

NUEVA LEY DE ADOPCION COLOMBIANA

Comentarios a la Ley 140 de 1960. - Por la cual se sustituyó el título 13 del Libro Primero del Código Civil sobre adopción.

Dr. Francisco Echeverri Escobar

La mayor parte de las legislaciones han mirado con cierto desvío la institución sobre adopción, hasta el punto de que muchos de los códigos entre ellos el Chileno, del cual es trasunto casi fiel el código nuestro, no la consagra.

En realidad puede afirmarse que hasta la fecha es relativamente poca la importancia que ha tenido la adopción en nuestro medio, posiblemente por las formalidades de orden legal a la cual ha estado sometida y también por la poca operancia patrimonial que ha tenido para los adoptados, pues no se había consagrado con respecto a éstos, de una manera clara y expresa, cuáles eran sus derechos hereditarios frente al adoptante.

Era una institución en la cual al decir de un tratadista colombiano, había llegado a primar la costumbre sobre la ley. Efectivamente, se había llegado a aceptar por la mayoría de las personas no versadas en derecho, que era suficiente tomar una persona bajo su cuidado, atender a su crianza, educación y establecimiento, para que tuviera la calidad de hijo adoptivo o hijo de crianza, como más comúnmente suele llamársele, y de lo cual realmente no se deriva ninguna consecuencia jurídica.

Varios proyectos de ley habían cursado en las cámaras con anterioridad a la Ley 140 de 1.960, sin que ninguno de ellos mereciera la atención de los legisladores.

Es de esperar que si se atiende a las fundamentales reformas que introdujo la ley al título sobre adopción que reglamentaba el Código Civil, de ahora en adelante su uso será más frecuente y que, al contrario de lo que venía ocurriendo, tendrá más preferencia el texto legal sobre la costumbre, la cual en este caso especial, no llegó a ser fuente de mayores derechos respecto de aquellas personas que se pretendió beneficiar, aparte de aquellos derivados de simples consideraciones altruistas.

La Ley 140 del año pasado prefirió hacer una sustitución íntegra del título del código, antes que entrar a derogar determinados artículos, apartándose de la costumbre de enmiendas parciales que tanto abundan ya en nuestro Código Civil, que afean su forma externa y hacen difícil su consulta. Es notorio que varios de los artículos de la ley sustitutiva son una simple repetición de lo que decía el código. En cambio otros desaparecieron, para dar cabida a los textos fundamentales de la reforma.

Definiciones - En el artículo 269 se define la adopción como el prohijamiento o admisión como hijo de quien no lo es por naturaleza y agrega que la persona que hace la adopción se llama adoptante; y aquél en cuyo favor se hace, adoptivo o adoptado. Se corrigió así la mala redacción que traía el código, cuando daba a entender que sólo podían adoptar quienes habían tenido un hijo y lo habían perdido, en la frase "la admisión en lugar del (sic) hijo, del que no es por naturaleza". Las demás definiciones repiten las del código con menos rodeos. De otra parte, subsiste la ficción que envuelve la adopción consistente en dar el carácter del hijo, al que no lo es por naturaleza.

El artículo 270 de la Ley engloba de una manera concisa y clara, lo que establecían los artículos 270 y 271 del Código. Exige dicha disposición que el adoptante sea capaz, y como no hace distinción, es obvio concluir que comprende tanto a los incapaces absolutos, como a los relativos, aunque tratándose de interdictos por disipación podría pensarse que no quedan incluidos, desde luego que su incapacidad sólo los afecta con relación a la administración de los bienes; pero como los padres adoptantes están en las mismas condiciones de los guardadores, con respecto a la administración de los bienes del adoptado, es lógico concluir que dicha disposición sí los comprende, pues si no pueden administrar sus propios bienes, con mayor razón no podrán administrar los ajenos; sin que valga el argumento de que el interdicto por disipación podría hacerlo, cuando el hijo que pretende adoptar no tenga bienes al momento de la adopción, porque podría adquirirlos posteriormente y en este caso la administración de los bienes que llegara a adquirir el adoptado, tendría que regirse de acuerdo con las normas establecidas para los tutores y curadores.

