jurídico que da lugar a la adopción es un acto de poder estatal; o sea que el vínculo jurídico entre adoptante y adoptado es consecuencia de la aprobación judicial.

Al respecto Ignacio Galindo Garfias eleva la siguiente crítica: "...no puede aceptarse este punto de vista, porque si bien es verdad que el decreto del juez de lo familiar que aprueba la adopción es un elemento esencial para la creación de ese vínculo jurídico, debe observarse que la voluntad del adoptante es un elemento esencial, previo y necesario para que tenga lugar el pronunciamiento judicial y por otra parte es necesario que los representantes del adoptado, convengan en la creación de ese vínculo jurídico paterno filial". (43)

(42) De Pina, Rafael. Op. cit. págs. 366, 368

(43) Galindo Garfias, Ignacio. Op. cit. pág. 655-658

Por su parte Rafael Rojina Villegas nos indica lo siguiente: "El Estado si debe tener intervención en la organización jurídica de la familia, porque el Estado debe intervenir a través de sus órganos a fin de que se celebren actos determinados jurídicos del derecho familiar, tales como el matrimonio, la *adopción*, el reconocimiento de hijos, etc.; a efecto de dar autenticidad a los citados actos y proteger los derechos de las partes evitando hasta donde sea posible que puedan ocurrir después problemas de nulidad." (44)

Porque finalmente el Estado debe controlar la actividad de los que ejercen la patria potestad y la tutela, mediante la intervención del juez, para impedir que se realicen actos perjudiciales a los intereses de los menores o incapacitados.

Tomando en cuenta las razones anteriores, se comprenderá que en el derecho moderno, el Estado no puede permanecer ajeno a la solidaridad familiar.

Desde otro punto de vista tenemos también una injerencia constante del Estado en las instituciones familiares, pues no existen propiamente los actos jurídicos básicos del derecho familiar, sino interviene un funcionario público.

En cuanto a la injerencia del ministerio público, Cicu señala que el Estado procura velar por los intereses de los incapaces y de la familia misma.

En este sentido el Código de Procedimientos Civiles reconoce la intervención constante del Ministerio Público en todos los asuntos de jurisdicción voluntaria que afecten intereses de menores o incapacitados. En la adopción el artículo 397 fracción IV, establece que deberá consentir en ella el ministerio público cuando el adoptado no tenga padres conocidos ni tutor, ni persona que ostensiblemente le importa su protección y lo haya acogido como hijo.

(44) Rojina Villegas. Rafael. Op. cit. pág. 39-46

Otros autores han querido ver en la adopción un acto de poder estatal en razón de que es la autoridad competente (en nuestro derecho el juez de lo familiar) el que aprueba y decreta la adopción a su arbitrio.

Contra este sentir argumenta Sara Montero Dualth "...que si bien es cierto que la autoridad la que dirá la última palabra en el acto de adopción, otorgándola o negándola, la misma no puede surgir jamás por imperio de autoridad; el motor impulsor de la misma es la voluntad del adoptante aceptada por el adoptado y sus representantes legales. El juez vendrá en su caso a sancionar y autorizar la voluntad de los sujetos para que legalmente surja la relación jurídica de filiación civil. La conjugación de estas voluntades es esencial para la creación de la adopción lo que la convierte en un acto jurídico plurilateral de carácter mixto de efectos particulares y de interés público." (45)

c). LA ADOPCION COMO INSTITUCION.

El cambio de la concepción del papel del Estado frente a los individuos y la restricción impuesta a la voluntad particular a bienes jurídicos de interés colectivo, determinó la transformación de la adopción; se advirtió el interés que representa para la colectividad, por lo que se da el pase del ordenamiento jurídico contractualista al institucionalista del orden público.

La adopción como institución es un instrumento legal de protección de los menores e incapacitados.

(45) Montero Dualth, Sara. Op. cit. pág. 324-325

"La adopción y la tutela en este respecto son instituciones que cumplen funciones similares, sin que la primera tal como está organizada en nuestro derecho, pueda sustituir con ventaja a la segunda. No en favor del incapacitado, que al ser adoptado adquiere todos los derechos y las obligaciones que tiene un hijo en favor del adoptante y si en cambio en perjuicio del propio menor o incapacitado, cuyo patrimonio sirve de garantía al cumplimiento de la obligación alimenticia que contrae como hijo del adoptante." (46)

Por esta razón, no fue ciertamente un acierto del legislador de 1928, haber establecido la adopción, en la manera como la estableció este cuerpo de leyes.

La adopción ha sido enjuiciada, formulándosele esencialmente dos graves imputaciones: que se trata de una ficción que contraría a la naturaleza misma, pretendiendo enervarla, y que es una institución que persigue, no el beneficio de la persona del menor, sino el interés de los adoptantes.

Tales imputaciones tienen una base de certeza, pero, encaradas desde el punto de vista de la adopción como eventual institución de protección al menor, es la segunda de ellas la que más nos interesa.

La adopción puede constituir un excelente tratamiento de superación del estado de abandono, de igual modo que lo es la guarda de un niño por quien presta tan altruista servicio.

El ingreso de un niño a un grupo familiar o su relación con una pareja de cónyuges que se disponen a cuidarlo y a forjar su personalidad, en relación similar a la de padres e hijo, es un efecto que puede darse también con la guarda o con la tutela.

Si se quiere beneficiar al menor patrimonialmente, nada impide que se le hagan donaciones, legados, depósitos de dinero o seguros en su favor. Pero la adopción posee matices que van más allá de los consignados.

(46) Galindo Garfias, Ignacio. Op. cit. pág. 655-658

Ellos parecen dirigirse más a satisfacer inquietudes de los adoptantes que a fundamentarse en la protección al menor. Basta recordar que se consagran normas tendientes a ocultar el verdadero origen del menor (como ocurre en la actual legislación) y dan muestra varias leyes extranjeras y que ellas responden a solicitudes y expectativas de los adoptantes.

Daniel Hugo D'Antonio eleva la siguiente advertencia "...si como resultado de tales disposiciones al amparo de ellas los adoptantes asumen una actitud de ocultamiento y falsedad, entonces la adopción lejos de convertirse en una institución positiva a los fines de proteger al menor, se constituye en un instrumento nocivo y peligroso para la personalidad del adoptado." (47)

Rafael de Pina al tratar la adopción como institución señala que "...la misma es una institución de la cual no puede derivarse ningún mal y de la cual puede derivarse mucho bien." (48)

Así es que la posición de los autores que se muestran partidarios de su supresión en los Códigos Civiles y en cualquier forma de legislación civil) no tiene, realmente, justificación alguna digna verdaderamente de tomarse en cuenta.

Por lo cual la adopción como institución adquiere cada día un aspecto social que se funda en la necesidad de lograr en la mejor manera posible mediante el esfuerzo de los particulares y del Estado, la protección y amparo del menor en el hogar del adoptante alejándose hoy en día la adopción de aquella concepción individualista de Portalis que fue introducida en el Código Civil Francés como un contrato "para consuelo de las personas a quienes la naturaleza niega la felicidad de tener hijo o que han tenido la desgracia de perder los que les había dado". No tiene por objeto primordial actualmente "emular la imagen de la naturaleza ni tampoco satisfacer a los sentimientos altruistas del adoptante".

(47) D'Antonio, Daniel Hugo. Op. cit. pág. 270-271

(48) De Pina, Rafael. Op. cit. pág. 364-370

d). LA ADOPCION COMO ACTO MIXTO.

En nuestro derecho la adopción es un acto jurídico bilateral que requiere la voluntad del adoptante y de los representantes del adoptado, así como del órgano judicial.

Ignacio Galindo Garfias sugiere lo siguiente: "...Debe concurrir en el acto de adopción, junto a la voluntad de los particulares, la voluntad del órgano judicial coordinándose entre sí, porque si bien el adoptante tiene un interés particularmente de carácter afectivo, para llevar al cabo la adopción, ese interés privado se conjuga con el interés que tiene el Estado en la protección de los menores e incapacitados, que es un interés público y que exige la intervención del órgano jurisdiccional para cuidar que la adopción se lleve a cabo en beneficio del menor. De allí que el acto de adopción, sea un acto jurídico complejo, de carácter mixto, en el que por participar a la vez el interés de los particulares y del Estado, debe considerársele como acto mixto." (49)

Para Rafael Rojina Villegas la adopción nace de un acto jurídico de carácter mixto en el que concurren las siguientes personas:

- 1). Los que ejercen la patria potestad o tutela de la persona que se trata de adoptar (en su defecto, las personas que lo hayan acogido y lo traten como a un hijo);
- 2). El Ministerio Público del lugar del domicilio del adoptado cuando este no tenga padres conocidos, ni tutor, ni persona que ostensiblemente le importa su protección;

(49) Galindo Garfias, Ignacio. Op. cit. pág. 657-658

- 3). El adoptante que debe ser mayor de treinta años, en pleno ejercicio de sus derechos; no tener ascendientes y sobre pasar por lo menos en diecisiete años al adoptado;
- 4). El adoptado, si es mayor de catorce años;
- 5). El juez de primera instancia que conforme al artículo 400 debe dictar la sentencia autorizando la adopción.

e). FORMAS DE ADOPCION.

