

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

**ADOPCIÓN DE ADULTOS: COMPATIBILIDAD DEL
RÉGIMEN ECUATORIANO EN RELACIÓN CON LA
FINALIDAD DE LA INSTITUCIÓN**

Gabriela Pérez Reinoso

**Tesis de Grado Presentada como Requisito para la Obtención del
Título de Abogada**

Quito, Mayo 2009

© Derechos de Autor
Gabriela Pérez Reinoso
2008

A mis padres...

Tesón y perseverancia.

Ejemplos: únicos, irremplazables.

Cuidado y pasión: templanza pura.

Alquimistas del amor: gracias!

Resumen

EN LA ACTUALIDAD, LA INSTITUCIÓN JURÍDICA DE LA ADOPCIÓN SE ENCUENTRA FUNDAMENTALMENTE ENFOCADA A LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES PRIVADOS DE SU MEDIO FAMILIAR; OPERANDO ASÍ COMO UNA MEDIDA DE PROTECCIÓN ESTABLECIDA POR PARTE DEL ESTADO Y LA SOCIEDAD A FAVOR DE LOS MISMOS. A PESAR DE ESTO, UN SINNÚMERO DE LEGISLACIONES NO LIMITAN LA FIGURA DE LA ADOPCIÓN A LOS MENORES DE EDAD, TORNANDO FACTIBLE QUE SE ADOPTE A UNA PERSONA QUE HA CUMPLIDO LA MAYORÍA DE EDAD; Y, TAL ES EL CASO DE NUESTRA LEGISLACIÓN. ES ASÍ QUE, LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA A TRAVÉS DEL ARTÍCULO 157 DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA ESTIPULA QUE SE PODRÁ ADOPTAR A UNA PERSONA ENTRE LOS 18 Y 21 AÑOS BAJO DETERMINADOS PRESUPUESTOS. PARTIENDO DEL POSTULADO DE QUE LA ADOPCIÓN DE ADULTOS ES ALGO VIABLE, LO QUE LA PRESENTE INVESTIGACIÓN BUSCA DETERMINAR ES LA FINALIDAD DE LA ADOPCIÓN DE UN ADULO PLENAMENTE CAPAZ, LA MISMA QUE CIERTAMENTE NO PUEDE SER UNA MEDIDA DE PROTECCIÓN; Y, EN BASE A DICHA FINALIDAD DICTAMINAR SI EL PROCEDIMIENTO GENERAL DE ADOPCIÓN, AQUEL DIRIGIDO A UN MENOR, ES COMPATIBLE CON LA ADOPCIÓN DE UN ADULTO DADO QUE LA NORMATIVA NO LE BRINDA UN TRATAMIENTO ESPECIAL A LA MISMA.

Abstract

IN PRESENT TIMES, ADOPTION HAS BECOME A WAY FOR GOVERNMENTS AND SOCIETIES TO CARE FOR HOMELESS CHILDREN PROVIDING THEM WITH THE LOVING AND PROTECTIVE ENVIRONMENT THAT THEY LACK. AS SUCH, CHILDREN HAVE BECOME THE PRIMARY BENEFICIARIES OF THE PROCESS OF ADOPTION; HOWEVER, HAVING SAID THAT, IT MUST BE ESTABLISHED THAT ADOPTION IS NOT LIMITED TO THEM. COUNTLESS LEGISLATIONS, THE ECUADORIAN LEGISLATION BEING ONE OF THEM, PERMIT THE ADOPTION OF A PERSON WHO HAS REACHED LEGAL ADULTHOOD. ARTICLE 157 OF THE CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, THE LEGAL BODY THAT REGULATES ADOPTION IN ECUADOR, ESTABLISHES THAT IT IS POSSIBLE TO ADOPT A PERSON BETWEEN THE AGES OF 18 AND 21 UNDER PREDETERMINED CIRCUMSTANCES. HAVING ESTABLISHED THAT ADULT ADOPTION IS A FEASIBLE OPTION UNDER OUR LEGISLATION, WHAT THE PRESENT INVESTIGATION SEEKS TO ASCERTAIN IS WHAT IS THE OBJECTIVE SOUGHT BY ADULT ADOPTION, WHICH CERTAINLY CANNOT BE A MEANS OF PROTECTION LIKE IN THE CASE OF CHILD ADOPTION; AND, HAVING DONE SO, TAKING INTO ACCOUNT ITS OBJECTIVE, ATTEMPT TO DETERMINE WHETHER THE REGULATIONS AND PROCEDURES ESTABLISHED FOR THE ADOPTION OF A CHILD CAN BE ASSIMILATED TO ADULT ADOPTION OR RATHER CONCLUDE THAT A ESPECIAL PROCEDURE MUST BE PUT INTO PLACE FOR THAT TYPE OF ADOPTION.

Tabla de Contenido

Introducción.....	8 - 11
Capítulo I.- Nociones Generales de la Institución de la Adopción.....	
1.1 Naturaleza Jurídica.....	12 - 17
1.1. Clases de Adopción.....	17 - 22
1.2. Sujetos de la Adopción.....	22 - 29
Capítulo II.- Función o Finalidad de la Adopción de Adultos	30 – 35
2.1. Finalidad de la adopción de menores en la actualidad...	35 – 37
2.2 Transferencia del apellido y adquisición de derechos sobre bienes del adoptante: Aproximación a través de un análisis histórico de la institución.....	37 – 45
2.2.1. Derecho Romano.....	
2.2.2. Derecho Germánico y Español en la Edad Media.....	45 - 46
2.2.3. Derecho Francés de la Codificación.....	47 – 48
2.2.4. Finalidad de la adopción de adultos derivada de un análisis histórico.....	48 – 50
2.3. Reconocimiento de lazos familiares preexistentes:...	50 – 52
2.3.1. Planteamiento Normativo.....	52 – 55
2.3.2. Acercamiento Doctrinario.....	55 – 56
2.3.2. Acercamiento Doctrinario.....	56 – 59
2.4 Problemas Funcionales en la adopción de adultos.....	
Capítulo III.- Glosas al régimen jurídico ecuatoriano de la adopción en relación con la función de la adopción de adultos.....	60 – 62
3.1 Declaratoria de aptitud legal para ser adoptado.....	62 – 63
3.2 Consentimientos necesarios para la adopción.....	63 – 64
3.3 Adopción Simple o Plena.....	64 – 66
3.4 Fase Administrativa.....	67 – 68
	68 – 72

3.5 Fase Judicial	73 - 77
3.6 Análisis de Caso.....	

Conclusiones

INTRODUCCIÓN

LA ADOPCIÓN, COMO TODA INSTITUCIÓN JURÍDICA CON GRANDES IMPLICACIONES SOCIALES, HA IDO MUTANDO SEGÚN LA SOCIEDAD Y SUS NECESIDADES. DESDE SU INICIAL CONCEPCIÓN, LA INSTITUCIÓN DE LA ADOPCIÓN HA EVOLUCIONADO NO SÓLO EN CUANTO A SU NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS JURÍDICAS, SINO TAMBIÉN EN CUANTO A LA FINALIDAD QUE LA MISMA HA PERSEGUIDO. EN LA ROMA ANTIGUA, LA ADOPCIÓN TENÍA COMO FINALIDAD PRIMORDIAL PROVEER UN HIJO AL CLAN FAMILIAR, PERMITIENDO ASÍ PERPETUAR EL CULTO FAMILIAR A TRAVÉS DE LOS TIEMPOS. CON EL ADVENIMIENTO DE LAS GRANDES GUERRAS MUNDIALES Y SUS ATROCES CONSECUENCIAS, LA SOCIEDAD Y EL DERECHO, A TRAVÉS DE LA FIGURA DE LA ADOPCIÓN, PROCURARON UNA NUEVA FINALIDAD: EL PROVEER DE UNA FAMILIA A TODOS LOS NIÑOS QUE SE ENCONTRARON EN ESTADO DE ORFANDAD AL TÉRMINO DE LAS GUERRAS. ES DECIR, LA ADOPCIÓN SE CONVIRTIÓ EN UNA MEDIDA DE PROTECCIÓN A FAVOR DE TODOS LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES QUE SE ENCONTRABAN, POR UNA U OTRA RAZÓN, PRIVADOS DE SU MEDIO FAMILIAR.

LA SOCIEDAD Y EL DERECHO DEJARON ATRÁS EL PRECEPTO DE PROVEER UN HIJO A UNA FAMILIA POR MEDIO DEL PROCESO DE ADOPCIÓN, BUSCANDO MUY POR EL CONTRARIO, PROVEER UNA FAMILIA IDÓNEA AL MENOR QUE CARECE DE ELLA POR DIFERENTES MOTIVOS.

ES ASÍ QUE, EN LA ACTUALIDAD GRAN PARTE DE LA DOCTRINA PLANTEA QUE EN SU GENERALIDAD SÓLO PODRÁ SER SUJETO DE ADOPCIÓN UNA PERSONA QUE SE ENCUENTRA EN LA MINORÍA DE EDAD; Y, ESTE CONCEPTO HA SIDO RECOGIDO POR LA MAYORÍA DE LEGISLACIONES MODERNAS QUE REGULAN LA ADOPCIÓN.

SIN EMBARGO, ESTO NO SIEMPRE HA SIDO EL CASO.

DURANTE GRAN PARTE DE LA HISTORIA DE LA INSTITUCIÓN, ÉSTA PERMITÍA LA ADOPCIÓN DE ADULTOS O COMO SUCEDÍA EN EL CASO DEL *CODE* DE NAPOLEÓN SE DIRIGÍA ÚNICAMENTE A ELLOS.

ES INCUESTIONABLE QUE HOY EN DÍA, LA INSTITUCIÓN DE LA ADOPCIÓN ES UNA FIGURA DIRIGIDA PRIMORDIALMENTE A LA INFANCIA QUE SE ENCUENTRA DESPROVISTA DE SU MEDIO FAMILIAR Y POR LO MISMO ÉSTA CUMPLE LA FUNCIÓN DE SER UNA MEDIDA DE PROTECCIÓN. A PESAR DE ESTO, NO PODEMOS DEJAR DE LADO LOS CASOS DE EXCEPCIÓN QUE ALGUNAS LEGISLACIONES TALES COMO LA ECUATORIANA CONTEMPLAN, BAJO LOS CUALES SE PERMITE LA ADOPCIÓN DE UNA PERSONA QUE HA CUMPLIDO LA MAYORÍA DE EDAD Y ESE ES JUSTAMENTE EL TEMA CENTRAL DE ESTA TESINA.

EL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DEL ECUADOR, EN SU ARTÍCULO 157, ESTABLECE QUE SÓLO PODRÁN SER ADOPTADAS PERSONAS MENORES DE EDAD, CON LA EXCEPCIÓN DE CUATRO CASOS CONCRETOS QUE SE ENCUENTRAN DETERMINADOS EN EL CÓDIGO BAJO LOS CUALES ES FACTIBLE LA ADOPCIÓN DE PERSONAS ENTRE LOS DIECIOCHO Y VEINTIÚN AÑOS. EN OTRAS PALABRAS, BAJO EXCEPCIÓN ES POSIBLE LLEVAR A CABO LA ADOPCIÓN DE UNA PERSONA QUE HA CUMPLIDO LA MAYORÍA DE EDAD.

DADO SU ESCASO TRATAMIENTO DOCTRINARIO, LA ADOPCIÓN DE ADULTOS NOS PLANTEA ALGUNAS CUESTIONES SIN RESOLVER. UNA DE ESAS CUESTIONES ES LA DE SU FINALIDAD. ¿BUSCA LA ADOPCIÓN DE ADULTOS SER UNA MEDIDA DE PROTECCIÓN AL IGUAL QUE LO ES LA ADOPCIÓN DE UN MENOR O POR EL CONTRARIO SE ENCUENTRA DOTADA DE UNA FINALIDAD PROPIA? ASIMISMO, DE DETERMINAR QUE LA ADOPCIÓN DE ADULTOS PERSIGUE UNA FINALIDAD DISTINTA ¿SE

HACE NECESARIO, EN BASE A DICHA FINALIDAD, DERIVAR REQUISITOS Y UN PROCEDIMIENTO DISTINTO A LAS REGULACIONES NORMATIVAS QUE EXISTEN EN EL ECUADOR CON RELACIÓN A LA ADOPCIÓN DE UN MENOR?

EN ESTE MOMENTO, CABE HACER UNA ACLARACIÓN Y ES QUE CUANDO NOS REFERIMOS A ADULTOS EN LA PRESENTE TESINA, NOS ESTAMOS REFIRIENDO A AQUELLOS PLENAMENTE CAPACES.

LA ADOPCIÓN DE UN ADULTO QUE SUFRE ALGUNA DISCAPACIDAD DEBE TENER UN TRATAMIENTO DISTINTO AL QUE SE ESPERA PLANTEAR EN LA PRESENTE TESINA Y RESULTA MAYORMENTE EQUIPARABLE A LA ADOPCIÓN DE UN MENOR, YA QUE EN DICHO CASO SI SE PODRÍA CONFIGURAR A ESTÁ COMO UNA MEDIDA DE PROTECCIÓN.

DICHO ESO, RESULTA IMPOSIBLE PENSAR QUE LA ADOPCIÓN DE UN ADULTO PLENAMENTE CAPAZ SE PUEDA EQUIPARAR A LA UN NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE QUE SE ENCUENTRA CARENTE DE UNA FAMILIA IDÓNEA. NO CABE PENSAR QUE LA FINALIDAD EN UNO Y OTRO CASO PUEDA SER LA MISMA. ANALIZADO ESTO, LA FINALIDAD DE LA ADOPCIÓN DE UN ADULTO NO ES SER UNA MEDIDA DE PROTECCIÓN. ESTO NOS LLEVA A PENSAR QUE LA ADOPCIÓN DE ADULTOS TENDRÍA UNA DOBLE FINALIDAD: EL RECONOCER LOS VÍNCULOS AFECTIVOS EXISTENTES; ASÍ COMO UNA FORMA DE TRANSFERIR BIENES Y EL APELLIDO.

AL QUEDAR ESTABLECIDAS LAS FINALIDADES PERSEGUIDAS POR LA ADOPCIÓN DE ADULTOS Y LUEGO DE ANALIZADO EL RÉGIMEN QUE REGULA LA ADOPCIÓN, EXISTE UNA CLARA INCOMPATIBILIDAD ENTRE DICHO TIPO DE ADOPCIÓN Y LOS REQUISITOS GENERALES ESTABLECIDOS POR EL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA PARA QUE SE LLEVE A CABO LA MISMA, SURGIENDO ASÍ LA NECESIDAD DE ESTABLECER PROCEDIMIENTO Y REQUISITOS PROPIOS PARA LA MENCIONADA ADOPCIÓN.

CON EL FIN DE RESOLVER LOS PROBLEMAS PLANTEADOS POR LA PRESENTE TESINA, EL PRIMER CAPÍTULO TIENE COMO PROPÓSITO ESTABLECER LAS NOCIONES GENERALES DE LA

ADOPCIÓN BRINDÁNDONOS ASÍ UNA INTRODUCCIÓN AL TEMA CENTRAL..

EN EL SEGUNDO CAPÍTULO, ENTRAREMOS A TRATAR YA LA CUESTIÓN PRINCIPAL PLANTEADA POR ESTA TESINA: EL DETERMINAR LA FINALIDAD DE LA ADOPCIÓN DE ADULTOS, PARA LO CUAL PRIMERAMENTE SE ESTABLECERÁ EL PROPÓSITO DE LA ADOPCIÓN DE UN MENOR PARA DE ESTA MANERA PODER ESTABLECER UNA COMPARACIÓN.

CON EL FIN DE DETERMINAR UNA DE LAS FINALIDADES DE LA ADOPCIÓN DE ADULTOS QUE SE PLANTEA EN LA PRESENTE TESINA, SIENDO ÉSTA LA TRANSFERENCIA DE BIENES Y EL APELLIDO, SE LLEVARÁ A CABO UN ANÁLISIS DE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA INSTITUCIÓN. PARA LA SEGUNDA FINALIDAD Y QUIZÁS LA MÁS IMPORTANTE, SE HARÁ UN ANÁLISIS DE LA DOCTRINA EXISTENTE RELACIONADA A LA ADOPCIÓN DE ADULTOS, POR MUY EXIGUA QUE ÉSTA SEA; ASÍ COMO DE LOS CASOS DE EXCEPCIÓN CONTEMPLADOS EN EL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA BAJO LOS CUALES ES POSIBLE ADOPTAR A UN ADULTO.

UNA VEZ ESTABLECIDA LA FINALIDAD DE LA ADOPCIÓN DE ADULTOS, EN EL TERCER CAPÍTULO SE REALIZARÁ UN ANÁLISIS DEL RÉGIMEN JURÍDICO ECUATORIANO QUE REGULA LA ADOPCIÓN Y SE DISCUTIRÁ LA NECESIDAD DE PLANTEAR REQUISITOS Y UN PROCEDIMIENTO ESPECIAL QUE REGULE ESTE TIPO DE ADOPCIÓN.

DE TODA LA INVESTIGACIÓN Y ANÁLISIS, SE DETERMINARÁ QUE AL SER EL SUJETO DE LA ADOPCIÓN UN ADULTO PLENAMENTE CAPAZ NOS ENCONTRAMOS FRENTE A UN TIPO PARTICULAR DE ADOPCIÓN, EL MISMO QUE PERSIGUE UNA FINALIDAD PROPIA Y AL SER ASÍ REQUIERE UN TRATAMIENTO JURÍDICO DIFERENCIADO AL APLICADO EN LA ADOPCIÓN DE MENORES.

Capítulo I

ELEMENTOS DE LA ADOPCIÓN

1.1 Naturaleza Jurídica

Los cambios que ha experimentado la naturaleza jurídica de la adopción, se encuentran de cierta forma vinculados con la finalidad que la institución perseguía en el momento. Parece ser que según iba modificándose la finalidad de la adopción, se iba modificando conjuntamente su naturaleza jurídica. Se dice que “el problema de la naturaleza jurídica de la adopción, ha variado con el transcurso del tiempo y según las distintas legislaciones”.¹ Para el tratadista RAFAEL SAJÓN² es posible señalar cuatro concepciones con relación a la naturaleza jurídica: la contractual, acto condición, institucional y relación jurídica. Bajo la concepción contractualista, la adopción es considerada un contrato el cual es llevado a cabo entre adoptante y adoptado, dejando la formulación de la misma a la voluntad de las partes. SAJÓN, asimismo, estipula que existen dos formas a través de las cuales

¹ R. SAJÓN: *Derecho de menores*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999. p. 439.

² Cfr. *Ibídem*, p. 440.

opera la adopción bajo la teoría contractual. La primera forma es la amplia, dentro de la cual todas las condiciones por las cuales se constituye la adopción se encuentran sometidas a la voluntad de las partes (Código de Napoleón). Bajo la forma más limitada, algunas condiciones y efectos producidos por el contrato de adopción se encuentran estipulados en la ley.³ La gran mayoría de legislaciones americanas referentes a la adopción, recogiendo lo estipulado en leyes españolas y francesas, adoptaron inicialmente la concepción contractualista, la cual tuvo sus inicios en Roma.

Según MONROY- CABRA:⁴

La adopción fue recibida en los códigos civiles de América con la misma fisonomía con que fue concebida dentro de las legislaciones francesa y española, y mantuvo su carácter contractual y predominantemente privado durante todo el siglo XIX y parte del XX. La teoría contractual que adoptaban nuestros códigos concebía la adopción como un contrato entre el adoptante y adoptivo, que homologaba el juez y que constaba usualmente en un instrumento público. Se creía que la adopción era un contrato solemne, bilateral, que creaba lazos de parentesco semejantes a los que provenían de la familia legítima.

Por otra parte existen autores que sitúan a la naturaleza jurídica de la adopción como un acto jurídico. Demolombe, Colin y Capitant, Castán Tobeñas, Stolfi y Sanjurjo son partidarios de la concepción de la adopción como un acto jurídico, el cual es solemne y bilateral y que busca crear lazos de parentesco similares a los provenientes de la filiación legítima.⁵ Por lo mismo se dice que, “el acto de la adopción es un acto jurídico sometido a formas particulares, por medio de las cuales los interesados ponen en movimiento en su provecho la institución de la adopción. Es un acto de naturaleza jurídica propia”.⁶ Debe aclararse, sin embargo, que si bien los interesados ponen en movimiento en su provecho la institución, se trata de un acto jurídico que se encuentra regulado por el derecho. Acto jurídico establecido por el derecho a favor de adoptante y

³ Cfr. R. SAJÓN: *Derecho de...*, op. cit., p. 440.

