

Algunas reflexiones sobre los antecedentes de la adopción

INGRID BRENA SESMA

SUMARIO: I. Primeras configuraciones. II. Codificación. III. Antecedentes en México. IV. Siglo XIX. V. Siglo XX. VI. Conclusiones

I. PRIMERAS CONFIGURACIONES

La adopción fue configurada en sus orígenes en los pueblos antiguos hebreos, griegos, por citar algunos. Morir sin descendencia significaba ausencia de ritos fúnebres y el descuido de los dioses familiares, motivos suficientes para merecer el desamparo en el más allá, la extinción del culto familiar y de la familia misma. La adopción se convirtió en la varita mágica que solucionaba la carencia de descendientes, su finalidad no era dar consuelo a las personas sin hijos u obtener una satisfacción moral sino cumplir con deberes religiosos.¹ La adopción beneficiaba, además, a aquellas personas a las que la falta de descendencia impedía continuar su estirpe y heredar sus bienes. En ambos casos el enfoque de la adopción partió de la perspectiva del interés de los que deseaban o necesitaban perpetuar su dinastía y transmitir su patrimonio.

Fueron los romanos los que sistematizaron la institución. Desde la época primitiva hasta la justiniana se regularon las dos formas clásicas de la adopción, la *adoptio* y la *adrogatio*. A través de la *adoptio* se incorporaba a la familia a un sujeto *alieni iuris*, en un primer momento el sujeto se desligaba de la potestad del *pater* al que estaba sujeto, para en otro, incorporarse a la familia del nuevo *pater* de la cual pasaba a formar parte. A través de la *adrogatio* el incorporado a la nueva familia era un sujeto *sui iuris* del cual, a su vez, dependía una familia, ésta última completa ingresaba al nuevo grupo familiar.

Bajo el imperio justiniano surgieron dos tipos diferentes de adopción; la plena con las características ya señaladas y la adopción menos plena² que no

¹ I. ACRUZ BERDEJO *Elementos de derecho civil IV* (Barcelona Bosch 1982) 674.

² La denominación de adopción plena y semiplena es utilizada por los comentaristas. La *adoptio plena* se refiere a la realizada en el derecho justiniano por un ascendiente del adoptado y que

desvinculaba al adoptado de su familia de origen ni variaba la patria potestad. Los efectos de ésta segunda forma de adopción eran meramente patrimoniales, consistentes en el derecho a recibir herencia del *pater familiae* que lo hubiera adoptado.

Tanto la *arrogatio* como la *adoptio* tenían preminentemente propósitos sucesorios. Lejano estaba en el *pater* romano el propósito de beneficiar, a través de la adopción, a un huérfano. Podemos, con un poco de imaginación, visualizar la situación de los menores, carentes de un patrimonio propio que administrarles o de una estirpe conocida, a los cuales nadie estaba interesado en vincularse a través de la adopción, como una situación totalmente incierta.

Existía por un lado, las figuras de la *adoptio* o de la *arrogatio* que garantizaban un sucesor *al pater* o le permitían administrar un patrimonio, por el otro, los menores huérfanos a los que nadie pensaba en adoptar y que, en algunos, no sabemos si los mejores, eran recluidos en hospicios dependientes del emperador y más tarde de la Iglesia cristiana.

Durante el periodo posclásico del derecho romano la Iglesia cristiana adquirió gran fuerza y su influencia propició que los principios de la religión fueran reconocidos. El espíritu cristiano aportó a la civilización romana, entre otros, el principio de piedad, traducido al ejercicio de obras de misericordia. El socorro a huérfanos, viudas y viejos forma parte de esas obras, su defensa, que en cualquier persona significa un acto de natural humanidad, para los cristianos es la obediencia a la palabra de Dios.¹

El emperador romano, convertido al cristianismo asume el deber de defender los principios de la Iglesia, él es el llamado antes que nadie para desarrollar el oficio cristiano de proteger a los oprimidos. Más tarde, la Iglesia actúa directamente, toma la *tuto* del emperador y realiza actos encaminados a proteger a los oprimidos y a los débiles.⁴ Para entonces los orfanatos e institutos píos dependen de la Iglesia.

En el derecho de los pueblos germánicos, la adopción apenas tuvo importancia. Se producía como un recibimiento de hijo que ocupa tal puesto en la familia y con efectos sucesorios ya que el sistema hereditario germánico antiguo era la sucesión forzosa ligada al grupo familiar.⁵

En la Europa medieval, la adopción al estilo romano no fue, por mucho, una institución de uso frecuente, García Goyena comenta en su Proyecto: “Indudablemente la adopción no estuvo en las costumbres de los Godos, ningún vestigio

entrañaba los efectos de la adopción clásica, el adoptado se sometía a la potestad del adoptante y quedaba desligado de su familia de origen. La *adoptio minus plena* es la adopción realizada por un extraño al adoptado de efectos distintos a la adopción de la época clásica, quedando el adoptado vinculado a su familia natural, no saliendo de ella ni de la potestad del *paterfamiliae*, pero adquiriendo, en relación con el padre adoptante, derechos sucesorios. GUTIÉRREZ, Alvis y ARMARIO Faustino *Diccionario romano* 2a. (Madrid Reus) 47y 48

³ GARCÍA GAYO, “El origen y la evolución del derecho”, *Manual de historia de derecho español* Y, 3a. (Madrid 1967).