Puede hoy adoptar un habilitado de edad? La respuesta tiene que ser afirmativa. Antes de la Ley 140 no podía adoptar el habilitado de edad, porque era requisito esencial que el adoptante hubiera cumplido veintiún años, con lo cual quedaba imposibilitado, aunque no hubiera texto expreso que lo prohibiera. Si los habilitados de edad pueden ejecutar todos los actos y contraer todas las obligaciones de que son capaces los mayores de veintiún años, con la única excepción de los actos u obligaciones

de que una ley expresa los declare incapaces, y no existe actualmente disposición prohibitiva sobre el particular, es necesario concluir que los habilitados de edad sí pueden adoptar.

En el artículo 271 se estableció una reforma fundamental a lo que establecía el código, pues ya pueden adoptar las personas que hayan tenido, tengan o lleguen a tener hijos legítimos, naturales o adoptivos. Desapareció el artículo 272 del Código que decía: "No podrán adoptar los que tengan descendientes legítimos".

Antes de la Ley 140, aunque no había disposición expresa que permitiera adoptar a quienes tenían otros hijos adoptivos o naturales, lo habían aceptado los doctrinantes, con fundamento en la ausencia de una disposición prohibitiva. Con la reforma desaparecieron las dudas sobre el particular.

Es cierto que a la adopción no recurren por lo general sino aquellas personas que no tienen descendencia legítima. No obstante, no podrían desconocerse los alcances de la reforma, que aprovechará en primer lugar a los hijos adoptivos, quienes ya no perderán el carácter de tales, por el hecho de tener los adoptantes descendencia legítima, como ocurría anteriormente; y, en segundo lugar, porque ella tiende a generalizar el uso de la adopción, al dar oportunidad a aquellos individuos que, queriendo adoptar, tropezaban con la valla legal por tener descendencia legítima. No serán pocos los casos de matrimonios o personas que, teniendo solamente un hijo, o poca familia, por altruismo o cualquiera otra causa, se acojan a las nuevas disposiciones sobre adopción.

En el artículo 272 se prohíbe al padre o madre adoptar un hijo natural. La razón de esta prohibición no puede ser otra que, un estado civil, como lo es el de hijo natural, no puede cambiarse por uno simplemente legal. En la filiación natural hay vínculo de sangre, que puede no existir en la adopción; y hay diferencias notorias de derechos y obligaciones entre los hijos naturales y adoptivos. También se puso así fin a los pareceres encontrados de los doctrinantes, de si era o no posible la adopción de un hijo natural.

Los artículos 273 a 278 inclusive, son casi una textual repetición de las disposiciones del código. Se prohíbe adoptar personas del mismo sexo, salvo que la adopción se haga conjuntamente por marido y mujer, por razones de orden moral. La persona casada no puede adoptar sin el consentimiento del otro cónyuge, para evitar divergencias en el hogar.

Se conservó la prohibición para los tutores y curadores de adoptar pupilos menores de dieciocho (18) años, ni antes de que les hayan sido aprobadas las cuentas de su administración. Se evita así que quien haya

tenido bajo su guarda un menor abuse de la autoridad que da el carácter de padre adoptante, para obtener un finiquito del adoptado, con relación a las cuentas que estaba obligado a rendir.

Cuando se adopta una persona capaz, basta el consentimiento de ésta; pero si se trata de un incapaz, se necesita el consentimiento de las personas que deben prestarlo para contraer matrimonio; o en su defecto, la de un curador especial o el consentimiento de los directores de las casas de beneficencia donde se halla recogido el menor. En ningún caso podrá adoptarse una persona contra su consentimiento cuando la persona que se quiere adoptar es capaz; y, siendo incapaz, se necesita el consentimiento de aquellas personas que tengan ascendiente sobre el menor por vínculos de familia, o tengan a éste bajo su cuidado, con el objeto de salvaguardar sus intereses. Si se requiere el consentimiento de estas personas, implícitamente se está diciendo que ellas podrán negarlo, caso en el cual no podrá tener lugar la adopción. Podrá negarse el consentimiento, por mala conducta del adoptante, enfermedad contagiosa, imposibilidad física para atender al cuidado del adoptado, malas condiciones pecuniarías, etc.

