

ALGUNAS INNOVACIONES EN MATERIA DE ADOPCIÓN

Ingrid BRENA SESMA*

*Para Marta, en recuerdo
de su amistad y compañerismo*

SUMARIO: I. *Transformación del grupo familiar.* II. *Proyecto de Código Civil 1998-2000.* III. *Algunas innovaciones en derecho extranjero.* IV. *Conclusión.* V. *Bibliografía.*

I. TRANSFORMACIÓN DEL GRUPO FAMILIAR

Las transformaciones sociales demandan constantemente variaciones en la legislación. Esta afirmación tiene especial trascendencia en el derecho de la familia toda vez que este grupo que por mucho tiempo sostuvo su configuración tradicional, ha sufrido y sufre una rápida evolución. La legislación debe ir avanzando para recoger los cambios sociales y tomar en cuenta la consideración que se tenga de la familia en un lugar y en un tiempo determinado.

La adopción es una de las figuras que más se han transformado desde la concepción de los pueblos antiguos a la actualidad,¹ desde la protección de los intereses del adoptante a la protección del interés superior del niño, y estamos conscientes que la figura no quedará estática sino que, por el contrario, irá evolucionando en la forma que lo haga la sociedad.

* Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Coordinadora del Núcleo de Salud y Derecho del mismo Instituto.

¹ Consultar el capítulo relativo a personas y familia, de la *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, UNAM-Porrúa, t. XII, 2004.

En la primera parte de este trabajo incluyo y comento la parte relativa a la adopción incluida en el Proyecto de Código Civil presentado a la Asamblea Legislativa en julio de 2000. En la segunda, sin pretender realizar un estudio exhaustivo de todas las legislaciones en el mundo, me permito mostrar algunos de los cambios que he podido observar en la configuración de la adopción, en especial en el continente europeo: legislación francesa, italiana, alemana y española. Resalto algunas de las tendencias que considero deben tomarse en cuenta por su novedad; tal es el caso de la adopción *post-mortem*, la adopción de mayores de edad, la adopción por parejas del mismo sexo y la adopción del *nasciturum*.

II. PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL 1998-2000

En julio de 1998 se iniciaron los trabajos encomendados a la elaboración de un proyecto de Código Civil para el Distrito Federal por la Primera Asamblea Legislativa. Nombrada como coordinadora del grupo de trabajo designé a la licenciada Clementina Gil de Lester, ministra de la Suprema Corte de Justicia, para que dirigiera el grupo que redactó la parte dedicada a las relaciones familiares. En este equipo intervinieron, de manera significativa, la magistrada Yolanda de la Cruz, la entonces jueza y ahora magistrada, Carmen Aída Bremaunz, la litigante Ligia Cuevas de Velasco y, en vista de mi trayectoria de especialista en derecho de familia, también me incorporé al grupo.

Trabajamos arduamente durante año y medio para presentar el proyecto del cual cito a continuación la parte relativa a adopción. Después se incluye un comentario acerca de cuáles fueron las razones que impulsaron al grupo a introducir cambios significativos en esta figura.

TÍTULO DECIMOSEGUNDO DE LA ADOPCIÓN

CAPÍTULO I DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 235. El mayor de veinticinco años, libre de matrimonio, en pleno ejercicio de sus derechos, puede adoptar uno o más menores siempre que tenga más de diecisiete años que el adoptado y que acredite:

- I. Tener medios bastantes para proveer a la subsistencia, la educación y el cuidado de la persona que trata de adoptarse como hijo propio, según las circunstancias de la persona que trata de adoptar;
- II. Que la adopción es benéfica para la persona que trata de adoptarse, atendiendo al interés superior de la misma; y
- III. Ser persona apta y adecuada para adoptar.

Artículo 236. El marido y la mujer podrán adoptar, cuando los dos estén conformes en considerar al adoptado como hijo y aunque sólo uno de los cónyuges cumpla el requisito de la edad a que se refiere el artículo anterior, pero siempre y cuando la diferencia de edad entre cualquiera de los adoptantes y el adoptado sea de diecisiete años cuando menos. Se deberán acreditar además los requisitos previstos en las fracciones del artículo anterior.

Artículo 237. Nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo en el caso previsto en el artículo anterior.

Artículo 238. El juez puede, cuando circunstancias especiales lo aconsejen, autorizar la adopción simultánea de dos o más menores.