⁴ TAMMASSIA, “L’alta tutela dell antico re germanico”, *Archivio giuridico* IX (Módona 1925) 15.

⁵ O’CALLAGHAN, Xavier *Compendio de derecho civil* IV (Madrid Edersa 1991) 233 y 234.

de ella se encuentra en el Fuero Juzgo".⁶ En cambio, el título 16, Partida 4 de las Partidas resucito, debido a la influencia recibida del derecho justinianeo reelaborado, como veremos mas adelante, el mecanismo de protección a los menores huérfanos del sistema romano.

En Valencia, España, como en otras ciudades italianas, se creó la figura de un magistrado denominado "padre de los huérfanos" cuya función era supuestamente cuidar a niños pobres y huérfanos. Entre sus atribuciones estaba la de colocar a esos menores como aprendices para evitar la vagancia. Este magistrado estuvo dotado con facultades jurisdiccionales para conocer de las demandas de salarios debidos a los huérfanos. A estas funciones de jurisdicción civil, se sumaron otras de jurisdicción penal, como "castigar a los huérfanos dentro de su casa con cárcel, azotes u otras penas semejantes no graves" cuando abandonaban el empleo. Al parecer la función del padre de los huérfanos consistía principalmente en evitar la vagancia; poco interesaba la situación personal de los menores abandonados. Más que un protector, este padre de huérfanos fue un represor de la infancia abandonada.⁷

Desafortunadamente el internado de menores en hospicios, orfelinatos o instituciones semejantes, constituyó la práctica común durante mucho tiempo. La sociedad no se interesó en rescatar a los huérfanos o abandonados, sino en separarlos de su seno o servirse de ellos. En este punto debe hacerse hincapié en la labor de la iglesia cristiana que ha mantenido su interés por los huérfanos y lo ha expresado a través de su labor en centros de atención a menores abandonados.⁸

En la Edad Moderna no se mantuvo el fundamento familiar y sucesorio y la adopción fue utilizada frecuentemente con fines fraudulentos o fiscales. Cayó en desuso en Europa entera y así llegó hasta la época de la codificación.

II. CODIFICACIÓN

Fue Napoleón, por el interés en asegurar su sucesión, el que impulsa el resurgimiento de la adopción. El Proyecto de Código originalmente formulado por la Comisión redactora proponía una forma de adopción muy semejante a la adopción plena conocida por el derecho romano, en la última etapa de su evolución. Pero, contra la opinión del primer cónsul, el Consejo de Estado modificó profundamente el Proyecto y eligió una especie de adopción semejante a la *adoptio minus* plena y limitó sus efectos, reduciéndolos a derecho de alimentos entre adoptante y adoptados y a reconocer vocación hereditaria entre quien adopta y es adoptado. Sólo podían ser adoptados los menores de edad y, en todo caso, se

⁶ GARCÍA GOYENA. Florencio *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español* reimp. Madrid 1852 (Zaragoza 1974) 84.

⁷ ISABAL. voz: "Padre de huérfanos". *Enciclopedia Jurídica española XXIV* (Barcelona 1910) 204-207.

⁸ "Las fundaciones, producto de la caridad cristiana han desarrollado una función social evidente a lo largo de la historia desde su aparición", expresa Rico Pérez. "La función tutelar de las fundaciones", *La tutela de los derechos del menor* (Córdoba 1984) 372.

dejaba subsistente el vínculo de parentesco natural del adoptado. La reglamentación de la adopción se formuló con un criterio individualista, fue un contrato entre el adoptante y el adoptado a través de su representante.

En el Proyecto García Goyena la regulación de la adopción, al igual que la de su modelo, el Código Napoleón es escasa y deficiente; se exige una elevada edad al adoptante, cuarenta y cinco años y una serie de prohibiciones como la de adoptar a quien tenga descendencia legítima. Sus efectos son tan menguados que no alcanzan al derecho sucesorio ni rompen con la familia por naturaleza, atribuyen al adoptante la patria potestad y derechos y obligaciones alimentarias, con posibilidad de pactar derechos sucesorios y la atribución de apellidos.