No previene la ley cómo se dirimen las controversias cuando la persona que pretenda adoptar no convenga con las razones de la negativa, por lo cual habrá que recurrir a normas análogas. Será el juez quien decida, en un procedimiento sumario, sobre la seriedad de las razones en que se apoya la negativa.

Es importante la novedad sobre el consentimiento que pueden prestar para la adopción los directores de las casas de beneficencia donde se halla recogido el menor; por ser los más frecuentes casos de adopción de menores que han sido llevados a esas casas, por lo general hijos de padres desconocidos, con lo cual se facilita el trámite legal a la vez que se invierte a esas personas de facultades para investigar la conveniencia o inconveniencia que pueda tener para el menor la adopción.

Para evitar que la adopción de incapaces que tengan bienes sea un incentivo lucrativo, se exige a los adoptantes las mismas formalidades que a los guardadores para la administración de bienes de sus pupilos. Son pues los padres adoptantes simples administradores de los bienes de sus hijos adoptivos, con todas las obligaciones y responsabilidades que conlleva dicha administración. Es suficiente consultar las disposiciones referentes a la administración de los guardadores, para deducir los derechos y obligaciones de los padres adoptantes, con relación a los bienes de los hijos adoptivos incapaces, cuando estos tengan bienes, y cuál es su responsabilidad. Entre las obligaciones podrían destacarse éstas: dar

caución, hacer inventario solemne, rendir cuentas, etc.; y, en cuanto a derechos, remuneración por la administración, en igual forma a los guardadores.

El permiso o licencia judicial para adoptar lo exige hoy la ley en igual forma que lo exigía el código. Por la trascendencia de este acto, se le rodea de las mayores seguridades. No basta el consentimiento del presunto adoptado, cuando está en condiciones de darlo, ni el de aquellas personas que señala la ley, cuando se trata de un incapaz, sino que es necesaria la intervención directa del juez para que califique los motivos y conveniencia de la adopción que se quiere hacer. Si se requiere la licencia del juez, implícitamente se está diciendo que éste puede negarla, cuando no encuentre razones convenientes, sean de orden moral o pecuniario, para el presunto adoptado. La intervención del juez no puede ser por lo mismo la de un simple testigo de piedra, él podrá informarse, pedir pruebas, argumentar y resolver el caso en la forma que crea más adecuada y ajustada a derecho. Desgraciadamente en la generalidad de los casos es muy pasivo el papel del juez cuando se le dan estas atribuciones.

Aún obtenida la licencia judicial, es todavía necesario el otorgamiento de la escritura pública para perfeccionar la adopción, escritura que deben firmar el adoptante, el adoptado o la persona que haya dado la autorización. Antes se exigía también la firma de la escritura por el juez que concedía la licencia, formalidad que se suprimió. En la escritura debe insertarse la copia auténtica de la autorización del juez y el instrumento debe registrarse en la Oficina de Registro de I. P. y P. Sin la escritura debidamente registrada, no valdrá la adopción. Estas solemnidades que también se exigían anteriormente, han dado lugar a la afirmación, por parte de algunos tratadistas, de que la adopción es contrato solemne, pues que, aparte de éllas, está el concurso de dos voluntades, la del adoptante o adoptantes y la del adoptado o persona que debe dar el consentimiento. Es de este parecer Don Fernando Vélez.

No participamos de este criterio. No todo acto jurídico que necesite la concurrencia de dos voluntades, aunque se le revista de determinadas solemnidades, será un contrato por esa sola circunstancia. Objetivo principal del contrato es crear obligaciones y, por regla general, prima la voluntad de las partes, la libertad para estipular y la forma de obligarse; en cambio en la adopción todo está estrictamente reglamentado por la ley. Los contratos son susceptibles de plazos y condiciones, lo cual no podría hacerse en la adopción. Podría decirse que igual cosa ocurre con el matrimonio civil y que no obstante el código lo llama contrato, pero si se analizan detenidamente todos y cada uno de los requisitos del matrimonio civil, hay que concluir que éste, de contrato no tiene sino el nombre.

