

Adopción de las personas mayores de edad con capacidad de hecho

Adoption of people of legal age with de facto capacity

Roberto Fonseca Feris¹

<https://orcid.org/0000-0002-2186-1649>

¹ Universidad Americana. Asunción, Paraguay.

Correspondencia: rfferis69@gmail.com

Conflicto de Interés: Ninguna.

Recibido: 15/03/2022; aprobado: 27/04/2022.



Este es un artículo publicado en acceso abierto bajo una Licencia Creative Commons.

RESUMEN

La adopción atravesó diferentes etapas en su historia, los antiguos romanos hicieron uso de ella para mantener su linaje y regulaban tanto la adopción de menores de edad como de mayores y emancipados. En la actualidad cuando se habla de adopción como institución jurídica en Paraguay, se tiende a relacionar con los niños y adolescentes. Pero esa interpretación deja fuera de la posibilidad de regulación legal de la adopción de personas mayores de edad que tienen capacidad de hecho y que por razones biológicas no tienen lazos filiales con la familia que los acogió. El propósito fundamental de este trabajo se centró en analizar los fundamentos por los cuales se necesita introducir en la legislación civil paraguaya la adopción de los mayores de edad con capacidad de hecho, para lo cual se realizó la comparación jurídica con legislaciones de Latinoamérica y la de España. Se recogieron criterios doctrinales, así como el estudio de los principios constitucionales y derechos humanos que se relacionan con esta institución jurídica. La investigación fue de diseño documental con un nivel descriptivo y se emplearon los métodos sistemático y hermenéutico. Como conclusión principal se arribó a que no regular este tipo de adopción en el país es discriminatorio, atenta contra el derecho de la igualdad, el de constituir familia y el derecho a la identidad, por lo que se precisa una modificación en la legislación nacional.

Palabras clave: Adopción, mayores de edad con capacidad de hecho, requisitos, principios constitucionales, Paraguay.

ABSTRACT

Adoption has gone through different stages in its history, the ancient romans used it to maintain their lineage and regulated both the adoption of minors and adults and emancipated. At present, when adoption is spoken of as a legal institution in Paraguay, it tends to be related to children and adolescents; but that interpretation leaves out the possibility of legal regulation of the adoption of people of legal age who have de facto capacity and who, for biological reasons, do not have filial ties with the family that took them in. The fundamental purpose of this work focused on analyzing the foundations for which it is necessary to introduce in the Paraguayan civil legislation the adoption of adults with de facto capacity, for which a legal comparison was made with the legislation of Latin America and that of Spain, doctrinal criteria were collected, as well as the study of the constitutional principles and human rights that are related to this legal institution. The research was of documentary design with a descriptive level and the systematic and hermeneutic methods were used. As a main conclusion, it was reached that not regulating this type of adoption in the country is discriminatory, violates the right to equality, to form a family and the right to identity, for which a modification in the national legislation is required.

Keywords: Adoption, adults with de facto capacity, requirements, constitutional principles, Paraguay.

INTRODUCCIÓN

La adopción como institución se considera una ficción del derecho cuyo origen se remonta a la frase latina “*adoptio imitatum natura*”, que significa la adopción imita la naturaleza al crear lazos jurídicos entre los intervinientes quienes no poseen un vínculo biológico o de sangre. En la adopción se crean entre adoptante y adoptado las mismas relaciones que se derivan de la filiación legítima.

Surge como una relación derivada de un contrato, cuya esencia era la continuidad de la estirpe de los adoptantes quienes no tenían descendencia, o si la tuviesen no era la adecuada.

En el derecho moderno su naturaleza se acerca más a los intereses de los adoptados, niños o adolescentes, que necesitan una familia que los acoja y donde desarrollarse. Pero es esa interpretación la que deja fuera en la ley paraguaya la regulación legal adoptiva de las personas mayores de edad con capacidad de hecho.

Actualmente la adopción debe analizarse desde una doble perspectiva: adoptantes y adoptados, teniendo en cuenta los anhelos e intereses de los que poseen capacidad, disponibilidad y sentimientos filiales para acoger a una persona en su familia, y los que buscan o necesitan pertenecer a una familia pues la de origen no es la idónea para su convivencia y desarrollo.

No hay dudas que la adopción es una institución del derecho de familia y a través de ella una persona que no posee vínculos sanguíneos pasa a una familia creándose relaciones paterno-filiales entre ambos. Jurídicamente el adoptado deja de pertenecer a su familia biológica y se generan derechos y obligaciones recíprocas con la nueva familia.