En concepto de García Goyena, los derechos concedidos al adoptado en el derecho francés, napolitano y sardo, eran exorbitantes:

Por más que se diga y haga, repugnará siempre igualar la ficción o adopción con la realidad o filiación legítima y natural. Baste al adoptado tener la segura educación y alimentos, que podrá reclamar hasta a los herederos del adoptante: los derechos de sucesión deben dejarse al merecimiento, y así, la adopción será mas benéfica y moral.⁹

III. ANTECEDENTES EN MÉXICO

A. Época prehispánica

En cuanto a los antecedentes de la adopción en nuestro país, en el derecho de los aztecas no se ha encontrado figura alguna que pudiera ser considerada como semejante a la adopción. Mercedes Gayosso¹⁰ justifica la ausencia en la concepción azteca de las relaciones familiares.

En Roma, la adopción es una institución generadora de múltiples efectos, entre ellos, la filiación entre el adoptante y el adoptado. La figura permite al adoptante designar como su sucesor *mortis causa*, continuador de su personalidad, al hijo adoptivo. A su muerte éste será el titular de su patrimonio pues recibirá tanto sus bienes como sus deudas y continuará la veneración a los cultos domésticos. Además de estos efectos *mortis causa*, el adoptivo será, en vida, el consuelo de aquellos que carecieran de hijos, *in solatium orbitatis*. En aquellos casos en que únicamente se podían ceder derechos en línea recta a hijos o nietos y por vía de varón, de manera que siempre existía un sucesor, la adopción fue utilizada frecuentemente

⁹ GARCÍA GOYENA, Florencio, *op. cit.*, p. 87.

¹⁰ GAYOSSO NAVARRETE, Mercedes "Causas que determinaron la ausencia de la adopción en el derecho azteca", *Memoria del IV Congreso del Derecho Mexicano I* (México UNAM 1988) 383-397.

En cambio, en el mundo azteca, la vía de sucesión por causa de muerte era más amplia, pues incluía a colaterales, hermanos y sobrinos. En ausencia de éstos, las propiedades volvían al señor o al pueblo, quienes la daban a quienes les placía siempre existía un sucesor de manera que la adopción no se justificaba.

B. Nueva España

En el México colonial se aplicaron los distintos textos legales vigentes en España. En materia de adopción y de menores abandonados, las Partidas y la Novísima Recopilación.

En la Partida 4a. tit. XVI, “De los hijos adoptivos”, se regula la adopción bajo el nombre de prohijamiento, los modos de instituirse y sujetos que intervienen en ella. Se fija tanto su fuerza como alcance, así como los casos en que ésta se puede ser desechada.¹¹

Es clara la finalidad sucesoria del prohijamiento, al constituirse en una forma de parentesco, además del consanguíneo y del espiritual. El propósito es que una persona pueda dejar a alguien que herede sus bienes, para ello, reciben como hijo, nieto o bisnieto “al que no sea carnal”.¹²

El prohijamiento se puede hacer de dos maneras: una, la más formal, ante el otorgamiento del rey o del príncipe de la tierra, llamada *arrogatio* semejante a la romana. Se requiere la presencia del rey o el príncipe, ante quien tanto el prohijador como el prohijado expresan su consentimiento verbal. Posteriormente el rey manifiesta su otorgamiento por carta.¹³

La otra forma, menos solemne, es el prohijamiento del que tiene padre consanguíneo, bajo cuya potestad se encuentra y de la que no sale. Es el padre quien otorga su consentimiento, además de aquél a quien se va a prohijar, que lo “otorgará de palabra o callándose, no contradiciendo”.¹⁴

Las diferentes formalidades tienen su razón de ser. Es obligatorio el otorgamiento del rey en aquellas prohijaciones que representan un riesgo para alguno de los participantes. Recuérdese que el emperador o rey consideraba asunto suyo la protección de mujeres y niños,¹⁵ por ello la *arrogatio*, con otorgamiento del rey era requerida cuando los posibles adoptados eran menores de catorce años, cuando el tutor quería adoptar al pupilo bajo su guarda o cuando la adoptante era mujer. Los efectos de esta adopción son mayores, y ella no puede revocarse sin justa causa.

¹¹ Introducción al título de la Partida 4a. tit. XVI

¹² Partidas 4a. tit. XVI Ley I.

¹³ Partida 4a. tit. VII Ley VII.

¹⁴ Partida 4a. tit. XVI Ley II.

¹⁵ Durante el período poselásico del derecho romano, Septimio Severo en un edicto manifestó: “Quiero que todos vean que empleo los medios para auxiliar a los pupilos como es propio de la administración pública”. Él es el tribuno que concede a los oprimidos el *auxilium civile*, el emperador se convierte en patrocinador de los débiles cualquiera que sea su situación: menores, viudas o pobres. Desde este momento la tutela imperial es declarada. BREÑA SESMA, Ingrid “La tutela de menores, transformación de una potestad familiar”. *Homenaje al profesor Alfonso García Gallo II* (Universidad Complutense de Madrid 1996) 211-236.

