

LA ADOPCION EN EL CODIGO CIVIL COLOMBIANO

POR HORACIO MUNERA G.

SUMARIO: definición; requisitos de fondo; requisitos de forma; permiso judicial; escritura pública; inventario; caución; efectos de la adopción; fenecimiento de la adopción.

Algunos comentaristas del código civil colombiano, entre los que podemos contar a don Fernando Vélez, se expresan en términos bastante despectivos sobre la institución de la adopción cuando dicen que debe abolirse por juzgarla incompatible con la verdadera familia. Familias artificiales, dicen, a nada conducen y agregan: "no practicándose la adopción entre nosotros, es inútil que la ley se ocupe de semejante materia".

Ya hemos expresado nuestro pensamiento, que con mucho está en desacuerdo con el de tan ilustre civilista. Es cierto sí, que la adopción ha sido poco practicada entre nosotros, no por el hecho de ser incompatible con la familia natural porque las dos tienen su función dentro del conglomerado social, sino por su deficiente reglamentación, que no ofrece ninguna garantía y seguridad ni para el adoptante, ni para el adoptado; es por ello por lo que entramos a hacer algunas observaciones al título sobre la adopción de nuestro estatuto civil.

La adopción es un contrato solemne en virtud del cual, dos personas adquieren los derechos y contraen las obligaciones de padre o madre e hijo conforme a la ley.

Es contrato, porque en él hay un acuerdo de voluntades que da nacimiento de derechos y obligaciones recíprocas entre los contratantes; es solemne, porque para su perfeccionamiento la ley exige ciertas formalidades, como escritura pública y permiso judicial.

El código civil define la adopción como "el prohijamiento, o

la admisión en lugar del (sic) hijo, del que no lo es por naturaleza"; agregando que quien hace la adopción se llama padre adoptante; y aquel en cuyo favor se hace, hijo adoptivo.

No vamos a hacer una crítica al inciso primero en lo que para nosotros es un simple error de tipografía cuando dice en lugar DEL hijo y no en lugar DE hijo que es lo correcto. Sería conveniente si que agregara: la adopción sólo procederá cuando ofrezca ventajas para el adoptado como lo hace el código chileno; ventajas en donde deben primar las morales sobre las materiales según los conceptos ya expresados sobre los fines de la institución.

REQUISITOS DE LA ADOPCION: al estudiar esta institución, nuestra ley distingue implícitamente entre requisitos de fondo, como la capacidad y el consentimiento y los requisitos de forma o externos, como la escritura pública, el permiso judicial.

REQUISITOS DE FONDO: el adoptante debe ser una persona natural y tener la libre administración de sus bienes, o sea, que no pueden adoptar ni los absoluta, ni los relativamente incapaces, en otras palabras, sólo pueden adoptar quienes hayan cumplido la edad de veintiún años, por lo tanto se prohíbe hacerlo a quien ha sido habilitado de edad, por ser menor, y a quien esté en interdicción por prodigalidad, demencia o sordomudez, por no tener la libre administración de sus bienes; sin embargo, la mujer casada, antes y después de reconocerle la ley su capacidad, ha podido adoptar, pero con el consentimiento de su marido, así como éste debe obtener previamente el consentimiento de su mujer. Este requisito se justifica plenamente porque la adopción exige deberes y trae inherentes responsabilidades u obligaciones que para su mejor cumplimiento requieren una capacidad plena; por lo anterior vemos que nuestra ley necesita una reforma en este punto en el sentido de que la edad del adoptante debe ser por lo menos de treinta y cinco años y no superior a los sesenta, porque no debemos apartarnos del objetivo perseguido, cual es el darle un hijo a quien la naturaleza se lo ha negado y el de proporcionarle un hogar seguro en donde reciba el cariño y el afecto que no tiene, al niño que no ha tenido o no va a tener la oportunidad de gozar de estos beneficios.

La limitación de la edad a treinta y cinco años, se justifica con el fin de evitar adopciones inconsultas e irreflexivas y de que la persona tenga ya su vida definida con menos peligros de llegar a ser disoluta; y en cuanto a que no sea mayor de sesenta años, porque es muy posible que pasada esa edad ya no está el adoptante en condiciones físicas y sobre todo mentales para iniciar la compleja labor de educación del adoptado y asegurarle un buen futuro como el que se obtiene con una eficiente formación.

Las personas casadas podrán adoptar pero con el consenti-

miento de su cónyuge; esta norma se aplica tanto al hombre como a la mujer, luégo no puede decirse que la mujer precise del consentimiento de su marido por ser incapaz, porque a partir de la ley 28 de 1932, la mujer mayor es plenamente capaz, sino que este requisito es esencial para proteger la armonía conyugal que se rompería, si contra la voluntad de uno de los cónyuges se introdujera una persona extraña en el hogar común.