Artículo 239. El tutor podrá adoptar al pupilo hasta después de que hayan sido definitivamente aprobadas las cuentas de tutela.

Artículo 240. El que adopta tiene respecto de la persona y bienes del adoptado los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres respecto de la persona y bienes de los hijos.

Artículo 241. El adoptado tendrá para con la persona o personas que lo adopten, los mismos derechos y obligaciones que tiene un hijo.

Artículo 242. Para que la adopción pueda tener lugar deberán consentir en ella, en sus respectivos casos:

- I. El o los que ejerzan la patria potestad sobre el menor que se trata de adoptar;
- II. El tutor del que se va a adoptar;
- III. El Ministerio Público cuando el menor no tenga padres conocidos, ni tutor, ni persona que ostensiblemente lo haya acogido como hijo, y
- IV. El menor si tiene más de doce años.

La persona que haya acogido al menor durante los seis meses anteriores a la solicitud de su adopción y lo trate como a un hijo, podrá oponerse a la adopción debiendo exponer los motivos en los que funde su oposición.

Artículo 243. En el caso de la fracción I del artículo anterior, si los que ejercen la patria potestad, están a su vez sujetos a patria potestad deberán

consentir en la adopción sus progenitores si están presentes, en caso contrario el juez suplirá el consentimiento.

Artículo 244. Si el tutor o el Ministerio Público no consienten en la adopción deberán expresar la causa en que se funden, la que el juez calificará tomando en cuenta los intereses del menor o incapacitado.

Artículo 245. El procedimiento para hacer la adopción es el establecido en el Código de Procedimientos Civiles.

Artículo 246. La institución que pretenda dar en adopción a un menor podrá entregarlo en acogimiento a los solicitantes que reúnan los requisitos necesarios para adoptar, y siempre que el menor se encuentre en una situación jurídica que permita la adopción.

En caso de que la institución no observe las disposiciones señaladas en el párrafo anterior, será responsable de los daños y perjuicios que se le causen al menor, y en su caso, a quienes ejerzan la patria potestad.

Artículo 247. Tan luego como se declare causa ejecutoria la resolución, enviar copia de las diligencias respectivas al juez del Registro Civil para que realice las anotaciones respectivas.

CAPÍTULO II DE LA ADOPCIÓN SIMPLE

Artículo 249. Los derechos y obligaciones que nacen de esta adopción, así como el parentesco que de ella resulte, se limitan al adoptante y al adoptado, excepto en lo referente a los impedimentos de matrimonio, respecto de los cuales se observará lo que dispone el artículo 8, fracción III.

Artículo 250. Los derechos y obligaciones que resultan de parentesco natural no se extinguen por la adopción simple, excepto la patria potestad, que será transferida al adoptante, salvo que, esté casado con alguno de los progenitores del adoptado porque entonces se ejercerá por ambos cónyuges.

Artículo 251. La adopción simple puede convertirse en plena, debiendo obtenerse el consentimiento del adoptado, si éste hubiere cumplido doce años. Si es menor de esa edad se requiere el consentimiento de quien hubiese consentido en la adopción, siempre y cuando sea posible obtenerlo, de lo contrario, el juez deberá resolver atendiendo al interés superior del menor.

Artículo 252. La adopción simple se extingue:

- I. Cuando las dos partes convengan en ello, siempre que el adoptado sea mayor de edad. Si no lo fuere, se oír a las personas que prestaron su consentimiento conforme al artículo 242, si son de domicilio conocido, y a falta de ellas, al representante del Ministerio Público y al Consejo de Tutelas;

- II. Por ingratitud del adoptado;
- III. Cuando el Ministerio Público lo solicite a petición del Consejo de Adopciones del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia o de cualquier otra autoridad administrativa siempre que justifique la existencia de una causa grave que ponga en peligro al menor o de cualquier persona que tenga conocimiento de violencia familiar en contra del menor.

Artículo 253. Para los efectos de la facción II del artículo anterior, se considera ingrato al adoptado:

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

Artículo 254. El menor adoptado bajo la forma de adopción simple, podrá impugnar la adopción dentro del año siguiente a la mayoría de edad.

Artículo 255. En el primer caso del artículo 252, el juez decretará que la adopción queda sin efectos si convencido de la espontaneidad con que fue solicitada la extinción, encuentra que ésta es conveniente para los intereses morales y materiales del adoptado.