Tiene posibilidad de prohijar el hombre libre, no sujeto a potestad paterna; mayor de aquel a quien quisiere prohijar en diez y ocho años, con plenitud física para engendrar. Sin embargo, si por enfermedad u otro acontecimiento “perdiera sus miembros”, no pierde, por ello, el derecho a prohijar.¹⁶ La mujer sólo puede prohijar si hubiese perdido un hijo en batalla, en servicio del rey o que éste fuere miembro de algún Consejo, “para reponer al hijo que perdió”. Como se señaló anteriormente, este prohijamiento requería la formalidad del otorgamiento real.¹⁷

El tutor tiene impedimento para prohijar al pupilo, sin embargo, el prohijamiento puede realizarse cuando éste tenga más de veinticinco años.¹⁸

En cuanto a los posibles prohijados se presentan varias posibilidades, dependiendo de su edad. Los infantes menores de siete años sin padre, definitivamente no pueden ser prohijados al carecer “de entendimiento para consentir”. El mayor de esa edad, pero menor de catorce, al no tener el entendimiento completo requieren del otorgamiento del Rey para que lo complemente.

Es interesante observar en este texto que la intervención del representante del rey no es puramente formal sino que a este funcionario corresponde comprobar las condiciones económicas del interesado en prohijar, si es pariente o no del prohijado, si tiene o no hijos con derechos sucesorios que vida lleva y fama tiene; debe también cerciorarse de la riqueza del niño. Con esos elementos concluye si aquel que quiere prohijar tiene buenas intenciones o lo intenta en su sólo provecho. Después de comprobar que el acto beneficia al prohijado, autoriza el acto no sin antes vigilar que los bienes del mozo no se menoscaben.¹⁹

Los efectos del prohijamiento eran variados, la diferencia dependía del tipo de prohijamiento que se otorgaba ya fuera por la voluntad de los participantes o por el señalamiento de la ley.²⁰ Aunque el prohijamiento se realizaba generalmente en interés del prohijador, se observa un equilibrio entre los derechos y obligaciones tanto del prohijador como prohijado.

El prohijamiento, en cualquiera de sus formas, podía terminar. La extinción de la *arrogatio* exigía un procedimiento sin el cual las consecuencias pecuniarías, en protección del prohijado, eran notables.

Como consecuencia de los vínculos de parentesco y de la relación paternofamiliar generados por el prohijamiento, entre prohijado y prohijador de cualquier sexo, surgían impedimentos matrimoniales, los cuales se extendían algunas veces, aún cuando el prohijamiento terminara.

Es de resaltar el alto nivel técnico de la regulación de la adopción en las Partidas. En este texto se observa la clara finalidad sucesoria del prohijamiento al cual se considera un parentesco. Las diferentes formalidades se justifican en protección de alguno de los participantes —mujeres y niños— ya que la intervención del representante real garantiza el control del cumplimiento de ciertos requisitos, cuando el caso lo amerite.

A la vez que Las Partidas ordenaban el prohijamiento, existió una amplia regulación sobre los expósitos durante la colonia. La Novísima Recopilación, Li-

¹⁶ Partida 4a. tit. XVI ley IV.

¹⁷ Partida 4a. tit. XVI ley II.

¹⁸ Partida 4a. tit. XVI ley VI.

¹⁹ Partida 4a. tit. XVI ley IV.

²⁰ Partida 4a. tit. XVI leyes VII y VIII.

bro 7º, tít. XXXVII, Ley III recoge los decretos reales emitidos en relación con la situación de los expósitos. En ellos podemos observar la postura asumida por la sociedad en la cual resalta, por un lado, la declaración real de responsabilizarles de los huérfanos y abandonados, asumiendo la alta tutela del rey heredada del derecho romano y, por el otro, el deseo de proteger a la sociedad de esa capa de la población formada por niños y niñas expósitos internándolos en hospicios. En estos lugares, los hábitos de disciplina solían ser de una extrema rigidez, y la falta de compasión la conducta regular.

El Decreto de Carlos III de 2 de junio de 1788 versa sobre “El cuidado de los rectores de las casas de expósitos en la educación de éstos, para que sean vasos útiles”. Los rectores o administradores de las casas de los expósitos fueron los funcionarios públicos encargados del cuidado de los menores ahí recluidos con la responsabilidad de entregar a los menores a aquellas personas que los mantuvieran y garantizaran proporcionarles una adecuada enseñanza y educación, guardando las formalidades del caso. Cubiertos los requisitos se entregan los niños, pero estos actos no constituía un prohijamiento pues las personas carecían de la intención de establecer una relación de parentesco con los niños o niñas, simplemente se comprometía a mantenerlos y educarlos, pretexto suficiente para tener servicio doméstico gratuito pues no se pactaba remuneración alguna.²¹

El Decreto Real de Carlos IV del 23 de enero de 1794 declaró que los expósitos quedaban bajo la protección real y eran legitimados por ella, se les tendría por legítimos y su situación civil sería semejante a la de cualquier otra persona, sin diferencia alguna. Estableció el decreto que no se impondrían a los expósitos la penas de vergüenza pública, ni la de los azotes ni la horca, sino aquellas que en iguales delitos se impondrían a persona privilegiadas, “pues pudiendo suceder que el expósito castigado sea de familia ilustre [...]”.