Naturalmente que el fin social no se cumple a cabalidad con la adopción hecha por uno sólo de los cónyuges quedando el otro al margen de ella; y aún más, ese consentimiento debe quedar consignado en la escritura de adopción y refrendado por la firma de quien lo ha prestado; y digo que el fin social no se cumple a cabalidad, porque el adoptado no va a tener en esta forma, el trato y educación integrales que le corresponden como hijo, y el matrimonio no va a solucionar su problema si uno sólo de los cónyuges es el que recibe la satisfacción del deber cumplido, quedando el otro al margen de esa satisfacción. Aquí cabe preguntar: podrá haber felicidad en un matrimonio cuando ambos cónyuges no participan de la misma satisfacción, que proporciona el interés, educación y cuidados que los padres deben prodigar al hijo?, me atrevo a responder que no; porque en el matrimonio ambos cónyuges se deben complementar. Uno de los fines del matrimonio es la ayuda mutua que proyectándola a los hijos, sólo llega cuando existe una completa coparticipación en las alegrías y en los pesares, en los derechos y en las obligaciones. Una esposa que no participa en la educación de los hijos que han llegado al hogar con su consentimiento, ciertamente no está ayudando a su marido y lo mismo podemos afirmar de éste cuando la adopción ha sido hecha solamente por la esposa.

Don Fernando Vélez nos dice que la mujer casada menor de edad parece que puede dar su consentimiento, para la adopción, sin autorización judicial, porque sólo en el caso de partición contemplado en el artículo 1379 del código civil colombiano manda la ley reemplazar el consentimiento de la mujer menor con el de la justicia; no estamos de acuerdo con el pensamiento de tan eminente civilista, porque si bien, ese consentimiento no autoriza la ley que sea suplido por la justicia, tampoco autoriza para que la mujer menor de edad pueda darlo libremente; si al habilitado de edad no se le permite adoptar, por qué razón se ha de permitir al menor que preste su consentimiento para que otro lo haga? Si la ley presume que el menor de edad no tiene pleno discernimiento, no podemos permitirnos contradecirla sin falsear sus bases. Creo firmemente que el consentimiento de cualquiera de los cónyuges debe ser personal y en ningún caso puede ser suplido por el de la justicia, sea el cónyuge menor, esté ausente, o esté incapacitado por cualesquiera causa, sea que el matrimonio viva en armonía,

o que los cónyuges vivan separados por causa de divorcio, porque éste puede cesar y el hijo llegar a ser un obstáculo para la reconciliación.

También es necesario que el adoptante carezca de descendencia legítima; este requisito se justifica si nos atenemos a uno de los fines que debe perseguir la adopción cual es el dar un hijo a quien carece de él y porque al introducir una persona extraña en el hogar que cuenta con hijos legítimos e igualarla a ellos, puede ser causa de discordias y fuente de rencores; es tan drástica la disposición, que si después de verificada la adopción se tiene descendencia legítima, fenece o termina el contrato; nos parece exagerada la ley cuando dispone esto, puesto que el hijo adoptivo puede ser en ocasiones la causa de que los hijos legítimos lleguen, porque disminuye esa tensión nerviosa que toda mujer tiene cuando la venida de sus hijos se retarda. Debería corregirse la disposición en el sentido de que los hijos legítimos sólo son obstáculo para la adopción cuando existen al momento de verificarse el contrato y a lo sumo cuando lleguen antes de los trescientos días subsiguientes a su perfeccionamiento y que no afecten en nada su validez y eficacia si vienen después. El afecto que nace y se acrecienta cada vez más por las relaciones paterno filiales no lo podemos destruir así de un momento a otro.

Lo que hemos dicho de la descendencia legítima lo podemos aplicar a la descendencia legitimada; por otra parte los hijos naturales reconocidos no son, no deben ser obstáculo para la adopción.

El adoptante debe tener por lo menos quince años más que el adoptado porque la adopción es una imitación de la naturaleza, por ello debe tener tal diferencia de edad, que el adoptante pudiera ser realmente padre del adoptado; además como la adopción establece relaciones paterno filiales, sería impropia y esa sí inconducente, entre personas de la misma edad o cuando el adoptado fuese mayor que el adoptante, porque la autoridad de éste no existiría en absoluto, y porque los fines que la adopción está llamada a desempeñar desaparecerían por completo.

El adoptante y el adoptado deben ser de un mismo sexo; esta disposición mira sin duda a evitar los abusos que se originarían como es fácil comprenderlo. Sólo existe una excepción justificable y conveniente, que es la referente a los cónyuges, quienes pueden adoptar conjuntamente. Con esta forma de adopción, se hacen improbables los abusos y por lo tanto pueden adoptar de uno y otro sexo indistintamente. Este es además el único caso en que una persona puede ser adoptada por varias.