Artículo 256. El decreto del juez deja sin efecto la adopción y restituye las cosas al estado que guardaban antes de efectuarse ésta.

Artículo 257. En los casos de las fracciones II y II enumeradas en el artículo 252 la adopción deja de producir efectos desde que se comete el acto de ingratitud, o desde que se genere la causa grave que puso en peligro al adoptado, aunque sea posterior la resolución judicial que declare extinguida la adopción.

Artículo 258. La resolución que dicte el juez declarando extinguida la adopción, se comunicará al juez del Registro Civil del lugar en que aquella se realizó para que haga las anotaciones correspondientes.

CAPÍTULO III DE LA ADOPCIÓN PLENA

Artículo 259. El adoptado bajo esta forma de adopción, adquirirá la misma condición de hijo consanguíneo con respecto al adoptante o adoptantes. El

adoptado tiene en la familia del o los adoptantes los mismos derechos, deberes y obligaciones del hijo consanguíneo.

La adopción plena extingue la filiación preexistente entre el adoptado y sus progenitores y el parentesco con las familias de éstos, salvo para los impedimentos de matrimonio. En el supuesto de que el adoptante esté casado con alguno de los progenitores del adoptado no se extinguirán los derechos, obligaciones y demás consecuencias jurídica que resulten de la filiación consanguínea. La adopción plena es irrevocable.

Artículo 260. Tratándose de la adopción plena, el Registro Civil se abstendrá de proporcionar información sobre los antecedentes de la familia de origen del adoptado, excepto en los siguientes casos y contando con la autorización judicial:

- I. Para efectos de impedimento para contraer matrimonio, y
- II. Cuando el adoptado desee conocer sus antecedentes familiares, siempre y cuando sea mayor de edad; si fuere menor de edad se requerirá el consentimiento de los adoptantes.

CAPÍTULO IV

DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL

Artículo 262. Son adopciones internacionales:

- I. Las promovidas por solicitantes con residencia habitual fuera del territorio nacional y tienen por objeto adoptar a un menor residente en el Distrito Federal, y
- II. Las realizadas por personas residentes en el Distrito Federal, respecto de menores residentes en el extranjero.

Estas adopciones se registrarán por los tratados internacionales suscritos y ratificados por México y en lo conducente por las disposiciones de este Código. Las adopciones internacionales siempre serán plenas.

Artículo 263. En igualdad de condiciones se dará preferencia en la adopción a los residentes en el Distrito Federal.

En el Proyecto se distinguen tres tipos de adopción: simple, plena e internacional. El propósito de establecer la coexistencia de la simple con la plena obedece a la intención de permitir al adoptante y al adoptando, a través de su representante, elegir el tipo de adopción que más convenga a los intereses del menor. En el caso, por ejemplo, de la adopción entre parientes

o el de la adopción del hijo del cónyuge no tendría por qué romperse con los lazos parentales con la familia de origen, por lo que sería recomendable una adopción simple. En cambio, en otros casos en los que ni siquiera se tienen datos de la familia de origen por tratarse de menores abandonados, la adopción plena aparece como la más adecuada.

Únicamente se establece la adopción para menores de edad con la intención de crear una relación filial lo más parecida a la natural y una mejor integración del menor a la familia a la cual se incorporará desde su infancia. La Ley de Relaciones Familiares de 1917 exigía para el adoptando sólo la condición de ser menor, fue el Código de 1928 el que incluyó a los incapaces, como posibles sujetos de una adopción. Desafortunadamente en la exposición de motivos, el legislador no justificó esta inclusión, pero podemos reflexionar que si su intención fue extender la protección que brinda la adopción a los mayores de edad declarados incapaces, ésta puede lograrse a través de la institución tutelar.

Pueden adoptar o una persona libre de matrimonio o la pareja siempre que esté unida en matrimonio, con esta decisión se pretende otorgar al menor un hogar con mayores perspectivas de permanencia que las que ofrece una pareja de hecho. En la adopción plena se protege el secreto a fin de propiciar la integración total del menor a su nueva familia.