Este Decreto no da idea de cual habrá sido el trato que se daba a los infelices expósitos, cuyo delito consistía en no tener padres o haber sido abandonados por ellos. Esta era una causa suficiente para recibir penas graves, y si se le equipara a las demás personas, no es por “perdonarles” su origen sino para evitar la injusticia que se cometería en algún hijo de familia ilustre.

En la Nueva España intervinieron en la tutela de menores abandonados las Juntas Provinciales de Beneficencia, compuestas por el gobernador de la provincia, el prelado diocesano, un diputado provincial, un médico y dos vocales, a quienes correspondía la tutela de los menores que se criaran en los establecimientos de expósitos.²²

Existió una disposición especial para las casas de expósitos de México en las que se dictaron ciertas reglas para que un padre o una madre que abandonaron a su hijo lo pudieran recuperar mediante el cotejo de datos y entrega de pagos por los gastos generado por el niño.

Además de la simple entrega de niños o niñas la Constitución XXIV reguló “De las Prohijaciones”, con referencia especial a los expósitos y a las formalida-

²¹ Se cita en este decreto un suceso ocurrido en la casa de expósitos de Valencia referente a la toma de dos chicos para habitarlos “en sus violentos manejos del cuerpo”.

²² BRIANA SESMA, Ingrid, *La intervención del Estado en la tutela de menores* (México UNAM 1994) 37.

des que deberían seguirse. Podían prohijar las personas “de buena opinión, de alguna conveniencia y que no ejerciten los oficios mas bajos”, la formalidad se reducía a una escritura de prohijación ante escribano, la cual una vez otorgada se anotaba en la partida de recepción. El capellán advertía al prohijante “la obligación de justicia que ha contraído de alimentar y educar a aquella criatura por todos los días de su vida, como si fuere hijo legítimo”. El capellán quedaba con el cargo de procurar que a la criatura se le guardaren sus derechos y que la prohijación no la perjudicara: “La muerte del prohijante, o que este se reduzca a tal pobreza que no pueda mantener a la criatura prohijada, o por otro motivo, viniese la prohijación a ser daño de la criatura, se le restituirá a la casa y se le cuidará como a las demás que no estén prohijadas”.

Tal parece que extraer a menores de una casa de expósito se podía hacer de dos maneras, una simplemente por medio del compromiso de mantener al menor y proporcionarle educación y oficio, la otra a través del prohijamiento, estableciendo un auténtico vínculo de filiación en tanto que el menor es considerado “hijo legítimo”.²³

IV. SIGLO XIX

A pesar de que tanto Partidas como Novísima Recopilación estuvieron vigentes hasta la codificación, la adopción fue practicada con poca frecuencia. Sin embargo, debieron darse algunos casos, pues la Ley del 28 de julio de 1850 que establece las facultades de los jueces del Estado Civil, expresa en el artículo 23: “cuando un juez decida sobre la adopción, arrogación o reconocimiento de un niño, avisará al juez del estado civil para que inscriba sobre los registros un acta, y en ella se hará mención de la de nacimiento si la hay.”

A pesar de la fuerte influencia del Código Napoleón y del Proyecto García Goyena, el Código Civil de 1870 para el Distrito y Territorios Federales no regula a la adopción.²⁴ En la exposición de motivos, los autores de Proyecto expresaron sus razones para suprimir la adopción, examinando su aplicación práctica en la sociedad.

Nada pierde ésta en verdad porque un hombre que no tiene hijos declare suyo al que es de otro. Es un acto voluntario y que acaso puede producir algunos buenos efectos, ya en favor del adoptante, a quién puede proporcionar un objeto que llene el vacío de su vida doméstica ya en favor del adoptado a quién proporciona una buena educación y una fortuna. Pero ¿se necesita precisamente de la adopción para obtener esos bienes? Sin duda que no; y es seguro que contento con la gratitud, puede un hombre recibir grandes consuelos de aquel a quién beneficia, sin necesidad de contraer obligaciones, que tal vez le pesen después ni de dar derechos que acaso le perjudiquen.

