

UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
CARRERA: DERECHO
PETAENG



TRABAJO DIRIGIDO

**“LA NECESIDAD DE MODIFICAR EL ART. 1095
DEL CÓDIGO CIVIL EN CUANTO A LA SUCESIÓN
UNIVERSAL PARA LOS CASOS DE ADOPCION
BAJO EL PRINCIPIO DE IGUALDAD”**

(Para optar el Título Académico de Licenciatura en Derecho)

POSTULANTE : María Esther Pérez Ramírez

TUTOR : Dr. Alfredo Orellana Aguilar

La Paz – Bolivia
2016

DEDICATORIA

Dedico este proyecto de trabajo dirigido a Dios y a mis padres. A Dios porque ha estado conmigo a cada paso que doy, a mi Madre Leonor Ramírez, a mi Padre Heriberto Pérez quienes a lo largo de mi vida han velado por mi bienestar y educación siendo mi apoyo en todo momento. Depositando su entera confianza en cada reto que se me presentaba sin dudar ni un solo momento en mi inteligencia y capacidad. Es por ellos que soy lo que soy ahora. A mi Hija, la inspiración de mi VIDA

AGRADECIMIENTO

En primer lugar a Dios por haberme guiado por el camino de la felicidad hasta ahora; en segundo lugar a cada uno de los que son parte de mi familia que me han ayudado y llevado hasta donde estoy ahora. A mi tutor Alfredo Orellana quien me ayudo e hizo que este trabajo sea mas llevadero Por ultimo a la Dra. Tatiana Santos que me colaboro e hizo de alguna manera que este trabajo sea posible.

RESUMEN

El presente trabajo titulado “La necesidad de modificar el art. 1095 del código civil en cuanto a la sucesión universal para los casos de adopción bajo el principio de igualdad”, realiza un análisis de este artículo y busca plantear una modificación que tenga las características necesarias para lograr sus objetivos y mantener su viabilidad dentro del entorno social muy competitivo y muy cambiante del siglo XXI; se hace uso de teorías que aportan un cambio mas acorde con los derechos humanos y con la teoría de igualdad de nuestra constitución política. Las teorías de Razonabilidad y proporcionalidad, teorías que buscan la objetividad, la racionalidad, la proporcionalidad y la igualdad las cuales se aplican con bastante utilidad para el desarrollo de este tema.

Aunque al principio la “igualdad” es sostenido tanto por los tratados internacionales en materia de derechos humanos como por el texto de las constituciones contemporáneas, continua produciendo la sensación de materia poco trabajada por que no todos los miembros de una sociedad gozan de los mismos privilegios, como es el caso del hijo adoptivo en nuestra legislación y por el cual se quiere modificar el art. 1095 del código civil mencionando el principio de “igualdad” como máxima ya que “la igualdad ante la ley” tutela a las personas frente a los eventuales privilegios, a los actos y normas discriminatorias o sin fundamento racional o justa. Por lo tanto este trabajo se enfoca en analizar y diseñar una modificación que sea viable y que mediante ello se pueda mejorar el art. 1095 del código civil

Finalmente con este trabajo se pide continuar y reforzar las mejoras planteadas permitiendo así que el sujeto de este estudio es decir el hijo adoptivo pueda desenvolverse en la vida sin una ley que limite sus derechos y que lo considera en igualdad de condiciones que un hijo legítimo.

Postulante: María Esther Pérez Ramírez

La Paz, 2016

INDICE

LA NECESIDAD DE MODIFICAR EL ART. 1095 DEL CODIGO CIVIL EN CUANTO A LA SUCESION UNIVERSAL PARA LOS CASOS DE ADOPCION BAJO EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

1. JUSTIFICACION DEL TEMA	1
2. DELIMITACION	2
a) Delimitación temática.....	2
b) Delimitación espacial.....	2
c) Delimitación temporal.....	2
3. MARCO DE REFERENCIA	3
a) Marco teórico.....	3
4. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	3
5. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACION	4
a) Objetivo General.....	4
b) Objetivos Específicos.....	4
6. METODOS	4
a) Método Inductivo.....	4
b) Método Deductivo.....	5
c) Método Analítico Sintético.....	5
d) Método Sistemico.....	5
e) Método Dialectico.....	5

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS

1.1. ORIGEN DE LA INSTITUCION	6
1.2. ADOPCION EN LA ANTIGÜEDAD	7
1.2.1. El Código De Hammurabi.....	9

1.2.2. Leyes De Manu	10
1.3. EGIPTO	11
1.4. GRECIA	12
1.5. ROMA	12
I *Finalidad Religiosa:	14
II *Finalidad Política:	14
III *Finalidad Patrimonial:	14
1.6. EL CORAN.....	14
1.7. EDAD MEDIA.....	15
1.7.1. Derecho Germánico.....	18
I. La Adoptio in Hereditatem:	18
II. La Fraternidad Artificial:	18
III La Perfilatio:	18
1.8. EDAD MODERNA	19
1.9. EDAD CONTEMPORANEA.....	21
1.10. DERECHO FRANCÉS.....	21
1.11. DERECHO ESPAÑOL.....	23

CAPITULO II

IMPORTANCIA DE LA ADOPCION Y SU LEGALIDAD

2.1. EL CONSENTIMIENTO EN LA ADOPCIÓN	24
2.2. NATURALEZA JURÍDICA	25
A.) La Adopción es un Contrato:	25
B.) La Adopción es un Acto Jurídico:	26
C.) La Adopción es una Institución:	26
2.3. CARÁCTER ACTUAL DE LA ADOPCIÓN	26
2.3.1. Con La Legitimación.....	26
A) Ipso Iure o por Derecho:	27
B) Voluntariamente:	27
2.3.2. Con El Reconocimiento.....	28
2.4. ADOPCIÓN PLENA	29

2.4.1. Efectos	30
----------------------	----

CAPITULO III

DERECHOS SUCESORIOS DE LOS HIJOS ADOPTIVOS

3.1. DERECHOS SUCESORIOS DEL ADOPTADO EN LA FAMILIA DE ORIGEN.....	36
3.2. SUCESIÓN DEL ADOPTADO EN LÍNEA COLATERAL.....	37
3.3. EL PARENTESCO	39
3.3.1. Líneas de parentesco.....	39
3.3.2. Grados de parentesco a los efectos de sucesión	40
3.4. LA SUCESIÓN INTESTADA Y EL ORDEN DE SUCESIÓN.....	42
3.4.1. Quién hereda a falta de testamento.....	43

CAPITULO IV

MARCO JURIDICO LEGAL

4.1. CONSTITUCION POLITICA DEL ESTADO.....	44
4.2. DERECHOS UNIVERSALES HUMANOS	45
4.3. CODIGO CIVIL	46
4.4. NUEVO CODIGO DE LAS FAMILIAS Y DEL PROCESO FAMILIAR	47
4.5. NORMATIVA LEGAL EXISTENTE SOBRE LA ADOPCION	49
4.6. PRINCIPIO DE IGUALDAD	49
4.7. TEORÍA DEL PRINCIPIO DE LA IGUALDAD. APROXIMACIONES.....	50
4.7.1. Renovación permanente de la Igualdad.....	52
A) La igualdad formal.....	52
B) La igualdad material.	53
C) Estado social.	54
4.7.2. Los presupuestos objetivos de la igualdad.	56
A) Razonabilidad	57
B) Proporcionalidad.	57
4.8. LEGISLACION COMPARADA	59
4.8.1. CODIGO CHILENO	60

4.8.2. CÓDIGO CIVIL ARGENTINO	61
4.8.3. ESPAÑA	62
4.8.4. CODIGO CIVIL PERUANO	64

CAPITULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1. CONCLUSIONES.....	66
5.2. RECOMENDACIONES.....	67
BIBLIOGRAFIA.....	69
WEBGRAFIA.....	71

**LA NECESIDAD DE MODIFICAR EL ART. 1095 DEL CODIGO CIVIL EN
CUANTO A LA SUCESION UNIVERSAL PARA LOS CASOS DE ADOPCION
BAJO EL PRINCIPIO DE IGUALDAD**

1. JUSTIFICACION DEL TEMA

Nuestra investigación se fundamenta en la adopción plena, cuyos efectos son similares a los de la filiación por naturaleza. La adopción regulada por el Código Civil que produce la integración del adoptado en la familia del adoptante y, como regla general, extingue los vínculos del adoptado con la familia de origen.

"La adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior".

Las adopciones simples o menos plenas, subsisten con los efectos que les reconozca la legislación, sin perjuicio de que pueda llevarse a cabo la adopción regulada por esta Ley si para ello se cumplen los requisitos exigidos en la misma".

La supresión del término "plena" del artículo 1095 del C.C., responde a un solo tipo de adopción, pero no a la equiparación de filiaciones menos plenas o simples a la adopción regulada por la Ley en vigencia.

Tal como se constituye la Constitución Española¹, se pretende fundamentar que el principio constitucional de no discriminación por razón de filiación no se extendía a la filiación adoptiva, sino a la filiación por naturaleza, en la que no cabe distinguir según sea matrimonial o no matrimonial, siendo el régimen de la filiación adoptiva una decisión de legalidad ordinaria.

Los regímenes de la adopción plena y de la adopción simple son distintos, de ellos nacen

¹Artículos 14 y 39 Constitución Española.

efectos de desigual contenido para los adoptados, sin que estos regímenes distintos sean atentatorios a la igualdad que proclama, como derecho susceptible de protección por la vía del amparo constitucional, pues para que exista violación del principio de igualdad es preciso que el tratamiento desigual esté desprovisto de una justificación objetiva y razonable y aquí, en cuanto son distintas las figuras, el dotar de un mayor contenido a la adopción plena y equipararla a la filiación por naturaleza, no significa para los adoptados de forma simple una discriminación.

Es necesario configurar un derecho de igualdad respecto de los adoptivos con relación a la familia del adoptante, pues tan sólo se define ese derecho de orden legitimario en la herencia del padre adoptante, y no por disposición constitucional obviamente, esto sería posible, realizando una modificación al art. 1095 del Código Civil Boliviano actual.

2. DELIMITACION

a) Delimitación temática

El área de estudio en el que se desarrolla el análisis de la monografía se desenvuelve en materia jurídica

Pues los derechos del hijo adoptivo deben ser cumplidos en su totalidad tal como menciona la constitución Política del Estado Art.13 y 14 y el Código de Familia Art. 173 y 174

b) Delimitación espacial

En el ámbito espacial este trabajo se realizara en La Paz y los resultados podrán aplicarse en todo el ámbito boliviano.

c) Delimitación temporal

El trabajo será realizado durante tres meses, en este tiempo se realizaran: 1, elaboración del trabajo 2, revisión de la bibliografía

3. MARCO DE REFERENCIA

a) Marco teórico

El trabajo tiene como propósito mostrar el sustento o base teórica que permitan definir el rumbo que debe tomar la investigación.

La sucesión hereditaria es un derecho de todo ser humano que se encuentra predispuesto hacia los derechos fundamentales en este caso del hijo adoptivo.

Para el hijo adoptivo entrar a una familia es entrar en un mundo nuevo en el que deberá adquirir progresivamente un determinado número de derechos cada vez más amplios que le serán necesarios en una sociedad y cuyas bases son indispensables para la futura solidez de todo individuo.

La investigación será fundada en la teoría de la igualdad, de la Constitución Política del Estado.

Según esta teoría todas las personas somos “iguales ante la ley” y equivale al respeto que se le debe a todo ser humano y en este tema en concreto al hijo adoptivo el cual debe tener los mismos derechos que un hijo legítimo en cuanto a la sucesión pero estos derechos están lesionados cuando el Art. 1095 del código civil pone restricciones al derecho sucesorio del hijo adoptivo ya que menciona que el adoptado hereda a los padres adoptivos y no así a los parientes de los mismos esto causa efectos jurídicos tales como la desigualdad ante la ley, cierta violación a los derechos humanos, al código de familia y al código niña, niño y adolescente que protege los derechos del hijo sea cual sea su condición ya sea hijo por adopción o legítimo.

4. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El Art. 1095 del Código Civil en cuanto a la sucesión universal señala que el hijo adoptivo y sus descendientes son extraños a la sucesión de los parientes de dicho adoptante.

5. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACION

a) Objetivo General

Demostrar la necesidad de modificar el Art. 1095 del C.C. para evitar la exclusión y la vulneración de los derechos de los adoptados, e imponer el principio de igualdad.

b) Objetivos Específicos

- Determinar si el Derecho civil actual, en materia de adopciones, llega a tener diversas diferencias y semejanzas con el Derecho Civil en la época antigua.
- Describir la legislación actual en cuanto a sucesiones.
- Estudiar las características del artículo para la ampliación de la sucesión hereditaria al hijo adoptivo.
- Demostrar que los derechos de los hijos adoptivos son vulnerados por el código civil en cuanto a los derechos sucesorios.

6. METODOS

a) Método Inductivo

Partiremos del análisis del menor adoptado del país para luego llegar a la existencia de vacíos jurídicos existentes en nuestra legislación civil que afectan no solo a los menores adoptados en general, sino también a los adoptantes.

b) Método Deductivo

Partiremos del resultado que nos da el método inductivo para aplicar el resultado a una posible futura ley que favorezca al hijo adoptivo.

c) Método Analítico Sintético

Para continuar el desarrollo sistemático de este trabajo, utilizaremos este método que nos ayudara a analizar y definir la modificación al artículo 1095 del Código Civil, como nuestro objeto de estudio en sus distintas partes para estudiar sus características.

d) Método Sistémico

La metodología que se implementa en el proceso de investigación es el enfoque sistémico donde se interrelacionan e interactúan el medio social, los actores y las instituciones que intervienen, ya que por sí solas no serían objeto de estudio.

e) Método Dialéctico

Por ser un método universal permite ser utilizado como medio para aclarar de forma comprensiva la realidad en cuanto a la necesidad de la legalidad plena de la adopción, para relacionarlos con la problemática de nuestra investigación.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS

1.1. ORIGEN DE LA INSTITUCION

Los seres humanos siempre han tenido el propósito, que es más una tendencia natural, de perpetuarse a través de las generaciones.

La procreación con el ánimo de conservación de la especie se reviste de particularidades de tipo económico, religioso, político, social y jurídico que, lógicamente, han sido distintas a lo largo de la historia. Surge pues la figura de la Adopción para crear artificialmente los vínculos y relaciones que naturalmente no surgieron.

Casi todas las legislaciones del mundo han tenido que ver con la institución de la Adopción, por su innegable utilidad social y por la importante significación de su misión, al regular un aspecto que se ha convertido en fundamental dentro de las relaciones entre los particulares y, en general, dentro del Derecho Privado.

En este Capítulo se expondrán las formas, manifestaciones y connotaciones que la Adopción revistió en sus orígenes, así como su evolución histórica a través de las diferentes etapas.

"Tengo sólo una lámpara por la cual son guiados mis pasos y ella es la lámpara de la experiencia. No conozco otra forma de opinar sobre el futuro que a través del pasado". (Patrick Henry, 1775).