La institución de la adopción a evolucionado estableciendo dos especies de adopción, la adopción ordinaria y la legitimación adoptiva o adopción plena.

En uno y en otro caso. "La adopción debe tener justo motivo y presentar siempre ventajas para el adoptado".

"Por medio de la adopción ordinaria (adoptio minus plena) tal como se le conoce en nuestro Código Civil, la adoptado sigue siendo extraño para los parientes del adoptante y sólo adquiere el derecho a recibir alimentos del adoptante, a heredar a este último, y a usar el apellido del adoptante; si bien entra el adoptado bajo la patria potestad de quien lo adopta, siguen vivos los vínculos de parentesco con su familia consanguínea. A este tipo de adopción minus plena, se debe la escasa aceptación de la institución de nuestro medio social." (50)

(50) De Pina, Rafael. Op. cit. pág. 381

En la legitimación adoptiva o adopción plena, los cónyuges adoptantes, no deben tener descendencia consanguínea en el momento de la adopción y el vínculo matrimonial debe haber subsistido entre ellos, por un lapso cuando menos de diez años. El adoptado forma parte del adoptado de quienes lo adoptan, porque es considerado como hijo nacido del matrimonio.

La legitimación adoptiva sólo tiene lugar cuando se trata de menores de cinco años, aunque esta edad puede ser dispensada por los tribunales, cuando el adoptado fue acogido de hecho por quienes lo adoptan, con una anterioridad mínima de cinco años. "El efecto esencial consiste en transmitir al adoptante la patria potestad comprendida en ella el derecho de consentir el matrimonio. Es por ese medio por el que el niño entrará realmente en el hogar del adoptado y por el que éste ejercerá una acción educativa sobre aquel. Si a ello se agrega la indicación ya hecha a propósito de la obligación alimenticia, y si se añade el derecho de sucesión con el mismo título que si fuese hijo legítimo, salvo algunas restricciones de orden fiscal, cabe afirmar que la fórmula antes citada no se corresponde ya con la realidad.

Sin embargo Rafael de Pina nos señala lo siguiente: "...advertimos tan sólo que el adoptante no debe beneficiarse con la adopción, y, por tanto si sobrevive al adoptado, no le sucederá mas que en cuanto a los bienes que le hubiese donado, y, por otra parte, que siendo el vínculo personal, no subsiste después de la muerte del adoptante, en cuyo caso el niño retorna a su familia originaria." (51)

Por otra parte la adopción plena, procede solamente cuando se trata de un niño abandonado o de padres desconocidos o de un menor de la edad antes señalada, que se encuentre en la orfandad.

En algunos países no se impone el requisito de la falta de descendientes; pero ya se trate de la adopción ordinaria o menos plena o legitimación adoptiva, se exige la edad de veinticinco años, en los adoptantes, para asegurar en lo posible la completa madurez de quien adopta.

(51) Ibidem. pág. 660-661

Generalmente se requiere que exista una diferencia de edad, cuando menos de quince años entre adoptante y adoptado (que se ha reducido en legislaciones extranjeras a diez años, para quien adopta al hijo de su cónyuge).

La adopción plena desconocida en nuestra legislación, responde de una manera completa a la finalidad social de otorgar protección a la niñez desvalida y evita las maniobras fraudulentas a las que con poca frecuencia, recurren los matrimonios sin hijos, haciendo aparecer en el Registro Civil como hijo consanguíneo a criaturas abandonadas o a niños cuyas madres por diversas razones no quieren guardar.

A este respecto Ignacio Galindo Garfias señala que "si se reformara el Código Civil como es de desearse, para introducir en nuestro medio la adopción plena, debe tenerse en cuenta en su reglamentación, el punto de vista no solo moral y social, sino la opinión del médico que debe ser tomada en cuenta, antes de cualquier adopción, para conocer las taras orgánicas del futuro adoptado, y para determinar sus inclinaciones psicológicas, a fin de aconsejar o desaconsejar la adopción o instruir a los adoptantes sobre la conducta que deben observar en sus relaciones con el adoptado." (52)

Corroborando lo anterior enunciaremos lo que Rafael Rojina Villegas indica "Así se ha logrado en la legislación extranjera que "esos niños cuyos destinos parecía ser el de permanecer en cierto modo como parias, colocados al azar por la Beneficencia Pública, encontrarán en la adopción, el medio de ser readaptados como hijos legítimos en un sano ambiente familiar." (53)

(52) Galindo Garfias, Ignacio Op. cit. págs. 657-658

(53) Rojina Villegas, Rafael. Op. cit. pág. 334-335

f). EFECTOS DE LA MUERTE DEL ADOPTANTE.

Antonio Ibarrola comenta lo siguiente "Si llegare a fallecer el adoptante: desaparece la adopción? Notemos que hay que responder afirmativamente, puesto que conforme a nuestro artículo 402, no existe lazo alguno entre el adoptado y la familia del adoptante. En que situación pues queda el adoptado? Vuelve a recaer bajo la patria potestad de sus padres naturales? Notemos desde luego que el adoptante puede nombrar tutor al adoptado en un testamento, conforme lo autoriza el artículo 470. Pero aún cuando no lo hubiere hecho, la sentencia de adopción, lo repetimos, ha roto todos los lazos entre el adoptado y su familia natural. Ha extinguido para siempre la patria potestad de los padres del adoptado, y por tanto habrá de nombrársele tutor conforme a la ley tanto más cuanto que el fallecimiento del adoptante no puede tener como objeto restablecer los lazos que unían al adoptado con sus padres naturales." (54)

1.- LA PATRIA POTESTAD.

Conforme a lo establecido por nuestro Código Civil en su artículo 443, fracción I, la patria potestad se acaba con la muerte del que ejerce esta, o sea en este caso del adoptante.

Reafirmando lo anterior Rafael De Pina nos indica lo siguiente "Asimismo la muerte del padre adoptivo que ejercitaba la patria potestad según el criterio sustentado sobre este punto por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal -hace que el padre natural recobre su ejercicio, sin que sea el caso de nombrar tutor. Entiende el citado Tribunal que el Código Civil para el Distrito Federal no resuelve esta cuestión de manera expresa, pero de que la correcta interpretación de distintos preceptos de dicho cuerpo legal y del estudio de los antecedentes que informan esta materia en legislación mexicana, así como de la doctrina, se deduce la solución apuntada." (55)

(54) Ibarrola, Antonio. Op. cit. pág. 439

(55) De Pina, Rafael. Op. cit. pág. 660-661

2.- LOS ALIMENTOS.

Al respecto y siguiendo los lineamientos del artículo 303 del Código Civil del Distrito Federal y territorios federales que establece la obligación de los padres de dar alimentos a los hijos, no distingue entre los legítimos y naturales reconocidos y el artículo 389 del mismo ordenamiento legal, entre los derechos que concede a estos últimos, incluye el de ser alimentados por sus progenitores, que les hubieren reconocido, sin estipular que sobre el derecho de ellos tenga prelación el de los legítimos.

Con lo cual el adoptado tiene derecho a lo que se obtenga de los bienes que sean del adoptante ya que es reconocido como hijo legítimo.

Pero a la vez si no se le nombra en un testamento con tal derecho el adoptado tiene a la vez el derecho de pedir la inoficiosidad de éste, para exigir que con la obtención de los frutos de los bienes del testador (adoptante) se le proporcionen los alimentos. Todo esto es cuando existan bienes que legalmente pertenezcan al adoptante, en cambio si no los hay, los alimentos no se le proporcionarán por alguna otra persona.

3.- LA SUCESION

En este caso, y de acuerdo a lo establecido por el artículo 1612 de nuestro Código Civil para el Distrito Federal el adoptado hereda como un hijo.