El adoptante puede adoptar a varios? Nuestro código no nos dice nada al respecto, pero como no se exige para ser adoptante el que no se haya adoptado a otros, lógico es pensar que sí se

puede, naturalmente que sería más conveniente que se consignara el principio expresamente como lo hacen otros códigos.

El Sacerdote Católico puede adoptar de acuerdo con la ley colombiana puesto que no se le ha prohibido expresamente, y es que la adopción es permitida tanto a las personas casadas como a las célibes; a quien ha hecho votos de castidad como a quien no los ha hecho. El punto ha sido discutido árdamente. Don Fernando Vélez sostiene que el Sacerdote Católico no puede adoptar, porque la adopción tiene como base que el adoptado pudiera ser realmente hijo del adoptante y no pudiéndose casar el Sacerdote, no puede adoptar. Con el anterior razonamiento tendríamos que negarle el derecho a ser adoptante a todos aquellos que sufren de impotencia coeundi porque el matrimonio de éstos tampoco es permitido por la Iglesia y a quienes sufren de impotencia generandi y aún a las personas solteras, porque éstas tampoco podrán tener hijos, al menos legítimos.

Otra cosa muy distinta es la conveniencia o inconveniencia de que el Sacerdote Católico sea adoptante, caso en el cual nos inclinamos por la inconveniencia, por las mismas razones aducidas por la Iglesia al disponer que el Sacerdote Católico permanezca célibe.

El consentimiento del adoptante debe ser dado personalmente por éste, puesto que debe ser mayor de edad y no tener ninguna incapacidad para la administración de sus bienes. No obstante el mayor capaz, debe obtener el consentimiento de su cónyuge, para que la adopción sea válida, si está casado.

Cuando la adopción se verifica conjuntamente por los cónyuges, ambos deben ser mayores de edad y como lo dijimos antes, sería indispensable que uno de ellos por lo menos, sea mayor de treinta y cinco años, con tal de que el otro también sea mayor de esa edad. Por tanto el cónyuge menor no puede dar su consentimiento ni siquiera en el caso de que el cónyuge que sea mayor, por ejemplo, vaya a adoptar solo, porque la ley no autoriza esto en ninguna parte. Si la ley presume que el menor no tiene pleno discernimiento y que por tanto no puede dar su consentimiento libremente para ningún acto si la ley no lo autoriza expresamente, no nos es permitido reemplazar sus disposiciones y menos contradecirlas. El menor de edad es un relativamente incapaz y sólo tendrá capacidad en aquellos casos en que la ley le reconozca que tiene capacidad. Para todos los demás actos siempre será incapaz sin que la ley tenga que estarlo repitiendo.

Si uno de los cónyuges está imposibilitado por cualquiera causa para prestar su consentimiento, la adopción no puede llevarse a efecto, aún en el caso de que el acto sea evidentemente conveniente y no puede suplirse esta falta de consentimiento por el de la

justicia o por el de un curador, porque el consentimiento del adoptante siempre tiene que ser personal.

La justicia no puede tampoco suplir el consentimiento del cónyuge que se niega a prestarlo, porque es claro que una actuación de esta naturaleza sería origen de disgustos familiares y por lo dicho antes; el consentimiento siempre tiene que ser personal.

El consentimiento del otro cónyuge es siempre un requisito indispensable, aunque esté divorciado, porque la situación de divorcio puede cesar en cualquier momento y en este caso el hijo adoptado sin el consentimiento del otro cónyuge podrá ser ciertamente un obstáculo para la reconciliación.

Tanto el consentimiento del adoptante como el del cónyuge del adoptante, aún cuando la adopción no sea conjunta, deben constar en la escritura de adopción; la falta de este requisito sería causa de nulidad del acto por falta de formalidades externas.

El adoptado, como el adoptante, debe ser una persona natural; puede ser mayor o menor; casado o soltero, pero en todo caso quince años menor que el adoptante; en el caso de que la adopción se haga conjuntamente por los cónyuges, el adoptado debe ser quince años menor que ambos.

El consentimiento del adoptado debe ser personal, mientras sea posible. Si es mayor con su consentimiento basta, si es menor se requiere además el consentimiento de las personas que deben prestarlo para que pueda el menor casarse o en su defecto el de un curador especial; si es absolutamente incapaz sólo se requerirá el consentimiento de su representante legal o de un curador especial, puesto que siendo absolutamente incapaz, no puede prestar su consentimiento porque éste no existe; quien está bajo guarda sea mayor o menor, necesita del consentimiento de su guardador, aún en el caso del disipador, porque si no fuera así sería tanto como autorizar a éste para cambiar de curador sin justa causa, porque con la adopción quedan sus bienes bajo la guarda del adoptante.