La gran mayoría de los tratadistas remontan su origen a la India, desde donde habría

sido transmitida a otros pueblos vecinos, paralelamente con las creencias y mitos religiosos. Todo hace suponer que de allí la tomaron los hebreos, quienes a su vez, con su migración, la transmitieron a Egipto, de donde pasó a Grecia y luego a Roma. En este recorrido no se hace alusión a los textos Babilónicos, lo cual hace suponer a algunos autores que el origen de la Institución se encuentra en el Código de Hammurabi y no en el Derecho Hindú.

“El origen de la Adopción está en los pueblos de Asiria y Babilonia tal como lo demuestra el Código de Hammurabi de veinte siglos Antes de Cristo. Quizá los tratadistas que erróneamente citan a la India como punto de partida, lo hacen ignorando la existencia del Código de la Mesopotamia, puesto que su descubrimiento para la humanidad fue apenas en este siglo”².

La polémica sigue vigente puesto que cada historiador tiene una hipótesis fundamentada acerca del origen de la figura.

La Adopción fue conocida por la mayoría de los pueblos de la antigüedad, y en cada uno de ellos tuvo la importancia atribuida por los distintos usos y costumbres.

1.2. ADOPCION EN LA ANTIGÜEDAD

En la edad Antigua, la concepción religiosa de la Familia explica la creación y vigencia de la Adopción; la religión exigía imperiosamente que la Familia no se extinguiese, por esto cuando la naturaleza negaba la descendencia biológica se acudía a la Adopción como medio de continuación de la tradición familiar.

No se conoce país civilizado en donde no se haya establecido normas legales en forma indumentaria.

²DAJER CHADID, Gustavo. La Adopción, su historia, Derecho comparado, análisis jurídico. Bogotá, 1968, 140 p. Trabajo de grado para optar al título de Abogado. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Departamento de Derecho Privado.

4000 A. C., surgen las civilizaciones en Egipto y Sumeria, en ellas ya existían acciones de represión contra menores y protección a favor de ellos. En cuanto a las primeras, recordemos que en la Biblia el Éxodo, nos da a conocer cómo los Egipcios esclavizaron cruelmente a los Israelitas, y dispusieron que cuando los que atendían los partos sirvieran a los hebreos se fijasen en el sexo del recién nacido estipulando que, "Si era niña dejarle vivir pero si es niño matadlo". Sin embargo, las parteras tuvieron temor de Dios y no hicieron lo que el Rey de Egipto les había ordenado, sino que dejaron vivir a los niños.

La obligación y la necesidad de mantener el culto doméstico a través de las generaciones era el fundamento de la Adopción en las comunidades primitivas.

Según las tradiciones Antiguas:³ la Adopción de un hijo aseguraba la continuidad de la religión doméstica ya que el adoptado se encargaba de las ceremonias y ofrendas sagradas, asimismo, se aseguraba la salvación del hogar. Teniendo fines tan importantes, la Adopción se formalizaba con una ceremonia solemne, similar a la de un nacimiento natural. El Adoptivo dejaba su familia consanguínea para entrar en su nueva familia, la adoptiva; en consecuencia todos los lazos de sangre se extinguían desde el momento mismo de la Emancipación de su familia natural para entrar en el culto religioso de su nueva familia.

Es así que en la antigüedad la Adopción tenía sentido con fundamento en una tradición religiosa más que de Derecho Civil.

Los niños abandonados fueron ayudados por primera vez en Roma mediante hojas de asistencia instituidas desde los años 100 D.C. por Trajano y Adriano, para solventarles sus más vitales necesidades.

³DE COULANGES, Fustel. La Ciudad Antigua. Santafé de Bogotá : Ediciones Panamericana, 1995., p. 59-63.

1.2.1. El Código De Hammurabi

El código de Hammurabi, es el más importante de los textos Sumerios, fue el compendio jurídico fundamental de Babilonia.

Su origen se remonta a 2.000 años a.c. Su estructura es la de una recopilación, más no la de un código, su carácter es individualista, protege a los miembros de la comunidad y significa un adelanto en cuanto a la regulación de algunos aspectos de la institución Adoptiva conocida con la voz "*Marutu*".

La parte que toca con la Adopción comprende la consagración de diversas normas cuyo detalle está en cuatro (4) temas principales:⁴

- Casos en los cuales no podrá ser reclamado el hijo Adoptivo (185 a 188).
- Casos en los que el Adoptivo deberá regresar a la casa paterna (189 y 190).
- Casos de sanción impuesta al Adoptivo cuando repudie al padre o a la madre que lo crió (192). El castigo impuesto era muy drástico ya que al hijo desagradecido se le cortaba la lengua.
- Sanción a la repudiación por parte del padre que adopta al hijo (191). El padre era condenado a entregarle la cuota parte de la herencia que le corresponde por ser hijo, es decir, descendiente directo.

En este compendio normativo se le da gran importancia a la obligación de respeto y gratitud que debe guardar el adoptado para con sus padres adoptivos, al igual que la

⁴CÓDIGO DE HAMMURABI. Estudio preliminar, traducción y comentarios de Federico Lara Peinado. Madrid : Ediciones Técnos, 1986. 229 p

obligación que tienen éstos últimos de tratar al adoptado como a un verdadero hijo. La Adopción era considerada como un trato establecido entre el padre o la madre adoptiva (o ambos) y la persona que tiene la autoridad sobre el niño, ya sea su padre natural o su amo si se trata de un siervo, o el mismo sujeto a quien se va a adoptar, si no tuviere familia.

Las disposiciones del Código de Hammurabi en materia de Adopción eran bastante severas.

1.2.2. Leyes De Manu

Son una recopilación de modos y costumbres firmemente arraigados en la sociedad Hindú. Tratándose de la Adopción se consagra el siguiente precepto: "Aquel a quien la naturaleza no le ha dado hijos, puede adoptar uno para que no cesen las Ceremonias Fúnebres"⁵.

Las Leyes de Manú se encuentran divididas sistemáticamente en dos (2) secciones: Adopción propiamente tal y Ley del Levirato⁶.

En la sección primera, considerando a todos los parientes y herederos, se consagra la Adopción como uno de los estados de la Filiación. La importancia de la Adopción entre los Hindúes se centraba en velar por la prosperidad de la religión doméstica, por la salud del hogar y por la continuación de las ofrendas fúnebres ya que si no había descendencia, el difunto quedaba sin sacrificios en su honor.

La sección segunda consagra la denominada "**LEY DEL LEVIRATO**", que era una variante de la Adopción propiamente tal, consistente en la Obligación que tenía el hermano o el pariente más cercano del difunto de casarse con la viuda cuando éste

⁵DE COULANGES, Fustel. Op. cit., p. 59.

⁶LEYES DE MANÚ. Instituciones Religiosas y Civiles de la India. Santiago de Chile : Editorial Ercilla, 1941. 337 p.

hubiese fallecido sin dejarle descendencia; en este caso, el hijo que nacía como fruto del segundo matrimonio, aunque era en verdad hijo del segundo marido, se reputaba como descendiente del primero.

La ley del Levirato nos indica que el hijo nacido de la unión del hermano del difunto con la viuda se considera como hijo adoptivo póstumo del difunto, llevando, en consecuencia, su nombre, honores y bienes. Era condición esencial que el difunto no hubiere dejado descendencia al momento de su deceso. Su objeto era evitar la extinción de la familia con motivo de la muerte del esposo.

El Levirato resalta la importancia de la Filiación Natural o parentesco sanguíneo porque lo que busca es que se prohíje como Legítimo a un niño de la misma Estirpe del padre fallecido.

Cuando el padre era impotente o se encontraba ausente también, su hermano o pariente más cercano se casaba con su esposa bajo un acto que recibía la denominación de "*Matrimonio de Nigoya*".

Algunos tratadistas como Belluscio⁶ consideran que la Adopción se originó en remplazo del Levirato cuando la evolución de las costumbres hizo mirar con repugnancia tal procedimiento.

1.3. EGIPTO

La Adopción entre los Egipcios nos recuerda el caso de Moisés, adoptado por la hija del faraón. En las primeras dinastías la Adopción fue casi nula, posteriormente aparece la *Zesis*, institución mediante la cual una persona podía otorgar a un extraño la calidad de hijo sometido a su potestad.

En Egipto hay un avance con respecto a las culturas contemporáneas puesto que la Adopción no solo se realizaba entre varones sino que también las mujeres podían adoptar y ser adoptadas.

1.4. GRECIA

La Institución de la Adopción tenía una finalidad religiosa consistente en mantener el culto fúnebre a los muertos cuando por desgracia no se tenía descendencia en el matrimonio. Solo la religión y el culto sagrado justificaban la existencia de los hijos legítimos o adoptivos.

En el Derecho Griego y concretamente en Atenas, la Adopción revestía dos formas: Adopción entre vivos y Adopción Testamentaria.

Estaba restringida para los varones, porque para los griegos, el poder de procrear era exclusivamente masculino; sólo los hombres transmitían la chispa de la vida. *A contrario sensu*, las mujeres no podían adoptar ni ser adoptadas, por eso su papel secundario en la religión, ya que, cuando mucho, participaban del culto por medio de su padre o a través de su marido si eran casadas.

Para el perfeccionamiento de la Adopción era necesaria la intervención del Magistrado, exigencia ésta que fue transmitida luego al pueblo Romano y que ha permanecido a través del tiempo en muchas legislaciones, llegando incluso a la nuestra.

1.5. ROMA

Es en el Derecho Romano donde se encuentra el esplendor de esta Institución, tuvo gran aplicación puesto que más de un (1) Emperador fue hijo adoptivo; así, Augusto, primer Emperador de Roma fue adoptado por Julio César; a su vez, Augusto adoptó a Tiberio,

segundo Emperador. Claudio adoptó a Nerón y lo puso aun por encima de británico, su hijo legítimo.

Son innegables los vestigios del Derecho Romano que se hallan en nuestra legislación y, en general, en todos los ordenamientos jurídicos derivados de esta tradición Latina. Por esta razón quiero iniciar esta parte con una frase de Juan Iglesias, tomada de su obra "Del Derecho Romano al Derecho Moderno", de 1994

"Numerosos principios Romanos nutren hoy los nuestros, hasta hacerse espíritu y carne de nuestra carne y de nuestro espíritu. El Derecho Romano forma parte de una cultura que sigue viviendo entre nosotros, si es que no debemos decir que gracias a ella nos es dado vivir todavía".

La Familia Natural era el conjunto de personas que descendían de un tronco común o que tenían la misma sangre. De lo anterior se desprende que: El parentesco propio de la Familia Romana era el vínculo de Agnación y el de la Familia Natural era el vínculo de Cognación. La Familia Natural ocupaba un papel secundario en la organización del hogar y en la organización del Estado.

Dentro del régimen jurídico de la Familia Romana, la Adopción, junto con el Matrimonio y la Legitimación, es fuente generadora de **POTESTAD** del Paterfamilia sobre el Filifamilia, es decir del padre sobre el hijo.

La Adopción era un acto solemne en virtud del cual una persona ciudadano Romano prohijaba a otra persona, también ciudadano Romano, adquiriendo sobre ella Potestad de padre de Familia.

La Adopción es una Institución de Derecho Civil Romano, reservada exclusivamente para ciudadanos Romanos, y creadora de un parentesco similar al de la Familia

Legítima. "De esta manera hace caer al hijo adoptivo bajo la autoridad paterna"⁷.

La Adopción se realizaba solo entre varones, y obedecía siempre a la siguiente máxima latina "*Adoptio naturam imitatur*", que quiere decir: La Adopción debe imitar a la naturaleza.

Importancia de la Institución: Se concreta en las tres (3) finalidades perseguidas por la Adopción: Religiosa, Política y Patrimonial.

I *Finalidad Religiosa:

El Paterfamilia era el sacerdote sagrado, quien debía realizar los ritos ininterrumpidamente. Cuando éste no pudiere, debía hacerlo su sucesor o heredero varón, por eso La Adopción era la solución para continuar con la tradición.

II *Finalidad Política:

El ejercicio de los cargos públicos era un privilegio masculino, ellos eran los únicos que podían participar en los comicios o asambleas populares. El Paterfamilia y sus hijos varones constituían la clase de los Patricios y solo ellos participaban del gobierno del Estado, de ahí la importancia de no dejar extinguir la Familia por línea masculina, toda vez que cuando ello acontecía se perdían todos aquellos derechos; para evitar esa desgracia, se acudía a la Adopción, exclusiva entre varones, dado que así se podía seguir detentando el poder público y los privilegios que concedía.

III *Finalidad Patrimonial:

Muerto el Paterfamilia, solo un hijo varón podía continuar con la administración de sus bienes ya que la mujer no tenía capacidad jurídica.

1.6. EL CORAN

En esta monumental obra del mundo Islámico se cuenta que Mahoma prohibió dar al adoptado el nombre del adoptante y le negó todo derecho de sucesión en cuanto a los bienes. Existían desigualdades muy marcadas entre un hijo adoptivo y uno carnal.

⁷MODESTINO. De L'Adoptionibus. Comentario En : Etudes sur les effets de l'adrogation. París, 1982. 342 p.

1.7. EDAD MEDIA

En esta época sobresalen dos (2) ordenamientos que trataron el tema de la Adopción, ellos fueron, el Derecho Germánico y el Derecho Privado Español.

En el Derecho Romano en el período de Justiniano, se distinguía 3 períodos en la edad: uno de irresponsabilidad absoluta hasta los 7 años, llamado de la infancia y el próximo a la infancia (infantil) hasta 10 años y medio en el varón y 9 años y medio en la mujer.

El infante no podía hablar, aún no era capaz de pensamiento criminal, el segundo correspondiente a la proximidad de la pubertad, hasta los doce años en la mujer y en el varón hasta los 14 años, en que el menor no podía aún engendrar, pero en el cual la incapacidad de pensamiento podía ser avivada por la malicia, el impúber podía ser castigado; y el tercero de la Pubertad hasta los 18 años extendido después hasta los 25 años, denominado de minoridad, en que eran castigados los actos delictuosos cometidos por los menores, estableciendo sólo diferencias en la naturaleza y en la calidad de la pena" [2]

Según el antiguo criterio de los romanos, el infante era literalmente, el que no podía hablar. Como se ha indicado en la época de Justiniano la infancia terminaba a los 7 años y la pubertad, a los 14 años; profari significo entonces pronunciar palabras cuyo sentido no se entendía y no como antes, que era no hablar.

Durante la época de Constantino (año 315 D.C.) se protegió a los niños desamparados y bajo la influencia del Cristianismo se crearon los primeros establecimientos para niños en situación difícil.

En Roma surge la Patria Potestad como un derecho de los padres; sobre todo del padre, en relación con los hijos en derechos sobre la vida y la propiedad del mismo.

En Roma surge la adopción de caracteres definidos. Los romanos la sistematizaron y le dieron gran importancia, considerándose por tanto la adopción como de origen romano: "La adopción surge de una necesidad religiosa: Continuar el culto doméstico a los antepasados, el mismo que debió ser realizado por un varón".