Lisandro Cruz y Gabriel Leyva opinan lo siguiente: "...el adoptado tiene el derecho de exigir que se le reconozca su derecho a heredar respecto de los bienes que sólo pertenezcan al de cujus (en este caso adoptante) aún cuando no se le haya nombrado en el respectivo testamento, o bien no exista este último, pero con la aclaración de que solamente este derecho se de en cuanto los bienes que pertenezcan al adoptante. (56)

(56) Cruz Ponce, Lisandro y Leyva, Gabriel; Código Civil para el D.F., Facultad de Derecho de la UNAM, México, 1982, pág. 230-232

CAPITULO IV

LA NECESIDAD DE UNA ADECUADA LEGISLACION EN LA INSTITUCION DE LA ADOPCION, PARA FACULTAR AL MINISTERIO PUBLICO O AL TRABAJADOR SOCIAL, PARA CONTINUAR CON LA VIGILANCIA DE LOS MENORES POSTERIORMENTE DE HABER SIDO ADOPTADOS.

a). LA ADOPCION ENTRE NACIONALES

La adopción es un acto de carácter complejo, que para su regularidad exige la concurrencia de los siguientes elementos:

La emisión de una serie de consentimientos; la tramitación de un expediente judicial y la intervención de los jueces de los familiar y de Registro Civil.

La adopción es, desde luego, una ficción, pero una ficción generosa que permite que muchos niños abandonados encuentren protección adecuada dentro de una familia honesta, siempre que el otorgamiento se realice con las debidas garantías legales. Es, ciertamente una ficción jurídica socialmente útil. A parte de esto, la adopción se presta como un consuelo para los matrimonios que no han tenido descendencia o que, habiendola alcanzado, la perdieron.

La paternidad frustrada haya en la adopción una forma humana para satisfacer sentimientos que merecen respeto y comprensión y que, al mismo tiempo, beneficia en grado sumo al adoptado.

La adopción puede recaer sobre uno o más menores o sobre un incapacitado aún cuando éste sea menor de edad.

1.- PROCEDIMIENTO

A través de este procedimiento especial de jurisdicción voluntaria, el que pretenda adoptar a una persona debe acreditar, ante el juez de lo familiar, que reúne los requisitos señalados en los artículos señalados en los artículos 390 y 391 del Código Civil y que cuenta con el consentimiento de las personas mencionadas en el artículo 397 del mismo ordenamiento sustantivo. En términos generales, los requisitos que debe reunir el adoptante, son los siguientes:

- 1). Ser mayor de veinticinco años y, en todo caso, tener diecisiete años más que el adoptado.
- 2). Encontrarse en pleno ejercicio de sus derechos.
- 3). Estar libre de matrimonio, o, en caso contrario, contar con el consentimiento del cónyuge para que este también sea adoptante.
- 4). Tener bastantes medios para proveer a la subsistencia y educación del menor o al cuidado y subsistencia del incapacitado, y
- 5). Ser de buenas costumbres.

El solicitante debe demostrar, además, que la adopción resultará benéfica para la persona que trata de adoptar. Las personas que, en su caso, deben otorgar su consentimiento para la adopción son las siguientes:

- 1). Los que ejerzan la patria potestad sobre el menor que trata de adoptarse.
- 2). El tutor de este.
- 3). La persona que lo haya acogido durante seis meses y los trate como a un hijo, aunque no hubiese ejercido la patria potestad ni la tutela.
- 4). El Ministerio Público del domicilio del adoptado, cuando este no tenga padres conocidos, ni tutor, ni persona que ostensiblemente le haya impartido su protección y lo haya acogido como hijo.
- 5). El propio menor, si tiene más de catorce años.

En su promoción inicial el solicitante debe expresar el nombre y edad del menor o incapacitado, así como el nombre y domicilio de quienes ejerzan sobre él la patria potestad o la tutela, o bien, de las personas o institución pública que lo hayan acogido. Debe acompañar, además, certificado médico de buena salud, y, en el caso de que el menor hubiese sido acogido por una institución pública, deberá presentar una constancia del tiempo de la exposición o abandono para lo fines previstos en el artículo 444, fracción IV, del Código Civil. El Juez de lo familiar puede decretar el depósito del menor con el presunto adoptante, si aún no hubiese transcurrido el plazo de seis meses contado a partir de la exposición o abandono, por el tiempo restante, o si el menor no tuviese padres conocidos ni hubiese sido acogido por institución pública alguna por todo el periodo de seis meses (Art. 923 del Código de Procedimiento Civiles para el Distrito Federal).

Aunque el Código Procesal antes invocado no lo indique expresamente, conviene que, en su solicitud el que pretenda la adopción con las cuales intente acreditar el cumplimiento de los requisitos legales mencionados. Las pruebas se recibirán el día y a la hora que el Juez señale (Art. 923 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).

Becerra Bautista mencionado por José Ovalle Fabela en su libro de Derecho Procesal Civil, estima que "...deben ser citados a esta audiencia las personas cuyo consentimiento se requiera para la adopción, con el objeto de que "expongan lo que a su derecho corresponda". Si el tutor o el Ministerio Público no consienten la adopción, deberán expresar la causa en que se funden, la cual calificará el juez tomando en cuenta los intereses del menor o del incapacitado (Art. 398 del Código Civil)." (57)

"Una vez practicadas las pruebas y obtenido el consentimiento de las personas señaladas, el juez resolverá dentro del tercer día si otorga o no la adopción (Art. 924 del Código de Procedimiento Civiles para el Distrito Federal). Cuando la resolución judicial que otorgue la adopción adquiera lo que Fix-Zamudio denomina estado preclusivo-por haberse resuelto la apelación interpuesta, y, en su caso, el amparo o bien por no haberse interpuesto aquel recurso-, el juez de lo familiar ordenará remitir las copias certificadas de las diligencias respectivas al C. Jefe del Registro Civil, para que éste levante la correspondiente acta de adopción (Art. 401 del Código Civil)." (58)

2.- EFECTOS

Los efectos jurídicos de la adopción se pueden enunciar de la siguiente manera:

Se crea una relación jurídico-familiar o relación de parentesco (Art. 395 del Código Civil), por lo que el adoptado tiene un derecho de alimentos (Art. 307 del Código Civil) y en nuestro sistema, un derecho hereditario (Art. 1612 del Código Civil).

(57) Ovalle Fabela, José; Derecho Procesal Civil, Ed. Harla, México, 1991, págs. 434-436

(58) ídem.

Es decir, en virtud de esta relación, el adoptante tiene respecto del adoptado y sus bienes los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres respecto a los hijos, pudiendo incluso, darle nombre y sus apellidos; y el adoptado, respecto del adoptante, tiene los mismos derechos y obligaciones que un hijo.

A pesar de que se trata de evitar la coexistencia del vínculo del adoptado con su familia natural y su familia adoptiva, el ordenamiento civil establece que la relación de parentesco surge de la adopción se limita al adoptante y al adoptado, excepto lo relativo a los impedimentos para contraer nupcias, quedando vigentes los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural, salvo la patria potestad que se transfiere al adoptante, excepto cuando éste está casado con uno de los progenitores del adoptado, en cuyo caso se ejerce por ambos cónyuges (Arts. 157, 402 y 403 del Código Civil).

Con lo que se establece que la adopción produce sus efectos aunque sobrevengan hijos al adoptante.

b). LA ADOPCION DE MEXICANO POR EXTRANJERO.

Para que un extranjero pueda realizar el acto de adopción en el territorio nacional deberá sujetarse previamente a lo que le establece la Ley General de Población y concretamente a lo dispuesto en sus artículos 67 y 68 los cuales señalan lo siguiente:

Abundando al respecto transcribiremos lo que para este efecto señala el Diccionario Jurídico Mexicano "Las autoridades de la república sean federales, municipales o locales están obligados, a exigir a los extranjeros que tramiten ante ellos asuntos de su competencia, que previamente les comprueben su legal residencia en el país y que sus condiciones y calidad migratoria les permiten realizar el acto o contrato de que se trate, o en su defecto, el permiso especial de la Secretaría de Gobernación. Excepcionalmente, en caso de urgencia, no se exigirá la comprobación mencionada en el otorgamiento de poderes o testamentos. En todos los casos, darán aviso a la expresada Secretaría en un plazo no mayor de quince días, a partir del acto o contrato celebrado ante ellas." (59)

(59) Diccionario Jurídico Mexicano. Op. cit. pág. 42

Asimismo los Jueces y oficiales del Registro Civil no celebrarán ningún acto del estado civil en el que intervenga un extranjero, sin la comprobación previa, por parte de éste, de su legal estancia en el país.