⁴ M. MONROY CABRA: *Derecho de familia y de menores*, 7ma Edición, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 2001. p. 162.

⁵ Cfr. R. SAJÓN: *Derecho de...*, op. cit., pp. 440-441.

⁶ R. SAJÓN: *Derecho de...*, op. cit., p. 441.

adoptado, y es así, que los efectos de dicho acto jurídico se encuentran atribuidos por la ley.

La concepción actual, recogida por gran parte de la doctrina y las legislaciones, coloca a la adopción en la tercera de las grandes categorías mencionadas por SAJÓN, es decir que establecen a la naturaleza jurídica de la adopción como una institución de derecho. Dicha concepción es compatible con la finalidad perseguida por la adopción en la actualidad. Dado que la adopción es considerada una medida de protección por parte del Estado a favor de las niñas, niños y adolescentes que han sido desprovistos de su medio familiar, es razonable que su naturaleza jurídica supere el simple mundo contractual y pase a ser una institución de derecho, con todas las características y requisitos que eso implica. La tendencia doctrinaria, es el acercamiento a reconocer a la adopción como una institución jurídica de derecho de familia, “por cuanto crea un estado de familia y descansa en aspectos de derecho social”.⁷ El tratadista BORDA⁸ explica de forma sucinta las diferencias que llevan a situar a la adopción, en la actualidad, como una institución de derecho y no como un simple contrato:

En la adopción no hay especulación, ni cálculos de beneficios; adoptante y adoptado no se encuentran en una relación de igualdad, todo lo cual es característico de los contratos. Por el contrario entre ambos existe un *consortium*, vale decir, que sus intereses son coincidentes y no opuestos. Existe entre ellos una comunión, no una concurrencia. Lejos de desenvolverse en un plano de igualdad, sus relaciones están basadas en la jerarquía y la disciplina, sus derechos y obligaciones no están fijados por la voluntad de las partes, sino que surgen de la ley.

De igual forma, el tratadista RENARD respalda este punto anotando que de la adopción no surge una relación entre iguales, sino con características jerárquicas, dentro de la cual el adoptado debe obediencia y respeto. Asimismo, en la adopción no se encuentran contrapuestos los intereses de los sujetos que conforman la relación jurídica, muy por el contrario, a través de la adopción se

⁷ M. MONROY CABRA: *Derecho de...*, op cit., p. 162.

⁸ G. BORDA A.: *Tratado de derecho civil: familia*, Tomo II, 9na. ed., Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993. p. 90.

procura el beneficio de ambos sujetos: adoptante y adoptado. Finalmente apunta, que mientras los contratos en general tienen un término de vigencia, la adopción se da para durar de forma indefinida, existiendo sólo causas excepcionales que pueden llevar a la finalización de la misma.⁹ Por lo mismo,

la adopción, como institución del Derecho de familia, de orden público, si bien se origina en la voluntad individual, la gobierna un estatuto reglado por el Estado, de tal manera que, cuando las partes prestan su conformidad en el procedimiento, en aras de lograr la sentencia respectiva, ya no son libres de obrar para actuar espontáneamente, sino que lo deben hacer en la órbita que la ley señala y de acuerdo con las rigurosas normas que el derecho positivo determina, vale decir, que una vez aceptando el estatuto, se someten a sus normas y a sus consecuencias.¹⁰

De lo antes anotado, si bien es cierto no se puede limitar a la adopción al mundo contractual, hoy en día, una de las razones dadas por los tratadistas para separar a la adopción del mundo contractual ha dejado de ser cierta. Era argumentado por los tratadistas que la adopción no podía circunscribirse al mundo contractual dado que ésta no surgía de una relación entre iguales sino, muy por el contrario, se trataba de una relación de jerarquía. Pero, en la actualidad, dicha afirmación ha dejado de ser cierta. Hoy por hoy, la relación entre padre e hijo se da sobre una base de reciprocidad. Se ha dejado de lado el pensamiento que las relaciones paterno-filiales se dan en base a una jerarquía en la cual el hijo debe respeto y obediencia al padre. Es cierto que el hijo tiene deberes frente al padre, dentro de los cuales se incluye el respeto y la obediencia, pero es igual de cierto que el padre tiene deberes para con el hijo y es por esto que se habla de una relación que parte de la reciprocidad. A pesar de esto, continúan existiendo argumentos suficientes para desvincular a la adopción del mundo contractual y considerar a la misma como una institución de derecho de familia.

Sin embargo, la concepción más moderna de la institución de la adopción, planteada por tratadistas de la talla de Eduardo Zannoni, se inclina por clasificar a la adopción como un *acto jurídico familiar*. Si bien es una clasificación no exclusiva

⁹ Cfr. R. SAJÓN: *Derecho de...*, op. cit., p. 443.

¹⁰ *Ibíd.*, p. 444.

para la institución de la adopción es la conceptualización que en la actualidad goza de mayor aceptación entre los estudiosos de la materia para describir la naturaleza jurídica de la adopción. ZANNONI¹¹ dictamina que la adopción, al igual que el matrimonio, puede ser considerado un acto jurídico familiar dado que “la constitución de relaciones jurídicas familiares se presenta, generalmente, sobre la base de un *acto voluntario*”, tal como ocurre en la adopción. En el caso de la adopción, a través de ese acto voluntario se crea un nuevo vínculo paterno-filial ajeno a la naturaleza. Por medio de un acto voluntario se constituye un nuevo vínculo familiar entre adoptante y adoptado. Es por esto que, de conformidad a la clasificación hecha por la doctrina del acto jurídico familiar, la adopción se encuentra dentro de la clasificación conocida como *actos jurídicos de emplazamiento en el estado de familia*. Se dice que este tipo de actos crean o constituyen una relación jurídica familiar.¹² Dicho de manera más elocuente por el tratadista ZANNONI¹³, “cuando la materia *propia* del acto jurídico es la creación de relaciones jurídicas familiares, o su modificación o extinción, la doctrina lo denomina *acto jurídico familiar*”.

1.2 Clases de Adopción:

Para tratar el tema referente a las distintas clases de adopción solamente haremos una breve referencia histórica, ya que en el siguiente capítulo se tratará a fondo la evolución histórica de la institución de la adopción. Gran cantidad de las legislaciones del mundo, por mucho tiempo contemplaron dos clases de adopción: la plena y la simple. Dicha clasificación no nace con el derecho moderno, muy por el contrario, dicha clasificación es tan antigua que encuentra sus inicios en el derecho de Justiniano. Cuando tratemos la adopción bajo el Derecho Romano, veremos más detenidamente los efectos derivados de la *adoptio* y la *adoptio minus plena*. En este momento sólo cabe advertir que la clasificación creada por Justiniano fue recogida por las legislaciones francesas y españolas que,

¹¹ E. ZANNONI: *Derecho de Familia*, Tomo 1, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1981, p. 32.

¹² *Ibíd.*, p. 33.

¹³ E. ZANNONI: *Derecho de...*, op. cit., Tomo 1, p. 32.

como conocemos, indudablemente influyeron en la formulación de las legislaciones latinoamericanas y en el tema de la adopción no fue diferente.

La divergencia entre estas dos clases de adopción se da con base en sus efectos. Los efectos procurados por la adopción simple y la plena varían entre sí. Según WRAY¹⁴, la adopción plena “da al hijo adoptivo el estatuto completo de hijo legítimo, con todas las consecuencias que ello implica, especialmente la total ruptura de lazos con la familia de sangre, pero subsisten los impedimentos para el matrimonio”. Es decir, bajo la adopción plena el adoptado pasa a pertenecer a la familia adoptiva en condición de hijo legítimo y simultáneamente deja de formar parte de su familia biológica o de sangre. En la adopción plena se crea un parentesco entre adoptivo, adoptante y los consanguíneos de éste. En esta clase de adopción, el adoptivo rompe todo vínculo con su familia de origen o biológica y de esa forma pasa a tomar el apellido del adoptante. Es por esto, que se considera a esta adopción como perfecta o completa. Como consecuencia de esta adopción, al igual que en la adopción simple, el adoptante pasa a ostentar tanto la patria potestad como la autoridad paterna.¹⁵ Es por su naturaleza que la mayoría de la doctrina, lo cual se encuentra recogido en las legislaciones, argumenta que este tipo de adopción debe tener carácter de irrevocable y debe ser constituida por medio de un procedimiento judicial.¹⁶ Se entiende, que la adopción plena estaba...

dirigida a establecer vínculos más profundos que los que derivaban de la adopción simple y sin caer en la falacia que emergía de la legislación comparada en razón de su inexplicable pretensión de ocultamiento de la verdad biológica, la adopción plena parece ubicada en un punto intermedio, siendo sus notas más caracterizantes la irrevocabilidad y el aniquilamiento de los lazos de sangre del adoptado, creando en su reemplazo el vínculo adoptivo que una al adoptado con el adoptante y los parientes de éste,

¹⁴ A. WRAY: *El menor ante la ley*, Serie Estudios Jurídicos, v. 6, Corporación Editora Nacional, Quito, 1991. p. 125.

¹⁵ Cfr. J. PARRA BENITEZ: *Manual de Derecho Civil: personas, familia y derecho de menores*, 3ra. Ed., Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1997, pp. 365-366.

¹⁶ Cfr. A. WRAY: *El menor ante...*, op. cit., p. 126.

otorgándole al menor un emplazamiento análogo al que corresponde a un hijo biológico.¹⁷

A diferencia de la adopción plena, en la adopción simple el menor adquiere ciertos derechos y obligaciones en su familia adoptiva, pero éste no pasa a ser asimilado completamente en la misma. Es decir, no adquiere la condición de hijo biológico y por lo mismo continúan subsistiendo sus lazos con su familia biológica. La legislación ecuatoriana, previo a la emisión del Código de Menores del 92, establecía que la adopción simple era un acto voluntario, aunque éste debía contar con la intervención de la función judicial, por el cual no se daba la incorporación total del adoptado a la familia adoptiva, dejando así subsistentes los lazos con la familia natural y existiendo la posibilidad de que se dé un mutuo disenso o revocación de la adopción.¹⁸ Es por esto que, muchos doctrinarios consideran que la adopción simple era una adopción imperfecta o incompleta, especialmente si se la comparaba con la adopción plena.

Resultaba importante establecer la diferencia de alcances que se daban entre la adopción simple y plena; las diferencias más notables son la no incorporación total del adoptado a la familia adoptiva y la posibilidad de que la adopción sea revocada. Sin embargo, en la actualidad, gran parte de las legislaciones se han inclinado por la adopción plena y han dejado de contemplar a la adopción simple como una posibilidad. MONROY-CABRA argumenta, que existe una tendencia del derecho comparado de que se de una completa desvinculación entre el adoptado y su familia natural, en especial si el adoptado es menor de edad. Para enfatizar su punto, MONROY-CABRA¹⁹ cita el artículo 370, 1er. Párrafo 2º del Código Civil Belga vigente, el cual dice “*sous réserve des prohibitions du mariage prévues aux articles 161 a 164, les enfants légitimés par adoption cessent d’appartenir à leur famille d’origine*”. Por lo mismo, en todas esas legislaciones sólo será posible que se lleven a cabo los efectos contemplados bajo a la adopción plena. La legislación colombiana, por su parte, bajo la Ley 5ª de 1975,

¹⁷ M. J. MÉNDEZ COSTA Y D. HUGO D’ANTONIO: *Derecho de familia*, Tomo II, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001. p. 372.

¹⁸ Cfr. A. WRAY: *El menor ante...*, op. cit., p. 126.

¹⁹ Cfr. M. MONROY CABRA: *Derecho de...*, op cit., p. 127.

contemplaba la posibilidad de que se lleve a cabo tanto la adopción simple como la plena. Sin embargo, con la emisión del Código del Menor, expedido mediante el Decreto 2737 del 27 de noviembre de 1988, se sustrae de la normativa colombiana la posibilidad de la adopción simple y se pasa a permitir la adopción plena como única opción.²⁰ El Ecuador inicialmente, según apunta WRAY²¹, al igual que países como Perú, El Salvador y México, en su regulación de la adopción, solamente permitía que se lleve a cabo la adopción simple. Siguiendo la corriente legislativa y doctrinaria, con la emisión del Código de Menores de 1992, el cual entra en vigencia con su publicación en el Registro Oficial-S 995 del 7 de agosto de 1992, se dejó de lado la adopción simple, pasando sólo a permitir la adopción plena tal como lo establece el artículo 104 literal b de dicho código. Asimismo, el Código de la Niñez y Adolescencia que entra en vigencia el 3 de enero del 2003 con su publicación en el Registro Oficial 737, afirma lo establecido previamente en el Código de Menores del 92 y describe los efectos de la adopción plena con mayor profundidad. Es así, que el artículo 152 del mencionado código, establece que:

la ley admite solamente la adopción plena, en virtud de la cual se establecen entre el o los adoptantes y el adoptado todos los derechos, atributos, deberes, responsabilidades, prohibiciones, inhabilidades e impedimentos propios de la relación parento filial. En consecuencia, jurídicamente el hijo adoptivo se asimila en todo al hijo consanguíneo. La adopción extingue el parentesco entre el adoptado y los miembros de su familia de origen. No obstante, quedarán subsistentes los impedimentos matrimoniales que afectaban al adoptado por causa de las relaciones de parentesco extinguidas.

Como se puede vislumbrar del artículo transcrito, los efectos de la adopción bajo la legislación ecuatoriana son aquellos descritos por la doctrina como aquellos propios de la adopción plena.

A pesar de la gran corriente doctrinaria, aún existen legislaciones que siguen apostando por las dos clases de adopción, las cuales operan en

²⁰ Cfr. M. MONROY CABRA: *Derecho de...*, op cit., p. 137.

²¹ Cfr. A. WRAY: *El menor ante...*, op. cit., p. 126.

circunstancias distintas. Uno de los más obvios disidentes en Latinoamérica es la legislación argentina, apoyada por sus doctrinarios. Autores tales como ZANNONI Y BORDA, argumentan a favor de la importancia de la existencia de estas dos clases de adopción, ya que según ellos la adopción plena no puede operar en todos los supuestos. Dichos tratadistas arguyen que la adopción plena se debe dar en “todos aquellos caso en que el menor o no ha tenido real vínculo con su familia consanguínea, especialmente con sus padres de sangre, o estos vínculos se han limitado a constituir meras circunstancias no asumidas responsablemente por los progenitores”.²² En cambio, siguiendo dicho lineamiento, la adopción simple debe operar en los supuestos en los cuales el menor mantiene y ha mantenido vínculos de cierta forma estrechos con sus padres biológicos. Por lo mismo, lo que se procura en esta clase de adopción no es sustituir a esa familia natural, sino mas bien brindarle al menor un entorno familiar más estable o seguro que el que le pueden brindar sus progenitores.²³ Por todo lo expuesto, las legislaciones y corrientes doctrinarias que apuestan por mantener las diferentes clases de adopción, estiman que la adopción plena sólo debe operar en supuestos donde se ha producido una completa desvinculación entre el menor y sus padres biológicos, tomando en cuenta el efecto y alcance que supone la adopción plena; y es por esto, que en todos los demás supuestos deberá operar exclusivamente la adopción simple.

Dicha discusión referente a la necesidad de la existencia de un sistema mixto de adopción, adquiere relevancia cuando nos enfrentamos al tema de la adopción de adultos. ¿De ser permitida la adopción de adultos, bajo que clase de adopción debe ser otorgada la misma? Esta pregunta en la legislación ecuatoriana no encuentra una solución fácil, ya que, como se vio anteriormente, nuestra legislación permite como única opción la adopción plena; pero, asimismo, permite la adopción de un adulto. Según esto, debemos entender que la adopción de un adulto en el Ecuador debe darse bajo el régimen de la adopción plena y sujetarse a todos los efectos que la misma conlleva. Entraremos a discutir con

²² E. ZANNONI A. Y G. A. BOSSERT: *Manual de derecho de familia*, 2ª edición, Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 391.

²³ Cfr. *Ibidem*, p. 391.

más profundidad este tema cuando nos adentremos concretamente en la adopción de adultos.

1.3 Sujetos de la Adopción

Tal vez uno de los elementos más importantes de análisis en referencia a la adopción, a más de su finalidad, son los sujetos que intervienen en ella y los efectos que la misma tiene sobre sus personas. La adopción cuenta con dos sujetos primordiales que deben intervenir para la concertación de la misma: adoptante y adoptado. Los sujetos de la adopción siempre han sido los mismos, mas no así los requisitos establecidos por la normativa en relación a ellos. Para GOMEZ-PIEDRAHITA²⁴ son sujetos dentro del proceso de adopción el adoptante, el adoptado, el juez y el defensor de familia. Del adoptado se dice que éste podrá ser sólo una persona natural. Si bien es cierto que bajo cada legislación se establecerá los requisitos referentes a los sujetos que intervienen en el proceso de adopción, si es posible derivar unos preceptos generales con relación a éstos.

La mayoría de legislaciones estipulan como un importante requisito la edad tanto del adoptante como del adoptado. En general, las legislaciones establecen parámetros en relación a la edad que debe tener el adoptante para que éste sea considerado apto para iniciar un proceso de adopción. Es así, que el Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador, en su artículo 159 numeral 4, dictamina que el adoptante deberá tener una edad mínima de 25 años. El Código de Infancia y Adolescencia de Colombia, en su artículo 68, igualmente establece como edad mínima para el adoptante los 25 años. Igualmente, para que sea considerado como un candidato idóneo para adoptar consta como requisito fundamental que el adoptante cuente con una diferencia de edad en relación a la persona que pretende adoptar. El Código de la Niñez ecuatoriano establece la diferencia de edad entre adoptante y adoptado no menor a catorce años y no mayor a cuarenta y cinco, mientras que el Código colombiano dictamina una diferencia no menor a los 15 años. Con relación al requisito de diferencia de edad

²⁴ Cfr. H. GOMEZ PIEDRAHITA: *Derecho de familia*, Editorial Temis, Bogotá, 1992, p. 289.

existen excepciones. Una de esas excepciones se presenta cuando se quiere adoptar al hijo del cónyuge.

En ese supuesto, la legislación ecuatoriana prescribe que la diferencia se reducirá a diez años. De igual forma, el Código de la Niñez ecuatoriano dictamina que no serán aplicables las limitaciones en relación a la edad en los casos de adopciones entre parientes.

El requisito en cuanto a la edad del adoptante tiene su razón de ser para gran parte de la doctrina y es así que ha sido recogido en la legislación, como se pudo ver anteriormente; es decir, éste no fue un requisito establecido al antojo del legislador y por lo mismo se ha ido modificando con el tiempo. Si partimos del hecho que la doctrina y la normativa ha buscado asimilar de la mayor forma posible a la adopción con la filiación natural, no resulta raro que se establezca como requisito un mínimo de edad para el adoptante. Lo que se procura es que la relación creada por el derecho se asimile a aquella creada por la naturaleza. Se dice que

la analogía de la adopción con la filiación por naturaleza, y la conveniencia de evitar que ella sea utilizada con fines espurios, ha llevado prácticamente a todas las legislaciones a considerar no sólo que el adoptante debe ser mayor en edad que el adoptado, sino que medie entre ambos una edad que permita presumir que el adoptado ha podido ser engendrado por el adoptante.²⁵

Para ZANNONI²⁶ dicho requisito ayuda a proteger la esencia de la institución. A decir de COLL Y ESTIVILL²⁷

si la adopción se ha introducir para dar padre o madre legítimos a quien no los tiene en aptitud de proveer a su normal desarrollo físico y ético, reconociendo los vínculos filiales ya existentes fundados en fenómenos psicológicos, o facilitando su formación cuando no existen; si ella produce los efectos jurídicos de la paternidad, es lógico que se exijan las condiciones necesarias para que tales efectos jurídicos puedan producirse sin contradicción a los hechos”.

²⁵ H. CORRAL TALCIANI: *Adopción y filiación adoptiva*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, p. 137.