Conjuntamente con el motivo religioso coexistía el interés político, ya que sólo el varón podía ejercerlo, tal es el caso de la adopción de Octavio por Cesar y la de Nerón por Claudio en Roma. Otros motivos como el de pasar de la calidad de Plebeyo a Patricio o viceversa, el interés económico, etc., dieron vigencia a esa adopción la misma que era establecida en beneficio del adoptante y del grupo social al cual este pertenecía resultando el adoptando un medio del cual se servía un individuo o familia para darse un sucesor de los bienes, del nombre, de las tradiciones aristocráticas y del culto de los antepasados familiares.

La palabra adopción en Roma se convirtió en una voz genérica, y se distinguieron 2 especies: adrogación, que se aplica a los jefes de familia a *sui iuris*, y la adopción propiamente dicha, aplicable a los *alieni iuris* o hijos de familia. Por la primera el adoptado pasaba con todos sus bienes y con las personas que de él dependían, a la familia del adoptante. La segunda en cambio, se hizo a través de una forma ficticia; la *mancipalia*, *alienato*, *per a est et libran*, que destruía la patria potestad y la *In Jure Cesto*, por la que el magistrado declaraba que el hijo pertenecía, como tal al adoptante. En los últimos tiempos de la República se introdujo la costumbre de declararla testamentariamente, en la misma que se consideraba como hijo de un ciudadano determinado, como hizo por ejemplo Julio César respecto a Octavio, pero entonces era precisa la ratificación por un plebiscito ni aun así, tal forma de adopción sólo otorgaba derechos hereditarios.

Durante la Edad Media sostuvieron diferentes métodos de protección a favor de los menores de edad. Los **glosadores** indicaban que los delitos cometidos por los menores no debían sancionarse sino cuando éstos cumplieran la mayoría de edad.

Los **germanos** indicaron que no podía imponerse al delincuente ciertas penas, como la de muerte y otras graves, y así lo dispuso el viejo Código Sajón.

La Ley Carolina, que ordenaba remitir el caso del que a causa de su juventud o de otro defecto no se daba cuenta de lo que hacía, sometiéndolo al arbitrio de los peritos en derecho.

Los pueblos del medioevo, consideraron la inimputabilidad en los primeros años, aun cuando las leyes no la establecieran. En esa época no podía el niño cometer ciertos hechos, como la falsedad, la violación, el rapto y el adulterio.

El Derecho canónico reconoció la irresponsabilidad de los menores hasta los 7 años cumplidos, y de esta edad hasta los 14 años, se aplicaba una pena disminuida, atendiéndose su responsabilidad, sin embargo dividió a los canonistas en 2 tendencias: unos sustentaron la tesis de que lo era si es que obraba con discernimiento, y otros defendieron la imputabilidad siempre, aunque castigándole en forma atenuada.

"El Parlamento de París en 1452, estableció el principio de que los señores debían de participar en el mantenimiento de los niños pobres. Dos figuras resplandecen en el siglo de las Luces en Francia; Vicente de Paul y Juan Budos, quienes fundaron establecimientos para niños abandonados.

En el siglo XIV se fundó "**El padre de los huérfanos**" una institución destinada a la educación correctiva y la capacitación profesional de los menores delincuentes y desamparados en 1793. En 1407 se creó un juzgado de huérfanos y en 1410 San Vicente Ferrer constituyó una cofradía que atendía en un asilo a niños abandonados por sus padres. Un siglo más tarde igual iniciativa ampliada a los delincuentes tuvo en Francia San Vicente de Paúl.

En Inglaterra, la situación en el Medioevo y el Renacimiento era semejante al resto de Europa. En el siglo X, ante el primer robo, los padres debían de garantizar la futura

honestidad del autor del delito y si era menor de 15 años, jurar que no reincidiría. Si los parientes no lo tutelaban, el adolescente era aprisionado para pagar su culpa. Cuando se producía un nuevo delito era conducido a la horca como los mayores.

1.7.1. Derecho Germánico

En pueblos como los Francos, Suevos, Visigodos y Ostrogodos, existió la Adopción como un acto por medio del cual el adoptado se introducía en la comunidad doméstica del padre adoptivo. El padre consanguíneo entregaba el niño al padre adoptivo, quien en adelante, sería el verdadero padre. Posteriormente la Iglesia desconoce la Institución porque estaba sirviendo como medio para legitimar hijos naturales o extramatrimoniales.

***Formas de Adopción existentes en el Derecho Germánico:** Fueron tres (3) las modalidades que operaban entre el pueblo Germano de la época, *la Adoptio in Hereditatem*, la Fraternidad Artificial y la *Perfilatio*.

I. La Adoptio in Hereditatem:

Concedida para quienes carecían de descendencia pero que debían tener un heredero de su patrimonio. El futuro causante buscaba un heredero con la Adopción de otra persona. El Adoptado permanecía bajo la potestad de su padre natural con una expectativa meramente sucesoral sobre los bienes del padre adoptante.

II. La Fraternidad Artificial:

Parentesco que se establecía entre dos (2) o más personas con fines de ayuda y de asistencia recíproca. Aparece en Italia desde el siglo V y se mantuvo hasta el siglo XII.

III La Perfilatio:

Según las fuentes históricas medievales, perseguía dos (2) finalidades: crear un vínculo artificial de Filiación y ocasionar la transferencia de los bienes del adoptante al adoptivo. Es la estrecha unión de ambos fines en un único acto lo que caracteriza jurídicamente la

Perfilatio, que fue más un contrato con formalidades específicas, alejado de los fines y propósitos de la Adopción como tal.

Estas figuras jurídicas patentizan una vulgarización del Derecho Romano Justineano porque entrañan una profunda deformación de la Institución tal y como fue concebida por los juristas Romanos clásicos y post-clásicos.

"El Derecho Germánico, conoció un tipo especial de adopción, realizada solemnemente ante la asamblea a través de varios ritos simbólicos y con efectos más bien de orden moral que jurídico.

Al ponerse en contacto con el derecho romano, los germanos encontraron en la adopción de este un modo adecuado de suplir la sucesión testamentaria, que desconocía"

1.8. EDAD MODERNA

En el Derecho Moderno, la Adopción adquiere características distintas a las determinadas en el Derecho Romano puesto que son otros los fundamentos que la justifican. Ya no es la necesidad de continuar con el culto doméstico, ni la de seguir detentando el poder político, ni la de instituir un heredero, el motivo por el cual se exige su consagración en todo sistema legal avanzado. La situación social de la Modernidad la hace resurgir del pasado con finalidades distintas. Las guerras presentaban un cuadro desolador, con una multitud de niños huérfanos.

Esta situación hizo posible que los juristas se preocuparan por su incorporación en las legislaciones, como forma de amparo a la infancia víctima de los conflictos. De esta manera, Francia sanciona, el 19 de Junio de 1923, su ley de Adopción para beneficiar o favorecer a todos aquellos que necesiten de la protección y cuidados de un verdadero padre.

Actualmente se admite la Adopción, con ciertas limitaciones, en casi todas las legislaciones del mundo. En Europa y en América la Institución se perfecciona cada día

más, teniendo siempre un principio común: la protección del interés del adoptado y la aprobación del órgano judicial para su formalización.

"Una tendencia legislativa universal se manifiesta en estos momentos: la Adopción tiene como fin primordial conceder al adoptante la Patria Potestad sobre el adoptado; y las naciones cuyas leyes, no consagren este efecto deben ser reformadas en ese sentido: ese es el fin primordial, aunque se admiten otros, pero ante el primero, las condiciones deben ser más rigurosas para asegurarse de que en el caso concreto conviene al menor y al orden público la constitución de ese poder jurídico sobre él y en cabeza de personas responsables".

En el desarrollo histórico-positivo de la Institución adoptiva, solo en épocas recientes se produce la igualdad de derechos y deberes entre los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos. El fondo ético de la Adopción es otro punto que no deja de suscitar críticas y discusiones entre los estudiosos del asunto.

En general, las legislaciones resaltan como nota esencial de la Adopción, la conveniencia de la medida en favor del menor, pero el interés superior del hijo adoptivo y su protección son, en todo caso, lo más importante.

En 1703 el Papa Clemente XI con fines de corrección, enmienda, formación profesional y moral, crea el hospicio de San Mechelle en Roma.

En el viejo Derecho Español, las partidas hicieron una distinción entre los delitos de lujuria y los demás acerca de la edad, hacen muy curiosos comentarios los Glosadores de esta ley de Partidas del siglo XIII, porque si cesase la presunción de que antes de los 14 años fuere el niño púber, debería ser castigado.

El autor menciona la cita de San Gregorio en sus diálogos, quien cuenta que un niño de 9 años dejó embarazada a su nodriza, Juan de Anam, recuerda que San Jerónimo en su carta a Viltalpbro, dice que Salomón y Achaz procrearon hijos a los 11 años, y añade

luego que una mujerzuela crió a un niño abandonado sirviéndole de nodriza, y como el niño durmiese con ella hasta la edad de 10 años sucedió que habiendo la mujer bebido más de lo que permite la templanza, impulsada después por su liviandad, con torpes movimientos excitó al niño para el coito. Por todo esto unos opinaban que el menor de 14 años debía ser penado por estupro, y los otros se atenían al texto de las partidas que negaban toda la pena desde 1734, en Sevilla, se procuraba mantener bibliografía del menor para resolver su caso.

1.9. EDAD CONTEMPORANEA

En Inglaterra en 1854 se determinó la rehabilitación en centros separados para los menores delincuentes. En España los menores fueron recluidos en la cárcel común, lo que se

rectificó por su fracaso en nuevas leyes en 1904.

En Alemania desde 1833, se establece institutos modelos para la readaptación de menores.

En Rusia, una Ley en 1897 indicaba que el juicio de los menores infractores entre los 10 y 17 años debía hacerse a puertas cerradas y en audiencia especial con participación de los padres, debiendo aplicarse medidas pedagógicas y por opción sanciones penales correctivas. Es un precedente, con equivalencia en otras naciones, de la discreción con que relativas a la minoridad surgen desde fines del siglo pasado y comienzos del presente. Se aspira a reemplazar totalmente la idea de represión, expansión o responsabilidad moral, por la instauración de un sistema psico-pedagógico tutelar y proteccionista, que pueda extenderse no solo a los hechos ilícitos de menores sino asimismo, a situaciones de menores en peligro material y moral.

1.10. DERECHO FRANCÉS

En este ordenamiento la Institución de la adopción ha alcanzado una notable evolución. En la antigua Francia había desaparecido, en la Edad Media estaba casi olvidada, resurgió en la Revolución y se implantó legalmente en el Código Civil de la República. Napoleón señalaba frente a los redactores del Código: *"Si la Adopción no hace renacer entre el adoptante y el adoptivo las afecciones sentimentales de padre e hijo y no se convierte en una imitación perfecta de la naturaleza, es inútil establecerla"*.

Precisamente el Código Civil Francés reguló en su título VIII el tema de la Adopción, por cierto, muy complejo en sus requerimientos para su cabal cumplimiento. Tenía un carácter contractual porque necesitaba el consentimiento del adoptado, quien sólo podía ser mayor de edad. Por su parte el adoptante requería cincuenta años y haber atendido al adoptivo durante su minoría de edad.

Era esta una legislación poco exitosa en la medida en que excluía a los menores, esta deficiencia fue subsanada en 1923 cuando se permite la Adopción de menores. La Adopción debía existir en socorro de los débiles y en atención de los menores.

Dos formas de Adopción consagró este Código: la ordinaria y la testamentaria. La Adopción Remuneratoria se eliminó en 1923. Se establecen impedimentos matrimoniales entre el adoptado y el adoptante, entre el adoptado y sus descendientes, entre el adoptante y el cónyuge del adoptado, entre el adoptado y el cónyuge del adoptante; entre los hijos adoptivos de una misma persona, y entre el adoptado y los hijos legítimos del adoptante que nacieren después de la adopción.

En el siglo XIX la Adopción era un contrato, así lo consideraron los tratadistas Planiol y Ripert, Baudry-Lancantinerie y Jossierand. Hoy día esta es una concepción revaluada porque la Adopción es considerada como una Institución jurídica en la que se tiene en cuenta la intervención Estatal, sin dejar de lado el papel que a la vez juega la voluntad del individuo, es decir, se procura la armonización del interés público con los intereses

particulares. Esta es, sin lugar a dudas, la tendencia de los doctrinantes Modernos y de las legislaciones Contemporáneas.

1.11. DERECHO ESPAÑOL

Durante la colonia rigieron en nuestro territorio la Legislación Española y otras disposiciones Ibéricas de origen netamente Romanista.

Parece ser que en el antiguo Derecho Español, la Adopción careció de importancia práctica. Las distintas circunstancias que habían determinado la regulación de la Institución en Roma, no concurrían en modo alguno en la Castilla del siglo XIII.

La Adopción fue reglamentada en el Fuero Real y en las Siete Partidas, bajo la denominación genérica de ***PROHIJAMIENTO***.

Las Siete Partidas, escritas entre 1256 y 1263, promulgadas bajo el reinado de Alfonso X el Sabio, y constituyéndose como la obra más importante del Derecho Histórico Castellano, consagran el Prohijamiento como una ficción legal que debe imitar a la naturaleza en lo posible; distinguen entre Adrogación y Adopción propiamente dicha, subdivididas a su vez, en Adopción Plena o Perfecta y en Adopción Menos Plena o Imperfecta, siguiendo siempre las orientaciones y directrices trazadas por el Derecho Romano.

CAPITULO II

IMPORTANCIA DE LA ADOPCION Y SU LEGALIDAD

2.1. EL CONSENTIMIENTO EN LA ADOPCIÓN

La Adopción se conceptualiza como una medida de protección por excelencia, mediante la cual se establece una relación paterna filial entre personas que naturalmente no la tienen, de modo que, por ella, adoptante y adoptivo adquieren los mismos derechos que un padre, una madre o un hijo legítimo.

De esta forma los menores dados en Adopción o declarados en situación de abandono han sido recibidos por matrimonios, parejas estables o padres solteros, y con amparo en la ley y se les ha permitido establecer entre ellos un vínculo muy cercano al natural, porque otorga e impone los mismos derechos y deberes a padres y a hijos, como si lo hubieran sido por naturaleza.

Es importante resaltar, que por tener el carácter de medida de protección al menor se han presentado diversos cambios en la legislación; todos ellos orientados hacia la agilización del proceso, tanto en la etapa administrativa como en la jurisdiccional, de manera que la Adopción se fomente o se realice con mayor frecuencia.

Una de las modificaciones más importantes fue la supresión total de la denominada Adopción Simple, ya que formalmente desconocía ingredientes esenciales de la Adopción como tal, en el entendido de que el adoptado continuaba sometido a la patria potestad de los padres biológicos aunque se hubiese realizado la Adopción por otros padres. En mi opinión, esa era una figura ineficaz porque no cumplía con los propósitos fundamentales de la Institución, por eso actualmente la Adopción únicamente es Plena, de tal manera que el menor objeto de la medida rompe todos sus lazos de sangre con sus

padres y parientes biológicos, y adquiere el parentesco civil con sus nuevos padres, los adoptantes.

