

ADOPCIÓN POST- MORTEN EN LA JURISDICCION DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES: TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES NACIONALES E INTERNACIONALES.

Araque Granadillo, Betilde ¹

RESUMEN

El presente artículo tuvo como propósito Difundir la perspectiva del artículo 78 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), su aplicación a nuevos retos bioéticos que se presentan a diario en los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, siempre teniendo como norte el nuevo Derecho de la Infancia y de la Adolescencia basado en la Protección Integral, que es el paradigma conforme al cual se diseña la legislación y la jurisdicción especializada y comparada desde la aprobación por las Naciones Unidas de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1989), ratificada por Venezuela según Gaceta Oficial N° 34.541 de fecha 29 de agosto de 1990. Se profundizó en las temáticas: La adopción en el Derecho Venezolano antes de la Convención de los Derechos del Niño, la Convención de los Derechos del Niño, la provisión o no de la adopción post-mortem en la legislación nacional y la forma en que afecta la adopción post-mortem a los familiares y a los herederos del de cujus. Desde lo metodológico el artículo es una investigación secundaria-documental, ya que recopila información de documentos (libros, Constitución, Leyes, Códigos, Sentencias, Convenciones, Estudios Jurídicos), que representaron las unidades de análisis, usando un filtro epistemológico para interpretar el texto. Para el procesamiento de la información se utilizó la técnica Análisis de Contenido, por ser una herramienta útil, especialmente en el enfoque cualitativo, para el conocimiento exhaustivo de la información existente en una fuente documental.

Descriptor: Adopción Post- Mortem. Jurisdicción de niños, niñas y adolescentes. Tendencias Jurisprudenciales.

POST-MORTEM ADOPTION IN THE JURISDICTION OF CHILDREN AND ADOLESCENTS: NATIONAL AND INTERNATIONAL JURISPRUDENTIAL TRENDS

ABSTRACT

The purpose of this article was to disseminate the perspective of article 78 of the Constitution of the Bolivarian Republic of Venezuela (1999), its application to new bioethical challenges that arise daily in the Courts for the Protection of Children and Adolescents, always having as a north the new Law of Children and Adolescents based on Integral Protection, which is the paradigm according to which legislation and specialized and comparative jurisdiction have been designed since the adoption by the United Nations of the International Convention on the Rights of the Child (1989), ratified by Venezuela according to Official Gazette No. 34,541 of 29 August 1990. The following topics were deepened: Adoption in Venezuelan law before the Convention on the Rights of the Child, the Convention on the Rights of the Child, the provision or not of post-mortem adoption in national legislation and how post-mortem adoption affects relatives and heirs of the De Cujus. From the methodological point of view, the article is secondary-documentary research, since it collects information from documents (books, Constitution, Laws, Codes, Sentences, Conventions, Legal Studies), which represented the units of analysis, using an epistemological filter to interpret the text.

Descriptor: Adopción Post-Mortem. Jurisdicción de niños, niñas y adolescentes. Tendencias Jurisprudenciales

¹ Juez de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del área Metropolitana de Caracas. Doctora (PhD) en Derecho Internacional Público, Mención: Derecho Internacional Humanitario. Autora del Libro: "Obra y Accion del Prócer Antonio José de Sucre: Una contribución al estudio del pensamiento humanitario Internacional", baraquegranadillo@gmail.com

1. INTRODUCCIÓN.

La nueva perspectiva universal de la protección integral de la infancia propone un cambio cultural en la sociedad, una nueva forma de convivencia social, preservando el medio adecuado de desarrollo físico e intelectual del niño para progresivamente lograr su inserción en el mundo adulto mediante la interacción de sus derechos y responsabilidades. Esta visión cultural universal de la contemporaneidad fue acertadamente recogida en los artículos 78 y 79 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999).

En torno a lo descrito este artículo tuvo como propósito Difundir la perspectiva del artículo 78 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), su aplicación a nuevos retos bioéticos que se presentan a diario en los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, siempre teniendo como norte el nuevo Derecho de la Infancia y de la Adolescencia basado en la Protección Integral focalizando el análisis en la adopción en el Derecho Venezolano antes de la Convención de los Derechos del Niño, la previsión o no de la adopción post-mortem en la legislación nacional y en qué forma afecta la adopción post-mortem a los familiares y a los herederos del de cujus

2. PERSPECTIVA METODOLÓGICA.

Esta investigación una investigación secundaria-documental, ya que recopila información de documentos (libros, Constitución, Leyes, Códigos, Sentencias, Convenciones, estudios Jurídicos), que representaron las unidades de análisis, usando un filtro epistemológico para interpretar el texto. Según (Sandín, 2003:123) “...es una actividad sistemática orientada a la comprensión en profundidad de fenómenos sociales, a la transformación de prácticas y escenarios socioeducativos y al desarrollo de un cuerpo organizado de conocimientos...”.