Quien esté bajo guarda no puede ser adoptado por su guardador, sino cuando cumpla la edad de diez y ocho años y al guardador le hayan sido aprobadas las cuentas de su administración. Esta disposición es un rezago de la tutela oficiosa o voluntaria del Código Francés de 1804 y creo que debe abolirse, para así poder dar al niño, un hogar desde la más tierna edad, que es precisamente cuando más lo necesita; se presentaría el problema de que el consentimiento para la adopción sería dado por el mismo adoptante, pero sería fácil el solucionarlo nombrándole al pupilo un curador especial, con la aprobación previa de las cuentas al adoptante.

En caso de que la persona bajo cuyo poder esté aquel a quien se pretende adoptar se niegue a dar su consentimiento, éste

no puede ser suplido por el de la justicia. Este punto merece una reforma en el sentido de que pueda ser suplido el consentimiento del guardador cuando no justifique su negativa, porque en tal forma se evitarían posibles perjuicios para el menor que no puede ser adoptado por un simple capricho de su guardador. A los padres del pupilo sí debe dejárseles en libertad de prestar su consentimiento puesto que éstos tienen derechos adquiridos por la naturaleza, derechos que de ninguna manera podemos vulnerar.

El punto referente a la adopción de hijos naturales, ha sido muy discutido, no tanto en Colombia como en los países europeos. Nuestra ley no dice nada al respecto. Me inclino a pensar que debería prohibirse, porque con ella se perjudicaría en vez de beneficiarse en el aspecto patrimonial, al hijo natural.

Además, como lo dice don Fernando Vélez, no parece razonable que dos personas ligadas por el vínculo de la sangre, cuando constituyen un estado civil definido, puedan cambiarlo por uno simplemente ilegal. Es cierto que esta clase de adopción no está prohibida en la ley, pero también es cierto que no solamente no complementa la naturaleza, sino que llega a contradecirla, es por ello por lo que debe ser prohibida.

En lo que se refiere a los hijos simplemente ilegítimos, el problema no existe, porque éstos no tienen filiación establecida, ya que el vínculo natural que los une no está reconocido legalmente y además porque para ellos su condición mejoraría con la adopción.

REQUISITOS DE FORMA O EXTERNOS

PERMISO JUDICIAL: el permiso del juez del domicilio del adoptado es esencial para toda adopción, el funcionario competente para otorgar este permiso según nuestra ley es el Juez del Circuito en lo Civil. En nuestro concepto, tratándose de un adoptado menor, que según los fines de la adopción así conviene que sea siempre, debería darse competencia a los Jueces de Menores, porque estos funcionarios deben ser especializados y porque deben estar en mejores condiciones para apreciar las ventajas o desventajas que puedan significarle al menor la adopción, porque el Juez que concede el permiso debe hacerlo con conocimiento de causa y así debería expresarlo la ley. Una adopción inconveniente no debe ser autorizada.

El Juez antes de conceder el permiso, debe estudiar si se han cumplido los requisitos legales, especialmente los relativos al estado civil, sexo y edad de los interesados, con este fin deben presentársele oportunamente los comprobantes respectivos. Al Juez debe dársele libertad para estudiar todo lo que considere oportuno para formar su juicio, especialmente en lo que se refiere a conve-

nencia para el adoptado, para ello sería muy del caso oír a los parientes de éste.

ESCRITURA PUBLICA: la escritura pública es otra de las solemnidades requeridas en la adopción, en ella debe estar insertado el permiso del juez que autorizó la adopción, el consentimiento prestado por los parientes del adoptado o por el cónyuge en su caso y el consentimiento de las partes. La escritura deberá estar firmada por el juez que concedió el permiso, por el adoptante y el adoptado si sabe hacerlo y en su caso por la persona que haya prestado su consentimiento para la adopción, por el notario ante quien se extiende y por dos testigos.

INVENTARIO: si el adoptado es menor o si es persona que esté bajo guarda y tenga bienes, el adoptante está en la obligación de hacer inventario solemne si es ante notario y por escritura pública, o judicial si lo hace ante el juez, que debe ser el mismo que ha autorizado la adopción o concedido el permiso. El inventario judicial debe ser protocolado en una notaría que debería ser la misma en donde se otorgó la escritura de adopción.

CAUCION: el adoptante debe prestar caución, a satisfacción de quien concedió el permiso o prestó el consentimiento para la adopción del incapaz, con el fin de responder de los bienes del incapaz o sea de los que figuran en el inventario. La caución debe ser aprobada por el juez, y puede ser personal, prendaria o hipotecaria.