²⁶ E. ZANNONI: *Derecho de Familia*, Tomo 2, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1978, p. 574.

²⁷ *Ibidem*, p. 575.

BELLUSCIO²⁸ por su parte dice “la diferencia mínima de edades que se establece tiende a que la relación de adopción se establezca entre personas que naturalmente hubieran podido ser padre (o madre) e hijo”. Al no permitir que una persona de edad avanzada califique como adoptante, se pretende asegurar que el adoptante pueda estar presente en gran parte de la vida del adoptado, o al menos en las etapas más fundamentales de su vida, así como, encontrarse en la capacidad física de proveerle los cuidados necesarios. Todo esto teniendo en cuenta que por sobre todas las cosas, la adopción debe procurar el mejor interés del adoptado.

En las legislaciones antiguas se exigía como requisito que el adoptante no tuviera hijos legítimos; sin embargo, en las legislaciones modernas se desechó dicho requisito. Una de las legislaciones que en sus inicios imponía el mencionado requisito era la colombiana, mas hoy en día, en su artículo 68 párrafo 1º estipula con claridad que “la existencia de hijos no es obstáculo para la adopción”.

Seguramente, uno de los requisitos más importantes con relación al adoptante, es su idoneidad para adoptar. En este caso, no se hace referencia a una idoneidad en términos de su edad, requisito que ya fue tratado anteriormente, sino en relación a que el adoptante pueda garantizar una idoneidad física, mental, moral y social como para poder proveer de una familia adecuada al adoptado, según dictamina el Código de la Infancia Colombiano. Nuestro Código de la Niñez y Adolescencia también hace referencia a la idoneidad del adoptante en los numerales 7, 8 y 9 del artículo 159. Dichos numerales prescriben que el adoptante deberá gozar tanto de una salud física y mental adecuada como para poder cumplir con las obligaciones parentales que se adquiere a través de la adopción. De igual forma, deberá contar con los recursos económicos necesarios para proveer al adoptado en sus necesidades básicas. Y, finalmente estipula que el adoptante no deberá registrar antecedentes penales en relación a delitos que se encuentren sancionados con penas de reclusión. La idoneidad del adoptante será determinada a través de la fase administrativa del proceso de adopción, la misma

²⁸ A. CESAR BELLUSCIO: *Manual de derecho de familia*, Tomo 2, Ediciones Depalma, Buenos Aries, 1986, p. 274.

que se encuentra regulada en los artículos 165 al 174 del Código de la Niñez y Adolescencia.

Resulta interesante que la legislación ecuatoriana estipula más requisitos para el adoptante que los mencionados generalmente por la doctrina, así como por parte del derecho comparado; requisitos tales como el de estar en pleno ejercicio de sus derechos políticos, estar domiciliado en el Ecuador y en caso de que la adopción sea por parte de una pareja, ésta debe ser heterosexual. Tal vez, el requisito de que la adopción por parte de parejas debe ser de parejas heterosexuales, es uno de los requisitos que mayor controversia ha generado dado que grupos defensores de los derechos consideran la norma discriminatoria de las parejas GLBT. Dicho requisito, crea una imposibilidad de que se lleve a cabo una adopción por parte de una pareja homosexual, lesionando su derecho a formar una familia.

Existen ciertas legislaciones, tales como la argentina, que dictaminan ciertas prohibiciones en cuanto a quien puede llevar a cabo una adopción, prohibiciones que no se encuentran contempladas por otras legislaciones, como la colombiana o la nuestra, que muy por el contrario parecen favorecer a esos sujetos. Bajo dichas legislaciones, no se permite la adopción por parte de hermanos y medios hermanos. En este tema, la legislación parece no adoptar una posición definida, ya que inicialmente no la permitía para luego introducir una reforma y finalmente regresar a la estipulación inicial de prohibir la adopción por parte de hermanos. La ley 13.252 estipulaba la prohibición de adopción por parte de un hermano. Sin embargo, ZANNONI²⁹ apunta que “la doctrina en general no concordaba con la prohibición considerando que aún cuando las relaciones de fraternidad sean distintas a las de paternidad, no existe entre hermanos un vínculo jurídico que se oponga a los que nace de la adopción”. Con base en dicha posición doctrinaria, la ley 19.134 suprime dicho impedimento. Para ZANNONI³⁰, tal solución legal resulta discutible, y por lo mismo argumenta que “la superposición de lazos fraternos y filiales con todo lo que cada uno de ellos

²⁹ E. ZANNONI A. Y G. A. BOSSERT: *Manual de derecho de...*, op. cit., p. 396.

³⁰ *Ibidem*, p. 396.

implica en cuanto a contenido emocional, sentido de respeto y obediencia, e incluso ubicación ante el grupo social de los sujetos de dichos vínculos familiares, puede no resultar beneficiosa para la formación del menor”. Al parecer, la opinión de Zannoni hizo eco y en la legislación vigente que regula la adopción se implementó nuevamente la prohibición de la adopción de un hermano a otro. Igualmente, existe discusión por parte de doctrinarios argentinos sobre la viabilidad o no de la adopción por parte de los abuelos, dado que en este caso no resulta necesario un emplazamiento familiar distinto, el cual busca crear la adopción. Es argumentado, que los abuelos a falta de los padres pasan a asumir la tutela legal del menor, volviendo incompatible a este supuesto con el de la adopción.³¹

Otras legislaciones, muy por el contrario, no sólo que no establecen prohibiciones similares sino parecería que favorecen las adopciones que en la legislación argentina encuentran impedimentos. Es por esto que nuestra legislación que regula la adopción, en su artículo 153, el mismo que recoge los principios de la adopción, dispone que “se preferirá como adoptantes a los miembros de la familia de origen del niño, niña o adolescente, hasta el cuarto grado de consanguinidad”.

Es permitida tanto la adopción individual como conjunta. Podrán adoptar de manera conjunta indiferentemente los cónyuges o aquellos que se encuentren en unión de hecho. En ambos casos deben demostrar una convivencia ininterrumpida por más de tres años. Sin embargo, el Código de la Niñez y Adolescencia ecuatoriano en su artículo 153 numeral 3 dictamina que se dará preferencia a la adopción por parte de parejas heterosexuales, legalmente constituidas, por sobre la adopción de personas solas. Seguramente los legisladores consideraron que sería más beneficio para el menor integrarse a una familia que cuente tanto con un padre como una madre, quienes estarán en mayor capacidad de proveerle un entorno estable dentro del cual se pueda desarrollar el menor. Dicha consideración puede ser argumentada, pero no entraremos en esa disquisición.

³¹ Cfr. *Ibidem*, pp. 395-396.

En cuanto al sujeto sobre el cual recae la adopción, el adoptado, a la doctrina y a las legislaciones les ha importado enfocarse sobre la condición en cual se encuentra dicho sujeto, lo cual hace posible que se lleve a cabo la adopción del mismo. Para que un menor sea sujeto de adopción, debe declararse judicialmente su aptitud legal para ser adoptado. Según determina la legislación ecuatoriana, un niño, niña o adolescente podrá ser declarado en aptitud legal para ser adoptado después de las pertinentes investigaciones, en determinadas circunstancias. El artículo 158 dictamina cuatro situaciones concretas bajo las cuales se declarará la aptitud legal las cuales son:

1. orfandad respecto de ambos progenitores;
2. imposibilidad de determinar quiénes son sus progenitores o, en su caso, sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad;
3. privación de la patria potestad de ambos progenitores; y
4. consentimiento del padre, la madre, o de ambos progenitores, según corresponda, que no hubieran sido privados de la patria potestad.

De lo antes expuesto, se puede concluir que podrán ser sujetos de adopción aquellos menores que se encuentren privados de su medio familiar, por razones tales como el abandono por parte de sus progenitores. Igualmente, podrán ser sujetos de adopción aquellos menores cuyos padres o quien ostente la patria potestad hayan prestado su consentimiento, el cual debe ser hecho de forma solemne, para que se lleve a cabo la adopción. Aquellos niños, niñas o adolescentes que teniendo una familia, ésta los pone en riesgo podrán ser también sujetos de adopción.

Aparte de contar con la aptitud legal para ser adoptado, otro requisito o elemento que se debe considerar en relación al adoptado como sujeto del proceso de adopción es la edad del mismo. La determinación de la edad del adoptado es algo que ha ido cambiando con los tiempos, muchas veces influido por la finalidad que procuraba la adopción en determinado momento. Hoy por hoy, la mayoría de las legislaciones establecen como regla general que el sujeto de adopción debe ser un menor de edad. Compatible con la finalidad que persigue

actualmente la adopción, la doctrina y así lo recogen las legislaciones, la adopción sólo debe darse referente a un menor de edad. En ese espíritu, el artículo 157 del Código de la Niñez y Adolescencia ecuatoriano, determina que “solo pueden ser adoptadas personas menores de dieciocho años”. A pesar de esto, muchas legislaciones entre esas la nuestra, siguen contemplando supuestos - que si bien son de excepción - bajo los cuales puede llevarse a cabo la adopción de una persona mayor de dieciocho años. En general, las excepciones que contemplan la doctrina y las legislaciones, son el caso de la adopción cuando se trata de adoptar al hijo del cónyuge o cuando el adoptante ha tenido a su cuidado personal al adoptable por un tiempo determinado antes de que éste cumpla los 18 años. No entraremos en este momento a discutir la factibilidad, diferencias y finalidad que acarrea esta clase de adopción, la cual claramente debe estar compuesta de elementos particulares, ya que este es el tema central de esta tesina.

CAPÍTULO II

FUNCIÓN O FINALIDAD DE LA ADOPCIÓN DE ADULTOS

2.1 Finalidad de la adopción de menores en la actualidad

Para los tratadistas ZANNONI Y BOSSERT³²

la historia de la moderna adopción empieza recién con la Primera Guerra Mundial y la conmoción que produjo en los

³² E. ZANNONI A. Y G. A. BOSSERT: *Manual de derecho de...*, op. cit., p. 389.

países europeos el espectáculo de la infancia desvalida; perdidos los hogares de millones de niños, se buscó el paliativo a través de la adopción que se convierte, entonces, en una medida de protección a la infancia desprovista de hogar.

Y es justamente en eso, como apuntan de manera tan elocuente Zannoni y Bossert, en lo que se convierte la institución de la adopción: una medida de protección para la niñez privada de su medio familiar. Previo a las guerras mundiales y sus devastadores efectos sobre las sociedades europeas, según muchos tratadistas, la institución había caído en desuso y gozaba de poca importancia. Pero todo eso cambió como consecuencia de los efectos de las guerras y la institución de la adopción se convirtió en la respuesta para la niñez que carecía de un hogar apto en el cual desarrollarse. Las razones para la necesidad de la institución de la adopción en América Latina no se pueden encontrar en las consecuencias de las grandes guerras, ya que el continente no se encontró sumergido en las mismas como si lo estuvieron las sociedades europeas. Con relación a esto ZANNONI³³ comenta:

América Latina no tuvo guerras, pero en su letargo económico y socio-cultural recibió -como siempre- el impulso de las nuevas ideas. Continente sumido en la miseria, en la ignorancia, en la dependencia, también era escenario del abandono, la mendicidad, la injusticia de todo su contexto social.

Al comparar América y Europa las razones eran distintas pero las necesidades eran las mismas: proveer de protección a una niñez desprovista de un entorno familiar apto. Es así que, el tratadista MONROY-CABRA³⁴ apunta que “si no fuera por razones de asistencia tutelar a la infancia, no hubiera renacido el instituto de la adopción”. En la opinión de dicho tratadista actualmente la “adopción tiene, pues, finalidades espirituales, sociales, psicológicas y se la considera como instituto de protección para la niñez abandonada”.³⁵ Es así, que

el fundamento actual de la adopción reside en la necesidad de otorgar una nueva familia a quien no cuenta con una que sea capaz de darle lo necesario para desenvolver su vida. La necesidad de protección del niño es la que justifica tanto la

³³ E. ZANNONI: *Derecho de...*, op. cit., Tomo 2, p. 530.

³⁴ M. MONROY CABRA: *Derecho de...*, op cit., p. 163.

³⁵ *Ibíd*em, p. 124.

adopción simple como la adopción propiamente filiativa (plena).³⁶

A decir de PEREZ DUARTE³⁷ la adopción fue entendida originalmente como una institución que servía como un cauce o vía para la realización de los deseos de personas o parejas que no gozaban de descendencia; posteriormente se la vio como un medio para la “posible socialización” de niños y niñas en situación de abandono o recogidos en establecimientos benéficos. Muchos autores justifican la existencia de la adopción basándose en la premisa que ésta es una institución creada con el fin de imitar a la naturaleza; sin embargo, PÉREZ DUARTE³⁸ no comparte dicha visión, inclinándose por el contrario por aquella que defiende tanto su existencia como su trascendencia con base en los beneficios que ésta conlleva para la persona adoptada. Es en su finalidad primordial que la adopción encuentra su razón de existir, así como, su aplicabilidad e importancia dentro de las sociedades modernas. De no procurar dicha finalidad, es posible que la institución de la adopción se hubiera convertido en una figura caduca, como de hecho lo fue por mucho tiempo. Es por esto, que la tratadista comenta que la adopción es “un instituto con un gran sentido ético, y si bien es cierto que sus fines no han sido siempre los mismos, la evolución que ha tenido ha sido en el mejor de los sentidos, pues implica un cambio de foco de los intereses de la persona que adopta a los intereses de la persona que es adoptada”.³⁹

La finalidad de la adopción de menores contemplada por la doctrina ha sido recogida en las legislaciones modernas referentes a la adopción. Es así que el artículo 151 del Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador estipula que “la adopción tiene por objeto garantizar una familia idónea, permanente y definitiva al niño, niña o adolescente que se encuentren en aptitud social y legal para ser adoptado”. De igual forma, el artículo 88 del Código de Menores colombiano establece “la adopción es, principalmente y por excelencia, una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por

³⁶ H. CORRAL TALCIANI: *Adopción...*, op. cit., pp. 57-58.

³⁷ Cfr. A. PEREZ DUARTE: *Derecho de Familia*, Fondo de Cultura Económica, Mexico, 1994, p. 193.

³⁸ Cfr. A. PEREZ DUARTE: *Derecho de...*, op. cit., p. 192.

³⁹ *Ibíd.*, p. 192.

naturaleza”.⁴⁰ Siguiendo la misma línea de pensamiento el Código de Familia de El Salvador del año 1993, en su artículo 165 y bajo el acápite *Finalidad* en su referencia a la filiación adoptiva, expresa que “la adopción es una institución de protección familiar y social, especialmente establecida en interés superior del menor, para dotarlo de una familia que asegure su bienestar y desarrollo integral”.

En materia de derecho internacional, la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 20 número 3 contempla a la adopción como una de las medidas de protección adecuadas para aquellos niños que se encuentran privados permanentemente de su medio familiar. De esto, podemos deducir que la finalidad contemplada bajo la Convención para la adopción es ser una medida de protección para aquella niñez que por una u otra razón carecen de un medio familiar apto. Por lo mismo, “la adopción aparece así en la Convención como una institución que se justifica, no en interés de los adoptantes, sino por sobre todo en el interés y la necesidad de protección y asistencia del niño.”⁴¹ La Convención, sin embargo, contempla a todas esas medidas de protección que alejan al niño de su medio familiar como una ultima instancia, ya que se considera que siempre será en el mejor interés del niño, si la situación lo permite, permanecer en el seno familiar, estableciendo así el principio de la subsidiariedad de la adopción. Es por esto que en su artículo 21 la Convención establece que “los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial”. En otras palabras, se deberá recurrir a la adopción como una medida de protección siempre y cuando ésta resulte en el mejor interés del niño. Como se puede ver, la gran mayoría de las legislaciones al tratar la finalidad de la adopción han recogido los preceptos consagrados en la Convención, estableciendo a la adopción como una institución inminentemente de protección que deberá operar siempre bajo el interés superior del niño y de manera subsidiaria.

La Convención sobre Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional, adoptada por la XVII Sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado suscrita el 29 de mayo de 1993, si bien se refiere más específicamente al tratamiento de la adopción internacional y establece

⁴⁰ M. MONROY CABRA: *Derecho de...*, op cit., p. 138.

⁴¹ H. CORRAL TALCIANI: *Adopción...*, op. cit., p.46.

los parámetros bajo los cuales debe operar la misma, afianza aquellos preceptos contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño con relación al tema de la adopción. Es así que la motivación detrás de la formulación de dicha Convención por parte de los Estados era “la determinación común de alcanzar un resultado que ayudara a los niños sin hogar del mundo a encontrar una familia en el respeto pleno de sus derechos.”⁴²

Es decir, la Convención de La Haya y los subsecuentes reportes, tales como la Guía de Buenas Prácticas en Virtud del Convenio de la Haya de 1993 Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, con relación a la misma determinan a la adopción, en este caso internacional, como una medida de protección para la niñez desprovista de su medio familiar, la cual deberá respetar por sobre todo el interés superior del niño, niña o adolescente y deberá considerar a la adopción como una medida subsidiaria aún más cuando se trata de la adopción internacional. La Convención de La Haya estipula que la adopción internacional será una medida subsidiaria no sólo de la familia biológica del niño, niña o adolescente sino también de la adopción nacional.

Sin embargo, no está por demás decir que la adopción de menores está dotada de finalidades secundarias o complementarias. La adopción sigue siendo un medio por el cual familias o personas obtienen un hijo cuando la naturaleza no les ha provisto de uno. Claro está que hoy por hoy, lo que se considera importante o a quien se considera importante ha cambiado. Lo que se procura es darle al niño, niña o adolescente una familia óptima y como consecuencia de eso se le provee a la familia de un niño. El tratadista PEDRO ACHARD explica de manera sucinta la finalidad buscada y obtenida a través de la institución de la adopción

Al principio, con la finalidad de asegurar una satisfacción espiritual al adulto, privado de la descendencia o permitirle satisfacer anhelos de gratitud, luego en preferente beneficio del niño, para asegurarle un hogar en sustitución de aquél de que carece, o la conjunción, integrándose tanto por el niño- motivo de la adopción- como por los adoptantes, y asegurando el orden social a través de la estabilidad social al lograr evitar sicopatías e inadaptaciones, así como la más

⁴² OFICINA PERMANENTE: *Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de la Haya de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional*, HCCH Publications, La Haya, 2008, p. 22, Disponible en [HTTP://WWW.HCCH.NET/UPLOAD/ADOGUIDE_E.PDF](http://www.hcch.net/upload/adoGUIDE_E.PDF)

conveniente acomodación de todos los seres que son vejados por dicho fenómeno jurídico-social.⁴³

Siguiendo el mismo lineamiento D'ANTONIO⁴⁴ apunta que “las repercusiones que se producen en la familia y, por consecuencia rigurosa, en la sociedad, no son sino el resultado de aquella función esencial de protección al menor adoptado”. Se puede decir que la finalidad de la adopción es una moneda de dos caras: por un lado y de manera primordial provee de una familia a ese niño que ha sido privado de su medio familiar original y por el otro le dota a una familia de un hijo, solucionando así dos problemas que aquejan a las sociedades modernas.

2.2 Transferencia del apellido y adquisición de derechos sobre bienes del adoptante: Aproximación a través de un análisis histórico de la institución

Parecería que la adopción es una figura tan antigua como la civilización misma. Es por esto que el tratadista D'ANTONIO⁴⁵ expresa que “afirmar que los orígenes de la adopción se remontan a los de la humanidad misma constituye una realidad innegable”. Es de esperarse que la adopción no haya nacido en la forma en la cual se encuentra positivizada en las legislaciones modernas; es así que sus modalidades, características y finalidad en sus inicios guardaban poca similitud con lo que hoy conocemos como la institución jurídica de la adopción, la misma que está diseñada como un medida de protección para la niñez desprovista de una familia idónea. Sin embargo, es innegable su presencia en tiempos remotos, y es de esos inicios es que podemos derivar conclusiones importantes referentes a la adopción de una persona adulta que, hoy por hoy, no ha sido desarrollada en gran

⁴³ M. MONROY CABRA: *Derecho de...*, op cit., p. 164.

⁴⁴ M. J. MÉNDEZ COSTA Y D. HUGO D'ANTONIO: *Derecho de...*, op. cit., Tomo II, p. 357.