²³ Tanto *Partidas* como *Novísima Recopilación* tuvieron vigencia en nuestro país hasta la promulgación del Código Civil de 1870

²⁴ Pablo Macedo relata cómo en su Proyecto, el doctor Sierra había dicho que la adopción le parecía “enteramente inútil...” y agregaba: “es una cosa que está del todo fuera de nuestras costumbres”. *Código Civil de 1870 su importancia en del derecho civil mexicano* (México Porrúa 1971) 26 y 27.

Hablemos francamente. Sin la gratitud y la moralidad del adoptado, la posición del adoptante es fatal. Se ha impuesto las obligaciones de padre y ha otorgado los derechos de hijo; y cuando después de cumplir fielmente su parte, ve que no es correspondido: cuando sus sacrificios son no ya estériles, sino perniciosos: cuando en pago de sus beneficios recibe desengaños y acaso positivos males; ¿no es cierto que puede justamente quejarse de la autorización que le concedió la ley? Esta no lo forzó: su acto fue espontáneo, sin embargo las consecuencias fueron funestas. ¿A qué fin, pues sostener un principio que puede ser fuente de terribles desgracias, y cuyos bienes pueden obtenerse de otras mil maneras? ¿no será más digno de gratitud el hombre que ampare a un huérfano sin que le liguen obligaciones de ningún género y cuyos beneficios son por lo mismo más grandes, porque son más libres? ¿y no será mucho más estimable el que corresponda debidamente a esos beneficios, sin tener derechos algunos y guiando únicamente de la gratitud? Además: la adopción entre nosotros ha sido sólo un principio teórico; y si alguna vez se ha practicado, acaso habrá sido para realzar los males que quedan bosquejados.

La Comisión cree que los mexicanos pueden hacer el bien durante su vida y después de su muerte, sin necesidad de contraer esas relaciones artificiales, que sin llenar cumplidamente el lugar de las de la naturaleza, abren la puerta a disgustos de todo género, pueden ser causa aún de crímenes, que es necesario evitar, y siembran ordinariamente el más completo desacuerdo de las familias”.

Con tales razonamientos en contra de la adopción era lógico que el legislador no la regulara en el Código de 1870 ni el subsecuente de 1884.²⁵ La figura no apareció hasta 1917 en la Ley de Relaciones Familiares.

V. SIGLO XX

A. Ley de Relaciones Familiares

El comienzo de siglo marca una etapa importante en la evolución de la adopción, la Ley de Relaciones Familiares incorpora de nuevo la figura. En los considerandos del texto se expresa que con la incorporación no se hace más que reconocer la libertad de afectos y consagrar la libertad de contratación, “que, para este fin, no sólo tenga un objeto lícito, sino con frecuencia muy noble”.

Artículo 220. Adopción es el acto legal por el cual una persona mayor de edad, acepta a un menor como hijo, adquiriendo respecto de él todos los derechos que un padre tiene y contrayendo todas las responsabilidades que el mismo reporta, respecto de la persona de un hijo natural.

²⁵ García Goyena también consideró que la adopción no estaba en las costumbres españolas y si la incluyó en su proyecto fue a instancias de un vocal andaluz, quien manifestó que en su país había algunos casos aunque raros de ella. Expreso textualmente: “Por más que se diga y se haga, repugnará siempre igualar la ficción o adopción con la realidad o filiación legítima y natural. Baste al adoptado tener segura educación y alimentos, que podrá reclamar hasta los herederos del adoptante: los derechos de sucesión deben dejarse al merecimiento, y así la adopción será más benéfica y moral”, *op. cit.*, pp. 84-87.

Artículo 221. Toda persona mayor de edad, sea hombre o mujer, que no está unida a otra en legítimo matrimonio, puede adoptar libremente a un menor.

Artículo 222. El hombre y la mujer que estuvieren casados, podrán adoptar a un menor cuando los dos estén conformes en tenerlo como hijo de ambos. La mujer sólo podrá hacer una adopción por su exclusiva cuenta, cuando el marido lo permita. Éste sí podrá verificarlo sin consentimiento de la mujer, aunque no tendrá derecho en llevar al hijo adoptivo a vivir en el domicilio conyugal.

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

I. El menor si tuviere doce años cumplidos;

II. El que ejerza la patria potestad sobre el menor que se trate de adoptar, o la madre, en el caso de que se trate de un menor que viva con ella y la reconozca como madre y no hubiere persona que ejerza sobre él la patria potestad, o tutor que lo represente;

III. El tutor del menor en caso de que éste se encuentre bajo tutela;

IV. El juez del lugar de la residencia del menor cuando no tenga padres conocidos y carezca de tutor;

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

Los artículos 225 y 226 regularon el procedimiento judicial a seguir para obtener una adopción. El interesado debería presentar un escrito ante el juez de Primera Instancia de la residencia del menor, en la cual expresaría su propósito de verificar tal acto, adquiriendo todos los derechos y contrayendo todas las responsabilidades de padre. La solicitud debía ir suscrita por la persona bajo cuya tutela o guarda se encontrare el menor, así como por él mismo si ya tuviere doce años cumplidos. Se destaca la necesaria presencia de los solicitantes y del Ministerio Público y la consideración del juez de que la adopción fuera “conveniente o inconveniente a los intereses morales y naturales de la persona del menor”.