Para procesar la información se utilizó la técnica Análisis de Contenido, según (Pope; Ziebland; Mays, 2009:115) “El análisis de contenidos es una herramienta útil, especialmente en el enfoque cualitativo, para el conocimiento exhaustivo de la información existente en una fuente documental. Puede resultar imprescindible para la comprensión y la gestión de un acontecimiento social determinado...”.

Para lograr la interpretación de lo aportado en las fuentes primarias y secundarias, se emplearon técnicas de hermenéutica, a fin de describir el significado de toda expresión plasmada en los documentos legales y jurisprudenciales, ya que la hermenéutica intenta establecer un proceso por medio del cual se haga inicialmente una interpretación del sentido de cualquier fenómeno y en segunda instancia se realice la comprensión del mismo.

3. EL CASO DE ESTUDIO.

El caso que se analiza, se inició en fecha ___de ___ de 20___, por escrito presentado ante la Unidad de Distribución de Documentos por la Oficina Nacional de Adopciones adscrita al Instituto Autónomo Consejo Nacional de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, en lo sucesivo (IDENNA), a favor de los niños cuya identidad se omite de conformidad con lo establecido en el artículo 65 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes; para ese momento ambos niños se encontraban bajo el cuidado de los conyugues solicitantes, por medida de protección de colocación familiar en familia sustituta, dictada el___ de ___de 20___, decretada por el Tribunal Primigenio de Primera Instancia de Mediación Sustanciación y Ejecución de este Circuito Judicial, bajo la responsabilidad de los conyugues (hoy, uno de ellos de cujus).

El Tribunal Primigenio dicta auto, admite la solicitud y acuerda, oír el consentimiento de la madre biológica de los niños para otorgar la adopción; oficiar al Coordinador de la Unidad de Protección de la Defensa Pública, a los fines que se sirva desinar un defensor público a los niños. En la oportunidad procesal, el Tribunal de la causa declara la Adaptabilidad de los niños.

Posteriormente, el IDENNA consigna Informe Integral de Idoneidad; que contiene el reporte Bio-Psico-Social-Legal e individual de los solicitantes y los niños de autos, y destaca entre otros aspectos, el Certificado de Idoneidad de los ciudadanos solicitantes de la adopción, Certificado de Adoptabilidad de los niños, Acta de Aceptación, e Informe Integral de Seguimiento, elaborado por el IDENNA. Posteriormente, el Tribunal de la causa dictó sentencia interlocutoria declarando la colocación familiar de los niños con miras a la adopción.

Luego, el IDENNA consignó ante el Tribunal de la causa acta de defunción correspondiente a la niña cuyo nombre se omite de conformidad con lo establecido en el artículo 65 de la Ley Especial, y acta de defunción del ciudadano xxx, y de la niña cuyo nombre se omite de conformidad con el artículo 65 de la LOPNNA, fallecidos en accidente de tránsito, estando en trámite el proceso de adopción, y solicitan al Tribunal se omita el periodo de prueba y seguimiento, en virtud del tiempo transcurrido y la excepción de emparentamiento configurada en el presente caso, y solicitan se remita la causa al juez de juicio.

Con base en criterios jurisprudenciales existente en nuestro Máximo Tribunal, debemos trasladarnos a los orígenes históricos de la adopción; algunos autores afirman que el origen se encuentra en la India, de donde se extendería a: Israel, Egipto, Grecia y Roma, como una figura jurídica de carácter religioso cuya finalidad consistía en –a falta de hijos varones- proveer un sacerdote que continuara con el

nombre y culto familiar. Durante el Imperio Romano, la adopción fue utilizada, permitiendo la escogencia de un hijo que, llegada la muerte del pater, le sucedería en la jefatura familiar, forma de sucesión en el poder, así por ejemplo Octavio Augusto adoptó a Tiberio, Claudio a Nerón, Nerva adoptó a Trajano, Adriano a Antonio, y éste a Marco Aurelio.