⁴⁵ M. J. MÉNDEZ COSTA Y D. HUGO D'ANTONIO: *Derecho de...*, op. cit., Tomo II, p. 360.

medida ni por la doctrina ni por la normativa vigente. Para el tratadista BELLUSCIO⁴⁶ el origen de la adopción:

debe hallarse en las prácticas religiosas de los pueblos antiguos. Una hipótesis bastante fundada considera que se originó en la índica, en reemplazo del *levirato*, institución según la cual la mujer viuda sin hijos debía unirse sexualmente al hermano o al pariente más próximo del marido, y se consideraba al así engendrado como hijo del extinto, lo que permitía la continuación del culto doméstico-cuando la evolución de las costumbres hizo mirar con repugnancia tal procedimiento.

Según lo que apunta BELLUSCIO, la adopción como toda institución jurídica nace de los requerimientos de la sociedad y va evolucionando según las mismas. En tiempos antiguos era necesario perpetuar la estirpe a través de una forma distinta a la que la naturaleza proveía con el propósito de asegurar la continuidad del culto; y, para no recurrir a situaciones que resultaban moralmente reprochables, tales como el levirato, nace la necesidad de encontrar una manera distinta de perpetuar la estirpe, y es en base a esa necesidad que hace su aparición la forma precaria o antigua de la adopción. Los tratadistas ZANNONI Y BOSSERT⁴⁷ arguyen que tanto en las instituciones precedentes a la adopción como en...

la adopción que conocemos a través de su evolución histórica, son otras la finalidad, y no determinante actual que se cifra en el concepto de “conveniencia del menor”. Así fueron, en el pasado, determinantes de institución, el afán de los hombres de prolongar tras su muerte el culto de los dioses domésticos, el linaje, el nombre o la fortuna familiar, o incluso, asegurar para su alma prácticas religiosas que quedaban a cargo del adoptado.

Según GÓMEZ PIEDRAHITA⁴⁸, “la adopción se ha conocido desde tiempos muy remotos y ha estado vinculada más a una tradición religiosa que civil. Existió entre los egipcios y fue practicada desde la antigüedad por los judíos. También la conocieron los griegos y se afirma que Solón la prohibió a quien tuviera hijos legítimos”. Se conocieron formas primitivas de la adopción tanto en Babilonia

⁴⁶ M. MONROY CABRA: *Derecho de...*, op cit., p. 124.

⁴⁷ E. ZANNONI A. Y G. A. BOSSERT: *Manual de derecho de...*, op. cit., p. 387.

⁴⁸ H. GOMEZ PIEDRAHITA: *Derecho de...*, op. cit., p. 288.

como en el pueblo de Israel, siendo el ejemplo más notable de esto, la adopción por parte de la hija del faraón de Egipto a Moisés. Igualmente, se dice que en Atenas estuvo presente la adopción como una forma de conferir derechos sucesorios al adoptado, el cual pasaba a sumarse a los parientes legítimos que sucederían al causante.⁴⁹

2.2.1 Derecho Romano

Si bien es cierto la adopción no tuvo sus inicios en Roma, es ahí, donde por primera vez, la institución de la adopción adquiere una verdadera importancia, y por lo mismo se vuelve sujeta a una regulación más detallada de lo que había sido en épocas previas. Es en Roma donde “la institución adoptiva alcanza relieves significativos, siendo en el Derecho Clásico y posclásico un instituto integrativo de la constitución familiar en su función sociopolítica...”.⁵⁰ Por esto, la adopción se vuelve una institución indispensable para los romanos, quienes pasan a regular a la misma según sus necesidades. ZANNONI y BOSSERT⁵¹ indican que “la notable importancia que tuvo en Roma la adopción se debió, en primer lugar, a que hacía surgir un parentesco agnaticio y no meramente cognaticio. Como consecuencia, extinguía todo vínculo civil entre el adoptado y su anterior familia de sangre”. Es por esto que, el tratadista de Derecho Romano, PETIT Eugene⁵², define a la adopción bajo la concepción del Derecho Romano como “una institución de derecho civil, cuyo efecto es establecer entre dos personas relaciones análogas a las que crean las *justae nuptiae* entre el hijo y el jefe de familia”. Se procuraba a través de la adopción que una persona que no tenía ningún lazo de sangre con el jefe caiga bajo la autoridad paterna del mismo y pase a formar parte de la familia civil. Según el pensamiento de la época romana, la

⁴⁹ Cfr. E. ZANNONI A. Y G. A. BOSSERT: *Manual de derecho de...*, op. cit., p. 387.

⁵⁰ M. J. MÉNDEZ COSTA Y D. HUGO D'ANTONIO: *Derecho de...*, op. cit., Tomo II, p. 361.

⁵¹ E. ZANNONI A. Y G. A. BOSSERT: *Manual de derecho de...*, op. cit., p. 388.

⁵² E. PETIT :*Tratado elemental de derecho romano*, Editorial Porrúa, México D. F. , 1999. p. 113.

institución de la adopción sólo tenía importancia dentro de una sociedad aristocrática, en la cual la voluntad del jefe (paterfamilias) influía sobre la composición de la familia, como ocurría en la sociedad romana. Era un medio por el cual se aseguraba la perpetuidad de las familias en un tiempo donde cada familia tenía un papel político en el Estado y dentro del cual la extinción del culto doméstico aportaba una especie de deshonor.⁵³ La adopción, en Roma, se convierte en un medio artificial por el cual se crea la patria potestad, a más de la paternidad natural, dándose usualmente en aquellos casos en los cuales la perpetuidad del clan familiar por medios naturales se encontraba en peligro de extinguirse. De cierta forma, el derecho le provee una solución al problema planteado por la naturaleza. Es claro que bajo la concepción del Derecho Romano lo fundamental no eran las necesidades y sentimientos del adoptado, sino, las necesidades del paterfamilias y su clan familiar. No se procuraba suplir las necesidades del adoptado proveyéndole de una familia, muy por el contrario, lo que se procuraba era proveerle al clan familiar una manera de asegurar su perpetuidad a través del tiempo.

Como se mencionó anteriormente, en el Derecho Romano, la adopción era considerada uno de los medios por el cual se podía adquirir la patria potestad. Esta era un acto solemne, el cual requería la intervención de la autoridad pública y a través del cual se recibía en el seno de la familia civil, ya sea como hijo o nieto, a una persona que no se encontraba naturalmente sometida a la patria potestad del adoptante. El adoptado pasaba a formar parte de la familia en calidad de descendiente legítimo.⁵⁴

SI HACEMOS UN BREVE REPASO DE LAS INSTITUCIONES DEL DERECHO ROMANO CLÁSICO, PODREMOS ENCONTRAR CLARAMENTE IDENTIFICADAS DOS INSTITUCIONES VÁLIDAS: 1) LA *ADROGATIO*, Y 2) LA *ADOPTIO*; ESTAS ERAN DOS TIPOS DE UNA MISMA ESPECIE. CADA UNA DE ESTAS INSTITUCIONES TIENE ELEMENTOS PROPIOS DISTINTIVOS. LA *ADROGATIO* O ADROGACIÓN ERA LA ADOPCIÓN DE UN PERSONA *SUI IURIS*,

⁵³ Cfr. E. PETIT: *Tratado elemental...*, op. cit., p. 113.

⁵⁴ Cfr. C. MEDELLÍN F. Y C. J. MEDELLÍN: *Lecciones de derecho romano*, Editorial Temis, Bogotá, 1997. p. 36.

MIENTRAS QUE, LA *ADOPTIO* O ADOPCIÓN PROPIAMENTE DICHA ERA LA ADOPCIÓN DE UNA PERSONA *ALIENI IURIS*.⁵⁵ COMO PODEMOS VISLUMBRAR DE DICHA DEFINICIÓN, LAS DOS CLASES DE ADOPCIÓN SE DIFERENCIABAN EN EL SUJETO SOBRE EL CUAL PODÍA RECAER LA ADOPCIÓN, YA QUE LA PRIMERA RECAÍA SOBRE UNA PERSONA QUE NO SE ENCONTRABA SUJETA A LA PATRIA POTESTAD DE OTRO, GENERALMENTE UN *PATER*, MIENTRAS QUE LA SEGUNDA SE DABA EN REFERENCIA A UNA PERSONA SUJETA A PATRIA POTESTAD. SE DICE QUE MODESTINUS INDICABA LA DIFERENCIA ENTRE LAS DOS TIPOS DE ADOPCIÓN DE LA SIGUIENTE FORMA: “SE ARROGABAN LOS *SUIS IURIS*, LOS CIUDADANOS NO SOMETIDOS A LA POTESTAD DE OTRO Y SE ADOPTABAN LOS *ALIENI IURIS*, LAS SOMETIDAS A AJENA POTESTAD.”⁵⁶ LOS ARROGADOS DEBÍAN SER CIUDADANOS, VARONES Y PÚBERES. CON EL PASAR DEL TIEMPO LAS RESTRICCIONES EN CUANTO A LAS PERSONAS QUE PODÍAN SER ARROGADAS FUERON MUDANDO Y EVENTUALMENTE SE PUDO ADOPTAR TANTO A LAS MUJERES COMO A LOS IMPÚBERES.⁵⁷ LA ADOPCIÓN A DIFERENCIA DE LA ARROGACIÓN, DESDE SUS INICIOS, SE PODÍA DAR SOBRE UNA MUJER, YA QUE LO QUE BUSCABA EL ADOPTANTE ERA UN MEDIO POR EL CUAL HACERSE DE UN HEREDERO, AL CONTRARIO DE LA ADROGACIÓN, QUE BUSCABA ASEGURAR LA PERPETUIDAD FAMILIAR.⁵⁸

La persona sobre la cual recaía la adopción era sólo una de las diferencias entre la adrogatio y la adoptio. Por lo mismo, ARANGIO-RUIZ VINCENZO⁵⁹ comenta que

la razón de la diferencia entre las dos instituciones hay que buscarla en su muy diversa función originaria. La *adrogatio*, que antiguamente debió estar permitida sólo a los *patres* que no tuvieran descendientes, sirve para crearse artificialmente un heredero, y es, por lo tanto, uno de los nombres del primitivo *testamentum calatis comitiis*” Mientras que la *adoptio* tuvo, en cambio, la más modesta función de facilitar el desplazamiento de las fuerzas laborables, exuberantes en un

⁵⁵ *Ibíd.*, p. 37.

⁵⁶ L. CLARO SOLAR: *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, Volumen II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, p. 95.

⁵⁷ *Ibíd.*, p. 96.

⁵⁸ E. PETIT: *Tratado elemental...*, op. cit., p. 115.

⁵⁹ V. ARGANGIO-RUIZ: *Instituciones de Derecho Romano*, Depalma, Buenos Aires, 1986. p. 524.

grupo, hacia otro grupo donde faltasen; y fue, en consecuencia, un acto meramente privado, que se cumplía entre los dos padres de familia interesados, como cualquier otro acto del género, y sin que en él tuviese lugar la voluntad del adoptado.

NO SÓLO TUVIERON FUNCIONES ORIGINARIAS DISTINTAS, SINO QUE LA FORMA EN LA QUE SE LLEVABAN A CABO ESTAS DOS CLASES DE ADOPCIÓN DIFERÍA ENTRE SÍ. LA ARROGACIÓN POR UN LADO, ERA UN “ACTO POLÍTICO RELIGIOSO, MEDIANTE EL CUAL UN JEFE DE FAMILIA PASABA AL PODER DE OTRO Y TOMABA EL CULTO DOMÉSTICO DE ÉSTE”.⁶⁰ ESTO IMPLICABA LA DESAPARICIÓN DE UN CULTO FAMILIAR DENTRO DE LA SOCIEDAD ROMANA; Y, ES POR ESTO QUE, DENTRO DEL PROCESO DE ARROGACIÓN PASABAN A INTERVENIR TANTO EL COLEGIO DE LOS PONTÍFICES COMO EL DE LOS COMICIOS, CADA UNO REPRESENTANDO RESPECTIVAMENTE LA RELIGIÓN Y EL ESTADO.⁶¹ EL PROCESO DE ARROGACIÓN ERA UN TANTO COMPLEJO DADO QUE PRIMERO SE LLEVABA A CABO UNA INVESTIGACIÓN EN LA CUAL SE BUSCABA DETERMINAR ENTRE OTRAS COSAS EL MOTIVO DE LA ARROGACIÓN, SI ÉSTA SE ENCONTRABA LIBRE DE LUCRO Y LA IMPORTACIÓN QUE ÉSTA TENDRÍA TANTO PARA LA FAMILIA DEL ARROGANTE COMO PARA LA DEL ARROGADO. UNA VEZ CONCLUIDA DICHA INVESTIGACIÓN, Y CON EL DECRETO FAVORABLE DEL COLEGIO DE LOS PONTÍFICES, SE LLEVABA A CABO UNA REUNIÓN DE LOS COMICIOS CURIALES DENTRO DE LA CUAL SE PREGUNTABA AL ARROGANTE SI ÉSTE DESEABA TENER AL ARROGADO POR HIJO; ASIMISMO, SE DEBÍA OBTENER EL CONSENTIMIENTO POR PARTE DEL ARROGADO. UNA VEZ OBTENIDO EL CONSENTIMIENTO FAVORABLE DE LAS DOS PARTES, SE SOMETÍA AL VOTO DEL PUEBLO QUIEN PRESTABA O NO SU ACEPTACIÓN. UNA VEZ SOMETIDO AL VOTO DEL PUEBLO CONCLUÍA EL ACTO DE LA ARROGACIÓN.⁶²

Petit⁶³ ESTABLECE QUE LA ADOPCIÓN ES MENOS ANTIGUA QUE LA ADROGACIÓN, YA QUE PRIMERO FUE REALIZADA POR UN

⁶⁰ L. CLARO SOLAR: *Explicaciones de derecho civil chileno...*, op. cit., p. 96.

⁶¹ *Ibidem*, p. 96.

⁶² Cfr. *Ibidem*, p. 96.

⁶³ E. PETIT: *Tratado elemental...*, op. cit., p. 115.

PROCEDIMIENTO DESVIADO, PERO DEDUCIDO DE LA LEY DE LAS XII TABLAS Y POR LO MISMO POSTERIOR AL AÑO 304. ASIMISMO, ESTIPULA QUE SE TRATABA DE UN ACTO DE MENOR GRAVEDAD, EL CUAL NO DEMANDABA LA INTERVENCIÓN DEL PUEBLO NI DE LOS PONTÍFICES, DADO QUE AL SER EL ADOPTADO ALIENI JURIS, NO SE TRATABA NI DE LA DESAPARICIÓN DE UNA FAMILIA NI DE LA EXTINCIÓN DE UN CULTO. ESE PROCEDIMIENTO INICIAL BASADO EN PRECEPTOS DERIVADOS DE LAS XII TABLAS SE PRODUCÍA EN DOS PARTES: DENTRO DE LA PRIMERA LO QUE HACÍA EL ADOPTADO ERA ROMPER LA PATRIA POTESTAD DE SU FAMILIA NATURAL A LA CUAL SE ENCONTRABA SUJETO, YA QUE SI RECORDAMOS LA ADOPCIÓN SE DABA SOBRE UN *ALIENI JURIS*. EN LA SEGUNDA PARTE DE LA ADOPCIÓN ES DONDE SE ORIGINA LA PATRIA POTESTAD DEL ADOPTANTE. INICIALMENTE, PARA CONSEGUIR LO PROCURADO EN LA PRIMERA PARTE DE LA ADOPCIÓN, ROMPER CON LA PATRIA POTESTAD, SE APLICÓ EL PRECEPTO CONTENIDO EN LAS XII TABLAS, BAJO EL CUAL SE CONSIDERABA “LIBRE DEL PODER PATERNO AL HIJO QUE HUBIESE SIDO VENDIDO TRES VECES POR SU PADRE”.⁶⁴ SIN EMBARGO, BAJO EL DERECHO CLÁSICO Y EL NUEVO CONSIDERANDO QUE EL PROCEDIMIENTO RESULTABA DEMASIADO COMPLICADO, ASÍ COMO POR EL PASO DEL TIEMPO, EL PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN SE FUE SIMPLIFICANDO, Y BAJO JUSTINIANO, LA ADOPCIÓN QUEDABA CONSUMADA SÓLO A TRAVÉS DE UNA DECLARACIÓN DE LAS PARTES FRENTE AL MAGISTRADO.⁶⁵ Claro Solar⁶⁶ COMENTA QUE “DURANTE EL DERECHO CLÁSICO Y EN EL NUEVO BASTABA QUE DECLARARAN EL PADRE NATURAL Y EL ADOPTANTE SU VOLUNTAD ANTE EL MAGISTRADO, QUIEN PRESTABA SIEMPRE SU APROBACIÓN, Y SE LEVANTABA LA CORRESPONDIENTE ACTA QUE SE ARCHIVABA”. SI BIEN ES CIERTO QUE PARA QUE SE LLEVE A CABO LA ARROGACIÓN DESDE SUS INICIOS ERA NECESARIO CONTAR CON EL CONSENTIMIENTO DEL ARROGADO, ESTO NO SIEMPRE FUE ASÍ EN EL CASO DE LA ADOPCIÓN. POR MUCHO TIEMPO EL CONSENTIMIENTO DEL ADOPTADO NO FUE UN ELEMENTO

⁶⁴ L. CLARO SOLAR: *Explicaciones de derecho civil chileno...*, op. cit., p. 97.

⁶⁵ E. PETIT: *Tratado elemental...*, op. cit., p. 116.

⁶⁶ L. CLARO SOLAR: *Explicaciones de derecho civil chileno...*, op. cit., p. 97.

NECESARIO PARA QUE SE CONSTITUYA LA ADOPCIÓN; SIN EMBARGO, BAJO JUSTINIANO ESO CAMBIA Y SE VUELVE DETERMINANTE CONTAR CON EL CONSENTIMIENTO DEL ADOPTADO O AL MENOS QUE NO EXISTA OPOSICIÓN POR PARTE DE SU PERSONA.⁶⁷

EN CUANTO A SUS EFECTOS, LA ADROGACIÓN Y LA ADOPCIÓN ENCONTRARON TERRENO COMÚN. DE ACUERDO A Claro solar⁶⁸ A TRAVÉS DE AMBAS SE PRODUCÍA UNA *CAPITIS DEMINUTIO MINIMA*, LA CUAL HACÍA QUE EL ARROGADO O ADOPTADO ENTRE A LA FAMILIA ADOPTIVA (LA DEL ARROGANTE O ADOPTANTE) Y ASÍ MISMO SALGA DE LA DE SU PADRE NATURAL O DE LA SUYA PROPIA. AÚN MÁS IMPORTANTE, BAJO LOS DOS TIPOS DE ADOPCIÓN SE DABA COMO RESULTADO DE LAS MISMAS QUE EL ADOPTADO O ARROGADO PASABA A TENER EN SU FAMILIA ADOPTIVA LA CONDICIÓN DE HIJO NACIDO DE JUSTAS NUPCIAS, ADQUIRIENDO DERECHOS DE SUCESIÓN Y DE TUTELA.⁶⁹ AL ADQUIRIR DICHOS DERECHOS EN SU FAMILIA ADOPTIVA, PASABA A PERDERLOS EN SU FAMILIA NATURAL. DE IGUAL FORMA, EL TRATADISTA Petit⁷⁰ DESCRIBE LOS EFECTOS DE

LA ADROGACIÓN DICIENDO QUE

EL ADROGADO PASA BAJO LA AUTORIDAD PATERNA DEL ADROGANTE QUE ENTRA COMO AGNADO EN SU FAMILIA CIVIL, NO SIENDO MÁS QUE EL COGNADO DE SUS ANTIGUOS AGNADOS. LOS DESCENDIENTES SOMETIDOS A SU AUTORIDAD ANTES DE LA ADROGACIÓN, Y LA MUJER QUE TENÍA IN MANU, SIGUEN TAMBIÉN LA MISMA SUERTE. Y EL ADROGADO PARTICIPA DESDE ENTONCES DEL CULTO PRIVADO DEL ADROGANTE. ESTE CAMBIO EN SU ESTADO LLEVA CONSIGO UNA MODIFICACIÓN EN SU NOMBRE: TOMA EL NOMBRE DE LA GENS Y EL DE LA FAMILIA DONDE ENTRA.