El legislador no consideró siquiera del caso llamar contrato la adopción. Es un acto jurídico totalmente reglamentado por la ley, en cuanto a sus efectos y obligaciones.

De acuerdo con el Art. 279, "Otorgada legalmente la escritura de adopción, adquieren respectivamente, el adoptante y el adoptado, los derechos y obligaciones de padre y madre e hijo legítimo, con las limitaciones de este título. Si el adoptado estuviere bajo patria potestad o guarda saldrá de ella, quedando bajo la potestad del adoptante. El adoptante no gozará del usufructo sobre los bienes del adoptivo".

Esta disposición aclaró algunas dudas que ofrecía el texto del C. C. que fue sustituido. En este, cuando el hijo que se adoptaba estaba bajo patria potestad, ésta no se perdía ni se suspendía por motivo de la adopción, dando lugar esa dualidad a la concurrencia de derechos y obligaciones que hacía difícil y hasta inoperante su aplicación. Aunque el texto ofrece alguna vaguedad cuando dice que "si el adoptado estuviere bajo patria potestad o guarda saldrá de ella, **quedando bajo la potestad del adoptante**", lo cual podría conducir a sostener, teniendo en cuenta lo subrayado, que el padre adoptante no adquiere la patria potestad, sino que el hijo adoptivo sólo queda bajo su potestad, porque no se dijo expresamente que quedaba bajo su patria potestad; hay que interpretar esa disposición en el sentido de que el padre adoptante sí la adquiere.

Efectivamente, en el código se le daba la patria potestad al padre adoptante sobre el menor que estaba bajo el poder de tutor o curador y se la negaba respecto del hijo que estaba bajo patria potestad. Es lógico suponer que el texto comentado quiso hacerla extensiva igualmente al hijo que estuviera bajo patria potestad, para acabar con las dificultades que ofrecía el artículo respectivo del código. La misma frase del texto que dice "si el adoptado estuviere bajo patria potestad o guarda saldrá de ella", está indicando que el que tenía la patria potestad la pierde y la adquiere el adoptante a efecto de poder ejercer los restringidos derechos que le da esa institución.

En realidad son bien limitados los derechos que por la patria potestad se conceden a los padres adoptantes. No tiene el usufructo de los bienes del adoptado y en cuanto a la administración de los mismos, está sometido a las cargas y trabas de los guardadores. No tiene por tanto, con relación a los derechos que da la patria potestad, sino la representación judicial y extrajudicial del hijo adoptado.

Como derechos que se refieren a la autoridad paterna, tendrán los padres adoptantes, los de corregir y castigar al adoptado y elegir para éstos estado y profesión. Como obligaciones, la de alimentarlo, educarlo y establecerlo.

Los efectos de la adopción pueden resumirse así: a) - Se crea un parentesco de carácter civil entre el adoptante o adoptantes y el adoptado, parentesco que no pasa de las respectivas personas; b) - La adopción es causa de impedimentos para el matrimonio; c) - Los padres adoptantes y el hijo adoptivo se deben alimentos entre sí; d) - El adoptante y el adoptado entran en el número de parientes de que trata el artículo 61 del C. C.; y e) - Al padre o madre adoptante debe pedir consentimiento el adoptado para el matrimonio, cuando es menor de la edad indicada por la ley.

Nada decía el código sobre el apellido del adoptado y la reforma también guardó silencio sobre ello. Parece lógico que si el adoptado ya tiene un apellido, deba conservarlo; si no lo tiene, nada se opone a que el padre o madre adoptantes le den su apellido.