El Concepto de Adopción que trae el Código del Menor responde a las tendencias universales, cuya misión es brindar a los niños protección ante todo, como solución al problema del abandono.

La irrevocabilidad es una nota esencial si se tiene en cuenta el interés del niño y los efectos psicológicos negativos que pudieren ocasionarse si se permitiere su revocación, en otras palabras, los adoptantes no pueden arrepentirse o "echarse atrás" luego de realizada y perfeccionada la Adopción.

2.2. NATURALEZA JURÍDICA

Existen tres (3) posturas:⁸

La Adopción es:

- A) un Contrato
- B) un Acto Jurídico
- C) una Institución

A.) La Adopción es un Contrato:

Tesis presentada por la doctrina Francesa durante el siglo XIX y parte del XX. Planiol y Ripert, Josserand, Don Fernando Vélez y Zachariae, entre otros, parten del acuerdo de voluntades para que la Adopción tenga vida jurídica; ésta, al parecer, era la posición del Código de Napoleón donde en ella concurrían los requisitos esenciales de los contratos como son el consentimiento, el objeto y la causa, por tal motivo la Adopción debía ser un Contrato.

⁸DAJER CHADID, Op. cit p. 64.

B.) La Adopción es un Acto Jurídico:

Castán, Colin et Capitant y Demolombe, entre otros, opinan que la Adopción envuelve un gran Acto Jurídico y no un simple acuerdo de voluntades, que se concreta en la manifestación de la voluntad directa y reflexivamente encaminada a producir efectos jurídicos: crear el parentesco civil, produciendo consecuentemente relaciones análogas a las que resultan de la Filiación Legítima.

C.) La Adopción es una Institución:

André Hauriou, Renard y José Ferri afirman que la Adopción es una Institución Jurídica porque constituye un conjunto de normas tendientes a reglamentar la Filiación Adoptiva. Acogiéndome al concepto de los Institucionalistas y considerándolo como el más acertado, se debe aceptar que la Adopción es una verdadera Institución Jurídica, al igual que el Matrimonio y muchas otras de nuestro derecho, sobre la cual el legislador ha dictado normas claras y precisas, señalando los requisitos y efectos jurídicos que produce en el estado civil de las personas, su incidencia en la patria potestad y la vocación hereditaria. Sin perder de vista la voluntad de los particulares, la Adopción debe considerarse como una Institución que se halla plenamente regulada en el derecho con requerimientos específicos y con un tratamiento especial.

Finalmente, es importante anotar que el tratamiento de la Adopción como Contrato, Acto Jurídico o como Institución es un asunto circunstancial espacio-temporalmente hablando, ya que depende en gran parte de la legislación de Familia de cada país; sin embargo la tendencia universal y las posturas contemporáneas confluyen al considerar a la Adopción como una Institución Jurídica y como una medida de protección por excelencia, cosa que explica el sentido del Título de este trabajo.

2.3. CARÁCTER ACTUAL DE LA ADOPCIÓN

La **Legitimación**, el **Reconocimiento** y la **Adopción** son las fuentes generadoras de la Filiación en sus modalidades Legítima, Extramatrimonial y Adoptiva; sin embargo, conviene precisar las diferencias de las dos primeras con la Adopción, en lo referente a los conceptos y en frente de algunos de sus efectos.

2.3.1. Con La Legitimación

En opinión de Manuel Somarriva Undurraga,⁹ la Legitimación es el beneficio a través del cual la ley le confiere la calidad de hijo Legítimo a aquel concebido fuera del Matrimonio, con todas las consecuencias que produce dicho estado.

Legitimar un hijo es, como su nombre lo indica, otorgarle el carácter de "Legítimo" a aquel que nació por fuera del Matrimonio.

Formas de Legitimación: ella se realiza de una de dos maneras: Ipso Iure (por Derecho) o voluntariamente.

A) Ipso Iure o por Derecho:

Se presenta en dos casos:

- i) Cuando el niño es concebido por fuera del Matrimonio pero nace dentro de él; la pareja espera al bebé y por eso se casa.
- ii) El hijo de la pareja nace, es reconocido por su padre y posteriormente se realiza el Matrimonio de sus padres.

En estos casos, es el Matrimonio lo que permite que se configure la Legitimación.

B) Voluntariamente:

Se presenta cuando los padres realizan por si mismos una de las siguientes tres (3) acciones:

- i) Designan como Legítimo a su hijo en el Registro Civil de Matrimonio.
- ii) Confieren el beneficio en una Notaría, mediante Escritura Pública.
- iii) Presentan una petición ante el Juez de Familia de su domicilio, para que con su intervención se declare la Legitimación.

⁹SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Derecho de Familia. Santiago de Chile : Editorial Nascimento, 1931., p. 263.

Diferencias con la Adopción:

- La Legitimación es el beneficio que cobija únicamente a los hijos nacidos por fuera del Matrimonio de sus padres. La Adopción es un beneficio que puede constituirse sobre hijos matrimoniales o extramatrimoniales.
- La Legitimación se realiza a favor de un hijo con el cual existe parentesco de consanguinidad y, generalmente, mediante una de las formas anteriormente enunciadas. La Adopción se realiza entre personas que no tienen ningún parentesco, porque precisamente este vínculo nacerá luego de perfeccionada la Adopción por medio del trámite previamente establecido en la ley.
- La Legitimación voluntaria se lleva a cabo mediante un acto sencillo, utilizando uno de los tres caminos indicados anteriormente. La Adopción implica la realización de trámites más largos y delicados, que algunas veces son bastante pormenorizados.

2.3.2. Con El Reconocimiento

Se define el Reconocimiento como un acto personal, voluntario y expreso del padre, mediante el cual precisa y acepta la Filiación con respecto a su hijo extramatrimonial. El Reconocimiento sólo lo hace el padre; la madre nunca reconoce porque por el sólo hecho del parto, que configura la maternidad como un hecho natural, adquiere tal calidad.

Formas de Reconocimiento: El padre efectúa el Reconocimiento de una de las siguientes cuatro (4) maneras:

1. Firmando el Acta de Nacimiento.
2. Mediante Escritura Pública en una Notaría.
3. Por manifestación expresa ante un Juez de Familia.
4. Por Testamento de cualquier clase.

Reconocimiento Forzoso: Es el que resulta como consecuencia del desarrollo de un proceso: Cuando el padre voluntariamente no reconoce a su hijo, se le inicia la denominada Investigación de la Paternidad, que es un proceso judicial mediante el cual se pretende demostrar que un hombre es el padre de un hijo.

Diferencias con la Adopción:

- ✓ El Reconocimiento es voluntario, pero puede ser forzoso, si se obtiene una sentencia favorable al demandante, como producto de un proceso de Investigación Judicial de la Paternidad. La Adopción, por el contrario, siempre es un acto voluntario.
- ✓ El Reconocimiento lo realiza el padre respecto de su descendiente consanguíneo extramatrimonial de grado más próximo, luego ya existe parentesco. La Adopción se realiza entre personas que no tienen ningún parentesco, porque precisamente este vínculo nacerá luego de perfeccionada la Adopción por medio del trámite previamente establecido en la ley.
- ✓ Los efectos del Reconocimiento son retroactivos porque se producen desde el día del nacimiento del reconocido. Los efectos de la Adopción se producen desde el momento en el que se le entrega el niño a los adoptantes para su cuidado y custodia, en espera de la sentencia judicial con la cual se elaborará el nuevo Registro Civil del menor.

Legitimación, Reconocimiento y Adopción son tres formas de establecer la Filiación, una vez realizadas y perfeccionadas son irrevocables.

La Adopción establece parentesco civil entre el adoptivo, el adoptante y los parientes consanguíneos o adoptivos de éste, de tal manera que nadie podrá ejercer acción alguna para establecer la Filiación de sangre del adoptivo, ni reconocerle como hijo extramatrimonial.

2.4. ADOPCIÓN PLENA

Esta adopción se realiza cuando el adoptado, crea relación jurídica con los parientes del adoptante, como si en realidad fuera un descendiente consanguíneo de este, de tal manera que el padre y la madre del adoptante, pasan a considerarse abuelos y abuela del adoptado, y los hermanos y hermanas del adoptante pasan a ser sus tíos y tías y en caso de que fallezcan el padre y la madre adoptivos el adoptado tendrá el derecho de que le den alimentos los abuelitos y abuelitas del que fueron su padre y su madre adoptivos, y hasta los tíos y tías, tendrán también ese deber de darle alimentos de ser el caso.

También en caso de fallecimiento de las y los abuelitos, las tías y tíos, por parte del padre y madre adoptantes, tendrán derecho a recibir herencia, de ser el caso.

Para realizar una adopción plena es necesario que los adoptantes sean un hombre y una mujer casados entre sí por lo menos cinco años, que vivan juntos y bien avenidos, de buenas costumbres, sin hijos y con medios suficientes para subsistir y proveer educación. El adoptado no deberá tener más de cinco años de edad.

En el caso de niños cuyos padres han fallecido, el consentimiento lo deben dar las personas a quienes por ley corresponda la patria potestad. Tratándose de niños abandonados dicho consentimiento lo dará el Estado.

2.4.1. Efectos

La sentencia de adopción plena constituye un nuevo estado civil y es irrevocable, es donde se confiere al adoptado los apellidos de los adoptantes y los mismos derechos, obligaciones y parentesco que la filiación sanguínea, en cuanto a los adoptantes se les confiere los mismos derechos y obligaciones que la consanguinidad y afinidad.

Una de las características más sobresalientes de la adopción plena es que extingue los vínculos jurídicos con la familia de origen (excepto lo relativo a impedimentos de matrimonio).

ADOPCIÓN PLENA	ADOPCIÓN SIMPLE
-----------------------	------------------------

Lo realiza un matrimonio	Una persona libre de matrimonio
El adoptado no deberá tener más de 5 años de edad	Se permite adoptar mayores de edad e incapaces
Por ser infantes no se requiere de su autorización	Si el menor tiene más de catorce años de edad se requiere de su autorización
Es irrevocable	Es eventualmente revocable e impugnable
Extingue vínculos jurídicos con la familia de origen	Solo se extingue la patria potestad
Permanecen los efectos aunque sobrevengan hijos al adoptante	Permanecen los efectos aunque sobrevengan hijos al adoptante

En la adopción plena no existe ninguna diferencia con relación a un hijo biológico, el tema se complejiza en la adopción simple: el adoptado sí hereda respecto del adoptante, pero no heredera a los descendientes ni a los parientes colaterales del padre o madre adoptantes, y si bien hereda a los ascendientes del adoptante, el hijo adoptado no participa en la sucesión de aquellos, porque no es heredero forzoso.

Por ejemplo, el niño en caso de ser "adoptado simple", no heredará en representación de su padre (adoptante) al hermano de este. En cambio el hijo biológico heredera, por representación, a los ascendientes de sus padres, en calidad de heredero forzoso, como así también hereda respecto de los parientes colaterales de sus padres.

CAPITULO III

DERECHOS SUCESORIOS DE LOS HIJOS ADOPTIVOS

La adopción ha sido objeto de sucesivas reformas desde la publicación de nuestro Código Civil, hasta llegar a la equiparación entre filiación adoptiva y filiación por naturaleza que hoy recoge el artículo 1095 del Código Civil.

Según el artículo 1095 del Código Civil: El hijo adoptivo y sus descendientes heredan al adoptante en igualdad de condiciones con los hijos que después de la adopción pudo llegar a tener este último, pero son extraños a la sucesión de los parientes de dicho adoptante. La adopción regulada por este código, produce la integración del adoptado en la familia del adoptante y, como regla general, extingue los vínculos del adoptado con la familia de origen.

"Las adopciones simples o menos plenas, subsistirán con los efectos que les reconozca la legislación anterior, sin perjuicio de que pueda llevarse a cabo la adopción regulada por esta Ley si para ello se cumplen los requisitos exigidos en la misma".

Al igual que en la Constitución Española, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, en una fase inicial, declararon que el principio constitucional de no discriminación por razón de filiación (artículos 14 y 39 Constitución Española) no se extendía a la filiación adoptiva, sino a la filiación por naturaleza, en la que no cabe distinguir según sea matrimonial o no matrimonial, siendo el régimen de la filiación adoptiva decisión de legalidad ordinaria.

Dijo la Sentencia citada: "los regímenes de la adopción plena y de la adopción simple son distintos, de ellos nacen efectos de desigual contenido para los adoptados, sin que estos regímenes distintos sean atentatorios a la igualdad que proclama --como derecho susceptible de protección por la vía del amparo constitucional, pues para que exista violación del principio de igualdad es preciso que el tratamiento desigual esté desprovisto de una justificación objetiva y razonable y aquí, en cuanto son distintas las

figuras, el dotar de un mayor contenido a la adopción plena y equipararla a la filiación por naturaleza, no significa para los adoptados de forma simple una discriminación”.

En el mismo sentido, los derechos de los hijos en cuanto a su igualdad respecto a los padres más que en los que sean de sangre, sin posible discriminación de si son “intra” o “extra” matrimoniales, pero sin que se configure un derecho de igualdad respecto de los adoptivos con relación a la familia del adoptante, pues tan sólo se define ese derecho de orden legitimario en la herencia del padre adoptante, y no por disposición constitucional. Se hace por ello necesario determinar los derechos sucesorios entre adoptantes y adoptados según las distintas leyes que han estado vigentes.

La redacción inicial del Código Civil no reconocía al adoptado otros derechos que los que se le concediesen en la escritura de adopción.

Según el Código Civil español, en su artículo 174: “Adoptante y adoptado se deben recíprocamente alimentos, sin perjuicio del preferente derecho de los hijos legítimos, legitimados o naturales reconocidos.

Los derechos del adoptado en la herencia del adoptante, y establecidos en la escritura de adopción, son irrevocables y surtirán efecto, aunque éste muera intestado, salvo que el adoptado incurriere en indignidad para suceder o causa de desheredación, o se declare extinguida la adopción.

El pacto sucesorio no podrá exceder de los dos tercios de la herencia del adoptante, sin perjuicio de los derechos legitimarios reservados por la Ley a favor de otras personas.

El adoptado conservará los derechos sucesorios que le correspondan en la familia por naturaleza.

En orden a la tutela y a la representación y defensa del ausente, adoptante y adoptado serán considerados como padre e hijo, pero los hijos legítimos y los hijos naturales reconocidos, si existiesen, serán preferidos a los adoptivos.

La adopción produce parentesco entre el adoptante, de una parte, y el adoptado y sus descendientes legítimos, de otra; pero no respecto a la familia del adoptante, con excepción de lo dispuesto sobre impedimentos matrimoniales”.