Ante la ausencia de una regulación legal sobre la adopción de las personas mayores de edad con capacidad de hecho, este trabajo se centra en mostrar los fundamentos relacionados con los derechos humanos y fundamentales que hacen necesaria su inclusión, así como se realiza una comparación jurídica con legislaciones de Latinoamérica y España donde se prevé ese tipo de adopción, en aras de proponer una inclusión legislativa.

La investigación tuvo un diseño documental empleando fuentes mediatas. Se utilizaron los métodos comparativos con respecto a las legislaciones civiles y el hermenéutico analizando las regulaciones constitucionales vigentes en Paraguay.

Antecedentes históricos. La adopción en Roma

La institución de la adopción es tan antigua como el derecho romano, su naturaleza se relaciona con la extensión del linaje en aquellos casos donde no se tuviese descendencia o no se tuviese descendencia masculina ya que el parentesco era creado por esa línea. En Roma la adopción podía realizarse tanto de los mayores de edad o emancipados como de los menores de edad. Es así como se reconoció un parentesco civil llamado también agnación y uno natural llamado cognación, además del parentesco por afinidad. En el parentesco por agnación se encontraban los extraños que el paterfamilias traía al grupo ya fuese por agnación o cognación.

La adopción de mayores de edad se denominaba *drogación* y daba la posibilidad a un paterfamilias para que adquiriera el derecho de ejercer la patria potestad sobre otro paterfamilias. Poseía un procedimiento riguroso por los efectos sociales, familiares y patrimoniales ya que el patrimonio del adrogada pasaba al paterfamilias y se producía una sucesión universal inter vivos. Este procedimiento resumidamente era el siguiente:

Desde la perspectiva religiosa, se debía notificar la decisión de la futura adrogación a los pontífices, para que éstos la aprobasen, ya que la consecuencia inmediata que les afectaría, sería la desaparición de un culto familiar determinado. Por otro lado, era necesario informar del caso a los comicios por curias a efecto de que en ellos se votase a favor o en contra de la adrogación, para lo cual el magistrado que presidía el comicio dirigía tres rogaciones al futuro adrogado a fin de que recapacitase sobre el hecho; si éste insistía, se procedía a votar. Si la votación era afirmativa, el adrogado renunciaba solemnemente a su culto privado, acto que se conoce con el nombre de *detestatio sacrorum* y aceptaba el perteneciente a su nuevo patero. A partir del siglo III, en la época del emperador Diocleciano, se suprimieron todas estas solemnidades y fue suficiente con una autorización del emperador para poder llevar a cabo la adrogación. Una vez cumplidos los requisitos del caso, el adrogado quedaba bajo la autoridad paterna del adrogante, al igual que las personas que estuvieron sometidas a dicha autoridad, disponiendo el adrogante desde ese momento de los bienes del adrogado. (Correa y Lagos, 2014).

El paterfamilias adrogado pasaba a ser *filius familias* del adrogante, trayendo consigo a sus *filii* y su patrimonio con todos los derechos y obligaciones que se derivaban de la nueva relación filial creada.

Comparación jurídica entre legislaciones civiles de Latinoamérica y España que regulan la institución

Varias de las legislaciones de Latinoamérica regulan no solo la adopción de los niños y adolescentes, sino también prevén con un carácter excepcional la adopción de personas mayores de edad con capacidad de hecho. Se seleccionaron para el estudio leyes civiles de países de Latinoamérica al ser cercanos geográficamente a Paraguay, así como de España, país que posee la misma base romana.

En Perú, el Código Civil aprobado por el Decreto Legislativo 295 promulgado el 24 de julio de 1984 establece en su artículo 378 los requisitos a tener en cuenta para la adopción donde se incluyen los mayores de edad. Es así que exige para estos los siguientes requisitos: Que el adoptante goce de solvencia moral, que la edad del adoptante sea por lo menos igual a la suma de la mayoría y la del hijo por adoptar, que cuando el adoptante sea casado concurra el asentimiento de su cónyuge y que cuando el adoptante sea conviviente conforme, concurra el asentimiento del otro conviviente. Sobre la tramitación pueden presentarse los interesados ante el poder judicial o ante un notario público teniendo en cuenta que sea un asunto no contencioso.

Con relación a los efectos jurídicos esta ley prevé los mismos que tiene la adopción de menores de edad. En ese sentido confiere al adoptado el status de hijo del adoptante y al adoptante el status de padre del adoptado. Adquiere el adoptado los apellidos del adoptante o los adoptantes, se constituyen derechos hereditarios, se realiza la suscripción de una nueva partida de nacimiento del adoptado en sustitución de la original y se extinguen todos los efectos de la partida original del adoptado, con excepción de los impedimentos matrimoniales.