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 este artículo (Art. 68) y darse aviso a la Secretaría de Gobernación del acto celebrado".

Todos estos requisitos deberán concurrir en su totalidad, ya que de otra manera existirá un obstáculo insuperable para llevar a efectos la adopción pretendida, por lo que no está demás recalcar que los extranjeros necesitan documentación migratoria para internarse en la República Mexicana y permanecer en ella.

Esa documentación, para todas las calidades migratorias, la obtienen en las oficinas del Servicio Exterior Mexicano.

1.- PROCEDIMIENTO

A este respecto cabe señalar que el procedimiento de la adopción pretendida por un extranjero para con un nacional es el mismo que se sigue en el que realizan nacionales entre sí, salvo algunas diferencias que señalaremos en el mismo:

De las disposiciones legales relativas a la adopción y de la naturaleza propia de esta institución civil se desprenden los requisitos que deben considerarse necesarios para que puede llevarse a efecto, los cuales son los siguientes:

- 1). Que el adoptante tenga por lo menos más de diecisiete años que aquel a quien se vaya a adoptar.

- 2). Que la persona que pretenda adoptar sea mayor de veinticinco años.
- 3). Que la adopción sea beneficiosa para el adoptado.
- 4). Que el adoptante tenga medios suficientes para atender a la subsistencia y educación del menor o al cuidado y subsistencia del incapacitado, como hijo propio, según las circunstancias de la persona que trata de adoptarse.
- 5). Que quien desea adoptar sea persona de buenas costumbres.

En cuanto a los documentos que se deben acompañar a la misma solicitud de adopción en este caso serán:

a). Los permisos migratorios, otorgados por la Secretaría de Gobernación de los presuntos adoptantes, para que los mismos puedan permanecer en este país por el lapso de seis meses a fin de poder realizar los trámites necesarios para la pretendida adopción y acreditar su legal estancia en nuestro país.

b). Las actas de nacimiento, matrimonio, certificado médico que establezca su buena salud y documentos de aprobación de las autoridades de su país para que puedan adoptar a un menor, debidamente traducidos y legalizados ante el Cónsul de México en el país que corresponda.

c). En cuanto al menor que se pretenda adoptar se deberá acompañar certificado médico que diga que goza de buena salud, constancia del tiempo de exposición o abandono del menor.

d). La Embajada de México además, en el país de donde son originarios los presuntos adoptantes les debe de dar una visa para poder tramitar la adopción de un menor o incapacitado mexicano.

e). Por lo que respecta a la prueba testimonial, en este caso se les exime por razones obvias, toda vez que por ser extranjeros y el consentimiento que se pueda tener de ellos a través de los testigos será siempre superficial.

f). Todos los documentos deberán venir en original y traducidos al idioma español, certificados ante el notario del respectivo país y legalizado por el embajador o cónsul mexicano.

g). En cuanto a los estudios socio-económicos y psicológicos podrán ser practicados por institución pública o privada legalmente constituida en el país de origen de los solicitantes.

Una vez presentada la solicitud de adopción en la Oficialía de Partes Común, esta la enviará al Juzgado Familiar correspondiente para que el C. Juez titular de dicho juzgado admita a trámite dicha solicitud, dándose vista al C. Agente del Ministerio Público adscrito al Juzgado y señalándose una audiencia, de conformidad con lo dispuesto por el Art. 923 del Código de Procedimientos Civiles, en la que los promoventes deberán ratificar su deseo de llevar a cabo la adopción en cuestión y desahogándose las pruebas que por su propia y especial naturaleza quedarán desahogadas, toda vez que se tratan de documentos.

Posteriormente comparecerá ante la presencia judicial la Directora de la Casa de Cuna o bien la persona responsable que tenga bajo su custodia al menor, a ratificar su consentimiento dado a los promoventes para llevar a cabo la adopción de que se trata.

Y una vez que se han satisfecho los requisitos establecidos por los artículos 390 y 207 del Código Civil y, si consider al C. Juez que la adopción que se pretende resulta benéfica para el menor y además de que quedaron acreditados los extremos a que se refieren los artículos 391, 395, 396, 400, 401, 402, 403 y demás relativos del Código Civil deberá resolver mediante sentencia definitiva lo siguiente:

- a). Deberá conceder la adopción del menor en favor de los promoventes de la solicitud de adopción.
- b). En virtud de la adopción que se concede a los promoventes, estos tendrán derechos y obligaciones establecidos por las normas legales. Autorizando a los promoventes a dar nombre y sus apellidos al menor que por esta vía se les ha concedido en adopción.
- c). Una vez que la resolución definitiva cause ejecutoria quedará consumada la adopción que se concede.
- d). Ejecutoriada que sea la referida resolución definitiva se deberá remitir copia de la misma al C. jefe del Registro Civil de este país para el efecto de que proceda al levantamiento del acta de adopción correspondiente.
- e). Notificándose todo lo anterior a las partes interesadas.

Además por lo anteriormente expuesto, el Artículo 43 de la Ley de Nacionalidad y Naturalización señala que la adopción no entraña para el adoptado el cambio de nacionalidad, lo cual contradice lo establecido por el Artículo 396 del Código Civil para el Distrito Federal que a la letra dice: "El adoptado tendrá con la persona o personas que lo adopten, los mismos derechos y obligaciones que tiene un hijo". Disposición que por lo tanto, es discriminatoria.

2.- RECIPROCIDAD INTERNACIONAL

A este respecto México, como miembro de la Organización de los Estados Americanos, a fin de concretar la Convención Interamericana sobre el conflicto de leyes en materia de adopción de menores, aceptó y ratificó lo siguiente: que la presente Convención se aplicará a la adopción de menores bajo las formas de adopción plena, legitimación adoptiva y otras instituciones afines, que equiparen al adoptado a la condición de hijo cuya filiación esté legalmente establecida, cuando el adoptante (o adoptantes) tenga su domicilio en un Estado Parte y el adoptado su residencia habitual en otro Estado Parte. Extendiendo la presente el día primero del mes de Julio de mil novecientos ochenta y siete, a través del Subsecretario de Relaciones Exteriores, a fin de incorporarla al Decreto de Promulgación Respectivo.

El instrumento original de la referida Convención, cuyos textos en español, francés, inglés y portugués son igualmente auténticos, fue depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que a su vez envió copia auténtica de su texto a la Secretaría de la Naciones Unidas, para su registro y publicación, de conformidad con el Artículo 102 de su Carta Constitutiva. La Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos notificó a su vez los Estados miembros de dicha organización y a los Estados que se hayan adherido a dicha Convención, las firmas, los depósitos de instrumentos de ratificación, adhesión y denuncia, así como las reservas que hubiere.

Con lo cual y en base a esta convención firmada y ratificada por México como país miembro de los Estados Americanos, la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal en su Ley Orgánica, a través de su Reglamento de la mencionada ley y Acuerdo A/029/90, expedido por el Procurador General de Justicia del Distrito Federal, extendió el instructivo para las actuaciones del Ministerio Público en Materia de Familia y publicándolo en el Diario Oficial de la Federación el día treinta de noviembre de mil novecientos noventa.

Dentro del mencionado instructivo establece que en el supuesto de que un extranjero pretenda adoptar a un menor o incapacitado, el Ministerio Público deberá verificar que este se encuentre en el país en forma legal, y de que tiene el permiso correspondiente, por parte de la Secretaría de Gobernación, para tramitar la solicitud de adopción, o bien, solicitarle al Juez del conocimiento, que gire atento oficio para que le haga saber a dicha institución las diligencias que se tramitan para que manifieste lo que a su función corresponda, con la finalidad de que el presupuesto adoptante goce con la calidad migratoria para este trámite.

Basándose en lo establecido por los artículos 396 del Código Civil, 67 y 68 de la Ley General de Población.

En relación con el supuesto anterior, deberá vigilar sobre la *Reciprocidad Internacional*, la que se encuentra establecida con el artículo 32 de la Ley de Extranjería y Naturalización, la cual le señala los derechos y obligaciones de los extranjeros.

Estableciendo en el referido artículo que:

"Sólo la Ley Federal puede modificar y restringir los derechos civiles de que gozan los extranjeros, por el principio de reciprocidad internacional, y para que así queden sujetos en la República a las mismas incapacidades que las leyes de su país impongan a los mexicanos que residan en él, en consecuencia, las disposiciones de los Códigos Civil y de Procedimientos del Distrito sobre esta materia, tienen el carácter de Federales y serán obligatorias en toda la Unión".