El artículo 179 del Código Civil español, relativo a la adopción plena:

“Por ministerio de la Ley el adoptado y, por representación, sus descendientes legítimos, tendrán en la herencia del adoptante los mismos derechos que el hijo natural reconocido, y el adoptante en la sucesión de aquél los que la Ley concede al padre natural.

El adoptado está exento de deberes por razón de parentesco con sus ascendientes o colaterales por naturaleza, pero conservará los derechos sucesorios; y también los alimentos cuando no los pueda obtener del adoptante en la medida necesaria.

Los parientes por naturaleza no conservarán ningún derecho, salvo los que asistan a los padres por razón de la deuda alimenticia cuando se dieren las circunstancias expresadas en el artículo ciento setenta y cinco para extinguir la adopción”.

Sin embargo, en su Art. 180: “El adoptado como tal, sólo tendrá en la herencia del adoptante los derechos pactados expresamente en la escritura de adopción, sin perjuicio de la legítima de los hijos legítimos, legitimados o naturales reconocidos que pudiera tener el adoptante”.

Adoptado en forma plena: Se reconoce al adoptado en forma plena ciertos derechos sucesorios legales, los mismos que los del hijo natural reconocido (esto es, un limitado derecho legitimario concretado en la mitad de la legítima del hijo no mejorado, siempre que cupiese dentro del tercio de libre disposición). La adopción no causa parentesco entre el adoptado y la familia del adoptante. El adoptado tendrá derechos sucesorios en su familia por naturaleza, pero sus parientes por naturaleza no tendrán derechos sucesorios en su herencia.

El adoptado en forma menos plena tendría los derechos que se le atribuyesen en la escritura de adopción, si bien introdujo como límite que no pudiera atribuírsele más de las dos terceras partes de la herencia y siempre sin perjuicio de los derechos sucesorios de otros.

La adopción causa parentesco entre el adoptante, de una parte, y el adoptado y sus descendientes, de otra; pero no respecto a la familia del adoptante, sin perjuicio de lo dispuesto sobre impedimentos matrimoniales”.

El hijo adoptivo ocupa en la sucesión del adoptante la misma posición que los hijos legítimos, con las siguientes particularidades:

“El hijo adoptivo ocupa en la sucesión del adoptante la misma posición que los naturales reconocidos. El adoptante ocupa en la sucesión del hijo adoptivo una posición equivalente a la del padre natural”.

Por lo tanto, cabía distinguir:

Adopción plena: Se reconoce al adoptado en forma plena los mismos derechos sucesorios que al hijo legítimo, con ciertas limitaciones. Sus parientes por naturaleza no ostentarán derechos en su sucesión. Desaparece sin embargo la previsión de que el adoptado en forma plena conservará sus derechos sucesorios en su familia por naturaleza.

El adoptado en forma simple tendría los mismos derechos que se concedían al hijo natural reconocido.

En general para todas las adopciones: Existe una previsión de equiparación de los hijos adoptivos con los legítimos en lo no regulado expresamente de modo distinto y de que la adopción no genera parentesco entre el adoptado y la familia del adoptante.

La adopción causa parentesco entre el adoptante, el adoptado, sus descendientes y la familia del adoptante.

La adopción, confiere al adoptante la patria potestad sobre el adoptado menor de edad. Cuando un cónyuge adopte al hijo de otro la patria, potestad se atribuirá a ambos.

Extinguida la patria potestad del adoptante o adoptantes se aplicarán en su caso las normas de la tutela, excluyendo de los llamamientos legales a los parientes por naturaleza”.

Debe recordarse que la competencia notarial para las declaraciones de herederos está limitada a los supuestos de descendientes, ascendientes y cónyuge, y, en todos los demás casos, la competencia es judicial.

A favor, cabría señalar que el adoptado en forma simple tiene la condición de descendiente, al menos en relación con el adoptante, en virtud de la equiparación que el artículo 176 hace del adoptado en general con los parientes por naturaleza.

En contra que, en la sucesión legítima, la Ley sitúa al adoptado en una posición diferente a la de los descendientes por naturaleza, llamándolo después del cónyuge, que es precisamente el que marca el límite de la competencia notarial.

Aunque la cuestión es dudosa, me inclino por la primera de las tesis expuestas.

Sin embargo, cabe distinguir los siguientes supuestos:

- Las adopciones constituidas bajo el régimen originario del Código Civil no pueden equipararse a ninguna otra de las que se han regulado, ni regirse por sus preceptos.
- Las adopciones plenas deberían constituirse, cuando el fallecimiento del adoptante tenga lugar con posterioridad a la actualidad, en la que se equiparan sus efectos a la filiación por naturaleza, se regirán por los mismos preceptos que la sucesión de los descendientes por naturaleza. Incluso existe base constitucional para defender el mismo efecto tras la entrada en vigor de la Constitución.

3.1. DERECHOS SUCESORIOS DEL ADOPTADO EN LA FAMILIA DE ORIGEN

En cuanto a los derechos sucesorios del adoptado en forma simple o menos plena en su familia de origen, se entiende que se mantienen, ya que el Código Civil actual, no contiene norma alguna en contra, aunque la cuestión no parezca del todo clara si atendemos a las decisiones de los Tribunales de orden menor.

Para Bercovitz, la familia por naturaleza tiene también derechos sucesorios en la sucesión del adoptado en forma simple, debiendo compatibilizarse la legítima de los parientes por naturaleza con la de los adoptantes.

Caso distinto era el de la adopción plena, en que se excluía expresamente los derechos sucesorios de la familia por naturaleza.

La cuestión ha sido sin embargo discutida en cuanto al mantenimiento de los derechos sucesorios del adoptado en forma plena en su familia por naturaleza.

Asimismo se afirmaba que los ascendientes por naturaleza carecían de derechos sucesorios en la herencia del adoptado en forma plena, pero de ello no puede extraerse la

consecuencia inversa, de que el adoptado carezca de derechos sucesorios en la familia biológica.

En el mismo sentido Bercovitz, considera que el hijo adoptado en forma plena mantiene sus derechos sucesorios en la familia de origen.

No obstante, si la sucesión en la familia de origen se produce después de la entrada en vigor de la Ley de adopción, no tendría derechos sucesorios el adoptado en la misma, aplicando el criterio de regir la sucesión por la ley aplicable en el momento de la apertura de la misma.

3.2. SUCESIÓN DEL ADOPTADO EN LÍNEA COLATERAL.

Algunos autores discuten la extensión de la sucesión en la línea colateral a los hijos adoptivos de hermanos del causante.

Se aduce que al regular la sucesión en la línea colateral, el Código Civil no recoge una declaración de equiparación de filiaciones similar a la que se contiene en la sucesión en línea descendente.

Un supuesto de sucesión abierta antes de la Constitución, rechaza que un hijo adoptivo de un hermano tenga la condición de pariente de la testadora, a cuya condición el testamento subordinaba la sucesión, y hace referencia a las reformas legislativas de la adopción, afirmando:

"Una persona no habiendo sido adoptado aún, en la fecha del óbito de la causante, es obvio que no podía ser pariente de la misma, como tampoco lo era cuando se produjo el llamamiento a la muerte de su padre adoptante, primer instituido, se decretaba que la adopción causaba parentesco entre el adoptado, sus descendientes y la familia del adoptante.

Lo que sí se mantiene es la relación paterno filial entre adoptante y adoptado, consecuente a lo dispuesto en el artículo 1095 del Código Civil por el que se consagra esta ficción legal a semejanza de la proveniente de la naturaleza y cuyos firmes y encomiables lazos -producto de un negocio jurídico, en el que se reflejan sentimientos

afectivos trascendentes “intuitu personae”-, llegan a producir la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de sangre anterior.

Pero ello no podía por la propia naturaleza de la institución alcanzar más allá de los propios interesados en su formalización, es decir al resto de los familiares, cuyo consentimiento técnicamente y en puridad doctrinal hubiera sido imprescindible para que les pudiera afectar, por no radicar su infraestructura jurídico-social en lazos tan asépticos e involuntarios como los de la sangre, sino en la única y exclusiva voluntad de los comprometidos; de ahí, que por la gran inseguridad jurídica que encierra dicho mandato, -ya desaparecido tras la basculante y artificial voluntad legislativa-, no pueda servir de apoyo más que a los derechos e intereses de los propios interesados adoptante y adoptado en la formalización de la adopción”.

No obstante, en la actual regulación de la adopción la cuestión parece claramente resuelta a favor de la existencia de derechos sucesorios entre adoptado y familia del adoptante, teniendo en cuenta la plena equiparación de efectos que existe entre filiación adoptiva y filiación por naturaleza en el artículo 1095 y en la extinción de los vínculos jurídicos del adoptado con su familia anterior.

Es mayoritaria en la doctrina la opinión de equiparar también en la línea colateral a los parientes adoptivos con los consanguíneos (así Bercovitz, Dela Cámara o Núñez Núñez). Sin embargo, el hijo natural de un hijo legítimo no podía representar a su padre en la herencia de un ascendiente.

Sin embargo, si la sucesión se abre tras la constitución prevalece el principio constitucional de equiparación de filiaciones por nacimiento.

En cuanto a las adopciones simples y menos plenas, debe tenerse en cuenta los derechos del hijo adoptado en forma simple con los del hijo natural reconocido. Aunque el régimen legal de la adopción simple, concediendo al adoptado derecho sucesorios ab intestado, cabe plantearse si cabe que los adoptados en forma simple o menos plena representen a su adoptante en la sucesión de un ascendiente o de un hermano del adoptante.

Para resolver esta cuestión será determinante establecer si la adopción simple o menos plena establece una relación de parentesco con la familia del adoptante, cuestión respecto de la cual nos hemos pronunciado favorablemente en relación con la adopción plena, pero resulta más dudosa en relación con la adopción plena y simple.

3.3. EL PARENTESCO

El parentesco es el vínculo que une a una persona con su familia y por consiguiente es el existente entre miembros de una misma familia.

El vínculo es determinante en muchos aspectos de la vida, desde que nacemos hasta que morimos, el vínculo a la hora de transmitir, de liquidar bienes con hacienda, de heredar, cobrar prestaciones sociales, beneficios fiscales, etc.

El parentesco de una persona respecto de otra se determina por el número de generaciones que las separan, cada generación es un grado y la generación de grados forma lo que se conoce como línea sucesoria.

La consanguinidad está determinada por la vinculación sanguínea.

La Afinidad se determina por la vinculación matrimonial.

3.3.1. Líneas de parentesco

Hay tres tipos:

- **Consanguinidad.**

Vínculos que existen entre los descendientes y ascendientes de un progenitor común (ejem., bisabuelos, abuelos, padres, hijos, nietos, bisnietos, etc.).

- **Afinidad.**

Vínculos que se forman a través del matrimonio, que cada cónyuge contrae con los parientes consanguíneos del otro (por ejem., suegros, yernos y nueras, cuñados, etc.).

Por lo general, los parientes de cada cónyuge no adquieren parentesco legal con los

parientes del otro (por ejem., legalmente los consuegros y los concuñados no son parientes, aunque se traten como familia).

- **Adopción.**

Vínculo entre el adoptado y los padres adoptivos y sus parientes consanguíneos.

3.3.2. Grados de parentesco a los efectos de sucesión

El parentesco se mide en grados. En las líneas rectas de parentesco cada generación cuenta como un grado. Por ejemplo, entre padre e hijo hay un grado de separación y entre un abuelo y un nieto hay dos grados.

En las líneas colaterales los grados entre dos parientes se cuentan por generaciones en la línea ascendente desde el primer pariente hasta el tronco (p.e., antepasado en común) y se sigue contando por la línea descendiente hasta llegar al otro pariente. Por ejemplo, entre hermano y hermana hay dos grados de separación: un grado del hermano a los padres, y otro de los padres a la hermana.

Entre un tío y un sobrino hay tres grados de separación: dos del tío a sus padres, y uno de ellos al sobrino.

El parentesco es el vínculo existente entre personas que pertenecen a la misma familia y conviene conocer su significado desde el punto de vista jurídico, puesto que el grado de parentesco resulta determinante a la hora de heredar, cobrar prestaciones sociales, indemnizaciones por accidente, etc.

El parentesco de una persona respecto de otra se determina por el número de forma de “línea de sucesión”.

La línea de sucesión puede ser recta o directa, formada por personas que ascienden o descienden unas de otras (abuelos, padres, hijos, nietos) o colateral, formada por personas que proceden de un mismo tronco común (hermanos, tíos, sobrinos)

La línea de sucesión puede ser también descendiente, liga a una persona con aquellas que descienden unas de otras (abuelos, padres, hijos nietos) o colateral, formada por personas que proceden de un mismo tronco común (hermanos, tíos, sobrinos).

La línea puede ser también descendiente, liga a una persona con aquellas que descienden de él (abuelos, padres, hijos, nietos) o ascendente, liga a una persona con aquellos de los que desciende (nietos, padres, abuelos).

El cómputo de los grados de parentesco se realiza de forma distinta según la línea de sucesión:

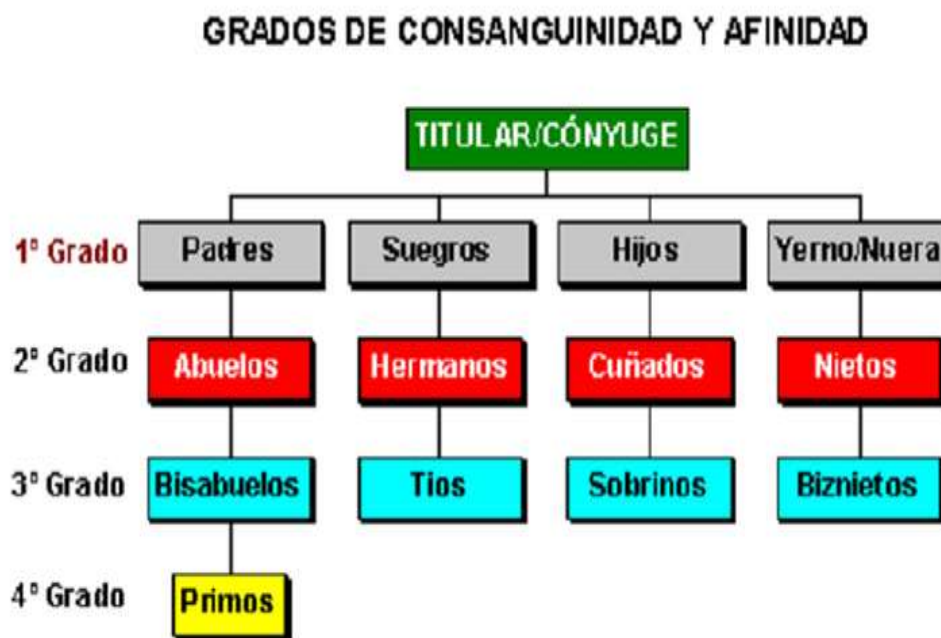
- En la línea recta o directa: Los grados se cuentan subiendo hasta el ascendiente o descendente común dependiendo de si la línea es ascendente o descendente. Así, en línea ascendente, el hijo dista un grado del padre, dos del abuelo y tres del nieto en la línea descendente, el abuelo dista un grado del padre, dos del nieto y tres del biznieto.
- En la línea colateral: Los grados se cuentan subiendo en primer lugar hasta el tronco común (como en la línea recta) y, en segundo lugar, descendiendo hasta la persona respecto de la que se pretenda establecer el grado de parentesco. Así, el hermano dista dos grados del hermano (el primer grado sería el padre en línea recta que constituiría el tronco común, y el segundo sería el hermano que, como hijo, dista del padre otro grado) tres del tío (el primer grado sería el padre, el segundo el abuelo, el tercero el tío y el cuarto el primo).