Si el adoptado fuere menor o persona reputada como menor, tomará el juez las demás providencias que estime necesarias en beneficio de la persona del adoptado y en seguridad de sus bienes. En cuanto a la persona, las providencias pueden referirse a la crianza, educación, establecimiento, residencia, etc. En cuanto a los bienes, pueden referirse a su inversión, conservación, disposición etc. En consecuencia, la autorización dada al juez en este sentido es amplia, para resolver según su criterio lo que sea más conveniente a la persona y bienes del adoptado incapaz. Es por ello por lo que volvemos a insistir en que la competencia en estos asuntos debería dárseles al juez de menores, funcionario que debe ser técnico en estos menesteres y que debe asimismo estar asistido por profesionales especializados en asuntos sociales y muy especialmente en todo lo que se refiere a los menores, por quienes la ley debe mostrar siempre especial preferencia como que son quienes habrán de darle brillo a la patria cuando lleguen a la mayoría de edad, todo esto si han sido bien dirigidos.

EFFECTO DE LA ADOPCION: el parentesco civil resultante de la adopción, tiene efectos muy restringidos. Según el código civil colombiano, artículo 50, este parentesco no pasa de las respectivas personas contratantes o sea del adoptante o adoptantes y del adoptado. La ley es demasiado lacónica al hablar de los efectos de

la adopción; excluye a los terceros según el texto del artículo 50 pero luego aparece que un tercero con el adoptado, como lo es el hijo natural del adoptante, viene a concurrir en la herencia del padre común y es afectado en sus derechos herenciales, pues que a falta de ascendientes legítimos, el hijo natural tendría la mitad de lo que le correspondía al adoptado puesto que éste adquiere los derechos de hijo legítimo. Luégo no es que no pasa en sus efectos, sino que sólo se establecen relaciones jurídicas entre adoptante y adoptado.

La solución de que las relaciones jurídicas sólo nazcan entre adoptantes y adoptado es perfectamente jurídica si atendemos a que la adopción es un contrato y como tal sólo entre los contratantes nacen relaciones jurídicas; por lo mismo, las relaciones civiles que de él resultan se limitan a esas personas. En cuanto a los demás efectos, ya hemos visto que sí se producen respecto de terceros, porque éstos aunque no tengan relaciones civiles con las partes por efecto del contrato celebrado entre ellas, pueden ser afectados en sus derechos. Sin embargo, los hijos legítimos del hijo adoptado deberían ser considerados por la ley, como nietos legítimos del adoptante y en esta forma sería más justa la ley.

No obstante lo anterior, el principio tiene una excepción consignada en la misma ley, en lo referente a la nulidad del matrimonio contraído por el adoptado y la esposa del adoptante, quien es un tercero en la adopción y el efecto es tan grande que esta nulidad es insubsanable. Así mismo, la adopción produce importantes efectos relacionados con el matrimonio entre el padre y la madre, con el hijo o la hija adoptados y entre el hijo y la esposa del adoptante, como lo vimos, de acuerdo con el numeral 11 del artículo 140. El matrimonio contraído entre estas personas es nulo con nulidad insubsanable; la justificación de esta nulidad es bien grande si pensamos que la pureza del hogar y la moralidad de la familia se verían seriamente comprometidas si se permitieran estas uniones, porque con la adopción se ha querido imitar a la naturaleza y ésta es contraria a las uniones entre padres e hijos.

Los padres adoptantes y los hijos adoptivos se deben recíprocamente alimentos necesarios o sea sólo los que bastan para sustentar la vida. Creo que la ley no es lógica en este punto, porque si a quien hizo una donación cuantiosa se le deben alimentos congruos o sea aquellos que habilitan para vivir modestamente de acuerdo con su posición social, porqué, repito, no ha de tener el mismo derecho quien le ha donado la felicidad, cariño, afecto, educación y posición social a otra persona? Será que la ley considere de más valor una donación en dinero superior a los dos mil pesos (\$ 2.000.00) que la donación de un hogar honrado, en donde se van a recibir afectos, formación recta y educación adecuada? Seguramente que no, luégo se impone una reforma en este punto.

La ley considera que el adoptante y el adoptado deben ser oídos cuando se manda que se oiga a los parientes y forman el cuarto grupo entre los parientes según el artículo 61 del código civil. El parentesco en cuanto a derechos y obligaciones, que nacen con la adopción, entre adoptante y adoptado es el que corresponde a los padres e hijos legítimos; si el adoptado estuviere bajo el poder de guardador, al momento de la adopción, saldrá de él y quedará bajo la patria potestad del adoptante, pero la ley deja un vacío al no decirnos quien ejerce la representación del adoptado cuando éste se encontraba bajo la patria potestad de su padre por la naturaleza, al momento mismo de la adopción.

Con respecto a la autoridad paterna ya hemos visto que corresponde al adoptante puesto que éste y el adoptado adquieren respectivamente los derechos y obligaciones de padre o madre e hijos legítimos, según el artículo 281.

En lo que se refiere a la patria potestad ya hemos visto que se encuentra un poco deficiente en nuestra legislación. El adoptado sólo quedará bajo la patria potestad del adoptante cuando estuviere bajo el poder de guardador, pero si estuviere bajo la patria potestad de su padre o madre por la naturaleza, parece que no saliera de ella. Luégo en este caso, ilógicamente, los gastos de crianza y educación corresponderán al adoptante y el derecho de representación así como también el usufructo del peculio adventicio ordinario del adoptado corresponderán a su padre por la naturaleza, todo lo cual constituye una evidente injusticia.