Para evitar los múltiples casos de madres adolescentes que entregan a sus hijos en adopción sin que se tome en cuenta que, por su falta de capacidad de ejercicio, su consentimiento no es válido, se establece que los menores de edad que pretendan dar a su hijo en adopción deben contar con el consentimiento de sus progenitores si están presentes, en caso contrario, con el del juez.

Los lazos de afecto que surgen entre el menor y la persona que lo haya acogido durante los seis meses anteriores a la solicitud de adopción y lo trate como hijo, legitiman a estas personas, si no a dar su consentimiento para la adopción, sí a la posibilidad de oponerse a ella debiendo, en tal caso, exponer los motivos en que funde su oposición, mismos que serán valorados por el juez.

Se incluye el acogimiento preadoptivo, figura muy común en las legislaciones europeas y que constituye un requisito necesario para otorgar una adopción. A fin de evitar el tráfico de niños o la entrega de menores respecto de los cuales no ha quedado definida su situación jurídica, la institución que entregue a un menor en acogimiento, deberá constatar que el o los solicitantes reúnen los requisitos necesarios para la adopción y siempre

que el menor se encuentre en situación jurídica que permita la adopción. Como novedad, además se establece una responsabilidad por los daños que se causen al menor o a quienes ejerzan la patria potestad por el incumplimiento de esta disposición.

La regulación de la adopción internacional recoge las definiciones reconocidas en la Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional y declara que estas adopciones se regirán por los tratados internacionales suscritos y ratificados por nuestro país. Las adopciones internacionales siempre serán plenas para garantizar al menor que sale del país que será aceptado en los Estados en donde sólo se reconoce la adopción plena y que si se va al extranjero será de forma definitiva rompiendo de plano con su familia de origen.

III. ALGUNAS INNOVACIONES EN DERECHO EXTRANJERO

1. *Adopción post mortem*

Varios son los Estados europeos que regulan la adopción *post mortem*. Con las diferencias que se señalarán, la idea central es que iniciado un procedimiento de adopción, si el presunto adoptante muere la tramitación continúa.

A. *Código Civil francés*

El Código Civil francés permite la adopción *post-mortem*, tanto en el supuesto de muerte del adoptante como en el caso de fallecimiento del adoptado. Se considera a esta adopción como un supuesto excepcional de la institución y su finalidad atiende a razones humanitarias y a la voluntad dedicada de constituir la adopción, aunque es claro que la finalidad de la institución como integración familiar del adoptado no se cumpla.² “Si el adoptante fallece, después de haber acogido regularmente al menor con vistas a la adopción, la solicitud puede ser presentada en su nombre por su cónyuge supérstite o por uno de los herederos del adoptante”.³

² Valles Amores, María Luisa, *La adopción, exigencias subjetivas y su problemática actual*, Madrid, Dykinson, 2004, p. 107.

³ Artículo 353 del Código Civil francés.

El legislador francés admite la posibilidad de adopción *post mortem* aun cuando el adoptante no haya prestado su consentimiento a la adopción, si existió un acogimiento preadoptivo por parte de los cónyuges. Están legitimados para iniciar la constitución de la adopción tanto el cónyuge superviviente como los herederos del adoptante muerto.⁴

En cuanto al adoptando, la ley francesa permite la adopción de un menor que ha fallecido, si antes del suceso hubiera sido acogido preadoptivamente “si el menor fallece después de haber sido regularmente acogido con vistas a su adopción, puede presentarse la solicitud de adopción. La constitución produce efectos el día anterior a la muerte y comporta únicamente modificación al estado civil del menor”,⁵ lo cual significa que esta adopción no produce efectos patrimoniales.

El legislador consideró que aun cuando el menor no resulte beneficiado de las ventajas que su nuevo estado civil le hubiera proporcionado en vida, pueda sin embargo, favorecerle de las que puede reportarle a su memoria.⁶ Llama la atención la importancia otorgada al recuerdo que se tenga de una persona fallecida y que, por lo tanto, no puede recibir ningún beneficio con la adopción. En todo caso, podrá reportárselo al adoptante en el anhelo de haber tenido un hijo aun cuando haya fallecido, si es que esto puede considerarse realmente un beneficio.

B. BGB alemán

A diferencia de la legislación francesa, la adopción *post mortem* en Alemania no puede realizarse después de la muerte del menor. El legislador atinadamente consideró que con la muerte del adoptando, la adopción pierde sentido, pues no está encaminada a proteger ningún interés del adoptando. En cambio, permite la tramitación de una adopción después de la muerte del adoptante cuando éste hubiera presentado solicitud ante el Tribunal Tutelar o se hubiera encomendado en un documento notarial la solicitud.