El adoptado salía de su familia natural, perdiendo respecto de ésta, los derechos de agnación y, en consecuencia, de sucesión; devenía extraño a los dioses domésticos y no ejercitaba más el culto en su familia de origen. En cambio, entraba en la familia del adoptante, adquiría en ella los derechos de agnación y sucesión, ejercitaba el culto de dioses domésticos, de los Lares, y tomaba el nombre del adoptante. Conservaba, sin embargo, el nombre de su familia natural, transformándolo en adjetivo con la terminación *ianus*.

4. LA ADOPCIÓN EN EL DERECHO VENEZOLANO ANTES DE LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

En Venezuela, a excepción del Código Civil (1862), inspirado en el Código de Andrés Bello, todos los Códigos han previsto la institución de la adopción, incorporada en el ordenamiento jurídico patrio desde 1867 en su modalidad de *adoptio minus plena* o adopción simple, teniendo pocos cambios en las distintas reformas del texto legal, hasta el Código de 1942. Posteriormente, el Ministerio de Justicia elaboró un Proyecto de Ley de Legitimación Adoptiva (1962) y un anteproyecto de Ley sobre Adopción (1965), que después de varias consultas culminó en la Ley sobre Adopción de 1972-primera Ley Especial en la materia que reconocía, además de adopción simple, la modalidad de adopción plena.

En 1983 fue promulgada la Ley de Adopción, que limitó la extensión de la adopción plena a los casos de nulidad de la misma; a partir de 1998, la materia estuvo regida por la Ley Orgánica para Protección del Niño y del Adolescente, cuando entró en vigencia la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, publicada en Gaceta Oficial Extraordinario, número 5,859, el 10 de diciembre de 2007.

5. CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

La Declaración de los Derechos del Niño, señala taxativamente "...el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento". Este criterio se encuentra expuesto en los artículos 2, 3, 9,12, 18, 21, 24, y 27 de la citada Convención.

Ahora bien, con base en las normas internacionales, debemos remitirnos a la legislación interna; en este sentido, la Institución de la Colocación Familiar se encuentra establecida en el Artículo 128 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños Niñas y Adolescentes, la cual se ejecuta en familia sustituta, cuyo objetivo fundamental es dotar a los niños, niñas o adolescentes de un hogar donde puedan desarrollarse progresivamente con el afecto, las condiciones morales y materiales que todo niño necesita para llegar a ser un ciudadano de bien.

En el caso bajo estudio, los padres biológicos del niño cuyo nombre se omite de conformidad con lo, dispuesto en el artículo 65 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, otorgaron el consentimiento para que al niño de autos se beneficiara con la colocación familiar con miras a la adopción; esta decisión la dictó el Tribunal Primigenio, a objeto de garantizar al infante una medida de protección de carácter definitivo para que tenga una familia y un hogar permanente, lo cual sólo es posible a través de la adopción.

Se observa que el co-solicitante de la adopción, ciudadano J.L. (hoy, de cujus), y la niña L.M.A.S. (hoy, de cujus), fallecieron en un accidente de tránsito, pero mucho antes del fallecimiento del de cujus, ya se encontraba en trámite el proceso de adopción a favor de ambos hermanos, por parte del de cujus y su esposa ciudadana A.N de C. Igualmente se verifica, que la presente causa se inició por solicitud presentada por los solicitantes de la adopción: éstos impulsaron diligentemente con sus actuaciones en todos los actos del proceso, tanto en sede administrativa como en sede judicial, con el objeto de obtener una sentencia definitiva que satisficiera la pretensión de ambos.

Tras la promulgación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se establecieron garantías constitucionales, dirigidas a proteger a la familia como pilar fundamental en el cual se sedimenta nuestra sociedad, haciendo énfasis en la necesidad de proteger y tutelar a los niños, niñas y adolescentes, como sujetos de derecho, y que tienen la necesidad imperiosa de ser criados en una familia que les garantice una transición a la vida adulta, sembrándole valores y principios que les permita ser ciudadanos útiles a la República, de allí que el artículo 75 y 78 del texto constitucional consagren la protección integral a la familia.

Por su parte, la doctrina patria ha establecido la filiación adoptiva en los siguientes términos:

Nos referimos a la paternidad y a la maternidad y en algunos temas atrás al parentesco, el cual según indicamos se denomina “consanguinidad” si media un vínculo de sangre. Sin embargo, señalamos que se califica la “consanguinidad legal” la resultante de la “adopción”, pues ésta también origina el estado filiatorio. Esto para denotar que el parentesco inmediato que da lugar a la filiación ya sea materna o paterna, también puede

existir en virtud de la figura de la adopción, por la cual se viene a producir legalmente un vínculo exactamente idéntico al que propicia la maternidad o paternidad biológica o producto de la sangre. Y de allí que se aluda a “filiación adoptiva”. Y acota L. d.C. que en la filiación adoptiva no existe realidad biológica, pero hay creatividad jurídica. (Dominguez Guillén 2008: 277).