LOS EFECTOS DE LA ADOPCIÓN PROPIAMENTE DICHA GUARDAN SIMILITUD CON LOS DE LA ADROGACIÓN DADO QUE “EN EL DERECHO CLÁSICO, EL ADOPTADO SALE DE SU FAMILIA CIVIL, PERDIENDO SUS ANTIGUOS DERECHOS DE AGNACIÓN, PARA CONSERVAR ÚNICAMENTE LA CUALIDAD DE COGNADO,

⁶⁷ Cfr. E. PETIT: *Tratado elemental...*, op. cit., p. 116.

⁶⁸ L. CLARO SOLAR: *Explicaciones de derecho civil chileno...*, op. cit., p. 97.

⁶⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 97.

⁷⁰ E. PETIT: *Tratado elemental...*, op. cit., p. 114.

AUNQUE ENTRANDO EN LA FAMILIA CIVIL DEL PADRE ADOPTIVO ADQUIERE ÉSTE SOBRE ÉL LA AUTORIDAD PATERNA, SIENDO MODIFICADO SU NOMBRE, COMO SI FUERA EN CASO DE ADROGACIÓN.”⁷¹ DICHOS EFECTOS DE LA ADOPCIÓN PROPIAMENTE DICHA PASAN A SER MODIFICADOS BAJO JUSTINIANO, YA QUE ÉSTE PASA A DISTINGUIR LA ADOPCIÓN PROPIAMENTE DICHA EN DOS: LA *ADOPTIO PLENA* (ADOPCIÓN PLENA) Y LA *ADOPTIO MINUS PLENA* (ADOPCIÓN MENOS PLENA).

LA DIFERENCIA ENTRE ESTA NUEVA SUBDIVISIÓN DE LA ADOPCIÓN RADICA MAYORITARIAMENTE EN SUS EFECTOS. A

DECIR DE Di Pietro⁷² LA *ADOPTIO PLENA* OCURRE CUANDO QUIEN ADOPTA ES UN ASCENDIENTE, QUE POR ALGUNA CIRCUNSTANCIA NO TIENE SOBRE EL ADOPTADO LA *PATRIA POTESTAS*. ASÍ, EL ABUELO DE UN NIÑO CONCEBIDO LUEGO DE LA EMANCIPACIÓN DEL HIJO, O TAMBIÉN DEL PROPIO PADRE QUE HABÍA SIDO EMANCIPADO, HABIENDO QUEDADO EL NIÑO BAJO LA *POTESTAS* DEL ABUELO. EN ESTOS CASO, LA *ADOPTIO* PRODUCÍA LOS PLENOS EFECTOS QUE TUVO EN LA ÉPOCA CLÁSICA, TENIENDO EL ADOPTANTE LA *PATRIA POTESTAS*”.

LA SUBDIVISIÓN CREADA POR JUSTINIANO CONTINÚA SIENDO APLICADA A LA INSTITUCIÓN DE LA ADOPCIÓN HASTA LA PRESENTE FECHA, AUNQUE SI BIEN ES CIERTO GRAN PARTE DE LAS LEGISLACIONES MODERNAS SE HAN INCLINADO POR SÓLO CONTEMPLAR LA ADOPCIÓN PLENA Y LOS EFECTOS DE LA MISMA.

POR SU PARTE, SEGÚN Di Pietro⁷³, LA *ADOPTIO MINUS PLENA* SE SUSCITA

CUANDO QUIEN ADOPTA ES UN *EXTRANEUS*, ES DECIR, ALGUIEN QUE NO ES ASCENDIENTE. AQUÍ LA *ADOPTIO* ES MÁS BIEN NOMINAL. EL *PATER* QUE HA DADO EN ADOPCIÓN SIGUE CONSERVANDO LA *PATRIA POTESTAS*, Y EN CONSECUENCIA TODAS SU EXPECTATIVAS SUCESORIAS. PERO, A SU VEZ, COMO HIJO ADOPTIVO EN LA NUEVA FAMILIA, PUEDE TAMBIÉN HEREDAR DE ELLA, YA POR HABER SIDO INSTITUIDO HEREDERO POR TESTAMENTO, YA PORQUE TIENE DERECHOS EN LA HERENCIA *AB INTESTATO*.

SE PUEDEN OBSERVAR DOS GRANDES DIFERENCIAS CON RELACIÓN A LA ADOPCIÓN PLENA Y MENOS PLENA EN EL DERECHO ROMANO: LA PRIMERA EN RELACIÓN A LA FIGURA DEL

⁷¹ *Ibíd.*, p. 116.

⁷² A. DI PIETRO: *Derecho Privado Romano*, Depalma, Buenos Aires, 1996, p. 300.

⁷³ *Ibíd.*, p. 300.

ADOPTANTE Y LA SEGUNDA EN CUANTO A SUS EFECTOS. DEPENDIENDO DE QUIÉN ERA EL ADOPTANTE SE ESTABA FRENTE A UNA ADOPCIÓN PLENA O A UNA MENOS PLENA. ASIMISMO, COMO PODEMOS DEDUCIR DE SUS NOMBRES, LA *ADOPTIO PLENA* CONTEMPLABA EFECTOS MÁS EXTENSOS O COMPLETOS, SI LES PUEDE LLAMAR ASÍ, QUE LA *ADOPTIO MINUS PLENA*. LA ADOPCIÓN REALIZADA POR PARTE DE UN ASCENDIENTE DEL ADOPTADO SE CONSIDERABA UNA ADOPCIÓN PLENA Y POR ENDE CONLLEVABA TODOS LOS EFECTOS CONTEMPLADOS BAJO EL DERECHO CLÁSICO PARA LA *ADOPTIO*. SI LA ADOPCIÓN, EN CAMBIO, ERA LLEVADA A CABO POR UNA PERSONA QUE NO ERA ASCENDIENTE DEL ADOPTADO, UNO SE ENCONTRABA FRENTE A UNA ADOPCIÓN MENOS PLENA Y SUS EFECTOS SE ENCONTRABAN LIMITADOS A LA OBTENCIÓN POR PARTE DEL ADOPTADO DE DERECHOS HEREDITARIOS DENTRO DE SU FAMILIA ADOPTIVA.

LA GRAN DIFERENCIA QUE SE PUEDE APUNTAR ENTRE LOS EFECTOS DE LA ADROGACIÓN Y DE LA ADOPCIÓN PROPIAMENTE DICHA, ES QUE EN EL CASO DE LA ADROGACIÓN EL ARROGADO SUFRÍA UN CAMBIO EN SU ESTATUS, MIENTRAS QUE ÉSTE NO ERA EL CASO CON RELACIÓN AL ADOPTADO. ES DECIR, AL DARSE LA ADROGACIÓN, EL ARROGADO AL PASAR A FORMAR PARTE DE UN NUEVO CLAN FAMILIAR PERDÍA SU ESTATUS DE *SUI IURIS* Y PASABA A SER UN *ALIENI IURIS* QUE DESDE ESE MOMENTO PASABA A ESTAR SUJETO A LA PATRIA POTESTAD DEL ARROGANTE. EN EL CASO DE LA ADOPCIÓN, NO HABÍA NINGÚN TIPO DE AFECTACIÓN AL ESTADO DEL ADOPTANTE, YA QUE ÉSTE DESDE UN INICIO GOZABA DE LA CONDICIÓN DE *ALIENI IURIS* Y POR ENDE SUJETO A LA PATRIA POTESTAD DE SU PADRE NATURAL. LO ÚNICO QUE SE SUSCITABA EN ESE CASO, ES EL CAMBIO DE PATRIA POTESTAD DE SU PADRE NATURAL A SU PADRE ADOPTIVO.

2.2.2 DERECHO GERMÁNICO Y ESPAÑOL EN LA EDAD MEDIA

RESULTA UN CONSENSO ENTRE LOS AUTORES QUE HAN ESCRITO SOBRE LA INSTITUCIÓN DE LA ADOPCIÓN, QUE DESPUÉS DEL AUJE QUE APARENTEMENTE TUVO LA ADOPCIÓN DURANTE EL DERECHO ROMANO, LA MISMA CAYÓ EN DESUSO EN LA EDAD

MEDIA. POCAS FUERON LAS LEGISLACIONES EUROPEAS QUE BUSCARON REGULAR LA INSTITUCIÓN Y POR LO MISMO CARECIÓ DE GRAN IMPORTANCIA DENTRO DE LAS SOCIEDADES.

ENTRE LAS LEGISLACIONES QUE BUSCARON REGULAR LA ADOPCIÓN, DE MANERA SIMILAR A LA DEL DERECHO ROMANO, SE PUEDE MENCIONAR A LA GERMÁNICA Y A LA ESPAÑOLA.

SEGÚN D'ANTONIO⁷⁴, EN EL DERECHO GERMÁNICO, LA ADOPCIÓN SE HIZO PRESENTE EVOLUCIONANDO DE UNA RÍGIDA PROHIBICIÓN A UNA ACEPTACIÓN BASTANTE AMPLIA DE LA INSTITUCIÓN, COMO UN MEDIO PARA TRANSMITIR LOS BIENES POR TESTAMENTO. EN SUS INICIOS LOS PUEBLOS GERMÁNICOS RECHAZABAN LA INCORPORACIÓN DE UN EXTRAÑO AL CÍRCULO DE LOS PARIENTES DE SANGRE CONOCIDO COMO *SIPPE*. A PESAR DE ESTO EN UN ANÁLISIS DE LAS DISTINTAS COSTUMBRES DE LOS PUEBLOS GERMÁNICO SE PUEDEN ENCONTRAR FIGURAS QUE ASIMILAN DE GRAN MANERA A LA ADOPCIÓN ROMANA. UNA DE ESAS FIGURAS ES LA DE LA “AFFATOMIA” O LA *ADOPTIO IN HEREDITATEM*, LA MISMA QUE ENTRE LOS ROMANOS ERA CONOCIDA COMO UNA ADOPCIÓN ANÓMALA QUE SE EFECTUABA POR MEDIO DE UN TESTAMENTO.⁷⁵ POR MEDIO DE ESTE TIPO DE ADOPCIÓN ANÓMALA, SE INSTITUÍA AL “ADOPTADO” COMO HEREDERO Y CONSECUENTEMENTE A ÉSTE SE LE IMPONÍA LA OBLIGACIÓN DE LLEVAR EL APELLIDO DEL ADOPTANTE.⁷⁶ A DIFERENCIA, DE LA ADOPCIÓN TESTAMENTARIA ROMANA, LA *AFFATOMIA* ERA UN ACTO ENTRE VIVOS, EL MISMO QUE DEBÍA CONTAR CON LA INTERVENCIÓN DEL REY O DE LA *SIPPE*. OTRA DE LAS FORMAS ASIMILABLES A LA ADOPCIÓN QUE SE LLEVABA A CABO BAJO EL DERECHO GERMÁNICO ANTIGUO FUE LA *AFFRATATIO* O *ADOPTIO EN FRATREM*. DICHA FORMA DE ADOPCIÓN, QUE SI BIEN ES CIERTO NO GUARDA GRAN RELACIÓN CON LO QUE CONOCEMOS EN LA ACTUALIDAD COMO ADOPCIÓN, SE CONFORMABA A TRAVÉS DE LA CREACIÓN DE VÍNCULOS ENTRE DOS PERSONAS CON EL FIN DE PRESTARSE ASISTENCIA Y AYUDA MUTUA.⁷⁷

⁷⁴ M. J. MÉNDEZ COSTA Y D. HUGO D'ANTONIO: *Derecho de...*, op. cit., Tomo II, p. 362.

⁷⁵ E. ZANNONI: *Derecho de...*, op. cit., Tomo 2, p. 512.

⁷⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 512.

⁷⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 512.

A DECIR DE zannoni⁷⁸, “FUE QUIZÁS EL ANTIGUO DERECHO ESPAÑOL EL QUE, RECIBIENDO EL DERECHO ROMANO, CON MÁS NÍTIDOS CARACTERES RESUCITÓ LA ADOPCIÓN ROMANA”. LA PRIMERA LEY DEL DERECHO ESPAÑOL QUE SE REFIERE ESPECÍFICAMENTE A LA ADOPCIÓN ES EL FUERO REAL. BAJO DICHA LEY, SE PERMITE QUE UN VARÓN QUE NO POSEA DESCENDIENTES LEGÍTIMOS, RECIBA POR HIJO A UN VARÓN O MUJER QUE SEA CAPAZ DE HEREDARLE. SON LA PARTIDAS, SIN EMBARGO, LAS QUE INCORPORAN DE MANERA DEFINITIVA LO ESTABLECIDO POR EL DERECHO JUSTINIANO REFERENTE A LA ADROGACIÓN Y LA ADOPCIÓN Y LO HACE A TRAVÉS DE LA FIGURA DEL PROHIJAMIENTO.⁷⁹ SE DICE QUE EL PROHIJAMIENTO ES UN MEDIO POR EL CUAL LOS HOMBRES PUEDEN SER HIJOS DE OTROS POR MÁS QUE NO LO SEAN POR LA NATURALEZA. EL PROHIJAMIENTO SIGUE CLARAMENTE LOS LINEAMIENTOS DE LA *ADROGATIO* Y *ADOPTIO* ROMANA, CONTEMPLANDO HASTA LOS EFECTOS DE LA ADOPCIÓN PLENA Y MENOS PLENA.

2.2.3 DERECHO FRANCÉS DE LA CODIFICACIÓN

POR MUCHO TIEMPO, LA *ADROGATIO* Y LA *ADOPTIO* ROMANAS, PERMANECIERON EXTRAÑAS A LAS COSTUMBRES DE LA SOCIEDAD FRANCESA. FUE TAL SU FALTA DE IMPORTANCIA EN LA SOCIEDAD, QUE SE DICE QUE “A PESAR DE SU PASADO BRILLANTE, COMO DICEN PLANIOL-RIPERT, EL ANTIGUO DERECHO FRANCÉS PRESENCIÓ LA DECADENCIA Y HASTA LA DESAPARICIÓN DE LA ADOPCIÓN”.⁸⁰ TANTO ASÍ QUE EN SIGLO XVI SE DEJÓ DE CONFERIR DERECHO HEREDITARIOS AL HIJO ADOPTADO.

LA INSTITUCIÓN DE LA ADOPCIÓN HACE SU REAPARICIÓN EN EL DERECHO FRANCÉS EN 1792, CUANDO ROUGIER DE LAVENGERIE SOLICITA A LA ASAMBLEA NACIONAL SE DICTE UNA LEY QUE REGULE LA ADOPCIÓN. PARA MUCHOS AUTORES, SE DA ESTE RESURGIMIENTO DE LA INSTITUCIÓN DE LA ADOPCIÓN POR LA FASCINACIÓN QUE LLEGA A GENERAR EN ESA ÉPOCA TODO

⁷⁸ *Ibíd.*, p. 513.

⁷⁹ Crf. E. ZANNONI: *Derecho de...*, op. cit., Tomo 2, p. 514.

⁸⁰ E. ZANNONI: *Derecho de...*, op. cit., Tomo 2, p. 516.

LO REFERENTE A LA ANTIGÜEDAD ROMANA. MÁS ALLÁ DE ESA FASCINACIÓN POR TODO LO ROMANO, FUE LA DEFENSA ENFÁTICA DE NAPOLEÓN BONAPARTE LA QUE EN GRAN PARTE LOGRÓ QUE SE PLASME EN EL CODÉ LA FIGURA DE LA ADOPCIÓN. PREVIA A LA REDACCIÓN DEL CÓDIGO HUBO VARIOS PROYECTOS QUE APUNTABAN A QUE LA ADOPCIÓN SE ASIMILE EN LA MAYOR FORMA POSIBLE A LA FILIACIÓN NATURAL. POR LO MISMO, EN DICHO PROYECTOS, SE PROPUSO QUE SE LLEVE A CABO LA ADOPCIÓN SÓLO DE MENORES. FINALMENTE, SIN EMBARGO, LOS REDACTORES SE INCLINAN POR LA CREENCIA DE QUE LA LEY NUNCA PODRÁ FORMAR LOS LAZOS INDISOLUBLES QUE UNE A PADRE E HIJOS, ESTABLECIENDO QUE LO ÚNICO QUE PUEDE CREAR LA LEY SON HEREDEROS. POR LO MISMO DICE zannoni⁸¹ QUE EL *CODE* ABANDONA TODA IDEA DE LA ADOPCIÓN DE UN MENOR. ES MÁS, EL ARTÍCULO 346 DEL *CODE* ESTIPULA QUE “EN CASO ALGUNO PODRÁ TENER LUGAR LA ADOPCIÓN ANTES DE LA MAYOR EDAD DEL ADOPTADO”. EL ADOPTADO DEBÍA BRINDAR SU CONSENTIMIENTO Y ÉSTE SEGUÍA PERTENECIENDO A SU FAMILIA DE ORIGEN. ES POR ESTO QUE MAZEUD ACOTA QUE “LA ADOPCIÓN SE ERIGIÓ EN UN MEDIO DE TRANSMITIR EL APELLIDO Y LA FORTUNA, MUCHA MÁS QUE EN UN MODO DE CREAR UNA FILIACIÓN”.⁸² EN PALABRAS DEL TRATADISTA zannoni,⁸³ “LA ADOPCIÓN LANGUIDECÍA” Y LA RAZÓN DE ESTO SE ENCONTRABA EN LA FORMA EN QUE LA ADOPCIÓN HABÍA QUEDADO PLASMA EN EL *CODE*, REDUCIENDO SUS EFECTOS A TRANSMISIÓN DEL NOMBRE Y LA “POSIBILIDAD DE NOMBRAR UN HEREDERO QUE NO PAGASE MAYORES DERECHOS DE TRANSMISIÓN QUE SI SE TRATASE DE UN HIJO LEGÍTIMO”. IGUALMENTE, LA IMPOSIBILIDAD DE ADOPTAR A MENORES DE EDAD CONVIRTIÓ A LA ADOPCIÓN EN UNA INSTITUCIÓN QUE RESULTABA POCO APETECIBLE PARA LAS PERSONAS. SEGURAMENTE MUY A PESAR DE NAPOLEÓN Y LOS REDACTORES DEL *CODE*, LA INSTITUCIÓN DE LA ADOPCIÓN NO LLEGA A ADQUIRIR LA IMPORTACIÓN TAN ANHELADA Y NO

⁸¹ *Ibíd.*, p. 523.

⁸² E. ZANNONI: *Derecho de...*, op. cit., Tomo 2, p. 523.

⁸³ *Ibíd.*, p. 527.

LLEGARÁ ADQUIRIRLA HASTA LOS ACONTECIMIENTOS
GENERADOS POR LA PRIMERA GUERRA MUNDIAL.

2.2.4 FINALIDAD DE LA ADOPCIÓN DE ADULTOS DERIVADA DE UN ANÁLISIS HISTÓRICO

EL ANTERIOR ANÁLISIS HISTÓRICO DE LA INSTITUCIÓN DE LA ADOPCIÓN, A MÁS DE BRINDARNOS UN MAYOR CONOCIMIENTO DE LA INSTITUCIÓN Y AYUDARNOS A OBTENER UN ENTENDIMIENTO MÁS PROFUNDO DE LA MISMA, LO QUE PROCURABA ERA OBTENER ELEMENTOS A TRAVÉS DE LOS CUALES EL ANÁLISIS DE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA ADOPCIÓN PUEDAN SERVIR COMO FUNDAMENTO DE UNA DE LAS FINALIDADES DE LA ADOPCIÓN DE ADULTOS QUE SE ESTÁ SIENDO PLANTEADA EN LA PRESENTE TESINA.