Por su parte, el Código Civil y Comercial de Argentina Aprobado por ley 26.994 promulgado según Decreto 1795/2014 regula en su artículo 597 a las personas que pueden ser adoptadas y junto a los menores de edad no emancipados recoge como una excepcionalidad la

adopción de personas mayores de edad cuando se cumplan determinados requisitos que son: se trate del hijo del cónyuge o conviviente de la persona que pretende adoptar o existiera posesión de estado de hijo mientras era menor de edad, fehacientemente comprobada.

En Guatemala, la Ley número 39 de Adopciones, aprobada por el Congreso y puesta en vigencia el 31 de diciembre del 2007 a través del Decreto 77/2007, en su artículo 12 regula los sujetos que pueden ser adoptados y en su inciso f) prevé: El mayor de edad, si manifiesta expresamente su consentimiento. Establece un procedimiento diferente ya que se realizará ante notario luego de obtener un dictamen favorable de la autoridad central que es el Consejo Nacional de Adopciones, formalizando el acto mediante escritura pública (Art 39).

En Colombia la Ley 1098/2006, Código de la Infancia y la Adolescencia, aprobado por el Congreso de la Nación y puesto en vigor el 8 de noviembre del 2006, establece en su artículo 69 la adopción de mayores de edad y consigna que podrá adoptarse al mayor de edad, cuando el adoptante hubiera tenido su cuidado personal y haber convivido bajo el mismo techo con él, por lo menos dos años antes de que este cumpliera los dieciocho (18) años. La adopción de mayores de edad procede por el sólo consentimiento entre el adoptante y el adoptivo. Para estos eventos el proceso se adelantará ante un Juez de Familia.

Por su parte en el Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil Español, establece en su artículo 175 inciso 2 los siguientes postulados: Únicamente podrán ser adoptados los menores no emancipados. Excepcionalmente prevé será posible la adopción de un mayor de edad o de un menor emancipado cuando, inmediatamente antes de la emancipación, hubiere existido una situación de acogimiento con los futuros adoptantes o de convivencia estable con ellos de, al menos, un año.

En Venezuela. Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (5.859 Extraordinaria de fecha 10 de diciembre de 2007, aprobada por la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela regula en su Artículo 408 la edad para ser adoptado o adoptada. En primera opción plantea que sólo pueden ser adoptados o adoptadas quienes tengan menos de dieciocho años para la fecha en que se solicite la adopción. No obstante, establece una excepción a los mayores de edad cuando existen relaciones de parentesco o si la persona a ser adoptada ha estado integrado al hogar del posible adoptante antes de alcanzar esa edad, o cuando se trate de adoptar al hijo o hija del otro cónyuge.

Como se observa son varias las legislaciones de Latinoamérica, así como la española, que establecen la excepción a la adopción de personas mayores de edad con capacidad de hecho, lo que redundaría en la protección de garantías jurídicas tanto de los adoptados como de los adoptantes.

Adopción de personas mayores de edad con capacidad de hecho. Criterios doctrinales

Para este análisis es necesario determinar lo que es capacidad de hecho. Se reconoce como la aptitud legal que posee una persona para ejercer sus derechos por sí mismos, sin necesidad de un representante. La capacidad de hecho se relaciona con el cumplimiento de la mayoría de edad, momento en que se adquiere plena capacidad, si no existen otros impedimentos.

Al arribar a la mayoría de edad, el ser humano ya tiene una personalidad y un carácter fraguado, esta es la razón que alegan algunas corrientes doctrinarias para mostrar su

desacuerdo con la adopción de estas personas. Autores como Borda, López del Carril, Vidal Taquini, consideran que esa adopción no tiene sentido:

El instituto ha sido adoptado alrededor de la idea de la protección a la minoridad, para asegurar la formación y educación del menor desamparado. El mayor de edad ya está formado, y su adopción no responde a ninguna necesidad, ni social ni individual, se desvirtúan totalmente los fines de la institución. (Citados por Ferrer, 1984, p. 175)

En contraposición a ese criterio y en una posición a favor, se encuentran los autores argentinos Highton y Dutto, quienes fundamentan que se concreta a través de ella la posesión de estado de hijo; hacen referencia también a la adopción integrativa que persigue como objetivo incorporar a la familia al hijo del cónyuge o del conviviente.

La adopción de los mayores de edad, sería la forma de convertir un vínculo afectivo preexistente en un vínculo legal, consolidando un estado de hecho, ya que se parte de que el adoptado se encontrase bajo el cuidado o custodia del adoptante durante su minoría de edad y no se haya podido realizar la adopción ante la concurrencia de limitaciones legales que desaparecerían al llegar a la mayoría de edad, como pudiesen ser la sujeción a la patria potestad de sus padres biológicos.