3.- EFECTOS.

Desde la década de los años cincuenta, cuando se convirtió en una práctica común el adoptar huérfanos de guerra de países asiáticos, surgió el peligro del comercio de niños, especialmente en la corriente de niños de Asia y América del Sur hacia Europa y América del Norte.

La demanda de niños en el mundo industrializado llevó a que comenzara una oferta paralela de niños en los países en desarrollo. Las agencias de adopción vinculadas con el sector comercial han crecido en forma desmesurada en algunos países, y su único objetivo es facilitar la adopción internacional a cambio de dinero.

Los canales para la adopción internacional a veces son clandestinos e ilegales. A menudo la entrada aparentemente legal de un niño en un país para ser adoptado queda oscurecido por prácticas sospechosas en el país de origen. A menudo los futuros padres adoptivos eluden a las autoridades oficiales y hacen las cosas por sus propios medios.

Cuando las adopciones se llevan a cabo sin la supervisión de un tribunal, puede ser que involucren la venta de niños. Los intermediarios se aprovechan de la ignorancia y confusión de los padres. Tal vez les ofrezcan aliviarlos del peso del niño por un cierto monto, y al mismo tiempo, hacen pagar a los padres adoptivos una suma mucho más elevada.

En el último decenio hubo miles de niños adoptados de manera más o menos fraudulenta por familias de América del Norte y de Europa Occidental, informó a las Naciones Unidas en 1989 la organización no gubernamental Federación Abolicionista Internacional. Los padres pobres reciben una suma ínfima de dinero que les ayudaría a no pasar hambre durante un tiempo o pagar algunas de sus deudas, mientras que los intermediarios o las agencias de adopción de occidente se llevaban entre dos mil quinientos y diez mil dólares por cada niño sano.

Para impedir las adopciones ilegales, de conformidad con la Convención (Artículo 21) es necesario que en país de origen se lleve a cabo un examen preeliminar de la adopción, que las autoridades competentes autoricen la adopción y, en el caso de la adopciones internacionales, que se adopten medidas para evitar beneficios financieros indebidos.

A fin de dejar un poco más claros los efectos de la adopción internacional citaremos en forma genérica lo enunciado por el citado Artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del niño, citado por la Comisión Nacional de Derechos Humanos, que señala que "Los Estados Partes que reconocen el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y:

a) Velarán por la adopción del niño sólo sea autorizada por la autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción, sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario;

b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño en el caso de que este no pueda ser colocado en un lugar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen;

c) Velarán porque el niño que haya de ser adoptado en otro país goce del salvaguardas y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen;

d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país la colocación no de lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella, y

e) Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, para garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes. (60)

(60) Convención sobre los Derechos del niño, ORGANIZACION DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU), Ed. Hemes, México, 1992, pág. 92

C). CONVENIENCIA DE FACULTAR Y ENCOMENDAR AL MINISTERIO PUBLICO O A UN CUERPO DE TRABAJADORES SOCIALES PARA QUE CONTINUEN CON LA VIGILANCIA DE LOS MENORES A UN DESPUES DE HABER SIDO ADOPTADOS.

La adopción debe ser una institución de Derecho Público y por lo tanto la intervención del Estado en su regulación, y posteriormente en el seguimiento de la adopción debe ser necesaria.

Con la adopción se trata principalmente de que el niño expósito o abandonado, de padres alcohólicos, locos, drogadictos, delincuentes, etc., se pueda integrar a una familia que lo eduque y lo haga un ciudadano útil, por lo que es evidente que el Estado debe reglamentar no sólo el como debe ser adoptado sino quienes pueden realmente ser verdaderos padres, y vigilar que éstos cumplan con el adoptado haciéndolo una persona útil a la sociedad asignando para esto un trabajo que abarque en su totalidad un verdadero trabajo profesional con personal capacitado que de alguna manera no interfiera con el papel que les debe corresponder a los padres adoptivos siendo asignados para esto o mejor dicho ya sea del Ministerio Público o Trabajador Social que se designe debe conocer tanto el comportamiento del menor adoptado (desde su anterior desarrollo hasta la integración a su nueva familia adoptiva) como el de los adoptantes desde antes de que se integrara el menor a su hogar hasta la real integración a la sociedad a la cual pertenece como núcleo familiar compacto.

En el Distrito Federal la intervención de la Procuraduría del Distrito Federal en el caso de los expósitos se reduce únicamente a la persecución del delito de abandono de menores abriendo una averiguación previa y remitiendo al menor a una casa de cuna dependiente del Estado o en su caso a una particular en tanto se resuelva su situación legal y en el mejor de los casos al buen criterio del Agente del Ministerio Público que interviene.

Además de que también por otro lado el Consejo Tutelar no se encuentra debidamente reglamentado, ya que puede ser también un medio idóneo para dar en adopción a los menores infractores a fin de que puedan reintegrarse a la sociedad a fin de que puedan ser personas útiles a la misma con el fin de lograr un desarrollo íntegro.

La función del Consejo de Tutelas, como se mencionó antes, solo se aplica a menores infractores, olvidándose de la función que debiese tener en la promoción de la adopciones por parte de las familias que no tienen hijos, de los expósitos y otros menores cuyos padres no pueden, o no deben tener bajo su patria potestad.

La adopción debería de ser promovida por la sociedad como una fórmula ideal para dar hogar y familia a los menores que por diversas causas no la tienen, el Estado debería conceder por ejemplo exenciones de impuestos o alguna otra motivación a familias que adoptaran menores ya que esto representa un bien para la sociedad además de que se podría abatir la delincuencia juvenil la falta de integración a la sociedad por parte de los menores abandonados o expósitos ya que se ha demostrado a través de estudios socioeconómicos que una persona que no se integra a una sociedad quedará marginado del avence que tenga esta dejando de tener motivación para ser productivo y no dejar que desaparezca o bien quede en el subdesarrollo.

Se deberán crear organismos que analicen y promuevan la adopción con profesionistas, psicólogos, trabajadores sociales, abogados, etc. quienes además deberán vigilar la educación y la incorporación a la familia del adoptante (a este respecto es válido decir que esta función en una forma legal establecida a través de una legislación adecuada debe ser delegada al Ministerio Público o Trabajador Social que correspondan según sea la necesidad de la misma).

Además la sociedad y las autoridades públicas deben trabajar conjuntamente a fin de hacer menos ardua la tarea, como la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medio adecuados de subsistencia, a fin de que no se les margine de una sociedad, que necesariamente requiere de estos para lograr el desarrollo y crecimiento de un país.

Por lo anteriormente expuesto es menester señalar el por qué es necesario que se faculte al Ministerio Público o Trabajador Social a fin de que se les encomiende la vigilancia en cuanto a su desarrollo del menor, a partir de que ha sido adoptado y para ello señalamos lo siguiente:

Por lo que respecta al Ministerio Público en la actuaciones en materia de familia, se le restringe a nuestro criterio en la Institución de la Adopción a sólo intervenir cersiorándose de lo beneficiosa que pudiera resultar para el menor su adopción, de quien hace dicha solicitud tenga los medios económicos suficientes para la manutención del menor, de que es honorable o bien en otro caso se hayan aprobado las cuentas de la tutela, otorgándo o no su consentimiento, estando a la expectativa de la circunstancias que en su caso se presenten, y en el caso de que otra persona (extranjero) además de su legal estancia en el país etc. Concluyendo hasta aquí su intervención de acuerdo a lo establecido en nuestro Código de Procedimientos Civiles que para tal efecto se aplica.

Es de notarse que después de esta intervención el Ministerio Público ya no tiene otra, y nuestra legislación civil no nos indica nada al respecto.

Desconociéndose en todo momento si realmente se ha cumplido con el fin de la adopción por parte de los adoptantes, haciendo del adoptado un ciudadano útil. Para evitar que la adopción realizada haya sido solamente una forma de encubrir actos ilícitos.

Asimismo el Estado debe comprometerse a asegurar la protección y cuidado necesarios para el menor, de los que tomen las instituciones públicas o privadas, y através de personas físicas (adoptantes). Ya que los adoptantes responsables de él ante la ley, tomarán las medidas adecuadas.