GRADOS	TITULAR/CONYUGE			
1°	Padre/Madre	Suegro/Suegra	Hijo/Hija	Yerno/yerna
2°	Abuelo/Abuela	Hermano/Hermana	Cuñado/Cuñada	Nieto/Nieta
3°	Bisabuelo/Bisabuela	Tío/tía	Sobrino/Sobrina	Bisnieto/Bisnieta
4°	Primo/Prima			

También debe distinguirse entre el parentesco por consanguinidad, y el parentesco por afinidad. El primero se da respecto de la propia familia, y el segundo respecto de la familia del cónyuge, computándose los grados de la misma forma

En el siguiente cuadro, se reflejan los grados de parentesco, tanto por línea recta o directa y colateral, como por consanguinidad y afinidad.

También se adjunta el grafico:



3.4. LA SUCESIÓN INTESADA Y EL ORDEN DE SUCESIÓN

La herencia a favor de los hijos y descendientes:

1º- Línea Descendente	Hijos	A partes iguales
	Nietos	por representación
2º- Línea Ascendente	Padres	A partes iguales
	Abuelos	A partes iguales
3º - Cónyuge viudo	Esposa o Esposo	1/3 + usufructo
4º - Hermanos (2v)	Doble vínculo (padre y madre)	A partes iguales
5º - Hermanos y (2v)	Un vínculo (sólo padre o madre)	2/3 (2v) y 1/3 los medio hermanos
6º- Hermanos + Sobrinos	Los sobrinos	La parte del representado
7º- Sobrinos exclusivamente	Doble vínculo	A partes iguales
	Sólo padre o madre	Por representación
8º - Primos	Vínculo indistinto	A partes iguales
De no existir ninguno de los descendientes, ascendientes o colaterales, heredará el Estado.		

3.4.1. Quién hereda a falta de testamento

Si el fallecido tenía hijos, (herederos forzosos y legítimos) la herencia suya se divide entre todos ellos a partes iguales.

Si alguno de los hijos ha muerto antes que el padre, hay que diferenciar: Si este hijo tenía a su vez descendencia, les corresponde a éstos por partes iguales lo que le correspondiera a su padre o a su madre.

Si el hijo fallecido no tenía hijos, la herencia se divide sólo entre los hijos que estén vivos a la muerte del padre o madre.

Si el fallecido estaba casado, a su cónyuge le corresponde sólo el usufructo de un tercio de la herencia. Además, como es natural, le corresponde la mitad de los bienes que sean gananciales, porque esos bienes son ya en vida de los dos, a partes iguales.

Si el fallecido no tiene hijos, el orden es el siguiente:

- 1.- A sus padres, por partes iguales si viven los dos, o si sólo vive uno, todo a él.
- 2.- Si no hay padres pero sí abuelos o ascendientes más lejanos, a éstos. En este caso al viudo le corresponde el usufructo de la mitad de la herencia.
- 3.- Si no viven sus padres ni tiene ascendientes de ningún tipo, el viudo o viuda será el único heredero.
- 4.- Si no viven los padres ni tiene cónyuge en el momento de su muerte, a sus hermanos e hijos de sus hermanos, y a falta de éstos a sus tíos, y si no tiene hermanos ni tíos, a sus primos carnales, sobrinos-nietos y tíos-abuelos, si le han sobrevivido. Sólo si no tiene ninguno de los parientes antes citados, en definitiva, si muere sin testamento y sin parientes, hereda el Estado.

CAPITULO IV

MARCO JURIDICO LEGAL

4.1. CONSTITUCION POLITICA DEL ESTADO

DERECHOS FUNDAMENTALES Y GARANTÍAS CAPÍTULO PRIMERO

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 13.I. Los derechos reconocidos por esta Constitución son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos. El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos.

II. Los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados.

III. La clasificación de los derechos establecida en esta Constitución no determina jerarquía alguna ni superioridad de unos derechos sobre otros.

IV. Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia.

Artículo 14. I. Todo ser humano tiene personalidad y capacidad jurídica con arreglo a las leyes y goza de los derechos reconocidos por esta Constitución, sin distinción alguna. II. El Estado prohíbe y sanciona toda forma de discriminación fundada en razón de sexo, color, edad, orientación sexual, identidad de género, origen, cultura, nacionalidad, ciudadanía, idioma, credo religioso, ideología, filiación política o filosófica, estado civil, condición económica o social, tipo de

ocupación, grado de instrucción, discapacidad, embarazo, u otras que tengan por objetivo o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos de toda persona. III. El Estado garantiza a todas las personas y colectividades, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio de los derechos establecidos en esta Constitución, las leyes y los tratados internacionales de derechos humanos. IV. En el ejercicio de los derechos, nadie será obligado a hacer lo que la Constitución y las leyes no manden, ni a privarse de lo que éstas no prohíban. V. Las leyes bolivianas se aplican a todas las personas, naturales o jurídicas, bolivianas o extranjeras, en el territorio boliviano.¹⁰

4.2. DERECHOS UNIVERSALES HUMANOS

Artículo 1.- Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Artículo 2.- Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

Artículo 7.- Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

¹⁰ Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, 2008, pág. 9.

Artículo 25.- 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

Artículo 28.- Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos.

Artículo 30.- Nada en la presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración.

4.3. CODIGO CIVIL

En el Capítulo III De la sucesión de los descendientes

Artículo 1094.- (SUCESION DE HIJOS Y DESCENDIENTES). I. La sucesión corresponde, en primer lugar, a los hijos y descendientes, salvo los derechos del cónyuge o del conviviente. II. Los hijos heredan por cabeza y los nietos y demás descendientes por estirpe. Heredar por cabeza es suceder en virtud del derecho propio, y heredar por estirpe es suceder en virtud del derecho de representación.

Artículo 1095.- (SUCESION DE LOS HIJOS ADOPTIVOS). El hijo adoptivo y sus descendientes heredan al adoptante en igualdad de condiciones con los hijos

que después de la adopción pudo llegar a tener este último, pero son extraños a la sucesión de los parientes de dicho adoptante.¹¹

4.4. NUEVO CODIGO DE LAS FAMILIAS Y DEL PROCESO FAMILIAR

La ley del nuevo Código de Familias y Procesos Familiares (603) fue promulgada el 19 de noviembre de 2014, sustituyendo a la Ley 996 conocida como Código de Familia. Incorpora el concepto de pluralismo familiar y queda suprimida la referencia de matrimonio religioso.

El vocal de materia Familiar del Tribunal Departamental de Justicia, Jimmy Rudy Siles, y la jueza de Familia Martha Saavedra, coincidieron en que los cambios incorporados en la ley están destinados, fundamentalmente, a garantizar el derecho de los hijos y de los integrantes de la familia.

En el libro primero título III capítulo V determina los alcances DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE HIJAS E HIJOS. Y también habla sobre el derecho sucesorio de los hijos adoptivos y legítimos.

CAPÍTULO QUINTO DERECHOS Y DEBERES DE HIJAS E HIJOS

Artículo 31.- (IGUALDAD DE HIJAS E HIJOS). Las y los hijos, sin distinción de origen, son iguales en dignidad y ante la Ley, tienen los mismos derechos y deberes en el núcleo familiar y social.

Artículo 32.- (DERECHOS DE HIJAS E HIJOS). Sin perjuicio de los derechos humanos, las y los hijos tienen derecho a:

- a) La filiación materna, paterna o de ambos.
- b) La identidad y llevar los apellidos de su madre, padre o de ambos, u otro convencional conforme lo establecido en el Código Niña, Niño y Adolescente.
- c) Su desarrollo integral con salud, educación, vivienda, vestimenta y recreación.

¹¹ Código Civil, vigente y actualizado, 2014..

- d) La representación y tutela.
- e) Adquirir una profesión u oficio socialmente útil y tener una educación y formación basada en principios y valores.
- f) Suceder por causa de muerte a su padre, madre o ambos.
- g) A una vida libre de violencia y sin discriminación.
- h) A tener una relación paterna y materna filial igualitaria.

Artículo 33.- (DEBERES DE HIJAS E HIJOS, TUTELADAS Y TUTELADOS).

Son deberes de las y los hijos, tuteladas y tutelados:

- a) Respeto, obediencia y solidaridad respecto a su madre, padre o ambos, la tutora o el tutor o ambos, en las condiciones previstas por el presente Código.
- b) A la formación en el sistema educativo.
- c) A formarse en una profesión u oficio socialmente útil, de acuerdo a su aptitud.
- d) A prestar asistencia a su madre, padre o ambos, y ascendientes, cuando se hallen en situación de necesidad y no estén en posibilidades de procurarse los medios propios de subsistencia.

Para hacer una comparación se menciona al sustituido código de familia ley (996) en su artículo 231

Artículo 231.- (HERENCIA ENTRE ADOPTADO Y ADOPTANTE)

El adoptado tiene derecho a heredar al adoptante en igualdad de condiciones que los hijos que después de la adopción pudiera llegar a tener este último, conforme al artículo 25.

Recíprocamente, el adoptante heredara al adoptado que no deja descendientes ni ascendientes, o parientes colaterales hasta el segundo grado del cómputo civil, salvo que

en este último caso hubiera testamento a favor del adoptante.¹²

4.5. NORMATIVA LEGAL EXISTENTE SOBRE LA ADOPCION

En cuanto a la normativa legal existente sobre la adopción nombraremos también de la ley N° 548 del Código Niña, Niño y Adolescente vigente y actualizado el 2014.

Artículo 80.- (DEFINICION)

- I. La adopción, es una institución jurídica, mediante la cual la niña, niño o adolescente, en situación de adoptabilidad adquiere la calidad de hija o hijo de la o el adoptante, en forma estable, permanente y definitiva. Podrá ser nacional o internacional.
- II. Esta institución se establece en función del interés superior de la adoptada o adoptado.

Artículo 82.- (IGUALDAD DE LAS HIJAS E HIJOS)

La adopción, concede a la niña, niño o adolescente, igual condición que la de hija o hijo nacido de la madre y padre adoptante, con los mismos derechos y deberes establecidos en la Constitución Política del Estado y las leyes con responsabilidad y reciprocidad familiar, sin distinción de roles

4.6. PRINCIPIO DE IGUALDAD

La declaración universal de los derechos humanos es la principal autora del principio de igualdad.

² *Código de familia – Con Modificación y Concordancia” Ed. Los Amigos del Libro Ira. Ed., 1988 pag. 19.*

El principio de igualdad ante la ley o igualdad legal es el que establece que todos los seres humanos son iguales ante la ley, sin que existan privilegios ni prerrogativas de sangre, títulos u otra índole. Es un principio esencial de la democracia. El principio de igualdad ante la ley es incompatible con sistemas legales de dominación como la esclavitud, la servidumbre, el colonialismo, o la desigualdad por el sexo o religión.

El principio de igualdad ante la ley se diferencia de otros conceptos, derechos y principios emparentados, como la igualdad de oportunidades y la igualdad social.

Igualdad ante la ley, es el conjunto de deberes, derechos y garantías del ordenamiento jurídico. El contenido de las leyes sea igual para todos, o desigual si así corresponde, sobre la fase o en función de la justicia. Igualdad ante la ley, implica que todos debemos cumplir el mandato de la ley, no sólo los órganos del Estado, como asimismo, tales órganos deben interpretar y aplicar el ordenamiento jurídico, sin incurrir en discriminación.

Tal y como ha sido entendido por el Derecho Constitucional, hace que todos los hombres deban ser tratados igualmente por el Estado en cuanto a lo que es esencialmente igual en todos ellos, esto es, en los llamados derechos fundamentales que están contemplados en nuestra constitución, que son el corolario de la dignidad humana.

4.7. TEORÍA DEL PRINCIPIO DE LA IGUALDAD. APROXIMACIONES.

Abordar la igualdad, constituye en sí mismo, introducirse en la memoria histórica de la humanidad, principalmente en los últimos 3 siglos. Es tal su importancia, que históricamente se configuró como un "principio regulador de la sociedad"¹; diríamos, que se constituyó en factor ordenador de las luchas por y desde el Estado moderno. A decir de Cerdá², "la idea de igualdad es uno de los parámetros fundamentales del pensamiento y de la organización social, económica, política y jurídica.. ";y, en esa

misma línea también lo menciona Carbonell³. Para Cruz y Pardo, complementariamente, la consideran "valor superior" del ordenamiento jurídico⁴.

Se puede afirmar categóricamente que "el vínculo básico que la idea de democracia establece con la idea de igualdad"⁵, permite configurar ese carácter ordenador. Es imposible concebir a la democracia sin igualdad y viceversa: tal es su importancia, lo graficaremos como a siameses que comparten el corazón.

Podríamos señalar que su origen se remonta al derecho natural, que apunta a que "todos los hombres son creados iguales"⁶, habiendo sido incorporada esta premisa, en todas las proclamas filosóficas, políticas y -modernamente- constitucionales, como también en las declaraciones sobre derechos humanos que se dieron y se internacionalizaron.

A su vez, hablar de igualdad conlleva o arrastra la variable de la dignidad, porque el "principio de igualdad parte... de la igual dignidad de toda persona humana"⁷, vinculando, por esta vía, al ámbito de la discriminación, como lo señala Bayefsky al sostener que "la igualdad o no discriminación es una de las normas declaradas con mayor frecuencia"⁸, en relación a la protección de los derechos humanos. Cruz, en la misma línea, señala que la igualdad "afecta a la propia dignidad de la persona"⁹, y la dignidad de los humanos "está por sobre todo otro principio o valor, por tanto, ninguna norma jurídica ni aún un derecho de la persona puede ir en contra de la dignidad humana"¹⁰. Ninguna persona puede ser discriminada o evidenciarse que otra es preferida y ella relegada, como señala Rabossi, "a menos que exista una razón reconocida como relevante y suficiente, según algún criterio identificable y aceptado"¹¹.

Por otro lado, se puede sostener que "la construcción jurídica de la igualdad implica siempre un juicio de valor, un proceso de abstracción [...] de esta manera, el concepto es incompleto"¹², por ser relacional¹³, ya que "presume una diferencia entre las cosas que se comparan"¹⁴, de allí su ilimitada, interminable y adecuada definición, convirtiéndose en una herramienta cargada de futuro¹⁵. Dicho carácter relacional se produce a partir de

percibir y contrastarla con la desigualdad; que han sido paralelas, ya que a "lo largo de la historia estas ideas han coexistido y evolucionado en forma conjunta"¹⁶.