Uno de los objetivos de la adopción es proporcionarle al adoptado una familia donde pueda desarrollarse plenamente, pero no es el único ya que los efectos jurídicos van más allá de la transmisión del nombre, extendiéndose también al patrimonio de ambas partes en vida, pues se generan derechos y obligaciones como los alimentos, y después de la muerte los derechos sucesorios.

La naturaleza jurídica de la adopción de mayores de edad difiere de la naturaleza jurídica de la adopción de los menores; mientras que la última se aprecia generalmente como “una institución del derecho de familia fundada en un acto de voluntad del adoptante” de acuerdo con Seravia, Ferri, Sanjurjo, Coll y Estivia, Poviña, Cafferata, Portas, Borda, Bossert, ya que solo se manifiesta la voluntad del adoptante y no del adoptado; la primera es “un negocio bilateral del derecho de familia” según De la Vallina, Díaz, Lacruz-Sancho, Rebullida, García Cantero, Castro, Luccini, ya que indefectiblemente debe otorgarse la voluntad del adoptado para que se lleve a efecto. (Citados por Ferrer, 1984, p. 125)

Al igual que la adopción de los menores de edad, cuando se promueve la adopción de un mayor deben tenerse en cuenta derechos que redundan en garantías de los intervinientes.

Derechos humanos y fundamentales que avalan la adopción de personas mayores de edad con capacidad de hecho en Paraguay

La adopción de mayores de edad se respalda tanto en derechos humanos como derechos fundamentales. Los derechos humanos son los que tenemos todas las personas por el solo hecho de ser humanos y los fundamentales son aquellos derechos humanos constitucionalizados.

En este sentido el derecho a la igualdad de las personas es un derecho humano consignado en los artículos 1 y 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) y el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), proclaman ambos instrumentos que los seres humanos son iguales en dignidad y derechos, no pueden ser pasibles de discriminación y poseen igual protección de la ley.

En la Constitución Nacional de Paraguay del año 1992, se establece en el artículo 46, que los habitantes de la República son iguales en dignidad y derechos y no se admite discriminación, por lo que se deben remover los obstáculos que las mantengan o propicien. Por lógica, si todas las personas son iguales ante la ley y no existe discriminación entonces, se puede prever legalmente tanto la adopción de niños y adolescentes, como de mayores de edad con capacidad de hecho.

Otro de los derechos que fundamentan la adopción de mayores de edad es el de constituir familia, se regula en el artículo 16 de la DUDH y en el artículo 17 de la CADH. La Constitución de Paraguay lo prevé en el artículo 50. La constitución de una familia implica tanto contraer matrimonio, o unirse a otra persona como decidir sobre la descendencia, ya sea biológica o adoptiva. En este último aspecto es elección de la familia adoptar a un niño, un adolescente o un mayor de edad con capacidad de hecho. En este caso específico del mayor de edad se necesitaría el consentimiento del posible adoptado ya que posee capacidad.

Legalmente un asidero que avala la importancia de la adopción de personas mayores de edad es lo previsto en el artículo 18 de la CADH cuando hace referencia expresa al derecho al nombre de todas las personas y este derecho al nombre se vincula directamente con la familia biológica o adoptiva.

El derecho al nombre se encuentra estrechamente relacionado con el derecho a la identidad el cual se regula en el artículo 25 de la Constitución Nacional de Paraguay, de esta forma la persona se distingue de las demás a través de elementos personalísimos que lo identifican como individuo y ser social.

Si una persona ha convivido con una familia, aunque no tenga lazos parentales y se considera miembro de la misma, lo más justo es que comparta su identidad, que puede hacerse a través del apellido, y para llegar a ello la adopción es la vía acertada, aunque esa persona sea mayor de edad.

Requisitos a tener en cuenta para la adopción de mayores de edad con capacidad de hecho en Paraguay

En Paraguay, la Ley 1136 del año 1997 hace referencia en su artículo 1 a lo que es la adopción y refleja: “La adopción es la institución jurídica de protección al niño y adolescente en el ámbito familiar y social”. En el artículo 7 se consignan los sujetos y al hacer referencia a los adoptados especifica que solo pueden ser niños y adolescente. Es evidente que no se pronuncia sobre la adopción de personas mayores de edad con capacidad de hecho, obviando esta posibilidad.

Indudablemente tal norma no se encuentra en concordancia con algunos de los derechos humanos recogidos en los instrumentos internacionales debidamente firmados y ratificados por el país, ni con derechos fundamentales que se prevén en la Constitución Nacional y que se analizaron previamente. De ahí la necesidad de regular en la legislación nacional las adopciones de los mayores de edad con capacidad de hecho.