A dicho escrito se acompañaría la constancia en la que el juez hubiera autorizado la adopción cuando fuere necesaria, o la autorización del gobernador cuando este funcionario hubiere suplido el consentimiento del tutor o del juez.

Llama la atención que la mujer casada sólo podría hacer una adopción cuando el marido lo permitiera, en cambio, él sí podía verificarlo sin el consentimiento de la mujer. La explicación podría encontrarse en que la adopción era utilizada para encubrir el reconocimiento de un hijo habido fuera de matrimonio, situación más común o más permitida a un hombre que a una mujer.

Si la Ley regula la adopción lo hace a semejanza del Código Napoleón, con un sentido privativista que consagra más la libertad de contratación que la protección de los menores. A través de la adopción se establecen relaciones únicamente entre el adoptado y adoptante, pero no surge un parentesco. El adoptante contrae todas las responsabilidades y derechos respecto del adoptado como si fuera un hijo “natural”. Esta disposición pudiera ser considerada como un retroceso pues, como se observó anteriormente, en la Novísima Recopilación y en las Partidas al adoptado se le reconoce como hijo legítimo.

Decretado el auto que otorgara la adopción, se remitían las copias al juez del Estado Civil para que levantara acta en el libro de reconocimientos. Curiosamente se equipara a la adopción con el reconocimiento de hijos, inclusive el artículo 229 establece: “El menor adoptado tendrá los mismos derechos y las mismas obligaciones para con la persona que lo adopten como si se tratara de un hijo natural”. La explicación pareciera encontrarse en que el legislador pretendió cubrir con la adopción, por ser una fórmula más aceptada socialmente, el reconocimiento de hijos naturales.

La frágil adopción regulada en la Ley que se comenta, podía quedarse sin efectos a través de una abrogación, tramitada judicialmente por quien la hizo y aceptada por las personas que otorgaron su consentimiento. Si el juez la encontraba conveniente a los intereses morales y materiales del menor, aprobaba la abrogación con efectos retroactivos.

B. Código Civil de 1928

Sorpresivamente la extensa exposición de motivos del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales no menciona a la adopción, aunque el texto sí la regula. En vista de que el propósito de esta investigación se limita a los antecedentes de la actual regulación, sólo me referiré a comentar algunos de los textos originales que han sido reformados a partir de la fecha de expedición del Código.

El texto original, al igual que el Código de Napoleón, exige al adoptante una elevada edad, más de 40 años —en el código francés se exigían 45— y no tener descendencia. La edad fue reducida posteriormente a 25 años y ya no se exige la ausencia de descendientes.

Con el fin de fortalecer la vinculación entre adoptante y adoptado, en 1970 se agregó al artículo 395 una frase por la cual se permite al adoptante darle nombre y apellidos al adoptado. La frecuencia en nuestro medio de casos de personas que “recogen niños” sin que existe respecto de ellos ninguna vinculación más que la afectiva, dio origen a la reforma del artículo 397, para que también puedan consentir en la adopción “La persona que haya acogido durante seis meses al que se pretende adoptar y lo trate como hijo, cuando no hubiere quien ejerza la patria potestad sobre él ni tenga tutor”.

Las otras modificaciones, hasta la de 1998, han sido de carácter más técnico, o menos relevantes como la diferente calificación de los delitos cometidos en contra del adoptante o el cambio del término oficial por el de juez del Registro Civil.

VI. CONCLUSIONES

Como se ha podido comprobar la adopción ha sido objeto de múltiples evoluciones, las cuales han respondido, en general, al desplazamiento de la finalidad perseguida por la figura. En los pueblos primitivos la adopción faculta a una

persona sin descendencia a establecer ficticiamente lazos de filiación con otra asegurándose un continuador de su personalidad,²⁶ linaje, honor y cultos religiosos. El adoptado, como heredero, será receptor de sus bienes, derechos y obligaciones.

El enfoque de la adopción se centraba en la protección de aquellos que deseaban o necesitaban perpetuar su dinastía y transmitir su patrimonio, el adoptado aún cuando la adopción le generaba no pocos derechos y un lugar preminente en la familia romana, nunca fue el centro del interés.