Porque a nuestro modo de ver, sería la forma de luchar contra el traslado ilícito de niños al extranjero y contra toda forma de perjuicio, abuso físico o mental, de un descuido o trato negligente de parte de quien tenga la custodia (padres adoptivos), representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

Esas medidas de protección deberán comprender todo un análisis o estudio que haga el Ministerio Público o Trabajador Social que corresponda, como procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales, con el objeto de proporcionar la asistencia necesaria al menor si así lo necesitara o en su defecto también si corresponde el caso a los padres adoptivos, así como para otras formas de prevención, para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos de malos tratos al menor y, según corresponda, la intervención judicial.

En cuanto al Trabajador Social nada hay establecido en cuanto a su regularización en nuestra legislación, ya que solamente su función se limita a hacer solamente un estudio socio-económico de la pareja que pretende adoptar, a fin de establecer que dichos adoptantes poseen los medios suficientes para lograr la manutención y el desarrollo del menor que se pretende adoptar, y una vez hecho este se pone a disposición del juzgador dicho estudio para que obre como constancia en las actuaciones que se realicen en la adopción pretendida. Concluyendo hasta aquí su intervención en la multicitada adopción sin que ninguna legislación haga mención de que nuevamente de ser necesario pueda intervenir a fin de que establezca el estado socio-económico en que se encuentra el menor adoptado.

Aunque este estudio socio-económico no es determinante para que pueda ser dada o no en adopción a un menor, si es importante en cuanto a señalar la situación económica que vive la pareja que realiza la tramitación correspondiente, con el fin de hacerle saber al juzgador con el objeto de que determine si es o no favorable la adopción para el menor que se pretende adoptar.

Aquí también como en la función del Ministerio Público queda concluida la intervención de un Trabajador Social en la tramitación de la adopción, por lo que se le debe también facultar a través de una legislación a fin de que puede seguir desempeñando su función en cuanto a vigilar la situación tanto económica como social que viven adoptante y adoptado a fin de que de ser necesario haga saber a la autoridad competente si los adoptantes por alguna razón han sufrido detrimento en su situación económica que pudiera en un momento dado afectar al menor y por qué no estancar su desarrollo como se le tenía previsto, a fin de que se encuentre una solución a la situación por lo que pudieren atravesar la nueva familia y de alguna manera se les pueda ayudar evitando con ello una desintegración y por ende prejuicio que de alguna manera haga que el menor adoptado se vea como un objeto que en cualquier momento puede quedar a disposición de cualquier postor.

A lo anteriormente expuesto de alguna manera tiene su base en lo que de manera acertada señaló el sociólogo suizo Jackes Leclerek en su investigación acerca de la familia y de como debe ser su integración total en una sociedad que requiere de esta para poder ser la base en cuanto al desarrollo que necesita un país en vías del mismo "la familia significa para el niño la satisfacción de su más elemental necesidad, la primer condición de su desarrollo, de su despliegue y de su felicidad y lo mismo cabe decir del hombre y de la mujer adultos".

En base a lo expuesto en párrafos anteriores y lo comentado por el sociólogo Jackes Leclerek, el Estado o Estados partes en la tramitación de la adopción, deben reconocer el derecho de todo niño adoptado, a fin de que tenga un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, moral y social.

Asimismo el Estado a través del Ministerio Público o Trabajador Social podrán adoptaran medidas apropiadas para ayudar a los padres adoptivos a dar cumplimiento a este derecho, y en caso necesario proporcionar asistencia material con el apoyo de programas respecto a la nutrición, vestuario y vivienda.

Lo expuesto anteriormente, debe ser a través de las facultades que se les confieran a través de una legislación adecuada, ya sea al Ministerio Público o al Trabajador Social que legalmente sea asignado para realizar la labor de vigilancia del menor adoptado, una vez que la adopción sea aprobada.

D. LEY INTERNACIONAL DE LA ADOPCION.

La declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional tiene su origen en una resolución de la Asamblea General aprobada en 1972. El proyecto de declaración fue redactado en primer lugar por la Comisión de Desarrollo Social después de su examen del trabajo de un Grupo de expertos sobre la adopción y la colocación de los niños que se reunió el año anterior a fin de preparar dicho proyecto de declaración.

En los años siguientes, el proyecto de declaración fue distribuido a los Gobiernos para sus opiniones al respecto. Se celebraron consultas en 1985 y 1986 entre los Estados Miembros en los cuales existían, en virtud de diferentes sistemas jurídicos, otras instituciones que representaban una alternativa que proporcionaban atención sustitutiva a los niños que no podían ser cuidados por sus propios padres. El objetivo era de integrar en una sola declaración principios jurídicos distintos e incluso contradictorios en ciertos puntos, rigiendo la adopción y la colocación en hogares de guarda con respecto a las prácticas y reglas relegiasas.

El 3 de diciembre de 1986 la Asamblea General aprobó sin votación el proyecto de declaración convenido.

1.- ANALISIS

A fin de analizar en su conjunto la presente ley, es conveniente señalar que esta parte de un proyecto de declaración sobre los principios sociales y jurídicos, relativos a la protección y bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional el cual le fue presentado en 9 de mayo de 1979, en la resolución número 1979/28.

LA ASAMBLEA GENERAL

De dicha Asamblea tomamos lo que a nuestro criterio sobresalió en ella, siendo lo más destacado los siguientes aspectos:

Recordando también la Declaración de los Derechos del Niño, que proclamó en su resolución 1386 (XIV) de 20 de noviembre de 1959,

Preocupada por el gran número de niños que quedan abandonados o huérfanos a causa de la violencia, los disturbios internos, los conflictos armados, los desastres naturales, las crisis económicas o los problemas sociales,

Teniendo presente que, en todos los procedimientos de adopción y colocación en hogares de guarda, los intereses del niño deben ser la consideración fundamental,

Reconociendo que en los principales sistemas jurídicos del mundo existen otras instituciones valiosas que representan una alternativa, como la kafala del derecho islámico, las que proporcionan atención sustitutiva a los niños que no pueden ser cuidados por sus propios padres,

Reconociendo asimismo que sólo en el caso de que una determinada institución esté reconocida y reglamentada por el derecho interno de un Estado serían pertinentes las disposiciones de esta declaración relativas a esa institución y que esas disposiciones no afectarían en modo alguno a las instituciones que existiesen en otros sistemas jurídicos y que representan una alternativa,

Consciente de la necesidad de proclamar principios universales que haya que tener en cuenta en los casos en que se inicien procedimientos, en el plano nacional o internacional, relativos a la adopción de un niño o su colocación en un hogar de guarda,

Teniendo presente, sin embargo, que los principios enunciados más adelante no imponen a los Estados instituciones jurídicas tales como la adopción o la colocación en hogares de guarda.

Por lo que y en base a lo anteriormente transcrito nos es posible de una manera general y profunda señalar lo más importante y relevante que tiene la legislación internacional de la adopción proclamando los siguientes principios y que a continuación se detallan:

A.- BIENESTAR GENERAL DE LA FAMILIA Y DEL NIÑO.

Todos los estados deben dar alta prioridad al bienestar de la familia y del niño.

El bienestar del niño depende del bienestar de la familia.

Como primera prioridad, el niño ha de ser cuidado por sus propios padres.

Cuando los propios padres del niño no puedan ocuparse de él, o sus cuidados sean inapropiados, debe considerarse la posibilidad de que el cuidado quede a cargo de otros familiares de los padres del niño, otra familia sustitutiva -adoptiva o de guarda- o en caso necesario, una institución apropiada.

En todas las cuestiones relativas al cuidado de un niño por personas distintas de sus propios padres, los intereses del niño, en particular su necesidad de recibir afecto y su derecho a la seguridad y al cuidado continuado, deben ser la consideración fundamental.

Los encargados de los procedimientos de adopción y de colocación en hogares de guarda deberán haber recibido capacitación profesional u otro tipo de capacitación apropiada.

Los gobiernos deberán determinar si sus servicios nacionales de bienestar del niño son suficientes y considerar la posibilidad de adoptar medidas adecuadas.

En todo momento el niño deberá tener nombre, nacionalidad y representante legal. El niño, al ser adoptado, colocado en un hogar de guarda o quedar sometido a otro régimen, no deberá ser privado de su nombre, su nacionalidad o su representante legal a menos que con ello adquiera otro nombre, otra nacionalidad u otro representante legal.

Los encargados de la atención del niño deberán reconocer la necesidad del niño adoptivo o del niño colocado en un hogar de guarda de conocer sus antecedentes a menos que ello sea contrario a los intereses del niño.

B.- COLOCACION EN HOGARES DE GUARDA.