Asimismo, podríamos sostener que "se entiende por igualdad el establecimiento de un criterio de lo que históricamente se pretende razonable para medir la legitimidad o ilegitimidad de una desigualdad jurídica de trato entre un conjunto de la ciudadanía"¹⁷.

4.7.1. Renovación permanente de la Igualdad.

Por el carácter relacional, adecuado y cargado de futuro, el concepto de igualdad está marcado de una constante y permanente renovación, como se viene describiendo. Debemos recordar los siglos de "oscurantismos" que precedieron y motivaron la búsqueda de respuestas a las inaceptables fundamentaciones¹⁸ sobre el poder y la no valía del ser humano, como las de los "designios divinos" y "el Estado soy yo", los procedimientos inquisitoriales, etc.

Es en este escenario en que el principio de igualdad (aporte de la emergente masonería con su triada de libertad, igualdad y confraternidad¹⁹) cobra notoriedad e importancia, surgiendo con mucha fuerza en la Europa de finales del siglo XVIII y sus zonas de influencia, y extendiéndose al siglo XIX.

Será en los procesos y de acceso al Estado moderno de EE.UU primero, y seguidamente de Francia, en los que se inicia esta formalización y protección del analizado principio de igualdad.

A) La igualdad formal.

A decir de Pardo y otros, es en "el contexto liberal decimonónico" que se puede entender su aparición, expansión y consolidación, ya que "el principio constitucional de igualdad representaba la ruptura con la anterior sociedad estamental, marcada por la desigualdad, los privilegios y las exenciones"²⁰.

Y es a partir de su constitucionalización que "la igualdad formal se identifica con el principio de igualdad ante la ley"²¹, y esta viene a ser "entendida como consecuencia de la generalidad de la norma" por lo que significaría "la sumisión a un mismo ordenamiento y la igual protección"²².

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos "el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenecen al *juscogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico"²³.

Como se ve, este salto histórico fue muy importante. Pero, con el transcurrir del tiempo, y en el devenir histórico, "la asimilación al principio de legalidad permitió no cuestionar el contenido de la ley en sí misma"²⁴, posesionándose el dicho popular de que la ley "se cumple y no se discute". Este ejercicio se prolonga durante varias décadas.

B) La igualdad material.

Ser iguales ante la ley, con el pasar del tiempo, producía resultados de desigualdad, por lo que se comenzó a cuestionar" de forma progresiva y natural, la igualdad ante la ley pasó a ser entendida como igualdad en la aplicación de la ley". No se cuestionaba a la ley misma sino a quienes la aplicaban y la forma en que lo hacían, por lo que los debates se centraron en la discrecionalidad o no del juzgador; "la aplicación desigual de la ley podía confundirse con un problema de mera inaplicación de la propia ley o dar lugar a una aplicación arbitraria a aquella". Después, la discusión se giró hacia otras búsquedas, al darse cuenta que no sólo era un tema de aplicabilidad; el resultado no era el buscado y "la proyección del principio de igualdad [...] sobre su contenido se hacía imprescindible"²⁵.

Esta renovada visión se tornó en un imperativo, y "este nuevo significado [...] no elimina el anterior, sino que lo amplía"; por lo que "el principio de igualdad en la ley [...] constata la existencia de cánones de lógica o de razonabilidad que limiten la voluntad del legislador"²⁶, por lo que "se insta a los poderes públicos a promover las condiciones para que la igualdad del individuo [...] sea real y efectiva"²⁷.

A decir de Magnolia Pardo y otros," aparece así un nuevo contenido del principio de igualdad: la igualdad material"²⁸, y con él," la prohibición de discriminación no sería sino la otra cara de la moneda del principio de igualdad de trato"²⁹.

C) Estado social.

En el siglo XX se generan contradicciones profundas, y se producen hechos históricos trascendentes. Es en el México convulsionado por las luchas sociales, en la que se dan las primeras medidas de protección a los trabajadores y a los campesinos (1917), enrostrando al mundo un nuevo rol del Estado, con su nueva Constitución Política que emergía de una Asamblea Constituyente; y, será la efímera República de Weimar (1919-1933), como se llamó a esa Alemania que salía de su derrota de la primera guerra mundial, la que enarbola y pretende tomar la posta lanzada desde la indo-afro-Latinoamérica.

La II guerra mundial, la situación en la que quedó el continente europeo, posibilitó que se constituyan en estados fuertes y que en la línea mexicana y la de Weimar, asuman roles antes impensables. Es así, que desde las cenizas emerge el Estado Social.

Para algunos autores, "el Estado social es la superación del Estado liberal"³⁰, que limitó e inmovilizó al aparato del Estado con el "dejar hacer, dejar pasar", para que sea el mercado quien regule, dicho de otro modo, la sociedad civil. Para nosotros, constituirá una maximización de lo social en la búsqueda de equilibrio frente al omnipotente y

perverso mercado, sin salirse del ámbito liberal; constituirá el inicio del reconocimiento del "otro" frente al excesivo "neo idealismo individualista"; y, obviamente, adentrarse al reconocimiento del concepto del "ser social"³¹: soy, en cuanto soy ser social.

El Estado deja su función de tan sólo "reconocer" (Estado liberal) y pasa a "garantizar", "sostener", "regular", "vigilar", "proteger", entre otros verbos, con los que está plagada nuestra Constitución Política del Estado. Estamos ante un Estado que está obligado a intervenir, a regular, a ser activo. Estamos ante el Estado Social, el cual "se convierte así en agente activo del cambio social"³².

En ese contexto, la búsqueda de la igualdad toma otro rumbo. Y es en este escenario que "la igualdad ante la ley y la igualdad en la ley son insuficientes para corregir, o al menos mitigar las desigualdades de hecho existentes"³³, y esto, permite que se siga reflexionando, desde esta otra esfera y visión.

Aunque el principio de igualdad "es sostenido tanto por los tratados internacionales en materia de derechos humanos, como por el texto de las constituciones contemporáneas posteriores a la segunda guerra mundial"³⁴, "continúa produciendo la sensación de materia poco trabajada, con numerosas incógnitas y cuestiones todavía pendientes"³⁵, ya que, si bien "existe en las sociedades occidentales [...] una aceptación casi universal de la idea de igualdad [...] no todos los miembros de una sociedad tienen de hecho una idéntica percepción de la misma"³⁶, por lo que esta diversidad, como producto del reconocimiento del "otro" y del "ser social", ha producido un aumento cuantitativo y cualitativo de las exigencias para no ser discriminados, y es así que "en los últimos 45 años, organismos internacionales se han abocado, en forma continua, al desarrollo y la promulgación del derecho de igualdad"³⁷.

El reconocimiento de ser "diferente" y no ser discriminado "ha ocurrido en diversos contextos: en relación con derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales;

en empleo, remuneraciones y educación; y en tortura, raza, sexo e infancia. Actualmente, también se está considerando en diversos contextos adicionales, incluyendo la religión, los enfermos mentales, las poblaciones indígenas y el derecho de salida y retorno"³⁸. Todo esto, debido al nuevo carácter del Estado social, que "tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatoria, combatir las prácticas de este carácter"³⁹.

En Bolivia, esta característica nueva de Estado, el social, se incorpora a la economía jurídica en la Constitución de 1938, después de un hecho que recondujo la visión general del país, la fatídica guerra del Chaco, sostenida contra nuestro vecino Paraguay y producida por intereses foráneos de terceros. Posteriormente, la denominada "revolución nacional" de 1952 profundiza esa concepción, que termina plasmada en la Constitución de 1967, y que perduró durante 42 años, más allá de las 2 reformas parciales (1994 y 2004); y, se ahonda en la actual Constitución Política (2009).

4.7.2. Los presupuestos objetivos de la igualdad.

La búsqueda de ampliar la aplicación de la igualdad, en las relaciones cotidianas, nos llevan a buscar las situaciones de desigualdad, cada vez con mayor precisión y sofisticación. Para ello, se plantea tomar a la discriminación como parámetro, y son los teóricos quienes nos señalan con claridad cuándo se está ante una discriminación.

Es Bayetsky quien, en esa búsqueda, señala que, "una distinción no discriminatoria debe: a) tener una justificación objetiva y razonable; esto es, debe perseguir una finalidad legítima; y, b) debe existir una relación razonable de proporcionalidad entre la finalidad y el medio empleado para lograrla"⁴⁰. Y Nogueira ahonda, aclarando aún más, que "si del análisis resulta que hay al menos un medio idóneo que no interviene en la prohibición de discriminación [...] la ley será inconstitucional por infracción del principio de igualdad"⁴¹. Serán estas las características que debemos analizar.

A) Razonabilidad

No estaremos ante una discriminación si en la diferenciación de trato existe

razonabilidad, objetividad, y un propósito legítimo: ésta es la conjunción que debemos buscar.

El primer elemento que debiéramos buscar es el de la racionalidad, que "implica prohibición de arbitrariedad...es el juicio de razonabilidad dentro del cual debe ser entendido el principio de igualdad"⁴². Para la jurisprudencia constitucional, la razonabilidad o coherencia interna del ordenamiento jurídico, es un valor esencial⁴³.

Se afirma por ello, que "la igualdad se vulnera cuando no se encuentra razón objetiva para establecer una regulación jurídica diferenciada, por lo cual dicha regulación jurídica debe ser considerada arbitraria"⁴⁴, y en la misma línea, la jurisprudencia europea se ha pronunciado, señalando que "el principio de igualdad de trato se viola cuando la distinción no tiene justificación objetiva y razonable"⁴⁵.

Por último, se debe afirmar que "la igualdad ante la ley tutela a las personas frente a los eventuales privilegios, a los actos y normas discriminatorias o sin fundamento racional o justo, como asimismo, ante las eventuales irracionalidades del mismo ordenamiento jurídico"⁴⁶.

B) Proporcionalidad.

Los tratos desiguales no necesariamente son violatorios del principio de igualdad, de allí que se pueda estar ante aquello que se ha denominado "discriminación positiva". Para Nogueira, "el principio de igualdad no se reduce a la prohibición de tratos desiguales sin fundamento racional. La igualdad ante la ley tiene un carácter relativo y proporcional"⁴⁷;

y en relación a esta última característica, la del carácter o noción de "proporcional", Barnes entiende que "aparece íntimamente relacionado con la idea de justicia material y, por consiguiente, ha estado presente, de un modo u otro, en la historia del pensamiento jurídico"⁴⁸.

Si bien es cierto, como señala Barnes, que la búsqueda de justicia material está presente, no es menos cierto que continuamente estamos ampliando sus límites, ya que "cuando se establece una diferencia basada en grupos de personas o una diferenciación referidas a circunstancias que se traduce en tratamiento desigual de personas, se debe desarrollar un análisis atendiendo, además, al principio de proporcionalidad , ya que ese trato desigual puede comprometer otros derechos fundamentales o... protegidos"⁴⁹.

Para el Tribunal Constitucional Alemán, se estará ante la violación al principio y derecho de igualdad "cuando un grupo de destinatarios de una norma es tratado de manera distinta, en comparación con otros destinatarios de la misma, a pesar de que entre los dos grupos no existan diferencias de tal tipo y de tal peso que puedan justificar el trato diferente"⁵⁰.

Este principio, el de proporcionalidad, se constituye a partir de tres sub principios, a saber: a) de adecuación; b) de necesidad; y, c) de proporcionalidad en sentido estricto de ponderación. O dicho por Nogueira, el principio se descompone en los tres sub principios antes señalados⁵¹. Para arribar al criterio de que si una norma viola el principio de proporcionalidad, pues habrá que someterla al análisis exhaustivo para ver si cumple con los referidos sub principios de rigor. Analicemos cada uno de ellos.

a) Subprincipio de adecuación. Para Nogueira⁵², este sub principio exige que se utilicen medios idóneos, para quien la idoneidad "es la relación de causalidad de medio a fin", de coherencia entre el medio con el fin. Es en ese sentido que también se ha establecido en la jurisprudencia constitucional, al establecer que el principio de igualdad "se infringe igualmente cuando se establece claramente que no hay relación razonable de

proporcionalidad entre los medios empleados y los fines que se busca lograr"⁵³, y obviamente, "en el caso que no sea idóneo para lograrlo, el medio legislativo empleado será inconstitucional"⁵⁴.

b) Subprincipio de necesidad. Con este subprincipio se busca que la regla sea "la utilización del medio legislativo alternativo menos restrictivo de los derechos e igualmente eficaz para alcanzar el objetivo propuesto"⁵⁵. Nos hace recuerdo al principio de restringir lo odioso.

c) Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto de ponderación. Con este subprincipio se tiende a buscar que los legisladores, al momento de aprobar una ley, tengan presente la no afectación de intereses y derechos "excesivamente" gravosos o desmedidos, tenidos como prohibición constitucional.

Para Nogueira, este subprincipio obliga al legislador a "ponderar en forma adecuada la intensidad del daño o lesión que la medida legislativa causa a los intereses de las personas, y el beneficio que la medida significa en relación al bien común"⁵⁶. Y el bien común debemos entenderlo como "la realización cada vez más fraterna de la dignidad común, lo cual exige no instrumentalizar a unos a favor de otros"⁵⁷, así como "el conjunto de las condiciones sociales que permiten y favorecen en los seres humanos el desarrollo integral de su persona"⁵⁸. Por ello, creemos y compartimos la noción de que "en el supuesto que la intensidad de la afectación de la igualdad sea mayor al grado de realización del fin constitucional, la intervención en la igualdad no estará justificada y será inconstitucional"⁵⁹

4.8. LEGISLACION COMPARADA

4.8.1. CODIGO CHILENO

La Adopción no fue consagrada como tal por Don Andrés Bello. Actualmente la figura se halla regulada por la ley 7614 de 1943¹⁰. Para el Derecho Civil Chileno, la Adopción es un acto jurídico destinado a crear entre adoptante y adoptado los derechos y obligaciones que la misma ley establece, sin constituir un estado Civil. Este último aspecto va en contra

de lo dispuesto por las legislaciones Contemporáneas.

La Adopción produce los siguientes efectos:¹³

- a) Relación de parentesco entre el adoptante y el adoptado.
- b) El adoptado toma el nombre y apellidos del adoptante.
- c) El adoptante adquiere la patria potestad sobre el adoptado.
- d) La obligación alimentaria es recíproca entre adoptante y adoptado.
- e) Derechos hereditarios del adoptado en una cuota igual a la mitad de lo que le corresponde a un hijo legítimo.
- f) El adoptante será llamado a la guarda legítima del adoptado.
- g) Es nulo el matrimonio que contraiga el adoptante con el adoptado, o el adoptado con la viuda del adoptante, o la adoptada con el viudo de la adoptante.