Si se trata de adopción por un matrimonio y fallece un cónyuge, el consorte superviviente puede reconocer la solicitud, aunque también existe la po-

⁴ Valles Amores, María Luisa, *op. cit.*, nota 2, p. 98.

⁵ Artículo 353 del Código Civil francés.

⁶ Valles Amores, María Luisa, *op. cit.*, nota 2, pp. 107 y 108.

sibilidad de que pida su revocación. En este caso el juez deberá decidir teniendo en cuenta el principio del bienestar del menor.⁷

Los efectos que produce la adopción *post mortem* son los mismos que si la adopción se hubiere realizado antes del fallecimiento del adoptante.^{8,9}

C. Legislación española

España permite la adopción *post mortem* y funda su decisión en razones humanitarias y en el respeto a una voluntad declarada de constituir la adopción. Si el adoptante presta su consentimiento para la adopción en el expediente de jurisdicción voluntaria y luego fallece, el juez puede dictar la resolución judicial constitutiva de la adopción. Los efectos de la constitución se retrotraen al momento de la presentación del consentimiento. Este consentimiento es necesario, así como un acogimiento preadoptivo por parte de los cónyuges.

El juez sólo debe constituir la adopción *post mortem* si la considera beneficiosa al interés del adoptado. Hay casos en que resulta fácil descubrir este interés, por ejemplo, si el adoptado es hijo del cónyuge del muerto no hay dudas de lo ventajoso que pueda aportar la adopción: filiación, apellidos, nacionalidad, expectativas sucesoras;¹⁰ en cambio, si la adopción es unipersonal, no proporcionará un beneficio al menor puesto que carecerá de la presencia de un progenitor.

3. Adopción por parejas del mismo sexo

A. Cambios sociales

No han pasado muchos años desde la aceptación social de las parejas de hecho heterosexuales y menos a las de personas del mismo sexo. El fenómeno de las uniones libres ha adquirido magnitud y al ordenamiento jurí-

⁷ Artículo 1750, II.2, BGB alemán.

⁸ Artículo 1750, III, BGB alemán.

⁹ El artículo 324 del Código Civil argentino establece: “Cuando la guarda del menor se hubiere otorgado durante el matrimonio y el periodo legal se completara después de la muerte de uno de los cónyuges podrá otorgarse la adopción al viudo o viuda y el hijo adoptivo lo será del matrimonio”.

¹⁰ Valles Amores, María Luisa, *op. cit.*, nota 2, p. 301.

dico sólo le queda reconocerlo de manera que se exijan requerimientos mínimos de permanencia y de características personales tales como que sus integrantes sean libres de matrimonio, mayores de edad y con una relación de afectividad parecida a la conyugal. Numerosas legislaciones ya regulan las relaciones de hecho estables de homosexuales, pero ahora se debate la posibilidad de que estas parejas adopten a menores y las posturas sobre el tema son aparentemente irreconciliables.

Por una parte se reconoce el derecho de las personas de vivir libremente de acuerdo con sus preferencias sexuales, de ostentarse públicamente como pareja y de que estos lazos produzcan ciertas consecuencias jurídicas, entre ellas su derecho a adoptar menores, en igualdad de circunstancias que tendría una pareja heterosexual. Por la otra, está el derecho de los menores a tener un ambiente familiar adecuado que le permita su mejor desarrollo físico, intelectual y emocional.

Pero no sólo existen dos partes en esta situación, pues tanto adoptantes como adoptados viven en un conglomerado social, por ello, se debe agregar el interés del colectivo ante estas conductas y en especial la de los niños que conviven con los menores adoptados por estas parejas. Mientras no exista una aceptación generalizada de las parejas homosexuales la adopción de niños por estas parejas creará confusiones. Éstas no sólo se presentarán en los menores adoptados que sentirán su situación como diferente, además de que nunca podrán borrarse los datos de su adopción; sino también en el entorno infantil que los rodea que probablemente no entiendan por qué un compañero o amigo o amiga tenga dos padres o dos madres. Mientras la sociedad no evolucione hasta la aceptación generalizada de las parejas de homosexuales, no sería recomendable este tipo de adopciones.