El artículo 280 trae sin duda alguna la más importante reforma de la adopción al darle al adoptado el carácter de heredero e indicar la forma de repartirse los bienes del adoptante cuando concurre con otros herederos. Se puso punto final a las discusiones un tanto bizantinas que había anteriormente sobre si el adoptado era o no heredero, que dieron lugar a las más encontradas teorías y que llevaron a concluir, con una sana interpretación, que el artículo 282 del C. C. era absurdo, inoperante y que estaba fuera de lugar. Con la reforma adquiere la adopción, como antes se dijo, una verdadera finalidad económica tanto para los adoptantes, quienes ya podrán satisfacer uno de los posibles objetos que persiguieron con la adopción, como sería el de tener un heredero; como también para el adoptado, quien ya no tendrá que lamentar el desamparo del legislador.

La institución ^{LIBRO 3º} como heredero del hijo adoptivo implica una serie de reformas al Título Tercero del C. C. que, para mayor claridad habría sido conveniente que el legislador las hubiera indicado expresamente con el fin de evitar torcidas interpretaciones que puedan hacerla inoperante. Corresponderá por tanto a la doctrina y a la jurisprudencia fijar sus verdaderos alcances.

En términos generales, sin pretensiones de dogmatizar, ni agotar la materia con un minucioso estudio de las disposiciones modificadas, que alargaría demasiado este comentario, la reforma puede resumirse así:

a) - El hijo adoptivo concurre hoy a la herencia con hijos legítimos y naturales. En este caso lleva la misma parte que un hijo natural. Es el primer orden sucesoral.

b) - No habiendo hijos legítimos concurre con los ascendientes, el cónyuge y los hijos naturales, como si fuera un hijo natural. Es el segundo orden sucesoral en el cual concurren: ascendientes, cónyuge, hijos naturales e hijos adoptivos. En este caso la herencia se divide en cuatro

partes: una para el cónyuge y las otras tres para repartirla por cabezas entre los ascendientes legítimos, los hijos naturales y los hijos adoptivos.

No habiendo cónyuge sobreviviente, la herencia se divide entre los ascendientes legítimos, los hijos naturales y los hijos adoptivos, por cabezas.

No habiendo hijos naturales, la herencia se divide entre los ascendientes y los hijos adoptivos, por cabezas.

c) - Si el difunto no deja descendientes, ni ascendientes legítimos, que es el tercer orden sucesoral, le suceden sus hijos naturales, sus hijos adoptivos y el cónyuge. La herencia se divide en dos partes: una para el cónyuge y otra para los hijos naturales y los hijos adoptivos, por cabezas.

No habiendo cónyuge sobreviviente, la herencia corresponde a los hijos naturales y a los hijos adoptivos, por cabezas.

No habiendo hijos naturales, la herencia será por mitad para el hijo adoptivo y los hermanos legítimos y naturales.

No habiendo hermanos legítimos, ni naturales, llevará toda la herencia el hijo adoptivo.

No dice nada la reforma en el caso de que el padre adoptante sea hijo natural, vacío que bien podrá llenarse con lo que dispone el artículo 22 de la Ley 45 de 1.936 que dice: "La sucesión del hijo natural se rige por las mismas reglas que la del causante legítimo, ocupando los padres naturales el lugar que de acuerdo con tales reglas corresponde a los ascendientes legítimos. Si solamente uno de aquellos tuviere la calidad de padre o madre natural, a éste corresponde la asignación respectiva".

El hijo adoptivo excluye a los colaterales y al municipio de la última vecindad del finado.

Considero que es ésta la interpretación del artículo 280 de la Ley 140 de 1.936 que sustituyó el artículo 282 del Código, relacionándolo con los diversos órdenes de sucesión. Esto en términos generales y sin entrar en mayores detalles, que serán objeto de acoplamiento de los órdenes sucesorales en el estudio del Libro Tercero del C. C.

El artículo 281 da al hijo adoptivo el carácter de legitimario del adoptante, con la restricción de que la descendencia del adoptivo no tiene derecho a representarlo en relación con la legítima. Se explica esta restricción que lo coloca en condiciones inferiores al hijo natural con respecto a la representación, porque los vínculos del adoptado con el adoptante no van más allá de las respectivas personas. No obstante el artículo 283 contempla una excepción cuando dice que el adoptivo sólo puede ser representado ab-intestato por sus hijos legítimos, cuando faltan los descendientes, los ascendientes y el cónyuge en la sucesión del adoptante.