4.8.2. CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

La Adopción existía antes de su entrada en vigencia, aunque el Código como tal no la contempló. Posteriormente, la ley 13.252 de 1948 consagró la Adopción, con el fin de brindar protección al menor y dar hijos a quien no los tiene de su sangre. La ley 13.252 respondió a una necesidad de tipo social, ya que la Adopción se venía practicando mediante la inscripción ilegal en el Registro Civil de hijos ajenos como si fuesen propios. Actualmente la ley 19.134 de 1971 regula la Institución, estableciendo el doble régimen entre Adopción simple y Adopción Plena.

Al respecto, comenta Gustavo Dajer:¹² En Argentina, es menester que la Adopción se realice con intervención judicial, debiendo interponerse la demanda ante el juez del domicilio del adoptante. El parentesco que crea la Adopción se limita entre adoptante y adoptado; el vínculo de parentesco con su familia de origen no se extingue. La patria potestad la ejerce el adoptante y se impone al adoptado el apellido del adoptante. El

¹³CLARO SOLAR, Luis. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado. Santiago de Chile : Cervantes, 1944, p.102.

adoptante no hereda intestadamente al adoptado; los descendientes legítimos del adoptado tienen derecho de Representación en la sucesión del adoptante. Por último, la Adopción se extingue por muerte, nulidad y revocación del vínculo.

En el código civil Argentino la adopción plena en cuanto a la sucesión describe Adopción Plena:

Artículo 323.-La adopción plena, es irrevocable. Confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen. El adoptado deja de pertenecer a su familia biológica y se extingue el parentesco con los integrantes de ésta así como todos sus efectos jurídicos, con la sola excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales. El adoptado tiene en la familia del adoptante los mismos derechos y obligaciones del hijo biológico.

En cuanto a la adopción simple

Artículo 334.-El adoptado y sus descendientes heredan por representación a los ascendientes de los adoptantes; pero no son herederos forzosos. Los descendientes del adoptado heredan por representación al adoptante y son herederos forzosos.

4.8.3. ESPAÑA

A través del Fuero Real y de las Siete Partidas, compilaciones de corte Romanista, la Adopción llegó por primera vez a nuestro territorio, cuando tan solo éramos una colonia Española. Se aplicó con una doble finalidad: Política y Sucesoral.

Luego de haber obtenido la independencia, la primera constitución de la naciente República; la de 1821, de la villa del Rosario de Cúcuta, autoriza la aplicación de las disposiciones Españolas vigentes que no fueran en contra de dicha carta política, de tal manera que seguían rigiendo aquellas compilaciones en lo tocante con la Adopción.

En 1859, se expide el Código del Estado Soberano de Cundinamarca (fiel copia del Código de Don Andrés Bello) con el cual se acoge la Institución adoptiva proveniente

del Código Civil Francés y de la Legislación Española, dado que el Código Chileno no regulaba la figura.

A partir de 1887 y hasta nuestros días, son cuatro (4) las fuentes normativas básicas que han regulado la Adopción como Institución; a saber: El Código Civil de la Nación, la ley 140 de 1960, la ley 5ª de 1975 y finalmente el Decreto 2737 de 1989 o Código del Menor. Veamos pues los cambios con algunas consideraciones adicionales.

Con la ley 57 de 1887 se adopta el Código Civil de la Unión, que reguló la Institución en su título XIII, artículos 269 a 287, donde se establecía que: "La Adopción es el prohijamiento de una persona o la admisión en lugar de hijo del que no lo es por naturaleza".

Durante los años cincuenta (1950), dadas las circunstancias de la época, la legislación existente se tornó inadecuada, por tal motivo se expide la ley 140 de 1960, que sustituye el título XIII del Código Civil, trayendo consigo un gran avance, consistente en que la Adopción no se opone al hecho de que el adoptante haya tenido, tenga o llegase a tener hijos legítimos, extramatrimoniales (antes naturales) o adoptivos. De la misma manera, se expide luego la ley 75 de 1968, creadora del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, distinguido con la sigla ICBF y constituido como una entidad adscrita al Ministerio de Salud, encargada de proteger al menor de edad y de garantizarle sus derechos. El ICBF sería, en adelante, la Institución Pública Central en materia de Adopciones, bajo cuya responsabilidad se encuentra el desarrollo de los trámites administrativos correspondientes.

Posteriormente se expide la ley 5ª de 1975, que sustituye la ley 140; no define la Adopción pero la consagra como una medida de protección para el niño que carece de una familia, que fue abandonado, o que ha sido entregado voluntariamente por sus padres.

La ley 7ª de 1979 crea y organiza el Sistema Nacional de Bienestar Familiar (SNBF)

para coordinar y armonizar la problemática de la familia y del menor, con el propósito de mejorar la calidad de vida.

Con la ley 29 de 1982 se introdujo una reforma de capital importancia en materia Civil, porque se establece Igualdad de Derechos herenciales para los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos y, en consecuencia, se realizaron los ajustes correspondientes a los órdenes hereditarios por los cuales se rige la sucesión intestada.

Por último, se expidió el Decreto 2737 de 1989, llamado "Código del Menor", que unifica la legislación, y es actualmente la disposición rectora en materia de Adopciones.

4.8.4.

CODIGO

CIVIL PERUANO

Después de 31 años de haberse proclamado la independencia del Perú, el 28 de julio de 1852, el Código Civil tuvo influencia del derecho romano vía el derecho colonial o por revalorización hecha por jus – naturalismo, influye también el derecho castellano, los proyectos españoles de 1821, 1836 y 1851, el alemán a través del jurista Heinicio y el francés con la poderosa influencia del Código de Napoleón y de los juristas Aubry y Rail Donat y Duranton.

La adopción fue considerada en el Título V del Libro I a través de 15 artículos. En el artículo 289 se señalaba que la "adopción" o prohijamiento es el acto de tomar por hijo al que no lo es por el adoptante.

Los requisitos que se señalan han de influir en el Código de 1936. Así que el adoptante sea mayor de 50 años y que no tenga hijos legítimos ni naturales reconocidos, ni otros descendientes con derecho a heredarle, que concurre el consentimiento del cónyuge a no ser que se hallan legalmente separados, consientan los padres del adoptado si éste se halla bajo la patria potestad y que el adoptante si es mayor de 14 años preste su consentimiento, etc. también se considera que el apellido del adoptante y su familia

natural conservan sus derechos de sucesión legítima, el adoptado no hereda a los parientes del adoptante, etc.

Es pues una adopción interesada de corte romanista, el procedimiento aclara algunos aspectos (Código de Procedimiento Civil de 1912).

La adopción considerada en el código civil de 1936, tenía dos modalidades: La plena y la menos plena. La primera tanto para adultos como para menores creaba vínculos de parentesco entre adoptante como adoptado, con diversas restricciones (el parentesco se limitaba al adoptante y a los descendientes legítimos de éste, le confiere el adoptante el apellido, los derechos y deberes que le correspondían con su familia natural, existía la renovación).

La segunda menos plena sólo para menores de 15 años y se limitaba a la obligación de alimentar al menor educarlo y darle una carrera u oficio, no creaba vínculo parental, la relación legal cesaba al llegar el adoptado a su mayoría de edad.

Para realizarse, cualquiera de las dos formas de adopción indicadas, debían cumplirse los requisitos preceptuados en el Art. 326 de este Código, tales, como: que el adoptante sea mayor de 50 años y goce de buena reputación, que sea mayor cuando menos en 18 años en relación con el adoptado; que no tenga el adoptante descendientes con derecho a heredar, que cuando sea casado concurra el consentimiento de su cónyuge y que se diga al tutor, al curador y al consejo de familia. Si el menor de 18 años es incapaz y no tienen padres que consientan al cónyuge del adoptante, que el adoptado preste su consentimiento si es mayor de 14 años, etc. la finalidad de esta clase de adopción eminentemente contractualista, fue de llenar el vacío producido por la falta del hijo biológico o favorecer económicamente al adoptado, se obliga sin lugar a dudas, el interés prevalente del menor desamparado.

CAPITULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1. CONCLUSIONES

Para concluir este trabajo, este capítulo se dedicara a mostrar la gran importancia que tiene este tema en el campo civil.

La necesidad de modificar el Art. 1095 del Código Civil en cuanto a la sucesión universal para los casos de adopción bajo el principio de igualdad, se refiere principalmente a la “igualdad” que constituye en sí misma introducirse en la memoria histórica de la humanidad es tal su importancia que históricamente se configuro como un principio regulador del Estado moderno y más aun con la declaración de los derechos humanos en este sentido concluimos: -Que se describió la legislación actual y se estudió las características del artículo demostrando que los derechos de los hijos adoptados son vulnerados ya que nuestra legislación aún no ha llegado a leyes que ofrezcan protección a la totalidad de sus ciudadanos. En cuanto a sucesiones la adopción crea una relación jurídica en la cual puede heredar al padre adoptivo el problema surge cuando el hijo adoptivo no hereda a los descendientes ni a los parientes colaterales del padre o madre adoptante, es en esta diferencia que nacen efectos de desigualdad y que al mismo tiempo atenta al “principio de igualdad” que proclama nuestra constitución ya que ninguna persona puede ser discriminada o evidenciarse que otra es preferida y ella relegada a menos que exista una razón reconocida como relevante y suficiente.

-La igualdad como principio básico otorgado por la norma jurídica y la norma constitucional que se proclama no solo en el ámbito del derecho de familia, el derecho

constitucional sino en los propios derechos de los menores de edad quienes son los más indefensos en nuestra sociedad.

-La observación de la adopción en nuestra realidad que es el punto de partida de mi trabajo nos ha puesto antes que nada, frente a un cuadro de situación; la crisis por la que atraviesa la adopción en cuanto a los derechos y obligaciones pese a las constantes modificaciones a la norma y sobre todo a las normas del menor de edad y las normas familiares que además priva a estos a percibir una sucesión tal cual reza la propia ley en el ámbito de sucesiones.

-El adelanto del derecho y el modernismo de la norma jurídica y la doctrina hace que sea necesaria la modificación de normas en cuanto a la adopción universal para el adoptado para mejorar el estilo de su propia vida ya que el simple hecho de ser adoptado o sentirse adoptado conlleva hasta ahora un complejo de inferioridad frente a los hijos consanguíneos de la familia adoptada.

-Por tanto habiendo demostrado tal desigualdad, se busca corregir el Art. 1095 del Código Civil en razón del principio de igualdad, posibilitando así al hijo adoptivo el derecho sucesorio en cuanto a los parientes del adoptante en igualdad de condiciones que los hijos legítimos que este último pudo llegar a tener después de la adopción. Es en este sentido que la igualdad ante la ley y la igualdad en la ley son suficientes para corregir las desigualdades de hechos existentes permitiéndonos reflexionar desde otra esfera y visión más acorde con el tiempo actual.

5.2. RECOMENDACIONES

-La propuesta de modificación de la adopción en cuanto a la sucesión universal bajo el principio de la igualdad jurídica de todos los hijos ante la ley y la Constitución Política del Estado, debe darle la ventaja al adoptado a poder heredar de los padres mejorando así su estatus en la sociedad y el mundo donde vivimos.

-Todos los menores de edad deben ser protegidos por el Estado otorgándoles en adopción para que tengan un mejor futuro, es en ese sentido que el mejorar materialmente (no espiritual) en el mundo globalizado y capitalista en que vivimos es poder tener un patrimonio con el cual pueda mejorar su vida y hasta nos podemos aventurar a asegurar sin equivocarnos que incluso espiritualmente se sentirá bien.

-Esta figura jurídica está muy poco estudiada en nuestra legislación, habiendo grandes adelantos en la doctrina a nivel internacional tal como se demostró de la legislación comparada en otros países. Por tal motivo se recomienda estudiarla con más profundidad.

-Pese a su modificación en el nuevo Código niña, niño y adolescentes no introdujeron ningún cambio en cuanto a la sucesión del hijo adoptivo de manera que si en el caso de modificar el Código Civil en cuanto a la sucesión también debería modificarse el Código niña, niño y adolescente.

-Se recomienda continuar con el estudio y la investigación acerca de este tema para así poder reforzar las mejoras que se intentó plantear en este trabajo al mismo tiempo dar una primacía al derecho de “igualdad” plasmada en los derechos universales y en nuestra Constitución Política del Estado para que así las personas podamos gozar de leyes más sensibles y acorde a nuestras necesidades.

BIBLIOGRAFIA

- ANDER-EGG, Ezequiel. 1982, "TECNICAS DE INVESTIGACION SOCIAL". Buenos Aires. Editorial Humanitas
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. 1984. "Diccionario Jurídico Elemental." Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires Rep. de Argentina.
- GOODE y HATT.1971."Métodos de Investigación Social". La Habana. Editora de Ciencias Sociales.
- Diccionario Jurídico "Omeba"; Edit. Oveja Negra; Buenos Aires, Argentina.
- METODOLOGIA DE LAS INVESTIGACIONES SOCIALES". La Habana Editorial Política.
- OSSORIO, Manuel. 1981. "Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales." Talleres Gráficos FA. VA. RO. y F., Buenos Aires, Rep. de Argentina
- CODIGO DE FAMILIA; Comentarios Y Concordancias; Editorial Los Amigos del Libro; Colección Jurídica "GUTTENTAG. Cochabamba-Bolivia
- Artículos 14 y 39 Constitución Española.
- DAJER CHADID, Gustavo. La Adopción, su historia, Derecho comparado, análisis jurídico. Bogotá, 1968, 140 p. Trabajo de grado para optar al título de

Abogado. Politificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Juridicas.
Departamento de Derecho Privado.

- DE COULANGES, Fustel. La Ciudad Antigua. Santafé de Bogotá : Ediciones Panamericana, 1995., p. 59-63.
- CÓDIGO DE HAMMURABI. Estudio preliminar, traducción y comentarios de Federico Lara Peinado. Madrid : Ediciones Técnos, 1986. 229 p
- LEYES DE MANÚ. Instituciones Religiosas y Civiles de la India. Santiago de Chile : Editorial Ercilla, 1941. 337 p.
- MODESTINO. De L'Adoptionibus. Comentario En : Etudes sur les effets de l'adrogation. París, 1982. 342 p.
- SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Derecho de Familia. Santiago de Chile : Editorial Nascimento, 1931., p. 263.
- Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, 2008, pág. 9.
- Código Civil, vigente y actualizado, 2014..² *Código de familia – Con Modificación y Concordancia*” Ed. Los Amigos del Libro 1ra. Ed., 1988 pag. 19.
- CLARO SOLAR, Luis. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado. Santiago de Chile : Cervantes, 1944, p.102.

WEBGRAFIA

http://es.wikipedia.org/wiki/Principio_de_igualdad

<http://sitios.poder->

judicial.go.cr/salaconstitucional/Constitucion%20Politica/Principios%20Constitucionales/IGUALDAD.htm

https://es.wikipedia.org/wiki/Igualdad_ante_la_ley

<http://www.justicia.gob.bo/index.php/viceministerios/vio/1751-codigodefamilias>

<http://www.ultimasnoticiasbolivia.com/2016/02/12/ley-del-codigo-de-familia/>

www.un.org/es/documents/u