Los gastos de crianza, educación y establecimiento del adoptado correrán de cuenta del adoptante; pero si la adopción ha sido hecha conjuntamente por los cónyuges, estos gastos serán de cargo de la sociedad conyugal, como si se tratara de un descendiente legítimo. Si el adoptado tuviere patrimonio propio, los gastos se sacarán de él, conservando en lo posible el capital.

El antiguo código de Cundinamarca, como la mayoría de los códigos modernos, estatúa como es lo correcto, que la patria potestad siempre que a ella haya lugar, corresponde al adoptante, así el adoptado esté, al momento de la adopción, bajo la potestad de sus padres o que no se halle bajo la patria potestad. Además, según el espíritu de los códigos modernos, el adoptado, por efecto de la adopción, se amancia de sus padres por la naturaleza, por lo tanto si el adoptante llegare a perder la patria potestad, no por ello recuperan el padre o madre legítimos o naturales, la patria potestad.

Como consecuencia de la adopción, el adoptado debe salir de la patria potestad, así como sale de la guarda en que se encuentra, si queremos ser justos.

La patria potestad debe ser ejercida por el adoptante en la misma forma que los padres legítimos, de aquí podemos concluir

que, si los adoptantes son ambos cónyuges, la patria potestad corresponderá en primer lugar al marido y a falta de éste por cualquiera causa legal, a la madre mientras guarde buenas costumbres y no pase a otras nupcias.

Ahora bien, la ley no nos dice, como decía atrás, a quien corresponde la patria potestad del adoptado, cuando estuviere bajo la patria potestad de su padre legítimo al momento de verificarse la adopción. Sin embargo el artículo 278 nos dice: "si el adoptado tiene bienes y está bajo el poder de otra persona, el adoptante deberá dar caución a satisfacción del padre o guardador en responsabilidad de esos bienes y éstos deberán recibirse con inventario solemne o judicial, protocolándose este último". Luego si recibe los bienes con inventario y presta caución para responder de ellos, es porque está ejerciendo la representación de la patria potestad, por lo menos en el aspecto patrimonial, porque estos requisitos son limitaciones a ella y no podemos limitar lo que no existe.

Así pues que la patria potestad debe pertenecer al adoptante en todos los casos y está bien que se le impongan esas limitaciones, sin que se vaya a llegar por este medio a cercenarle demasiado sus derechos, como lo hacen otros códigos, quitándole el usufructo de los bienes del adoptado, porquet con ella se le dificulta, en vez de facilitarle, el cumplimiento de sus deberes.

El código nos dice además en el artículo 281 que el adoptado quedará bajo la tutela o curaduría de la madre adoptante en su caso; creo que esta parte está subrogada, primero por el artículo 53 de la ley 153 de 1887 y luego por el artículo 13 de la ley 45 de 1936. Se explica la disposición del artículo 281, porque el código no permitía a las mujeres, en ningún caso, el ejercicio de la patria potestad.

El adoptado, no obstante que el código no nos dice nada al respecto, debe conservar su familia natural. Así, los derechos a pedir alimentos y a darlos y el derecho de herencia, tanto pasiva como activamente, deben permanecer; está bien que por la convención se creen estos vínculos con otras personas, pero no está bien que se destruyan los lazos que forma la naturaleza.

Otros códigos estatuyen expresamente que el adoptado no pierda los nexos que tenía con su familia natural. No hay razón para que nuestro código no consagre expresamente la misma disposición, como manifestación lógica del respeto a la familia dada por la naturaleza.

No obstante lo lógico que nos parece lo anterior, la ley consagra, como lo vimos antes, algunas excepciones lógicas también, como son: la patria potestad, la autoridad paterna y además el derecho a consentir en el matrimonio del adoptado menor, los cuales deben corresponder al adoptante desde el momento de la adopción.

El derecho del adoptante a nombrar tutor o curador por testa-

mento, prácticamente no existe. El artículo 283 permite al padre o madre adoptantes nombrar tutor o curador por testamento o acto entre vivos, al adoptado, conforme a lo dispuesto por el artículo 450; este artículo aunque habla de nombramiento de tutor y curador, lo que permite es que cualquiera persona que done o deje algo al pupilo, pueda nombrar un curador adjunto para que intervenga únicamente en la administración de los bienes donados o legados al pupilo. Luego el artículo 283 no confiere nada nuevo al adoptante puesto que éste tenía el derecho antes de llegar a ser adoptante.