LO PRIMERO QUE PODEMOS RECOGER DE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA INSTITUCIÓN DE LA ADOPCIÓN ES QUE A TRAVÉS DE LOS TIEMPOS LAS DISTINTAS LEGISLACIONES QUE SE OCUPARON DE REGULAR LA MISMA, PERMITIERON EN ALGUNOS CASOS Y EN OTROS PREFIRIERON, TALES COMO EL *CODE* DE NAPOLEÓN, LA ADOPCIÓN DE ADULTOS POR SOBRE LA DE MENORES. COMO SE HA PODIDO OBSERVAR, EL PERMITIR QUE SE LLEVE A CABO LA ADOPCIÓN DE UN PERSONA ADULTA POR PARTE DE OTRA NO ES UN CONCEPTO NUEVO QUE HA SIDO DESARROLLADO EN LOS ÚLTIMOS AÑOS. ESTA CLASE DE ADOPCIÓN ES ALGO QUE HA SIDO CONTEMPLADO A TRAVÉS DE LA HISTORIA. TAMBIÉN ES CIERTO QUE, POR MEDIO DE ESE ESTUDIO DE LA EVOLUCIÓN DE LA INSTITUCIÓN SE PUEDE CONCLUIR QUE LA ADOPCIÓN DE ADULTOS NO ES EL TIPO DE ADOPCIÓN QUE MÁS SE HA ACOGIDO A LAS NECESIDADES DE LAS DISTINTAS SOCIEDADES, PERO NO POR ESO DEJA DE SER UNA OPCIÓN VÁLIDA A LA CUAL SE PUEDE RECURRIR CUANDO RESULTE NECESARIA Y SE CUMPLAN LOS PRESUPUESTOS BAJOS LOS CUALES ESE CLASE DE ADOPCIÓN RESULTE VALEDERA.

PERO LO QUE RESULTA DE MAYOR IMPORTANCIA PARA EL TEMA QUE NOS OCUPA Y QUE LOGRAMOS DERIVAR DEL PRESENTE ANÁLISIS DE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA INSTITUCIÓN DE LA ADOPCIÓN ES LA FINALIDAD PERSEGUIDA POR LA ADOPCIÓN EN TIEMPOS PASADOS.

LA FINALIDAD DE LA ADOPCIÓN COMO UNA MEDIDA DE PROTECCIÓN PARA LA NIÑEZ QUE CARECE DE UN ENTORNO FAMILIAR, COMO PUDIMOS VER, ES UNA CONCEPCIÓN RELATIVAMENTE RECIENTE. EN LA ACTUALIDAD, ESA ES LA FINALIDAD NÚMERO UNO PERSEGUIDA POR LA ADOPCIÓN Y ENCUENTRA SUSTENTO TANTO EN LA DOCTRINA COMO EN LA LEGISLACIÓN. POR EL CONTRARIO, EN SUS INICIOS Y HASTA EL ADVENIMIENTO DE LAS GUERRAS, LA FINALIDAD PERSEGUIDA POR LA ADOPCIÓN FUE LA OBTENCIÓN DE UN HEREDERO Y LA TRANSMISIÓN DEL APELLIDO. ESA FUE LA FINALIDAD PERSEGUIDA POR LA ADROGACIÓN Y ADOPCIÓN PROPIAMENTE DICHA EN EL DERECHO ROMANO; Y, DE IGUAL FORMA, FUE LO QUE ULTIMADAMENTE SE PROCURÓ Y SE OBTUVO A TRAVÉS DEL *CODE FRANCÉS*.

Y ES ESA JUSTAMENTE, UNA DE LAS FINALIDADES PERSEGUIDAS CUANDO SE DECIDE LLEVAR A CABO LA ADOPCIÓN DE UN ADULTO: CONCEDERLE DERECHOS SUCESORIOS AL ADOPTADO Y LA TRANSFERENCIA DEL APELLIDO DE LA FAMILIA ADOPTIVA AL ADOPTADO.⁸⁴ LA ADOPCIÓN DE UN ADULTO DEJA DE SER UNA MEDIDA DE PROTECCIÓN PROPORCIONADA POR EL ESTADO A AQUELLA PERSONA QUE SE ENCUENTRA EN UN ESTADO DE DESPROTECCIÓN AL NO ENCONTRARSE PROVISTO DE UN MEDIO FAMILIAR IDÓNEO. LA ADOPCIÓN DE ADULTOS, POR LO MISMO, RESULTA MÁS PARECIDA A UN CONTRATO QUE LO QUE ES LA ADOPCIÓN DE UN MENOR. ES LA CONJUNCIÓN DE DOS VOLUNTADES CON EL PROPÓSITO DE TRANSFERIR BIENES Y EL APELLIDO. ES ASÍ QUE EN PAÍSES DE TRADICIÓN ANGLOSAJONA, TALES COMO ESTADOS UNIDOS, LA ADOPCIÓN DE ADULTOS SE CONCRETA A TRAVÉS DE LA FIRMA DE UN ACUERDO ENTRE ADOPTANTE Y ADOPTADO, EL CUAL ES LUEGO REVISADO POR UN JUEZ. NO OBSTANTE, ESTE PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN SÓLO RESULTA FACTIBLE EN PAÍSES DONDE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD PRIMA POR SOBRE TODO. EN PAÍSES COMO EL NUESTRO QUE COMPARTE OTRA TRADICIÓN JURÍDICA NO RESULTARÍA POSIBLE REDUCIR EL PROCEDIMIENTO DE

⁸⁴ M. GUGGENHEIM, ALEXANDRA D. LOWE Y DIANE CURTIS, "Adoptive Families", Norman Dorsen, *The Rights of Families: The Authoritative ACLU Guide to the Rights of Family Members Today (ACLU Handbook)*, Southern Illinois University Press, Carbondale-Il, 1996, p. 236.

ADOPCIÓN DE UN ADULTO A LA FIRMA DE UN ACUERDO; Y, POR LO MISMO, MÁS ADELANTE SE PLANTEARÁ UN PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN DE ADULTOS QUE RESULTE FACTIBLE BAJO NUESTRA VISIÓN JURÍDICA.

CLARO ESTÁ QUE LA TRANSFERENCIA DE BIENES Y EL APELLIDO NO DEBE SER EL ÚNICO PRESUPUESTO BAJO EL CUAL SE LLEVE A CABO LA ADOPCIÓN DE UN ADULTO. DE SER ESE EL ÚNICO MOTOR DETRÁS DE ESE TIPO DE ADOPCIÓN, NI EL DERECHO NI LA SOCIEDAD PODRÍAN ACEPTARLO. EN EL PASADO LA PERSECUCIÓN DE DICHA FINALIDAD BASTÓ PARA JUSTIFICAR LA EXISTENCIA DE LA INSTITUCIÓN DE LA ADOPCIÓN; PERO, BAJO LA CONCEPCIÓN ACTUAL DE LA INSTITUCIÓN ES NECESARIO QUE ÉSTA PERSIGA UNA FUNCIÓN SOCIAL DE MAYOR RELEVANCIA Y ES EN SU OTRA FINALIDAD QUE LA ADOPCIÓN DE ADULTOS ENCUENTRA SU JUSTIFICACIÓN.

2.3 Reconocimiento de lazos familiares preexistentes

Como se discutió anteriormente, se puede decir que una de las finalidades que persigue o que busca asegurar a través de sus efectos la adopción de adultos o de una persona que ha cumplido la mayoría de edad es la obtención de derechos sucesorios por parte del adoptado con relación a su familia adoptiva, así como el pasar a tomar el apellido del adoptante. En otras palabras, lo que persigue es obtener la transferencia de bienes y el apellido del adoptante al adoptado. Esa es una finalidad que no resulta extraña a la institución de la adopción, no sólo a través de la historia, sino que es uno de los efectos, si bien no la finalidad primordial de la adopción de menores. Sin embargo, no creo que sea posible limitar la finalidad de la adopción de un adulto a otro adulto tan sólo a eso. De ser así, en la opinión de muchos, la adopción de adultos resultaría ser una variante de la institución que no persigue una finalidad tan significativa como aquella perseguida en la adopción de un menor y tal vez por lo mismo debería ser eliminada de las legislaciones.

No resulta menos cierto, que para gran parte de la doctrina y de los tratadistas la adopción de adultos ha sido un tema de poco interés y en algunos casos, como el de los tratadistas D'ANTONIO y MAZZINGHI, la consideran un absurdo. Para MAZZINGHI⁸⁵ dado el "conflicto de intereses, que sin duda puede

⁸⁵ J. A. MAZZINGHI: *Derecho de familia*, Tomo 4, 3ª ed., Editorial Abáco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 231.

plantearse, permite apreciar hasta qué punto es absurda la posibilidad de adoptar a mayores de edad, alterando de ese modo las relaciones de parentesco que deberían ser respetadas por encima de estas fantasiosas especulaciones”. Para este grupo de tratadistas, la institución es y debe estar dirigida sólo a aquellos que no han cumplido la mayoría de edad y su único y primordial propósito debe ser el de una medida de protección, finalidad que se discutió a profundidad en anteriormente.

Tal vez todos esos argumentos resultarían acertados si nos limitamos a considerar a la adopción de adultos como un medio para transferencia de bienes y el apellido, ciertamente se podría encontrar una figura dentro del derecho que se acomode mejor a dichos propósitos.

Sin embargo, para proveerle a esa variante de la adopción, a veces criticada y ciertamente olvidada, no sólo por la doctrina sino también por la legislación, debemos tratar de ver más allá de esa finalidad materialista y que puede resultar para algunos superficial y sin gran sentido social.

Para encontrar esa importante finalidad que brinde a la adopción de adultos una verdadera razón de ser, debemos reconocer un presupuesto: no siempre los lazos familiares de naturaleza paterno-filial creados durante la niñez o adolescencia de una persona llegan a ser reconocidos durante la misma. Entonces, ¿se le puede negar a esa persona sólo por el hecho fáctico de haber cumplido la mayoría de edad su derecho a formar parte de una familia y que el Estado y la sociedad le reconozca? La respuesta obvia sería que no y es en esa respuesta que la adopción de adultos encuentra su razón de existir y su primordial finalidad. Es el reconocimiento de esos lazos familiares preexistentes la finalidad principal que persigue la adopción de adultos tornándola en una herramienta importante y necesaria en la sociedad.

2.3.1 Planteamiento normativo

Desde el punto de vista normativo, refiriéndonos concretamente a la legislación ecuatoriana, se plantea la posibilidad de que se lleve a cabo la adopción de una persona que ha alcanzado la mayoría de edad, limitándola hasta los 21 años. El problema es que la legislación no presenta una respuesta de manera directa a esta clase de adopción. A más de establecer la posibilidad de que se adopte a alguien

entre los 18 y 21 años⁸⁶, la legislación no hace más para tratar dicha adopción. Al contrario de la adopción de menores, que tiene un artículo dedicado a establecer su finalidad, la normativa en ningún momento hace mención de cuál es la finalidad perseguida por dicha adopción. Es obvio que la finalidad contemplada en el artículo 151 no es compatible con la adopción de una persona que ha superado la minoría de edad. No sólo eso, sino que la normativa referente a la adopción no le da una regulación especial a la adopción de un adulto, la misma que resulta necesaria, ya que dicha clase de adopción está dotada de elementos particulares que no se compaginan con facilidad con la adopción de un menor, siendo esto algo que discutiremos con mayor profundidad más adelante.

En el Ecuador con la expedición del Código de la Niñez y Adolescencia se torna posible adoptar a una persona que ha cumplido la mayoría de edad, es decir 18 años. Pero, resulta importante anotar que el Código Civil para los casos de adopción considera como menor de edad a la persona hasta los 21 años. Sin embargo, en el supuesto del Código Civil, no considero que se estaría verdaderamente frente a la adopción de un adulto, ya que el mismo código no se refiere al adoptado en su calidad de adulto.

El artículo 157 del Código de la Niñez y Adolescencia, el mismo que regula la edad del adoptado, permite que se lleve a cabo la adopción de una persona que ha cumplido la mayoría de edad. Si bien es cierto lo contempla como un caso de excepción, la normativa abre la puerta al mundo de la adopción de adultos. Como se dijo anteriormente, no encontramos en la norma una respuesta directa a la finalidad de la adopción de adultos, pero podemos deducir de los supuestos en los cuales se puede llevar a cabo la adopción la finalidad de la misma.

⁸⁶ Cabe señalar que la legislación ecuatoriana es una de las pocas legislaciones que permitiendo la adopción de adultos limita a que la misma sólo pueda ser llevada a cabo dentro de un tiempo límite de tres años, al establecer que ésta sólo pueda ser realizada entre los 18 y 21 años. Legislaciones tales como la colombiana en su Código de la Infancia y la Adolescencia por su parte simplemente establecen que “podrá adoptarse al mayor de edad...” (art. 69). Algo similar se estipula en la legislación española y salvadoreña. Es decir, no se establece por parte de la mayoría de legislaciones un tiempo límite, determinado por la edad del adoptado, dentro del cual se puede llevar a cabo la adopción de un adulto, muy por el contrario, enfocándose como presupuesto para la adopción la existencia de unos lazos afectivos previos entre adoptante y adoptado.

Según lo estipulado en el artículo 157 del Código de la Niñez y Adolescencia, existen cuatro supuestos bajo los cuales resulta factible que se lleve a cabo la adopción de una persona mayor de dieciocho años.

1. Cuando tienen con el candidato a adoptante una relación de parentesco dentro del quinto grado de consanguinidad;
2. Cuando han estado integradas al hogar del candidato a adoptante en acogimiento familiar por un período no inferior a dos años;
3. Cuando han estado integradas al hogar del candidato desde su niñez, o desde su adolescencia por un período no inferior a cuatro años;
4. Cuando se trata de adoptar al hijo del cónyuge.

Todos esos supuestos engloban una característica o parten de una situación común: el de que se ha establecido un vínculo afectivo entre adoptado y adoptante, previo a que el primero haya cumplido la mayoría de edad. En el primer caso, cuando el adoptante goza de una relación de consanguinidad con el adoptado se puede decir que existe un vínculo afectivo establecido por la naturaleza, aunque ese no siempre resulte ser el caso. En los otros casos, la convivencia por varios años antes de cumplir la mayoría de edad ha logrado que se establezcan lazos afectivos entre adoptante y adoptado; lazos que no se han podido legitimar antes de cumplir la mayoría de edad. Por lo mismo, lo que busca la adopción de adultos es ocuparse de esas situaciones de hecho que se han generando proveyéndoles de un reconocimiento jurídico y dotándoles de todos los efectos legales a los cuales tienen derecho. No por un supuesto fáctico puede el Estado y la sociedad dejar de reconocer vínculos afectivos que guardan similitud a los que existen entre padre e hijo y es en esos casos en que la adopción se vuelve necesaria y cumple una finalidad de igual importancia a la de la adopción de un menor.

2.3.2 Acercamiento doctrinario

La doctrina ha tocado muy poco el tema de la adopción de adultos, por lo que no existe un verdadero criterio doctrinario en cuanto a su finalidad, naturaleza y

efectos. Los tratadistas anglosajones son los que han hecho una mayor mención referente al tema, por más breve que esta sea. Y es de ese breve tratamiento doctrinario que podemos establecer como una de las finalidades primordiales de la adopción de adultos el reconocimiento de lazos familiares preexistentes. Se dice que la adopción de adultos sirve como un medio para formalizar una relación de facto que ha existido por años, como en el caso del hijo del cónyuge cuando el padre biológico se ha negado a brindar su consentimiento para la adopción.⁸⁷ MCWHORTER⁸⁸ argumenta de forma similar comentando que existen situaciones en las cuales se han creado fuertes lazos afectivos de naturaleza paterno-filial entre personas que no tienen ninguna relación de parentesco y la adopción de adultos es la forma perfecta de formalizar esos vínculos que se hallan presentes.

En su defensa a la adopción de adultos el Doctor Guillermo A. Saravia, reaccionando contra la tendencia restrictiva de limitar la adopción a menores de 18 años, en su tesis presentada en 1942, apunta que

muchas veces-explica Saravia-la formalización legal de la adopción ha de ser la etapa final, la concreción de una relación que haya vivido en los hechos. Difícilmente quien llegue a asumir la situación legal de padre, en virtud de la adopción, no haya comenzado a frecuentar el trato de la persona que ha de adoptar; por haberle incorporado de hecho a la familia, por haberle dado durante años el tratamiento de hijo. La formalización ha de venir recién cuando exista un pleno conocimiento que haga difíciles los errores y cuando los sentimientos de afecto sean ya muy hondos. ¿Cómo entonces poner límites en la ley referentes a la edad para ser adoptado? ¿No podría significar ello dejar al margen de la ley a numerosísimas relaciones que hayan vivido en los hechos durante muchísimo tiempo?⁸⁹

⁸⁷ M. GUGGENHEIM, ALEXANDRA D. LOWE Y DIANE CURTIS, "Adoptive...", op.cit., p. 236.

⁸⁸ B. MCWHORTER S.: *The complete adoption and fertility legal guide*, Sphinx Publishing, Naveperville, 2004, p. 115.

⁸⁹ E. ZANNONI: *Derecho de...*, op. cit., Tomo 2, pp. 531-532.

De igual manera, la Primera Conferencia de Abogados, la cual se reunió en Buenos Aires en 1943, arriba a una solución ecléctica en la cual se plasmo que la “adopción ‘tiene principalmente en mira la protección de los menores’, sin perjuicio de que ‘puede también aplicarse a los mayores cuando medie tenencia de varios años o justos motivos que la determinen y excluyen toda maniobra ilícita’”.⁹⁰

A decir de CORRAL⁹¹ “lo que caracteriza a la adopción es la finalidad de constituir una imagen de filiación natural; la de colocar a alguien en una posición familiar de la que carecía. De modo que no se ve por qué pueda negarse este mecanismo, sobre todo en su versión no disruptiva de los vínculos biológicos, sencillamente porque el adoptado no es menor de edad”.

MENDEZ COSTA⁹² en uno de sus escritos recientes, siendo una de las pocas que lo hace, se refiere a la finalidad de la adopción de adultos, brindando sustento a lo planteado por la tesina, estableciendo que “la finalidad de esta adopción es reconocer y proteger jurídicamente relaciones afectivas de tipo paterno-filial que han existido en la realidad entre los sujetos de la adopción. Se trata de consolidar situaciones preexistentes.”

2.4 Problemas funcionales en la adopción de adultos

LA ADOPCIÓN DE ADULTOS NO SÓLO SE ENCUENTRA DOTADA DE UNA FINALIDAD DISTINTA A AQUELLA PROCURADA EN LA ADOPCIÓN DE UN MENOR, SINO QUE TAMBIÉN, DEBE ENFRENTAR PROBLEMAS PARTICULARES A SU NATURALEZA;

⁹⁰ E. ZANNONI: *Derecho de...*, op. cit., Tomo 2, p. 532.

⁹¹ H. CORRAL TALCIANI: *Adopción...*, op. cit., p. 136.

⁹² O. MENDEZ COSTA: “Principales tendencias en el tratamiento jurídico a la institución de la adopción”, *El derecho de familia y los nuevos paradigmas*, AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI, TOMO II, CULZONI, BUENOS AIRES, 2000, P. 316.

PROBLEMAS QUE NO SON DISCUTIDOS CUANDO UNO TRATA EL TEMA DE LA ADOPCIÓN DE MENORES. SI BIEN ES CIERTO, LA ADOPCIÓN DE ADULTOS CUMPLE O PUEDE LLEGAR A CUMPLIR UNA FUNCIÓN VALIOSA DENTRO DE LA SOCIEDAD SI SE LE DA CABIDA, NO ES MENOS CIERTO, QUE ESTA CLASE DE ADOPCIÓN PUEDE ABRIR LA PUERTA PARA QUE SE LLEVEN A CABO CIERTOS ABUSOS DE LA INSTITUCIÓN SI ES QUE ÉSTA NO SE ENCUENTRA REGULADA DE UNA MANERA EFECTIVA. Y SON LOS ABUSOS QUE SE PODRÍAN SUSCITAR LAS RAZONES QUE ALGUNOS TRATADISTAS ESGRIMEN EN SU CONTRA.