Otro punto a meditar es el correcto desarrollo socio-emocional del menor que tradicionalmente requería de una imagen paterna y otra materna. ¿Habrá cambiado esta percepción? La respuesta la deben dar los especialistas en conducta humana, pero esta contestación seguramente deberá referirse tanto a la pareja en concreto como al entorno social que rodee al adoptado.

B. Legislaciones europeas

Por lo pronto el Parlamento Europeo con fecha 15 de enero de 2003 ha aprobado una resolución que rechaza el matrimonio y la adopción conjunta entre personas del mismo sexo. El común denominador en las legisla-

ciones europeas lo constituye la no admisión de la adopción por parejas homosexuales, incluso la legislación holandesa, una de las más avanzadas, sólo permite la adopción de parejas homosexuales cuando se trate de niños holandeses.

Italia tiene una legislación conservadora que sólo permite la adopción por matrimonios que demuestren una estabilidad con, al menos, tres años de casados, entre los que no exista separación legal ni de hecho.¹¹ Francia, aun cuando regula jurídicamente a las parejas de hecho, no les permite ni siquiera a las heterosexuales la adopción; en el mismo caso se encuentra Alemania.

C. Legislación española

El caso de España amerita un comentario especial debido a las diversas legislaciones forales que presentan distintos criterios como ahora se comenta.

Ley Foral Navarra 6/2000, 3 de julio, admite la adopción tanto por uniones estables heterosexuales como homosexuales. De hecho, en enero de 2004 en un juzgado de Pamplona se constituyó una adopción de dos niños gemelos a la compañera sentimental de la madre biológica.

El País Vasco, a través de su Ley 2/2003, se ha sumado a la corriente iniciada en Navarra contemplando el acogimiento y la adopción como instituciones a las que tienen acceso tanto las uniones libres heterosexuales como homosexuales.

En línea parecida, pero más conservador, el Principado de Asturias permite a las parejas homosexuales acoger a un menor, pero se ha limitado a admitir el acogimiento familiar simple y permanente pero no amplía la posibilidad al acogimiento preadoptivo;¹² en el mismo sentido ha legislado la Comunidad Autónoma de Extremadura.¹³

La Ley de Parejas de Hecho de la comunidad de Andalucía de 16 de diciembre de 2002, reconoce a estas parejas tanto homosexuales como heterosexuales y en el artículo 9 señala: “los componentes, sin distinción, de las parejas de hecho pueden iniciar los procedimientos de acogimiento

¹¹ Artículo 6 de la Ley de 1983.

¹² Valles Amores, María Luisa, *op. cit.*, nota 2, p. 240.

¹³ Ley 5/2003 de 20 de marzo.

preadoptivo”. Sin embargo, el artículo 8 dispone que la administración pública de Andalucía velará porque el respeto de los derechos de los menores tenga carácter prioritario y prevalezca sobre cualquier pacto o situación de hecho. En opinión de Valles Amores, del texto de la ley andaluza puede concluirse que mientras la estructura social no asuma las uniones homosexuales como aptas para formar una familia, el interés y el respeto de los derechos de los menores no aconseja la constitución de adopciones.¹⁴

La reforma al Código Civil español, aprobada por el Consejo de Ministros el 30 de diciembre de 2003, adiciona el artículo 44, con la siguiente redacción: “Tendrán los mismos requisitos y efectos el matrimonio cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”. ¿Incluirán estos derechos la posibilidad de adoptar?

La respuesta la encontramos en la exposición de motivos de la reforma al Código Civil:

La convivencia como pareja entre personas del mismo sexo basada en la afectividad ha sido objeto de reconocimiento y aceptación social creciente, superando arraigados prejuicios y estigmatizaciones. Se admite hoy sin dificultad que esta convivencia en pareja es un medio a través del cual se desarrolla la personalidad de un amplio número de personas, convivencia mediante la cual se prestan entre sí apoyo emocional y económico, sin más trascendencia que la que tiene lugar en una estricta relación privada, dada su, hasta ahora, falta de reconocimiento formal por el derecho.

En otro párrafo señala:

En el contexto señalado, la ley permite que el matrimonio sea celebrado entre personas del mismo o distinto sexo, con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones cualquiera que sea su composición. En consecuencia, los efectos del matrimonio serán únicos en todos los ámbitos con independencia del sexo de los contrayentes, tanto entre otros, los referidos a derechos y prestaciones sociales como la posibilidad de ser parte en procedimientos de adopción.