Otros códigos son más lógicos que el nuestro, puesto que le dan derecho al adoptante a nombrar tutor o curador al adoptado con preferencia a los padres legítimos o naturales, y digo que son más lógicos, porque si la autoridad paterna y la patria potestad las ejerce el adoptante con prescindencia de los padres por la naturaleza, es natural que tenga derecho a nombrar guardador al adoptado.

Así mismo el adoptante debe ser llamado con preferencia a los padres legítimos o naturales a la guarda legítima del adoptado y éste debe ser llamado a la guarda legítima del adoptante inmediatamente después de los hijos legítimos o naturales de éste. En caso de que el hijo legítimo no pueda ser guardador de su padre por prohibirlo la ley, como en el caso del disipador, el adoptivo por la misma razón tampoco podrá serlo.

El adoptado que ejerza la guarda legítima del adoptante, debe prestar caución de conservación y restitución y confeccionar inventario, así como el adoptante debe hacerlo para ejercer la patria potestad.

La guarda legítima no debe tener lugar cuando ha expirado la adopción; así mismo debe cesar si ésta expira, pero debemos tener en cuenta que la adopción debe ser un vínculo firme, que no pueda romperse con facilidad.

El derecho hereditario, tal como lo reglamenta nuestro código, entre adoptante y adoptado, ofrece serios reparos, si atendemos al texto de la disposición el cual es el siguiente: "El hijo adoptado puede heredar al padre por testamento, en caso que no haya ascendientes legítimos y si los hubiere sólo tendrá derecho a una décima parte de los bienes, pero el adoptante en ningún caso podrá ser heredero del adoptado. (artículo 282).

Sobre el derecho hereditario estudia don Fernando Vélez dos sistemas, decidiéndose por el primero de ellos. Vamos a estudiar con él este punto, por ser de mucha importancia.

PRIMER SISTEMA: este sistema es el que consagra el artículo 282 cuando nos dice que el adoptado en ningún caso puede heredar al padre adoptante abintestato; luego, no es legitimario. Así

las cosas, la décima parte de que habla la ley es la porción limitada del patrimonio que puede dejar el adoptante al adoptado pero sólo en caso de que haga testamento; luego la condición del adoptado en este derecho es peor que la del extraño a quien se le puede dejar la mitad o la cuarta parte de los bienes según que existan o no descendientes.

Es claro que el artículo 282 no habla de los hijos legítimos, porque en este evento la adopción es prohibida o ha fenecido conforme al artículo 287. Ya hemos visto que esta última disposición debe cambiarse en nuestro estatuto civil. En el caso del artículo 287 vemos que el adoptado se hace acreedor a una mejora en la herencia del adoptante, puesto que éste puede dejarle a quien fue su hijo, (ya no lo es en virtud de la disposición mencionada) la cuarta parte de sus bienes, como extraño que es, mientras que subsistiendo la adopción y teniendo el adoptante ascendientes legítimos, sólo puede dejar a su hijo la décima parte de sus bienes.

Si el adoptante tiene hijos naturales, no sabemos, porque la ley tiene un vacío, qué cuota puede dejarle al adoptado. Parece que sea la cuarta parte y parece que sea el doble de lo que le corresponda al natural, pero si al mismo tiempo existen ascendientes legítimos del adoptante, al adoptado sólo le tocará la décima parte de los bienes. Aquí debe tenerse en cuenta de que la adopción tal vez pueda fenecer por la venida de hijos legítimos del hijo natural. En mi concepto creo que no fenecer porque la ley no consagra expresamente esta causal de fenecimiento.

Cuando el adoptante tenga otra clase de herederos, que no sean legitimarios, puede dejarle al hijo adoptado todos sus bienes, sin perjudicar las demás asignaciones forzosas como alimentos y porción conyugal.

Algunos códigos como el francés, confieren al adoptado el mismo derecho hereditario que al hijo nacido en matrimonio. Otros como el de Cundinamarca, por el contrario, no le confieren ningún derecho como legitimario.

En lo que corresponde al adoptante, éste según el texto del artículo 282, no adquiere ningún derecho en la herencia del adoptado, ni abintestato, ni por testamento. Consideramos, al igual que todos los comentaristas del código civil, como absurda esta disposición, porque si un extraño puede heredar, por qué se le quita ese derecho a quien tiene tantos nexos con el causante? Estaría bien que se establecieran algunas limitaciones, como por ejemplo: que el adoptante no tenga ningún derecho en la herencia del adoptado que muere impúber, pero no es justo hacer tan drástica la disposición.

SEGUNDO SISTEMA: en este sistema el adoptado es legitimario, por consiguiente es preferido en las sucesiones testamentarias

y en las intestadas tiene los derechos de hijo legítimo, porque la adopción da al adoptado esta calidad según el artículo 281.