En la antigüedad, el menor estaba privado hasta del derecho a la vida, el menor era un ser carente de las aptitudes necesarias para asumir las funciones del adulto. Aún cuando la minoría de edad no trascendía al ámbito jurídico, el periodo de la niñez siempre comportó una situación de desvalimiento a la que se otorgaba una protección genérica encomendada a salvaguardar el linaje de quienes, en un futuro más o menos próximo, afirmarían la continuidad de la familia o del grupo social al cual pertenecían.²⁷

Posteriormente, aunque regulada por los textos jurídicos, la realidad mostró el poco o nulo interés en la institución. Nadie o casi nadie estaba interesado en establecer un vínculo filiatorio ficticio del cual derivaban derechos y obligaciones. Probablemente, porque la naturaleza humana lo dicta, personas sin hijos y con el anhelo de tenerlos recogieron niños y niñas a los que trataban como hijos, pero estas situaciones se reducían a los hechos y no se trasladaban a las instituciones jurídicas. Los textos jurídicos nos reflejan la costumbre de permitir a la personas acudir a hospicios y orfanatos a extraer de ellos a niños y niñas con el simple compromiso de mantenerlos y darles educación y oficio.

El enfoque de esta reglamentación continúa siendo individualista, propiciar un beneficio para la persona que se encargaba del niño o niña para tratarlo como hijo o como prestador de servicios domésticos gratuitos. Podemos suponer, y creo que no nos alejaríamos de la realidad, el maltrato frecuente de que hayan sido objeto esos menores. Por su parte, la sociedad pretendía desembarazarse de una niñez "molesta" y amenazante recluyéndola en rígidos y fríos hospicios y orfanatos o bajo el cuidado de magistrados represores como el caso del "padre de huérfanos".

Adormilada por siglos, la adopción despierta por un interés particular. Napoleón resucita la institución bajo los mismos fundamentos de la romana, la necesidad de allegarse un heredero que garantice su sucesión. La adopción es un asunto privado que se establece en un contrato celebrado entre el adoptante y el adoptado a través de su representante. La innovación legislativa francesa no resultó un hecho aislado; por el contrario, el modelo napoleónico influye en gran parte de las codificaciones europeas y americanas del siglo XIX y XX. En nuestro país, el proceso codificador del siglo XIX no incluye a la adopción la cual aparece hasta 1917 en la Ley de Relaciones Familiares.

La exposición de los autores del Proyecto de Código fue clara y extensa ¿para qué establecer obligaciones de padre y otorgar derecho de hijos a los ajenos y sin que nadie garantice su agradecimiento? Resulta suficiente el simple

²⁶ Recuérdese que en el derecho romano, el heredero es considerado un representante del *de cuius*

²⁷ BRENA SESMA, Ingrid *Intervención del Estado en la tutela de menores*, op. cit., pp. 12 y 13.

amparo de huérfanos sin ninguna obligación como un acto altruista del cual el menor debe estar agradecido. Es triste observar en este texto, que seguramente refleja el sentir de la sociedad decimonónica, la falta de interés de la comunidad social por preocuparse por esa niñez desvalida, no considerada como merecedora de la tutela jurídica que le puede brindar la adopción.

Los avances de la adopción en la Ley de Relaciones Familiares no fueron suficientes. Con un poco de perspicacia se observa la tendencia del legislador a equiparar a la adopción con el reconocimiento de hijos y de otorgar al adoptivo sólo los restringidos derechos del hijo natural. Al parecer prevalece nuevamente el interés privado de los padres o adoptantes y de la sociedad que prefiere la fórmula de “hijos adoptivos” a la de hijos naturales.

El Código de 1928 y sus reformas han tratado de adecuarse a los cambios sociales tal como éstos se han presentado. La sociedad se ha percatado de que la infancia es la etapa de la vida del ser humano en la que se precisa de especiales atenciones y cuidados. Los esfuerzos de educadores y pedagogos esclarecidos: Pestalozzi y Montessori; novelistas como Dickens, por llamar la atención de la sociedad sobre la situación de los menores, rindió su fruto. La opinión pública del mundo occidental, aunque en forma tardía, fue tomando conciencia de la desvalida condición de la infancia. Como resultado de esa concientización, las primeras leyes protectoras de niños aparecieron a finales del siglo XIX.²⁸

Lo que en un tiempo no fue claro, ahora resulta obvio, los principios de carácter privado se van debilitando para dar entrada o para intensificar el interés social en la protección de los menores. Interés que se impone como deber para la sociedad de integrar a ella a los menores, supliendo la ausencia o la deficiencia de las relaciones de filiación o de parentesco, mediante instituciones adecuadas. Una de ellas, la adopción, permite la integración de un menor a un grupo familiar distinto al suyo cuando el propio no le garantiza, ya sea por decisión de los padres o por otras ajenas a sus voluntades, el bienestar mínimo necesario para su desarrollo integral.

²⁸ FOSSAR BENLLOCH, “El derecho internacional de protección del menor: El Consejo de Europa y la Organización de las Naciones Unidas”. *Documentación Jurídica* 11 41 (Madrid enero-marzo 1984) 114.