La colocación de los niños en hogares de guarda deberá reglamentarse por ley. Ya sea señalándole de una forma genérica las funciones que deberá tener con los menores que le sean enviados para su custodia y otra parte sería restringirle funciones que vayan más allá de las que previamente le sean establecidas a fin de que los menores que bajo su custodia y guarda sean dados en adopción a quien realmente lo merezca con el único fin de evitar intereses ajenos que repercutan en la integridad del menor, que muchas veces se anteponen al fin para el cual fue creado.

Pese a que la colocación de los niños en hogares de guarda tiene carácter temporal, puede continuar, de ser necesario, hasta la edad adulta, pero no deberá excluir la posibilidad de restitución a la propia familia ni de adopción antes de ese momento.

En todas las cuestiones relativas a la colocación de niños en hogares de guarda deberán tener participación adecuada la futura familia de guarda y, según proceda, el niño y sus propios padres. Una autoridad u oficina competente deberá encargarse de la supervisión para velar por el bienestar del niño.

C.- ADOPCION

El objetivo fundamental de la adopción consiste en que el niño que no pueda ser cuidado por sus propios padres tenga una familia permanente.

Al considerar distintas posibilidades de adopción, los encargados de la colocación deberán elegir el medio más adecuado para el niño.

Los propios padres del niños y los futuros padres adoptivos y, cuando proceda, el niño, deberán de disponer de tiempo suficiente y asesoramiento adecuado para llegar cuanto antes a una decisión respecto del futuro del niño.

Antes de la adopción, los servicios u organismos de bienestar del niño deberán observar la relación entre el niño que vaya a ser adoptado y los futuros padres adoptivos. La legislación deberá asegurar que el niño sea reconocido legalmente como miembro de la familia adoptiva y que goce de todos los derechos pertinentes a su condición de tal.

Quando no sea factible colocar a un niño en un hogar de guarda o darlo en adopción a una familia adoptiva, o cuando el niño no pueda ser cuidado adecuadamente en su país de origen, podrá considerarse la adopción en otro país como forma alternativa de proporcionarle una familia.

Los gobiernos deberán establecer políticas, legislación y una supervisión eficaz, respecto de la protección de los niños que sean adoptados en otros países. Si las circunstancias lo permiten, la adopción en otros países sólo deberá realizarse cuando se hayan establecido esas medidas en los Estados de que se trate.

Se deberán establecer políticas y promulgar leyes, cuando fuere necesario, que prohiban el secuestro o cualquier otro acto encaminado a la colocación ilícita de niños.

Por regla general, la adopción en otro país deberá efectuarse por conducto de los organismos u autoridades competentes, y deberán aplicarse las mismas salvaguardas y normas existentes respecto de las adopciones en el país de origen. En ningún caso la colocación deberá tener como resultado beneficios financieros indebidos para quienes participen en ella.

En los casos de adopción en otro país que se tramiten por conducto de personas que actúen como agentes de los probables padres de adopción, se tomarán precauciones especiales para proteger los intereses jurídicos y sociales del niño.

No se considerará adopción alguna en otro país sin establecer antes que el niño puede legalmente ser adoptado y que se cuenta con los documentos pertinentes para completar el trámite de adopción, tales como el consentimiento de las autoridades competentes. También podrá establecerse que el niño podrá inmigrar al país de los futuros padres adoptivos, unirse a ellos y adquirir su nacionalidad.

En los casos de adopción en otro país, por regla general, deberá asegurarse la validez legal de la adopción en los dos países de que se trate.

Si la nacionalidad del niño difiere de la de los futuros padres adoptivos, se sopesará debidamente tanto la legislación del Estado de que es nacional el niño como la del Estado de que son nacionales los probables padres adoptivos. A este respecto, se tendrán debidamente en cuenta la formación cultural y religiosa del niño, así como sus intereses.

A manera de conclusión señalaremos lo más significativo desde la perspectiva del presente análisis:

En la Convención celebrada en mayo pasado en la Haya, Holanda, para establecer nuevos principios en materia de adopción, por la cantidad de irregularidades que se han detectado y que han propiciado el tráfico de niños, México se opuso a las adopciones a prueba.

Esa nueva política que pretendían establecer varios países, consideraban que un menor que fuera adoptado por una pareja extranjera quedará sometido a un periodo de seis meses de prueba, para que en caso de que los padres adoptivos no estuvieran satisfechos, el infante sería turnado a otra pareja.

México se opuso a esta disposición porque es el orden jurídico el que regula la situación del niño por ser una cuestión de orden público, ya que los infantes no son mercancías para enviarlos a prueba o de manera provisional, porque no se puede clasificar ni mercantilizar la adopción.

CONCLUSIONES

A partir de la investigación desarrollada en el presente trabajo concluimos lo siguiente:

- 1) Al crear la adopción un parentesco de filiación entre adoptante y adoptado, semejante al que surge entre padre e hijo biológico, se establece una prohibición de matrimonio entre el adoptante y el adoptado, y entre el primero y los descendientes de éste último.
- 2) La adopción no extingue los lazos de parentesco consanguíneo que tuviere el adoptado.
- 3) En la adopción se transmite la patria potestad a los adoptantes.
- 4) Los derechos y obligaciones que genera esta institución entre adoptante y adoptado, son semejantes a los que derivan de la filiación consanguínea.
- 5) De las encuestas realizadas en las casas de asistencia de menores, resalta de una manera alarmante el hecho de que los niños abandonados en instituciones de beneficencia (casas de cuna, particulares y del Estado) suelen arrojar un elevado índice de alteraciones en diversas áreas del desarrollo psíquico (rendimiento intelectual, lenguaje, aspecto y conducta social).

- 6) En el Derecho moderno, la adopción como institución acrecienta cada día un aspecto social que se funda en la necesidad de lograr, de la mejor manera posible, mediante el esfuerzo de los particulares y del Estado, la protección y amparo del menor en el hogar del adoptante, alejándose cada vez más, de aquella concepción individualista de PORTALIS, que fue introducida en el Código Civil Francés como un contrato, "para consuelo de las personas a quienes la naturaleza niega la felicidad de tener hijos o que han tenido la desgracia de perder los que les había dado". Ni tiene por objeto primordial actualmente "emular la imagen de la naturaleza", ni tampoco satisfacer los sentimientos altruistas del adoptante.
- 7) México es uno de los cuatro países que firmaron la Convención Internacional sobre Adopciones. Este documento permitirá que ningún niño abandone el territorio nacional sin que las autoridades verifiquen que el proceso de adopción haya sido transparente. De esta manera se pretenden eliminar las redes informales de intermediarios, que han permitido el tráfico de menores.
- 8) Al margen de las resoluciones jurídicas y de la opinión de los especialistas, para los hijos adoptivos la separación de los padres biológicos puede tener un impacto profundo en su autoestima e identidad, especialmente si se interpreta la separación como rechazo.

A manera de corolario, señalaremos lo siguiente:

- 9) ¿Por qué la biología es el factor determinante en el parentesco? ¿Por qué pesa más el vínculo biológico que una decisión reconocida legalmente? Uno no puede elegir a sus padres biológicos, pero si puede renunciar a sus padres adoptivos; es decir, los padres adoptivos están en desventaja frente a los derechos de los padres biológicos.

- 10) Existe una discriminación racial de las parejas, en cuanto al menor que se pretende adoptar, ya que los extranjeros y en ocasiones los propios nacionales buscan que el niño que pretenden adoptar tenga determinados rasgos físicos, siendo estos principalmente los característicos de la belleza helénica.

Se afirma por ejemplo, que una pareja extranjera interesada en adoptar a un pequeño cuyos rasgos sean europeos como podría encontrarlo en Argentina o Chile, por los puros honorarios de su abogado pagan el equivalente a diez mil dólares.

Por otro lado, si dicha pareja ha decidido adoptar a un niño cuyos rasgos sean indígenas, que podría encontrarlo en Centroamérica o en México, por el puro honorario del abogado paga hasta tres mil dólares.

El tema resulta delicado para ventilarse a la ligera. Los funcionarios del DIF señalan que la adopción involucra la problemática de parejas estériles, la vida de un niño y la decisión de una mujer de dejar a sus hijos.

- 11) Los grandes intereses de tipo comercial que existen en el tráfico de niños, con las mafias del narcotráfico, hacen necesario la voluntad política de los países, sobre todo de las naciones de destino -a donde son trasladados esos niños- para combatir esa práctica.

Aunque el tráfico de niños en México no ha alcanzado proporciones similares a las de Corea del Sur, con 6,000 niños al año, o Filipinas que tiene entre 4,000 y 5,000 anualmente, la vecindad de nuestro país con Estados Unidos provoca que los niños sean sustraídos del territorio nacional sin el consentimiento del gobierno ni de sus padres.