Con relación a los derechos hereditarios del adoptante en la suce-

sión del adoptado, también se estableció una reforma de consideración, al permitir que éste, si es mayor de dieciocho años, puede instituir heredero al adoptante en la porción de bienes de que puede disponer libremente.

Subsiste la prohibición legal para el adoptante de heredar ab-intestato al adoptivo, para evitar que sea ese motivo simplemente egoísta, la razón de la adopción.

Podría pensarse que la reforma en nada benefició al adoptante porque por testamento puede instituirse heredero a un extraño, pero si se atiende a que el código era terminante al prohibir que el adoptante heredara del adoptivo en cualquier caso, puede apreciarse el beneficio que importa la reforma para el adoptante, quien ya puede obtener una retribución, si el adoptivo mayor de dieciocho años quiere favorecerlo con toda o parte de la cuota de libre disposición.

Otra innovación de la reforma es la de que el juez de menores podrá entregar en adopción provisional y bajo su vigilancia, con las seguridades que estime necesarias, durante el tiempo que el mismo juez señale, a un menor de doce años que se encuentre moral o económicamente abandonado por sus padres; y, que, expirado el plazo, la adopción puede fene- cer por disposición del juez, por voluntad del padre adoptante o hacerse definitiva mediante el procedimiento legal.

Indudablemente tiene importancia esta reforma que tiende a garantizar los intereses de menores de doce años abandonados moral o económicamente por sus padres, dando oportunidad a personas que por motivos altruistas o caritativos quieran prestar esa atención a dichos menores desamparados, sin tener que recurrir a dispendiosos trámites legales y sin contraer todas las obligaciones que implica una adopción en forma legal. Se da al juez de menores poderes discrecionales para vigilar esa clase de adopción, exigir seguridades y fijar el tiempo que ella debe durar, lo mismo que para darla por terminada cuando lo estime conveniente, o al vencimiento del plazo fijado, si es que el adoptante no opta por legalizarla.

Terminación de la adopción - Termina la adopción de acuerdo con la reforma, por las siguientes causas: a) - Por mutuo acuerdo de los interesados, siempre que sean capaces; b) - Con aprobación judicial, siempre que concurran las causales que autorizan el desheredamiento de que habla el artículo 1.266 del C. C., cuando alguno de los interesados fuere incapaz; y c) - Por la revocación del padre o madre adoptante o de ambos si se trata de una adopción hecha por los dos cónyuges, siempre que sea por las mismas causas de desheredamiento, probadas judicialmente. En cualquiera de estos casos la revocación deberá hacerse por escritura pública registrada.

Se suprimieron como causales de terminación, las de muerte del adoptante o adoptivo y la de tener el padre o madre adoptante descendencia legítima.

Se corrigió en esta forma la injusticia que consagraba el código al establecer como causa de terminación de la adopción la muerte del adoptante o de adoptado. lo cual redundaba en beneficio para el adoptivo. Con el sistema del código desaparecían para el adoptado las garantías de la adopción y quedaba abocado al desamparo, si carecía de bienes, o de personas que velaran por él, pues no tenía derecho a heredar al adoptante, salvo las raras excepciones que, como se dijo, eran por lo general ineficaces. También la descendencia legítima del adoptado, al no terminar con la muerte de éste la adopción puede ser beneficiada, cuando el adoptante carezca de descendientes, ascendientes y cónyuge.

Finalmente, el artículo 286 dice expresamente que la adopción sólo establece relaciones de parentesco entre el adoptante y el adoptado y que por la adopción no se desvincula el adoptado de su familia de origen, en la cual continúa conservando sus derechos y obligaciones. El segundo inciso de esa disposición, por su demasiada amplitud y falta de discriminación, puede ofrecer dificultades en su interpretación. Habrá que armonizar necesariamente las disposiciones relacionadas con la autoridad paterna y los derechos y obligaciones entre los padres e hijos adoptivos, para saber en determinados casos cuáles son las reglas aplicables, pues en muchos de ellos no cabrá la simultaneidad, como podría dar lugar a deducirlo de la aplicación literal de dicho principio.