Con la promulgación de esta Ley ha quedado instaurada en España la adopción de menores por parejas del mismo sexo.

¹⁴ Valles Amores, María Luisa, *op. cit.*, nota 2, p. 240.

4. *Adopción de mayores de edad*

Como una variante de la tradicional adopción de menores que busca la protección e integración de un menor a un grupo familiar, algunas legislaciones regulan, en ciertos casos y bajo determinadas circunstancias, la adopción de personas mayores. Los efectos de estas adopciones son los mismos de las adopciones simples puesto que no se rompen lazos familiares de origen.

A. *BGB alemán*

El BGB alemán admite las adopciones de personas mayores de edad cuando éstas resultan conforme a las buenas costumbres.¹⁵ El legislador prohíbe que la adopción de mayores de edad pretenda encubrir cualquier tipo de relación que no sea paterno-filial, como podría serlo la intención de transmitir un título nobiliario, adquirir la nacionalidad alemana u obtener un derecho de asilo. Se presupondrá las buenas costumbres cuando entre el adoptante y adoptado ya se hubiere constituido una relación de padres a hijos.

No deberá declararse realizada la adopción de mayores de edad en caso de que existan intereses contrarios superiores de los hijos del adoptante, los del adoptando o la del propio adoptando. El adoptado deberá ser mayor de edad pudiendo ser una persona extraña a la familia del adoptante como sería el caso del hijo mayor de edad del consorte.

Si el adoptando en el momento de la solicitud de adopción ante el tribunal fuera menor de edad y durante la tramitación llegara a la mayoría, los efectos de adopción de menores se le aplicarán, siempre que así se solicite.

B. *Código Civil español*

Para el Código Civil español la adopción de mayores de edad supone una excepción a la regla general. “Por excepción, será posible la adopción de mayores de edad o de un menor emancipado cuando, inmediatamente antes de la emancipación, hubiere existido una situación no interrumpida

¹⁵ Artículo 1767, BGB alemán.

de acogimiento o convivencia, iniciada antes de que el adoptando hubiere cumplido catorce años”.¹⁶

C. Código Civil italiano

Además de la adopción más común que es la de menores de edad, el Código Civil italiano regula la adopción de mayores de edad. Esta adopción tiene la tradicional finalidad de perpetuar el nombre y transmitir la titularidad del patrimonio en ausencia de descendientes; por ello se limita a personas que no tengan descendientes legítimos o legitimados, si la adopción de mayores tuviera otra finalidad distinta a la propia de una institución familiar, por ejemplo, obtener la nacionalidad italiana, el juez no constituiría la adopción.¹⁷

Para estas adopciones se exige una edad distinta a fin de garantizar la diferencia de edad con respecto al adoptando, treinta y cinco años y que tengan, al menos dieciocho años más que la persona que pretendan adoptar siempre que se cumpla con la diferencia de dieciocho años entre adoptante y adoptando. A fin de preservar la familia tradicional el Código Civil dispone: “los hijos nacidos fuera de matrimonio no podrán ser adoptados por sus padres”.¹⁸

5. Acogimiento preadoptivo

A. Acogimiento

El término acogimiento está cobrando una presencia mayor cada día en distintas legislaciones de habla hispana como España y Argentina, los italianos utilizan el término *afiliación* pero el significado es el mismo. La figura pretende ser un modo de dar al niño o niña el cuidado, cariño y educación que no le proporcionan sus progenitores o tutores.

El acogimiento no significa la transferencia parcial de la patria potestad, sino que se trata de la sustitución de los progenitores en las funciones ejercidas sobre la esfera personal del menor, por lo tanto, el acogedor es un

¹⁶ Artículo 175 del Código Civil español.

¹⁷ Valles Amores, María Luisa, *op. cit.*, nota 2, pp. 129 y 130.

¹⁸ Artículo 293 del Código Civil italiano.

delegado de las funciones de custodia y educación pero sin que el acogedor asuma ni la titularidad ni el ejercicio de la patria potestad. Existen varios tipos de acogimiento, por ahora nos referiremos al preadoptivo.