A México se le imputa que la gravedad del tráfico de menores en el país, obedece a su procedimiento complejo para las adopciones y a la corrupción existente en los tribunales mexicanos.

Al 94% de los niños les va bien, pero el 6% restante son víctimas del abuso sexual, utilizados para realizar películas pornográficas o como mano de obra barata, sin que se cumpla con los fines de la adopción, que significa tener un hijo que la naturaleza le ha negado.

- 12) Se deberán crear organismos que analicen y promuevan la adopción, con profesionistas, psicólogos, trabajadores sociales, abogados, etc., quienes además deberán vigilar la educación y la incorporación efectiva del adoptado a la familia del adoptante.
- 13) El Consejo Tutelar debería ampliar la competencia, ya que su función sólo se limita a la corrección de menores infractores, a fin de que puedan reintegrarse nuevamente a la sociedad; debe tener también la función de promover las adopciones o sea dar en adopción al menor a familias que no tengan hijos, colocando adecuadamente a los éxpositos y a otros menores cuyos padres no pueden o no deben tenerlos bajo su patria potestad.
- 14) Se deben evitar procedimientos complejos para las adopciones, ya que son causa en muchos casos de la corrupción existente en los tribunales mexicanos. Porque si la ley y los organismos competentes brindan seguridad y diligencia en esta materia, lograrán que menos niños sean víctimas del manoseo, el comercio, la frialdad de los institutos encargados de su resguardo y de la falta de este último; con ello, por otro lado, se obtendrá que mayor cantidad de hogares estén dispuestos a abrir sus puertas a la posibilidad tan altamente gratificante que es la adopción.

- 15) El juez encargado de la tramitación de la adopción, debe tomar conocimiento personal directo de los adoptantes, del menor adoptado y de los descendientes de aquellos en su caso, aprovechando la ocasión para instruirlos, si fuere necesario, de que al menor debe en todo momento decirse la verdad.
- 16) A fin de evitar daños psicológicos que alteren el desarrollo del menor, se debe guardar el secreto de la adopción cuando el motivo de su abandono haya sido causa de un delito. No obstante, cuando ello fuere posible se comunicará a quien legalmente proceda, los antecedentes clínicos del menor y de los progenitores si se les conociere, sin mencionar sus nombres u otros datos que permitan su fácil identificación.
- 17) Debe establecerse en toda la República Mexicana LA ADOPCION PLENA, con el fin de que no solamente esté establecida en tres Estados (Estado de México, Quintana Roo y Zacatecas), ya que esta confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen. Aquella es irrevocable e impide todo reconocimiento del adoptado por parte de sus progenitores consanguíneos, o el ejercicio de reclamación de filiación o sea que una vez acordada la adopción plena el menor pasa a igualar sus derechos al de un hijo biológico, tanto respecto a sus padres adoptivos como a toda la familia de éstos. Además desde el punto de vista práctico figurará como hijo del matrimonio en los certificados de nacimiento, con el único fin de que funcionen en igual jerarquía, tanto la adopción simple como la plena, sin que ninguna de las dos sea regla ni excepción.

- 18) Por otra parte toda persona o grupo familiar que tenga a su cuidado un menor adoptado, cualquiera que fuese el tiempo de permanencia, estuviese obligado a presentarse ante un organismo competente que verifique y realice un seguimiento para comprobar: los cuidados que se le brinden al infante al grado de vinculación y preocupación que mantienen los padres adoptivos y las causales que existen para que la situación se prolongue o no. Aunque pueda parecer arduo y costoso, conduce al logro de objetivos que justifican el esfuerzo, porque, "cuanto más se trabaja previniendo, menos se trabajará asistiendo, y a la postre la inversión será menor y su eficacia mayor".
- 19) Adecuar una Legislación en la Institución de la Adopción a fin de que el Ministerio Público o Trabajador Social continúen con la vigilancia del menor después de haber sido adoptado, con la única finalidad de que velarán porque el niño que haya de ser adoptado tanto en nuestro país como en otro, goce de salvaguardas y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen.

Adoptando todas las medidas apropiadas para garantizar que en el caso de adopción en otro país, la colocación no de lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella, o sea que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes. A fin de que se entienda que la adopción fue creada para que los niños sin un hogar tengan padres con vocación para serlo, que los protejan.

BIBLIOGRAFIA

- (1) Bossert, Gustavo A. y Zannoni, Eduardo A.; Manual de Derecho de Familia, Argentina, Ed. Astrea, 1989, págs. 388-389
- (2) Colín, Ambrosio y Capitán H.; Curso Elemental de Derecho Civil, Tomo I, España, Ed. Reus, Traducc. José Castan y José María Castan V., 1952, págs. 663
- (3) Castan Vázquez, José María; La patria potestad, España, Ed. Revista de Derecho Privado, 1960, págs. 145-146
- (4) Coll, Jorge Eduardo y Estivill, Luis Alberto; La adopción e Instituciones análogas, Argentina, Ed. Tea, 1947, págs. 204
- (5) Cruz Ponce, Lisandro y Leyva, Gabriel; Código Civil para el D.F., Facultad de Derecho de la UNAM, México, 1982, pág. 230-232
- (6) D'Antonio, Daniel Hugo; Derecho de Menores, Argentina, Ed. Astrea, 1986, págs. 269 y 270

- (7) De Ibarrola, Antonio; Derecho de Familia, Porrúa S.A., México, 1984, págs. 438-439
- (8) De Pina Rafael; Derecho Civil Mexicano, Tomo I, Porrúa, México, 1977.
- (9) De Ruggiero, Roberto; Instituciones de Derecho Civil. Traducc. Serrano Soñer Ramón y Santa Cruz Tejeiro José, Ed. Reus, Madrid 1968, págs. 389
- (10) Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo I, México, Ed. Porrúa, S.A., 1985, págs. 124
- (11) Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo I, Argentina, Ed. Bibliográfica Argentina, 1954, págs. 497 y 498
- (12) Galindo Garfias, Ignacio; Derecho Civil, México, Ed. Porrúa, S. A., 1980, págs. 652 y 653
- (13) Kipp, Theodor y Wolff Martin; Derecho de Familia, Vol. II. Traducc. del alemán por González Pérez Blas y Alguer José. Ed. Bosch, Barcelona, 1952, págs. 153-182
- (14) Magallón Ibarra, Jorge Mario; Instituciones de Derecho Civil, Tomo III, México, Ed. Porrúa, S. A., 1988, págs. 500

- (15) Messineo, Francesco: Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo I y III, Traducc. Santiago Sentis Melendo, Ed. Egea, Argentina, 1979, págs. 270, 271 y 273
- (16) Montero Dualht, Sara; Derecho de Familia, México, Ed. Porrúa, S.A., 1990, págs. 320
- (17) Ovalle Fabela, José; Derecho Procesal Civil, Ed. Harla, México, 1991, págs. 434-436
- (18) Pacheco Escobedo, Alberto; La Familia en el Derecho Civil Mexicano, Ed. Panorama, 1985, págs. 188
- (19) Pérez González, Blas y Castán Tobeñas José; Relaciones PaternoFiliales y Parentales, Tutala, Vol. II Ed. Bosch, Barcelona, 1952, págs. 163-169
- (20) Petit, Eugene; Tratado Elemental de Derecho Romano, Traducc. Fernández González D. José, México, Ed. Epoca, 1990, págs. 320
- (21) Ripert, Georges y Boulanger, Jean; Tratado de Derecho Civil, Tomo III, Traducc. Delia García Daireaux, Argentina Ed. La Ley, 1963, págs. 97

(22) Rojina Villegas, Rafael; Derecho Civil Mexicano, Tomo I, México, Ed. Porrúa, S. A., 1980, págs. 216

(23) Ventura Silva, Sabino; Derecho Romano, México, Ed. Porrúa, S. A., 1989, págs. 86 y 87

LEGISLACIONES

Bravo Caro, Rodolfo; Guía del Extranjero, Ed. Porrúa, S.A. de C.V. México, D. F. 1981.

CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Ed. Porrúa. S. A. de C.V. México, D. F. 1992.

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL. Ed. Porrúa. S. A. de C.V. México, D. F. 1992.

COGIDO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL. Ed. Porrúa. S. A. de C.V. México, D. F. 1992.

Convención sobre los Derechos del niño, ORGANIZACION DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU), Ed. Hemes, México, 1992, pág. 92