SI PARTIMOS DEL PRESUPUESTO DE QUE LA ADOPCIÓN DE ADULTOS LO QUE BUSCA ES DAR RECONOCIMIENTO Y PROTECCIÓN JURÍDICA A RELACIONES AFECTIVAS DEL TIPO PATERNO-FILIAL QUE HAN EXISTIDO PREVIAMENTE ENTRE LOS SUJETOS DE LA ADOPCIÓN, COMO SE APUNTO ANTERIORMENTE, SE DEBE EVITAR A TODA COSTA QUE SE LLEVE A CABO POR PARTE DE LOS SUJETOS UN MAL USO DE LA INSTITUCIÓN PARA QUE ÉSTA NO SE DESVIRTÚE Y PIERDA VALOR FRENTE A LA SOCIEDAD. ES POR ESTO, QUE LA ADOPCIÓN DE ADULTOS NO DEBE SER UTILIZADA PARA RESOLVER PROBLEMAS DE OTRA ÍNDOLE. NADIE CUESTIONA QUE LA ADOPCIÓN DE ADULTOS DEBE ESTAR DOTADA DE UNA MAYOR FLEXIBILIDAD QUE LA ADOPCIÓN DE MENORES Y SU CONTROL POR PARTE DE LOS ÓRGANOS ESTATALES NO DEBE RESULTAR TAN RÍGIDA, YA QUE LOS SUJETOS QUE INTERVIENEN EN ELLA NO SE ENCUENTRAN EN UNA SITUACIÓN VULNERABLE COMO SI LO ESTÁ EL MENOR EN LOS CASOS DE ADOPCIÓN DE MENORES. SIN EMBARGO, NO RESULTA MENOS CIERTO QUE UNA TOTAL LIBERALIZACIÓN DE LA ADOPCIÓN DE ADULTOS, DEJANDO A LOS SUJETOS QUE INTERVIENEN EN UNA TOTAL LIBERTAD CONTRACTUAL COMO OCURRE EN LA MAYORÍA DE NEGOCIOS JURÍDICOS, PUEDE LLEVAR A DESVIACIONES O MALOS USOS DE LA INSTITUCIÓN.

A DECIR DE Mendez Costa LAS CRITICAS DE MUCHOS A LA ADOPCIÓN DE ADULTOS APUNTAN JUSTAMENTE HACÍA ESOS POSIBLES ABUSOS. ENTRE LAS CRÍTICAS A LA ADOPCIÓN DE ADULTOS QUE SE PLANTEAN INCLUYE QUE PAREJAS HOMOSEXUALES RECURREN A LA FIGURA DE LA ADOPCIÓN PARA FORMALIZAR SU UNIDAD FAMILIAR. IGUALMENTE, DICEN QUE

RECURREN A LA ADOPCIÓN DE ADULTOS PARA MANIPULAR HERENCIAS. EL PERMITIR QUE SE LLEVEN A CABO DICHAS ADOPCIONES DESVIRTÚA LA FINALIDAD DE LA ADOPCIÓN DE ADULTOS. SIN EMBARGO, SE PLANTEA QUE CON EL FIN DE EVITAR CUALQUIERA DE DICHAS SIMULACIONES, NO ES NECESARIO ELIMINAR LA ADOPCIÓN DE ADULTOS, SINO DEBE LLEVARSE A CABO UNA PREEXISTENTE COMPROBACIÓN JUDICIAL DE VERDADERO “ESTADO DE HIJO” DEL ADOPTABLE.⁹³ ES ASÍ QUE, EN 1984 UNA CORTE DE NUEVA YORK NEGÓ LA ADOPCIÓN ARGUMENTANDO QUE NO EXISTÍA ENTRE ADOPTANTE Y ADOPTADO UNA GENUINA RELACIÓN PATERNO-FILIAL.⁹⁴

CUANDO TRATAMOS EL TEMA DE LA ADOPCIÓN DE ADULTOS, UN POSIBLE FRAUDE Y LA AFECTACIÓN QUE EL MISMO PUEDE TENER SOBRE TERCEROS SIEMPRE DEBE SER CONSIDERADO. RESULTA FACTIBLE QUE PERSONAS RECURRAN A LA FIGURA DE LA ADOPCIÓN DE ADULTOS PROCURANDO OTRA COSA QUE NO SEA EL RECONOCIMIENTO DE UNOS LAZOS AFECTIVOS PREVIOS, CONSTITUYENDOSE ASÍ UN FRAUDE, ESPECIALMENTE SI RECORDAMOS QUE LA RAZÓN DE SER DE LA ADOPCIÓN DE ADULTOS ES JUSTAMENTE EL RECONOCIMIENTO DE ESOS LAZOS. CUANDO LA ADOPCIÓN DE ADULTOS SE CONSTITUYE DE MANERA FRAUDULENTE, NO SÓLO SE ESTÁ DANDO UN USO INDEBIDO DE LA FIGURA DE LA ADOPCIÓN, SINO QUE LA MISMA PUEDE AFECTAR A TERCEROS SI CONSIDERAMOS QUE LA ADOPCIÓN TRAE CONSIGO EFECTOS SUCESORIOS. EN LA ACTUALIDAD, EXISTE UN FAMOSO EJEMPLO DE UNA ADOPCIÓN DE ADULTOS QUE FUE LLEVADA A CABO DE MANERA FRAUDULENTE Y POR MOTIVOS AJENOS A LOS QUE DEBEN SER PROCURADOS POR LA ADOPCIÓN. OLIVIA WATSON, HIJA DE THOMAS WATSON FUNDADOR DE IBM, EN 1991 ADOPTA SU PAREJA PATRICIA SPADO EN EL ESTADO DE MAINE CON EL PROPÓSITO DE ASEGURAR EL FUTURO FINANCIERO DE SU PAREJA.⁹⁵ PARA QUE SE LLEVE A CABO LA ADOPCIÓN DE

⁹³ O. MENDEZ COSTA: “Principales tendencias...”, op. cit., p. 317.

⁹⁴ C. ADAMEC Y W. PIERCE: “Adult Adoption”, *Encyclopedia of Adoption*, Facts On File Inc., 2000, Disponible en <http://encyclopedia.adoption.com/entry/adults-adoption-of/30/1.html>

⁹⁵ T. REID: “Adoption could earn lesbian lover a fortune”, *The Times*, 27 de febrero de 2007, Disponible en http://www.timesonline.co.uk/tol/news/world/us_and_america/article1444139.ece

ADULTOS EN EL ESTADO DE MAINE EL ÚNICO REQUISITO ES QUE LOS SUJETOS DE LA ADOPCIÓN RESIDAN EN EL ESTADO. LA PAREJA SE SEPARA UN AÑO MÁS TARDE PERO LA ADOPCIÓN NUNCA ES REVOCADA. EL PROBLEMA SE SUCITA CUANDO LOS PADRES DE OLIVIA WATSON FALLECEN, ACTIVANDOSE EN ESE MOMENTO UN MILLONARIO FIDEICOMISO ESTABLECIDO A FAVOR DE SUS NIETOS. COMO RESULTADO DE LA ADOPCIÓN, PATRICIA SPADO PASA A ADQUIRIR LA CALIDAD DE NIETA DE THOMAS WATSON Y SU ESPOSA Y POR LO MISMO TENDRÍA DERECHOS SOBRE EL MENCIONADO FIDEICOMISO EN BASE A SU CALIDAD DE NIETA ADOPTIVA. CUANDO SPADO RECLAMA SUS DERECHOS COMO NIETA, LOS MIEMBROS DE LA FAMILIA WATSON PRESENTAN UNA JUICIO PARA QUE LA ADOPCIÓN SEA ANULADA CON BASE EN QUE OLIVIA WATSON Y SUSAN SPADO NO ERAN RESIDENTES DE MAINE; Y, MÁS AÚN, ÉSTAS NO MANTENÍAN UNA RELACIÓN DE NATURALEZA PATERNO-FILIAL QUE ES LO QUE SE ESTABLECE A TRAVÉS DE LA ADOPCIÓN. TODAVÍA NO EXISTE UN VEREDICTO FINAL CON RELACIÓN AL CASO. SIN EMBARGO, EL PRESENTE CASO NOS PERMITE EVIDENCIAR LOS POSIBLES FRAUDES QUE SE PUEDEN SUCITAR EN LA ADOPCIÓN DE ADULTOS Y COMO DICHS FRAUDES PUEDEN AFECTAR DERECHOS O EXPECTATIVAS DE TERCEROS. EN EL PRESENTE CASO, CLARAMENTE LOS DERECHOS SUCESORIOS DEL RESTO DE NIETOS DEL SR. WATSON SE ESTÁN VIENDO AFECTADOS POR UNA ADOPCIÓN FRAUDULENTE Y POR LO MISMO ELLOS TENDRÍAN DERECHO A OPONERSE A LA MISMA Y BUSCAR SU ANULACIÓN.

ESTOS POSIBLES ABUSOS, QUE CIERTAMENTE SON DE GRAN PREOCUPACIÓN, DEBEN SER TOMADOS EN CUENTA, MÁS NO DEBEN SER RAZÓN SUFICIENTE PARA PRESCINDIR DE LA ADOPCIÓN DE ADULTOS, YA QUE ES ALGO QUE PUEDE Y DEBE SER CONTROLADO A TRAVÉS DE UNA ACERTADA COMPROBACIÓN JUDICIAL.

CAPITULO III

GLOSAS AL RÉGIMEN JURÍDICO ECUATORIANO DE LA ADOPCIÓN EN RELACIÓN CON LA FUNCIÓN DE LA ADOPCIÓN DE ADULTOS

3.1 Declaratoria de aptitud legal para ser adoptado

Para que se pueda llevar cabo la adopción de una persona que no ha cumplido la mayoría de edad, es necesario que éste sea declarado apto para ser adoptado. El artículo 151 del Código de la Niñez y Adolescencia, el mismo que establece la finalidad de la adopción, determina que ésta se dará en relación a un niño, niña y adolescente que se “encuentre en aptitud social y legal para ser adoptado”. En otras palabras, para que un niño, niña o adolescente sea sujeto de adopción debe ser declarado previamente apto para que se lleve a cabo la adopción. La declaratoria de aptitud legal para ser adoptado debe ser emitida por un juez y de conformidad a lo establecido en el artículo 158 del ya mencionado Código. Según dicho artículo, se considerará que un niño, niña o adolescente está en aptitud legal para ser adoptado cuando se encuentra dentro de los casos descritos a continuación:

1. Orfandad respecto de ambos progenitores;
2. Imposibilidad de determinar quienes son sus progenitores o, en su caso, sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad;
3. Privación de la patria potestad de ambos progenitores;
4. Consentimiento del padre, la madre, o de ambos progenitores, según corresponda, que no hubieren sido privados de la patria potestad.

La declaratoria de adoptabilidad por parte del juez, es un paso indispensable en la adopción de un menor, ya que si consideramos la finalidad de esa clase de adopción, el juez está en la obligación de determinar que la adopción sea una medida necesaria la cual garantice el bienestar del menor sujeto de la adopción y considerando por sobre todo el interés superior del niño, niña o adolescente. De considerar que no es en el mejor interés del menor la adopción y tomando en cuenta que la adopción debe ser una medida subsidiaria, el juez no deberá declarar al menor en aptitud legal para ser adoptado. Deberá comprobarse que existe una verdadera imposibilidad para que el menor sea criado por sus padres. El rol fundamental del juez dentro de ese proceso de declaratoria es el de velar por el interés superior del menor, determinando sí es necesario tornar al menor en un sujeto de adopción, recurriendo a la adopción como una medida de

protección por parte del estado y de la sociedad. Esta declaratoria cumple un rol fundamental, ya que a través de ella se busca evitar que se de en adopción a menores que no la necesitan. Una vez declarada la aptitud legal del menor para ser adoptado, ésta es notificada a la autoridades administrativas competentes, en el caso del Ecuador la Unidad Técnica de Adopciones, quien determinará la aptitud social para que el menor sea adoptado.

Ahora al referirnos a la adopción de un adulto, este paso previo al procedimiento de adopción resulta un tanto innecesario. Si partimos de la premisa que la adopción de un adulto no constituye una medida de protección, la comprobación judicial de que el adulto sea apto de ser sujeto de adopción resulta un poco superflua. En el caso de la adopción de un adulto, el rol del juez no es determinar si la adopción resulta en el mejor interés del adoptado. En la adopción de un adulto, el juez no debe velar por los intereses del adoptado, ya que éste tiene la aptitud legal suficiente para velar por sus propios intereses. Con relación a la adopción de un adulto, lo que el juez debe determinar es si es que el adoptado se encuentra inmerso en alguno de los casos de excepción descritos el artículo 157 del Código de la Niñez y Adolescencia bajo los cuales se permite la adopción de alguien que ha cumplido la mayoría de edad. En otras palabras, la declaratoria de la aptitud legal para ser adoptado emitida por el juez resulta inaplicable al caso de la adopción de un adulto.

3.2 Consentimientos necesarios para la adopción

En su artículo 161, el Código de la Niñez y Adolescencia estipula los consentimientos necesarios, tanto del lado del adoptado como del adoptante, para que se de la adopción de alguien que no ha cumplido la mayoría de edad. Cuando hablamos de la adopción de un menor, el Código establece que es necesario para proceder con la adopción contar con el consentimiento del padre y madre del niño, niña o adolescente sujeto de adopción cuando éstos no han sido privados de la patria potestad. Cuando los padres han sido privados de la patria potestad quien deberá emitir el consentimiento para la adopción será el tutor del menor. Sí

a quien se va a adoptar es un adolescente, éste de igual forma deberá emitir su consentimiento.

Sin embargo, con relación a la adopción de adultos, las disposiciones contenidas en dicho artículo no tienen mayor relevancia. Cuando nos referimos a la adopción de adultos, los únicos consentimientos necesarios son el del adoptante y el del adoptado.⁹⁶ No resulta necesario que los padres biológicos presten su consentimiento, dado que el sujeto de la adopción es alguien que goza de plena capacidad legal para prestar su consentimiento, de conformidad a lo establecido en el artículo 1462 del Código Civil. Los únicos consentimientos vinculantes deben ser el del adoptante y el adoptado. De igual forma, el artículo 321 del Código Civil, el mismo que se refiere al consentimiento para la adopción, determina que “si el menor tuviere más de diez y ocho años, no será necesaria la autorización de sus padres naturales, siendo suficiente su consentimiento manifestado por escrito”, brindándonos con un sustento legal para nuestra afirmación.

3.3 Adopción simple o plena

Un tema que plantea la adopción de adultos es la posible necesidad de permitir nuevamente un sistema mixto de adopción. Es decir, que la legislación ecuatoriana vuelva a contemplar a la adopción simple como una opción. En legislaciones como la argentina, esto no plantearía mayor problema dado que la misma goza de un sistema mixto de adopción y resulta totalmente factible que la adopción de adultos opere bajo la adopción simple.

Resulta difícil asegurar que bajo todos los supuestos de adopción de adultos debe operar la adopción simple. Bajo mi perspectiva, en la adopción de adultos, se debería plantear la adopción simple o la plena dependiendo del caso. Uno de los claros supuestos bajo los cuales se podría dar la adopción de adultos bajo la adopción simple es en el caso de la adopción por parte del cónyuge. Si bien es cierto, el adoptado busca el reconocimiento de la relación paterno-filial

⁹⁶ B. MCWHORTER S.: *The complete adoption...*, op. cit., p. 117.

existente, esto no necesariamente significa que quiera romper por completo con los lazos que mantiene con su padre biológico. En este caso debería asumirse la adopción simple.

Ahora en el caso de la persona que ha vivido con una familia por varios años antes de cumplir la mayoría de edad y en ese tiempo se han roto por completo los vínculos con su familia biológica, lo más seguro es que éste procure los efectos otorgados por la adopción plena.

Es por esto que se plantea que sólo para los casos de adopción de adultos, la legislación ecuatoriana debería buscar incluir nuevamente la posibilidad de la adopción simple.

Sin embargo, también se podría argumentar que la adopción de adultos al buscar el reconocimiento de un verdadero estado de familia, es decir el reconocimiento de unos verdaderos lazos de naturaleza paterno-filial, debería conceder al adoptado los mismos derechos y efectos que aquellos obtenidos por medio de la adopción de un menor. No por tratarse de un adulto se le debe conceder menos importancia a la adopción, buscando limitar sus efectos.

3.4 Fase Administrativa

Todo procedimiento de adopción, de conformidad a lo contenido en el Código de la Niñez y Adolescencia, está sujeto a una fase administrativa previa. Dicho proceso administrativo, según lo establecido en el artículo 165 del Código tiene por objeto:

1. Estudiar e informar sobre la situación física, psicológica, legal, familiar y social de la persona que va a adoptarse;
2. Declarar la idoneidad de los candidatos a adoptantes;
3. Asignar, mediante resolución administrativa, una familia a un niño, niña o adolescente.

La fase administrativa en la adopción en general, es decir en la de un menor, cumple una función fundamental, ya que busca asegurar que sea para el mejor interés del menor que se lleve a cabo la adopción; así como, garantizar que la persona y la familia a la cual va a ser integrada sea la más adecuada y cubra todas las necesidades materiales y espirituales del menor. Si partimos que la adopción de un menor es una medida de protección provista por el estado y la sociedad, la fase administrativa es la forma de asegurar que la adopción realmente constituya una medida de protección para el menor que tanto la necesita.

Es a través de la fase administrativa que se asigna una familia adecuada a determinado niño, niña o adolescente tomando en cuenta las necesidades, características y condiciones del mismo.

Pero en el caso de la adopción de un adulto la fase administrativa se vuelve innecesaria. Primeramente, los estudios que son llevados a cabo para determinar la idoneidad de los adoptantes no son de gran necesidad si es que partimos del hecho que en este caso se presume que el sujeto de la adopción está en la capacidad para evaluar por sí sólo la situación.⁹⁷ Es decir, el adoptado tiene plenas facultades para considerar si la adopción resulta en su mejor interés y si la persona que va a adoptarlo reúne las cualidades necesarias. En el caso de un menor, se considera que éste todavía no tiene el criterio para hacer ese tipo de determinaciones y por eso debe ser una autoridad administrativa, que está ahí para cuidar sus intereses, quien haga esa clase de análisis.

Más aún, una de las funciones más importantes de la fase administrativa no tiene razón de ser en el caso de la adopción de un adulto. La asignación de una familia al adoptado resulta contradictoria con relación a la adopción de adultos. Si partimos que la adopción de adultos sólo se puede dar en los casos de excepción contemplados en el artículo 157, entonces no es necesario que se de la asignación, ya que en todos estos casos se parte de que el adoptado ya se encuentra integrado a una familia. Todos los casos de la adopción de adultos parten del presupuesto de que el sujeto de la adopción ha estado integrado a una familia de una u otra forma y es justamente esa integración, esa situación de hecho, que hace factible

⁹⁷ B. MCWHORTER S.: *The complete adoption...*, op. cit., p. 117.

que se concrete la adopción de una persona que ha cumplido la mayoría de edad. De no haber esa situación de hecho, el que el adulto se haya encontrado integrado a la familia permitiéndole crear vínculos afectivos con la misma, la adopción de adultos perdería su relevancia y seguramente debería ser desechada.

Ya que nos encontramos hablando del tema de la asignación debemos hacer una breve referencia a la prohibición establecida por el artículo 163 con relación a la adopción por parte de candidatos predeterminados. Si bien dicha prohibición resulta de vital importancia en las adopciones de un niño, niña y adolescente, ya que busca evitar posibles abusos del procedimiento de adopción y asimismo asegurarse de proporcionarle al menor la mejor familia posible; y no por el contrario proporcionarle el mejor niño a esa familia dando pie a una posible discriminación de aquellos niños que no resulten tan deseables. En dicho artículo se contempla dos excepciones a la prohibición de candidatos de predeterminados, pero en ningún momento hace mención de los casos de adopción de adultos. La adopción de adultos de cierta forma viola el precepto contenido en el artículo, ya que la misma parte de una suerte de predeterminación. Sólo podrá adoptar a alguien que ha cumplido la mayoría de edad, esa persona con la que se han establecido esos vínculos afectivos previos y en ese caso estamos justamente frente a una predeterminación de candidatos. Sin embargo, en el caso de la adopción de adultos considero que no se está violentando lo que se buscó proteger a través de la prohibición de predeterminación de candidatos.

3.5 Fase Judicial

En cuanto al procedimiento judicial, éste resulta necesario tanto para la adopción de un menor como para la de un adulto, pero por razones distintas. En el procedimiento judicial, que es la etapa final de todo el proceso de adopción, lo que busca asegurar es que todos los procedimientos determinados por el Código de la Niñez y Adolescencia, tales como la fase administrativa hayan sido llevados a cabo de la forma adecuada.