Pero debemos observar que si nuestra ley dispone que el adoptado puede heredar al adoptante, por testamento, es claro que no puede heredarlo abintestato; luego si el adoptante no deja en su testamento nada al adoptado, éste no tiene asidero en la ley para hacer reclamo alguno. Luego la décima parte de que habla la ley tiene que referirse a sucesión testada.

Don Fernando Vélez dice que el adoptado no debe ser legítimo en ningún caso y ese es el pensamiento de nuestro legislador, pero no deben cercenársele sus derechos completamente como lo hace nuestra ley y como tan connotado civilista lo pretende. Y es más, para los efectos fiscales el adoptado debe ser considerado como hijo y no como extraño, forma como injustamente lo toman los recaudadores de hacienda.

Al adoptado lo podría y debería equiparar la ley colombiana, en el derecho hereditario, al hijo natural, concediéndole inclusive el derecho de representación, estableciendo en este punto una excepción al principio de que la adopción sólo crea relaciones jurídicas entre los contratantes, en esta forma sería más justa. Podría dejarse el principio de heredar sólo por testamento, para el adoptante, con las limitaciones que puedan resultar del caso, en concurrencia con la familia natural del adoptado, vgr: si existen descendientes de éste no puede dejarle legalmente, más de la cuarta parte de sus bienes.

Pasemos ahora a otros puntos y consideremos el apellido del adoptado; notamos que el silencio en este punto es total en nuestro código, por lo tanto, entre nosotros el adoptado debe conservar el apellido de su familia por la naturaleza, puesto que no existe fundamento legal para usar el del adoptante. Esto modifica substancialmente uno de los objetivos antiguos de la adopción, sin que haya razón suficiente para ello.

Algunos códigos ordenan especialmente que el adoptado tome el apellido del adoptante o por lo menos que lo agregue a los propios. Otros consagran este derecho como facultativo para el adoptado; además es lógico notar que si el adoptado toma el apellido del adoptante se considera que entra más en la familia de éste y por lo tanto tendrán más derechos en ella.

Creemos nosotros que podrían mezclarse los dos principios mencionados, estatuyendo que cuando el adoptado es impúber tome en todos los casos el apellido del adoptante, dejando el derecho como facultativo para los adoptados púberes. Para lo anterior nos basamos en que el adoptado impúber, sobre todo si es infante o niño, podrá llegar a sufrir un chocs cuando crezca y se dé cuenta de la disparidad de apellidos con los de sus padres y si a ello agregamos la chacota que le hagan los amigos, ya podemos suponer:

el resultado. El fin de la adopción es social y para cumplir mejor ese fin debe hacerse en forma que el niño, siéndolo, o cuando llegue a la pubertad, no sufra choques psicológicos al descubrir su verdadero origen y más si éste ha sido fuera de la ley.

En el caso de que el adoptado sea un huérfano víctima de la violencia, es lógico que crecerá con menos odios al ver que otras personas se lo dan todo incluso su nombre y en muchos casos esto ayudará a olvidar las escenas atroces en que perdieron la vida sus padres y hermanos; porque no es bueno que los niños recuerden todos aquellos actos de barbarie.

Así las cosas el adoptante no podrá oponerse a que el adoptado tome su apellido y que éste ni siquiera tenga que obtener el consentimiento especial para ello. Así el adoptado por un matrimonio tomará los apellidos de los esposos como si se tratara de un hijo legítimo y el adoptado por una sola persona tomará los apellidos de ésta, con ello se hace más perfecta la imitación de la naturaleza y se hace un mayor bien.

Para evitar dificultades, los apellidos con que el adoptado ha de quedar, se consignarán en la escritura de adopción. Por este solo hecho y para darle publicidad al acto, la escritura debe registrarse; en esta forma y por efecto de la publicidad, se irá formando una conciencia en la sociedad en favor de la adopción, redundando todo esto en beneficio de muchos.

En lo que se refiere a la partida de nacimiento podemos considerar lo siguiente: si ésta ya está asentada, no debe alterarse, pero si se va a asentar, el asiento debe hacerse haciendo constar al adoptado sólo como hijo adoptivo de fulano o de fulana y perana. Ahora bien, para efectos de identificación debe anotarse al margen de la partida primitiva, cuando exista, los apellidos que en adelante llevará el adoptado, en esa forma podrá relacionarse la partida de nacimiento con la escritura de adopción.

Si el adoptado sigue siendo conocido con el apellido del adoptante, es natural que tenga derecho a transmitir el mismo apellido a sus descendientes y esta es una situación que la ley no puede desconocer sin sembrar el caos que se produciría con la disparidad de apellidos.

La adopción, según el código civil colombiano, fenece sólo en tres casos a saber: 1º Por revocación. 2º Por muerte del adoptante o del adoptado, pero debemos tener en cuenta que la adopción que fenece es la válida y que en caso de adopción conjunta, no fenece por la muerte de uno de los cónyuges. 3º Por llegar a tener el adoptante descendencia legítima.