Para que la adopción de estas personas sea posible se necesitan establecer determinados requisitos para evitar fraudes legales tales como los sucesorios ya que puede prestarse para disminuir la legítima de alguno de los herederos, o simular actos jurídicos como el pago de deudas o la evasión de impuestos.

Es por ello que de acuerdo a las legislaciones internacionales antes analizadas que regulan la adopción de las personas mayores de edad y los documentos internacionales, se considera que los requisitos a tener en cuenta como necesarios serían los siguientes:

- a. Que el adoptante goce de plena capacidad de ejercicio y de solvencia moral.
- b. Que la edad del adoptante sea por lo menos igual a la suma de la mayoría y la del hijo por adoptar (18 años más la edad del adoptado).
- d. Que cuando el adoptante sea casado concorra el asentimiento de su cónyuge.
- e. Que el adoptado consienta la adopción con independencia de la oposición de sus padres biológicos, ya que se está realizando la adopción de una persona con capacidad de hecho y puede decidir libremente.
- f. Que el adoptante hubiere tenido el cuidado personal o la convivencia del adoptable antes de que éste cumpliera la mayoría de edad.

Regular la adopción de personas mayores de edad con capacidad de hecho, no resta a la familia, por el contrario, suma a ella, y a la protección y cumplimiento de derechos humanos y fundamentales de las personas, garantizando la seguridad jurídica en las relaciones familiares derivadas de un vínculo preexistente que solo necesita legalizarse.

CONCLUSIONES

La regulación legal de la adopción de los mayores de edad con capacidad de hecho se fundamenta en principios constitucionales y de derechos humanos como la igualdad, la no discriminación, el derecho a constituir familia y el de identidad y no regularlo en las leyes civiles atentaría contra estos derechos.

La legislación civil paraguaya necesita modificarse e incluirse la regulación de la adopción de mayores de edad con capacidad de hecho, de forma tal que pueda legalizarse una situación afectiva y de convivencia familiar.

Los requisitos para la regulación de la adopción de mayores de edad con capacidad de hecho son la capacidad de ejercicio de ambas partes, dígame adoptante y adoptado, la diferencia de edad (18 más el adoptante que el adoptado), el consentimiento del cónyuge cuando sea casado el adoptante, el consentimiento del adoptado y el cuidado personal o convivencia entre adoptante y adoptado antes de la solicitud de adopción.

Los efectos de la adopción de los mayores de edad con capacidad de hecho serían similares a los de la adopción de menores de edad, en ese orden, el adoptado adquiere el status de hijo con el adoptante formando un vínculo de parentesco, máxime cuando se adquiere el apellido del adoptante o los apellidos de los adoptantes y comienzan a regir los derechos hereditarios y las obligaciones paterno-filiales. De igual forma se asentaría en el Registro Civil una nueva partida de nacimiento con los datos de los padres adoptivos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Código Civil y Comercial Argentina. Aprobado por ley 26.994 Promulgado según decreto 1795/2014. http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf

Código Civil y Comercial Perú. Decreto Legislativo N° 295/1984. https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_per_cod_civil.pdf

- Convención Americana de los Derechos Humanos. (1969). Aprobado en la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos. Costa Rica. <https://www.refworld.org/es/docid/57f767ff14.html>
- Correa, S., Lagos. M. (2014). Evolución de la institución de la adopción desde el derecho romano hasta la actualidad. Chile: Universidad Finis Terrae. <https://repositorio.uft.cl/xmlui/bitstream/handle/20.500.12254/225/Correa-Lagos%202014.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Declaración Universal Derechos Humanos. (1948). <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- Ferrer, F. (1984). Adopción, En Rubinzal y Culzoni (Ed), Derecho de Familia (pp. 113-236). <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1446/1.pdf>
- Ley de Adopciones Guatemala. Decreto 77/2007. http://www.cna.gob.gt/Documentos/Ley_de_Adopciones.pdf
- Ley 1098/2006. Código de la Infancia y la Adolescencia Colombia. https://www.oas.org/dil/esp/codigo_de_la_infancia_y_la_adolescencia_colombia.pdf
- Ley orgánica para la protección de niños, niñas y adolescentes g.o. (5.859 Extraordinaria) 10/12/2007. Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela. https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ven_ley_org_prot_ninos_adolc.pdf
- Ley 1136 del año 1997. Ley de Adopciones Paraguay. <https://www.bacn.gov.py/leyes-paraguayas/9166/ley-n-1136-de-adopciones>
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil Español. <https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>