Por lo mismo, según establece el artículo 284, conjuntamente a la demanda de adopción debe ser presentado el expediente con las actuaciones previas de la Unidad Técnica de Adopciones dentro del cual se incluye una copia del juicio de declaratoria de adoptabilidad. El juez lleva a cabo un análisis de lo presentado y una vez determinado que se han cumplido todos los requisitos para la adoptabilidad del niño, niña o adolescente procede a calificar la demanda, disponiendo el reconocimiento de firma y rubrica de los demandantes. Una vez calificada la demanda y hecho el reconocimiento de firma se fija la audiencia en la cual se deberá prestar los consentimientos necesarios, se escuchará al niño en privado y se comprobará que todos tengan el conocimiento suficiente de la consecuencias que conlleva la adopción. Una vez llevado a cabo todas la actuaciones, se concluirá emitiendo la sentencia dentro de los cinco días siguientes a la audiencia.

El argumentar la falta de necesidad de un procedimiento judicial resulta algo absurdo y contraproducente para la adopción de adultos. Con el fin de evitar cualquier abuso que se puede dar con relación a la adopción de adultos tales como las que discutieron anteriormente, a nuestro parecer resulta necesario que se lleve a cabo una comprobación judicial de la adopción. El que se firme un acuerdo privado entre las partes no resulta suficiente, ya que eso abre la puerta a que se den simulaciones con mayor facilidad. Por lo mismo, un procedimiento judicial es esencial; sin embargo, éste debe ser un procedimiento abreviado y dotado de mayor celeridad. En el caso de la adopción de un adulto debería presentarse la demanda conjuntamente con todo aquello que demuestre el vínculo afectivo preexistente entre adoptado y adoptante. El juez llevará a cabo una audiencia dentro de la cual ambos sujetos, adoptante y adoptado prestarán su consentimiento para la adopción, y procederá dentro de la misma audiencia a determinar si la adopción se encuentra inmersa dentro de los casos contemplados en el artículo 157 del Código de la Niñez y Adolescencia. Es así que, en su artículo 69 el Código de la Infancia y Adolescencia de Colombia dictamina que “la adopción de mayores de edad procede por el sólo consentimiento entre adoptante y el adoptivo”. El objetivo principal del juicio de adopción cuando se

trata de un mayor de edad es constatar que se cumpla la finalidad primordial perseguida por la misma: el reconocimiento de lazos afectivos previos del tipo paterno-filial. A través del juicio de adopción se busca dar un reconocimiento jurídico a una situación de hecho previa. Dado que lo que se encuentra en juego en este caso no es algo tan delicado como el interés superior del menor, el procedimiento judicial sólo debe ser de comprobación y reconocimiento.

3.6 Análisis de Caso

A pesar de ser permitida la adopción de adultos en el Ecuador, ésta resulta poco común en la práctica. A través del análisis del presente caso, se tornará obvia la necesidad de un procedimiento especial y abreviado para la adopción de un adulto.

Dado que el Código de la Niñez y Adolescencia no contempla un procedimiento distinto de adopción para los casos de excepción establecidos en su artículo 157, la adopción de un adulto en la práctica se somete al mismo procedimiento de adopción de un menor, como veremos a través del análisis del caso, algo que resulta absurdo si se toma en consideración la distintas finalidades perseguidas por cada tipo de adopción, así como, la persona sujeto de la adopción.

Dada la naturaleza delicada de la adopción, al tratar el caso, no se hará referencia directa a los sujetos que intervinieron en el proceso de adopción y sólo nos referiremos a ellos de una manera genérica.

Para llevar a cabo un análisis del caso, el mismo que nos ayudará a comprender como se lleva a cabo la adopción de un adulto en la práctica, primeramente plantearemos los hechos del caso:

- El adoptante era el cónyuge de la madre de la adoptada.
- La adoptada había vivido con el adoptante desde que la misma tenía tres años de edad.
- Durante su tiempo de convivencia la relación entre adoptada y adoptante había sido de padre e hija.

- La adoptada no había tenido contacto con su padre biológico, a más de en una sola ocasión cuando la adoptada tenía ocho años.
- La adoptada al momento en que se empezó el proceso de adopción había cumplido la mayoría de edad.

De los hechos antes descritos, podemos ver que era posible la adopción de conformidad a lo estipulado en el artículo 157 literal d del Código de la Niñez y Adolescencia, ya que se trataba de adoptar al hijo del cónyuge y ese es justamente sobre lo cual se fundamenta la demanda de adopción.

El problema que el caso nos plantea no es la posibilidad de que se adopte a una persona que ha cumplido la mayoría de edad, sino el cómo se lleva a cabo dicha adopción. Justamente, a través del presente proceso podemos ver los problemas que se suscitan por no encontrarse regulado un procedimiento distinto para la adopción de adultos.

Al no haber un proceso especial para los caso de adopción de adultos contemplados en el artículo 157 del Código de la Niñez y Adolescencia, los jueces deben llevar a cabo el procedimiento establecido en el Código para la adopción de menores.

Por lo mismo, para que se lleve a cabo la adopción de la hija de su cónyuge fue necesario que se realice tanto la fase administrativa como la judicial, lo cual no tiene mayor sentido de conformidad a lo que se discutió previamente en el capítulo.

A pesar de que la adoptada había cumplido la mayoría de edad, para que se pueda llevar a cabo la adopción de la misma por parte de su padrastro, se debieron cumplir todos los requisitos se deben cumplir cuando la adopción se trata de un menor de edad. Es así que el procedimiento se convirtió en algo largo y tedioso.

Al requerirse el consentimiento del padre biológico, a pesar de que la adoptada era mayor de edad, se tuvo que seguir un juicio de suspensión de patria potestad para poder superar dicho requisito y que resulte suficiente el consentimiento prestado por la madre, cuando en el presente caso lo único que se

debió haber requerido era el consentimiento de la adoptada dado que la misma era legalmente capaz para prestarlo.

No sólo se debió llevar a cabo la declaratoria de aptitud legal para ser adoptada por parte de un juez, sino que una vez declarada la aptitud legal, tanto adoptada como adoptante debieron someterse a la fase administrativa de la adopción. En dicha fase administrativa, se formularon informes referente a la aptitud física, psicológica, familiar, etc. de la adoptada, así como, la idoneidad del adoptante. Una vez concluida dicha fase, se remitió todos los informes y la declaratoria de idoneidad del adoptante al juez para que se lleve a cabo el juicio de adopción, el mismo que concluyó con una sentencia en la cual se concedió la adopción.

Por todas las consideraciones anteriores y lo que se observa en el presente caso se vuelve más clara la necesidad de un tratamiento normativo especial de la adopción de adultos, con el fin de evitar que la misma tenga que cumplir requisitos que deberían estar reservados para la adopción de un menor.

En el caso de la adopción de adultos, no debió haber sido necesario que se declaré la idoneidad del adoptante, especialmente si aceptamos que la adopción de un adulto no tiene como finalidad el ser una medida de protección.

Al parecer durante el proceso de adopción en ningún momento se volvió relevante el hecho de que el sujeto de adopción es una persona que ha cumplido la mayoría de edad. Se vuelve esto evidente si nos detenemos a revisar la sentencia en la cual se concede la adopción. Dentro de la sentencia, en su segundo considerando se hace referencia a la finalidad de la adopción. Se dice que la finalidad de la adopción “es garantizar una familia idónea, permanente y definitiva al niño, niña o adolescente y en el presente caso de una señorita mayor de edad...”. Sin embargo, como se ha planteado en la presente tesina, esa no sería la finalidad de la adopción de una persona que ha cumplido la mayoría de edad. Lo que hace el juez es simplemente remitirse al artículo del Código de la Niñez y Adolescencia que establece la finalidad de la adopción, mas como se ha venido argumentando esa finalidad guarda relación con la adopción de un menor y no con la de un adulto. Por falta de normativa especial, el juez lo que hace es

asemejar la adopción de un adulto a la de un menor sin considerar los elementos que diferencian a la adopción de adultos de la de un menor.

Algo que podemos rescatar del proceso de adopción que nos encontramos discutiendo, es el reconocimiento tanto por parte de las autoridades administrativas como judiciales de un supuesto fáctico que se encuentra presente en esta adopción: la existencia de una relación previa a la adopción de naturaleza paterno-filial. Según el informe administrativo, es en base a la existencia de esos lazos afectivos que la adopción encuentra su fundamento. Es así que en el informe de emparentamiento se determina que “la relación existente entre la joven y el solicitante se ha dado desde que ella tenía aproximadamente tres años de edad ya que el señor es cónyuge de la madre y ha cumplido positiva y adecuadamente su rol paterno existiendo entre ellos una identificación de padre e hija”.

De lo cual se puede concluir, que la finalidad e importancia de la adopción de un adulto, a diferencia de la de un menor, radica en el reconocimiento de una situación de hecho: el reconocimiento de la existencia de una relación paterno-filial. Por esto, lo que debe procurar el procedimiento de adopción de adultos no es la idoneidad del adoptante ni necesariamente el beneficio que dicha adopción conlleva para el adoptado, sino la constatación de la existencia previa de esa situación de hecho.

CONCLUSIONES

En la actualidad, la adopción en el Ecuador de una persona que ha cumplido la mayoría de edad resulta un tema un tanto oscuro. Al pensar en la adopción, lo primero que viene a la mente de las personas es la figura de un niño desvalido, que por determinadas situaciones sociales, se encuentra privado de su medio familiar. Lo segundo que seguramente viene a su mente, es la imagen de una pareja que recurre a la adopción cuando la naturaleza le ha negado la posibilidad de tener hijos propios.

Sin embargo, como pudimos ver a través del análisis histórico de la adopción, la misma no siempre estuvo dirigida a resolver los conflictos de la niñez desprovista de un medio familiar idóneo. Más aún, el *Code* francés restringía la adopción a los mayores de edad. La adopción de menores y su concepción de ser una medida de protección para aquellos niños, niñas o adolescente que carecen de su medio familiar es algo relativamente nuevo en la historia de la institución. Sus finalidades no fueron siempre tan loables, al menos bajo nuestros estándares actuales, respondiendo a necesidades distintas como lo fue en tiempos romanos para la continuidad del culto familiar. Es sólo como consecuencia de las grandes guerras mundiales y en el caso de Latino América de sus condiciones sociales y económicas, que la institución de la adopción se convierte en una medida de protección principalmente enfocada a la infancia privada de su medio familiar.

A pesar de que la adopción se encuentra primordialmente enfocada a solucionar los problemas de la niñez desprovista de una familia, varias legislaciones entre ellas la nuestra, contemplan la posibilidad de que se lleve a cabo la adopción de una persona que ha cumplido la mayoría de edad y que no necesariamente se encuentra en necesidad de ser protegida. El problema es que gran parte de las legislaciones que permiten esta clase de adopción se limitan a permitirla, mas no le conceden un tratamiento más extensivo. De igual forma, la doctrina ha hecho muy poco por ocuparse del tema. Pocos han sido los tratadistas en la actualidad que se refieren a la adopción de adultos en sus escritos. Algunos de los doctrinarios que discuten brevemente del tema lo hacen para desvirtuar su importancia e inclinarse por que la adopción debería estar limitada a aquellos individuos que no han cumplido la mayoría de edad, justificando su necesidad dentro de las sociedades como una medida de protección.

Como se ha venido discutiendo en la presente tesina, la adopción de adultos cumple una doble finalidad. Por un lado, sirve como una forma de transferir los bienes y el apellido del adoptante al adoptado (establecimiento de un heredero). De cierta forma, la adopción de adultos cumple la finalidad que la adopción persiguió por siglos. Le provee al adoptante de un heredero y le

proporcionada al adoptado de derechos hereditarios sobre los bienes del adoptante. De ser esa su única finalidad, resultaría aceptable todos los argumentos que se presentan en su contra, ya que la misma no cumpliría una finalidad social de igual trascendencia que la adopción de un menor y por lo mismo la adopción debería estar limitada a los niñas, niños y adolescentes.

Pero no olvidemos que la adopción de adultos puede y debe cumplir otra finalidad, una esencial, y dicha finalidad no puede ser sujeto del desprecio de los tratadistas. El reconocimiento por parte del Estado y de la sociedad de unas relaciones afectivas previas es y será la finalidad número uno de la adopción de adultos. El predeterminar como edad límite, el llegar a la adultez legal, es un requisito de la adopción, que desde un punto de vista objetivo es francamente atentatorio al derecho de esa persona a formar parte de una familia. Lo que se procura por medio de la adopción de una persona que ha cumplido la mayoría de edad es: el dar un reconocimiento legal de una situación de hecho de gran importancia como lo son las relaciones de índole afectivo.

Resulta acertado decir que al permitir la adopción de un adulto, el derecho debe enfrentarse a problemas que no son considerados cuando se discute la adopción de un menor. Es cierto que existe la posibilidad que se lleven a cabo fraudes, a través de los cuales se persigue una finalidad distinta a la que debe ser procurada por la adopción de adultos; fraudes que pueden traer consigo grandes afectaciones a terceros como se pudo evidenciar en el caso Watson Pero, el hecho de que se puedan presentar problemas al permitir esta clase de adopción no significa que la misma debe ser desechada. Toda institución jurídica trae consigo problemas y por lo mismo es la función del derecho encontrar la solución a los mismos. El problema que aqueja con mayor fuerza a la adopción de adultos es el posible abuso de la misma; problema que quedaría desvirtuado con un tratamiento jurídico adecuado.

Por lo mismo, considero que la adopción de adultos debe estar dotados de mayores requisitos que por ejemplo aquellos establecidos en el estado de Maine, justamente para evitar los problemas que han surgido ahí. Es así que, requisitos como una diferencia de edad entre adoptante y adoptado que sea conducente para

que exista entre los dos una relación de naturaleza paterno-filial deben ser aplicados. De lo contrario, sucedería como en el caso Watson que la adoptante era un año menor que la adoptada, algo que bajo mi criterio no puede ser permitido.

En mi opinión el mayor problema que enfrenta la adopción de adultos, particularmente en el Ecuador, es la falta de un tratamiento normativo propio. Por un lado, el Código de la Niñez y Adolescencia abre la puerta para que la adopción de un adulto se lleve a cabo, pero se limita a eso. Al abrir la puerta, la normativa debe ocuparse de darle un tratamiento jurídico que corresponde. Por sus particularidades, tales como los sujetos que intervienen en ella, la adopción de adultos no se puede ajustar al procedimiento y requisitos generales contemplados para la adopción de menores, ya que a diferencia de la adopción de menores ésta no busca ser una medida de protección para la niñez desprovista de su medio familiar. Muchos de los requisitos y procedimientos, tales como que se lleve a cabo un estudio de idoneidad del adoptante, resultan de exclusiva aplicación para la adopción de un menor en consideración a su finalidad. Es por esto, que se debería establecer un procedimiento y requisitos particulares que tomen en cuenta los elementos, finalidades y posibles abusos de la adopción de adultos. Si partimos del supuesto planteado por la presente tesina, que la adopción de adultos encuentra su sustento en un hecho, lo que el procedimiento de adopción de adultos debe procurar es la verificación de los hechos. Es decir, que se pruebe que existe esa situación de hecho y que la misma no está dotada de ningún tipo de ilicitud.

El procedimiento de adopción de adultos debe ser un procedimiento abreviado que deje de lado tanto la declaratoria de aptitud legal de ser adoptado como la fase administrativa, ya que a través de ambos lo que se busca asegurar es que la adopción sea de beneficio para el menor. El enfoque del procedimiento de adopción de adultos debe ser la comprobación de la situación de hecho. Es decir, que realmente exista entre adoptante y adoptado una relación de hijo y padre o madre, evitando así que se puedan llevar a cabo fraudes. Sin embargo, considero que en el supuesto que después de concedida la adopción se llegará a demostrar

que la misma no responde a una relación de naturaleza paterno-filial, la misma podría ser revocada; y, pueden ser terceros afectados quienes pidan su revocación. Pero, justamente el procedimiento judicial de comprobación planteado lo que busca es evitar esos posibles fraudes.

De darse eso, es probable que la adopción de adultos llegue a cumplir su finalidad; finalidad que no se puede considerar menos importante que aquella que se busca en la adopción de un menor.

BIBLIOGRAFIA

- ABRAMS E. DOUGLAS Y SARAH H. RAMSEY, *Children and the law: In a nutshell*, West Group Publishing, St. Paul- M.N., 2003.
- ADAMEC CHRISTINE Y WILLIAM PIERCE, "Adult Adoption", *Encyclopedia of Adoption*, Facts On File Inc., 2000, disponible en <http://encyclopedia.adoption.com/entry/adults-adoption-of/30/1.html>
- ARGANGIO-RUIZ VINCENZO, *Instituciones de Derecho Romano*, Depalma, Buenos Aires, 1986.
- BELLUSCIO CESAR A., *Manual de derecho de familia*, Tomo 2, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986,
- BORDA A. GUILLERMO, *Tratado de derecho civil: familia*, Tomo II, 9na. ed., Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.
- CLARO S. LUIS, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, Volumen II, Tomo Tercero, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992.
- CORRAL T. HERNÁN, *Adopción y Filiación Adoptiva*, Editorial Jurídica Chile, Santiago, 2002.
- DI PIETRO ALFREDO, *Derecho Privado Romano*, Depalma, Buenos Aires, 1996.
- GOMEZ PIEDRAHITA HERNÁN, *Derecho de Familia*, Temis, Bogotá, 1992.
- GUGGENHEIM MARTIN, ALEXANDRA D. LOWE Y DIANE CURTIS, "Adoptive Families", Norman Dorsen, *The Rights of Families: The Authoritative ACLU Guide to the Rights of Family Members Today (ACLU Handbook)*, Southern Illinois University Press, Carbondale-II, 1996.
- GUZMAN BRITO ALEJANDRO, *DERECHO PRIVADO ROMANO*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1996.
- KRAUSE D. HARRY Y DAVID D. MEYER, *Family law in a nutshell*, Fourth Ed., West Publishing Group, St. Paul, MN., 2003.
- MAZZINGHI JORGE A., *Derecho de familia*, Tomo 4, 3ª ed., Editorial Abáco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1999.
- MCWHORTER SEMBER BRETTE, *The Complete Adoption & Fertility Legal Guide*, Sphinx Publishing, Naperville, 2004.
- MÉNDEZ COSTA MARÍA JOSEFA Y DANIEL HUGO D'ANTONIO, *Derecho de familia*, Tomo II, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001.

- MESA C. OLGA, “PRINCIPALES TENDENCIAS EN EL TRATAMIENTO JURÍDICO A LA INSTITUCIÓN DE LA ADOPCION”, *El derecho de familia y los nuevos paradigmas*, Aida Kmelmajer de Carlucci, Tomo II, Culzoni, Buenos aires, 2000.
- MONROY CABRA MARCO GERARDO, *Derecho de Familia y de Menores*, 7ma Edición, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 2001.
- OFICINA PERMANENTE: *Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de la Haya de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional*, HCCH Publications, La Haya, 2008, disponible en HTTP://WWW.HCCH.NET/UPLOAD/ADOGUIDE_E.PDF
- PARRA BENITEZ JORGE, *Manual de Derecho Civil: personas, familia y derecho de menores*, 3ra. Ed., Temis, Santa Fe de Bogotá, 1997.
- PÉREZ DUARTE ALICIA, *Derecho de Familia*, Fondo de Cultura Económica, Mexico, 1994.
- PETIT EUGENE, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Editorial Porrúa, Mexico D. F. , 1999.
- REID TIM, “Adoption could earn lesbian lover a fortune”, *The Times*, 27 de febrero de 2007, Disponible en http://www.timesonline.co.uk/tol/news/world/us_and_americas/article1444139.ece
- SAJÓN, RAFAEL. *Derecho de Menores*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999.
- SAMPER FRANCISO, *DERECHO ROMANO*, EDICIONES UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK, SANTIAGO, 1993.
- WRAY, ALBERTO, *El Menor Ante La Ley*, Serie Estudios Jurídicos, v. 6, Corporación Editora Nacional, Quito, 1991.
- ZANNONI A. EDUARDO, *Derecho de Familia*, Tomo 1, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1981.
- ZANNONI A. EDUARDO, *Derecho de Familia*, Tomo 2, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1978.
- ZANNONI A. EDUARDO Y GUSTAVO A. BOSSERT, *Manual de derecho de familia*, 2ª edición, Astrea, Buenos Aires, 1990.