Durante los procedimientos de adopción es recomendable que la institución en donde el menor se halle y que pretenda darlo en adopción lo entregue a los solicitantes quienes por ello se convierten en acogedores. Esta designación los hace responsables del bienestar del menor y los obliga a darle la atención, los cuidados y la educación acordes con su edad y demás circunstancias. El acogimiento preadoptivo permite a las autoridades tanto administrativas como judiciales comprobar si llega a producirse la adaptación necesaria entre los solicitantes y el adoptando, también evita precipitaciones y facilita una mejor adaptación del menor al que será su nuevo hogar. Aunque también del acogimiento puede resultar que los acogedores decidan no adoptar o que el menor no dé muestras de encontrarse en condiciones para adaptarse a la nueva familia.

B. Legislación española

El Código Civil español no exige un periodo de acogimiento como requisito para iniciar un procedimiento de adopción, sin embargo, las disposiciones reglamentarias sobre adopción y acogimiento de las diferentes comunidades autónomas disponen la obligación de un periodo previo de acogimiento familiar.

En opinión de Valles Amores: “El periodo de prueba resulta útil para reducir al mínimo los fracasos en las adopciones puesto que resulta preferible un acogimiento preadoptivo que una adopción fracasada”.¹⁹

C. Código Civil francés

Son destinatarios de la adopción plena los menores que hubieren sido acogidos por los adoptantes desde al menos, seis meses antes de la presentación de la solicitud de adopción.²⁰

¹⁹ Valles Amores, María Luisa, *op. cit.*, nota 2, p. 333.

²⁰ Artículo 347 del Código Civil francés.

D. *BGB alemán*

La condición para adoptar a un menor de edad es que dicho adoptando debe estar durante un tiempo prudencial anterior a la adopción, bajo el cuidado del adoptante.²¹

F. *Código Civil italiano*

La guarda o custodia preadoptiva puede considerarse condición o requisito que han de cumplir los solicitantes de la adopción. Antes de disponer la custodia preadoptiva el Tribunal debe informar a los solicitantes sobre los hechos relativos al menor, que sean considerados relevantes y que hayan sido puestos de manifiesto a causa de las investigaciones llevadas a cabo.

6. *Adopción de nasciturum*

BGB alemán

Si los padres del *nasciturum* no están casados entre sí y no han presentado declaración alguna sobre el cuidado paterno, el padre puede otorgar su consentimiento para la adopción. Esta previsión opera para el caso de que la madre se case posteriormente y su cónyuge quiera adoptar al hijo de su consorte.²² Creemos que en este caso se trata de una renuncia a los derechos sobre el hijo y que ese consentimiento para la adopción se concretizará hasta que el esposo de la madre quiera adoptar al niño, hijo de su consorte.

IV. CONCLUSIÓN

Las innovaciones aquí comentadas no son ni las únicas ni las más trascendentales, pero nos sirven para comprobar a través de la reseña de algunos códigos europeos cómo la figura de la adopción seguirá cambiando conforme lo haga la estructura familiar. Sin embargo, en todos estos cambios consideramos que debe prevalecer el espíritu de proporcionar al me-

²¹ Artículo 1744, BGB alemán.

²² Artículo 1747, BGB alemán.

nor o mayor incapacitado el mayor beneficio posible, su interés es superior a cualquier otro.

V. BIBLIOGRAFÍA

DELANNOY DE JESÚS, María Inés, “Sin licencia para amar; prohibición de adopción a personas y parejas homosexuales y lesbianas en Puerto Rico”, *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, San Juan, Puerto Rico, 2000, vol. 69, núm. 4.

Enciclopedia Jurídica Mexicana, 2a. ed., México, UNAM-Porrúa, 2004, t. XII.

GARRIGA GORINA, Margarita, *La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen; un estudio legislativo y jurisprudencial*, Navarra, Aranzadi, 2000.

STILERMAN, Marta N. y SEPLIARSKY, Silvia E., *Adopción. Integración familiar*, Buenos Aires, Universidad, 1999.

VALLES AMORES, María Luisa, *La adopción, exigencias subjetivas y su problemática actual*, Madrid, Dykinson, 2004.

Legislación

Proyecto de Código Civil para el Distrito Federal 1998-2000.

Código Civil francés.

Código Civil italiano.

BGB alemán.

Código Civil español.

Leyes forales españolas.