Así pues, la institución de la adopción implica de manera directa el derecho a tener una familia, a vivir y ser criados por ésta, como lo dispone el artículo 75 Constitucional y 26 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes), y desde este enfoque tener una familia es un derecho humano incuestionable.

La Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes en los Artículos 425 y 427 estatuye lo siguiente “La Adopción confiere al adoptado la condición de hijo y a los adoptantes la condición de padres”. “La Adopción extingue el parentesco del adoptado con los miembros de su familia de origen, excepto cuando el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante”. (Negritas y resaltado del Tribunal).

La finalidad de la adopción es lograr una familia adecuada para el beneficiario(a) adoptado (a), tomando en consideración sus rasgos psicológicos y sus necesidades, haciendo nacer entre el adoptado y el adoptante, una ficción con efectos jurídicos exactos a la filiación de origen, y sobre la base que todo niño, niña y/o adolescente, tiene derecho a ser criado en familia, a tener padres, a disfrutar de los cuidados, protección y afecto que éstos saben brindar a sus hijos, el niño tiene derecho a sentir que es parte de una familia, donde será criado, formado, y educado; y se le asistirá material, moral y afectivamente; brindándole: protección, cariño y amor.

La adopción como medida o institución de protección de niños, niñas y adolescentes puede sufrir y tolerar cambios en la medida que la realidad social, las costumbres y valores de una sociedad así lo exijan, pues las instituciones familiares no son por su naturaleza, instituciones estáticas. Por ello, encontramos en la legislación y en la doctrina extranjera, temas innovadores en materia de adopción, entre los que destaca la adopción post mortem, la adopción de mayores de edad, la adopción por parejas del mismo sexo (familias homoparentales), la adopción del nasciturum, y la adopción según las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA). Estos temas nos obligan a preguntarnos:

¿Cuáles son las disputas contemporáneas que giran en torno a la adopción post-mortem, fertilización post-mortem, y una gran cantidad de planteamientos bioéticos actuales que se desarrollan con posiciones opuestas en algunas legislaciones del mundo?, ¿Cuáles son los intereses en juego?, ¿Cuál es el papel de la cónyuge superviviente en el proyecto de adopción iniciado junto al esposo que fallece en el curso

de proceso?, ¿Cómo se construye un proyecto de adopción post-mortem cuando no fue pensado en esos términos por el adoptante fallecido?, ¿Cuáles son los riesgos que se deriven de una interpretación benigna o en favor en la situación fáctica planteada?, ¿Cuál sería la interpretación correcta en consonancia con los principios que emanan de nuestra Carta Magna?.

Para responder estas interrogantes, nos centraremos en el primero de los debates contemporáneos que generan enfrentamientos doctrinarios y jurisprudenciales en varios ordenamientos legales; en el caso particular que analizamos, adopción post-mortem, trata de una figura jurídica que, en algunas legislaciones, permite la continuidad del proceso de adopción, aunque el futuro adoptante fallezca antes de decretarse la adopción por la autoridad judicial. (Sesma 2005:105; 106; 107) en la obra “Las adopciones en México y algo más”, sobre la adopción post mortem encontramos la siguiente información:

(...)2. Adopción post mortem: Varios son los Estados europeos que regulan la adopción post mortem. Con las diferencias que se señalaran, la idea central es que, iniciado un procedimiento de adopción, si el presunto adoptante muere en la tramitación esta continúa.

A. Código Civil Francés: Permite la adopción post-mortem, tanto en el supuesto de muerte del adoptante como en el caso de fallecimiento del adoptado. Se considera a esta adopción como un supuesto excepcional de la institución y su finalidad atiende a razones humanitarias y a la voluntad dedicada de constituir la adopción, aunque es claro que la finalidad de la institución como integración familiar del adoptado no se cumpla. “Si el adoptante fallece, después de haber acogido regularmente al menor con vistas a la adopción, la solicitud puede ser presentada en su nombre por su cónyuge supérstite o por uno de los herederos del adoptante.

El legislador francés admite la posibilidad de adopción post mortem aun cuando el adoptante no haya prestado su consentimiento a la adopción, si existió un acogimiento preadoptivo por parte de los cónyuges. Están legitimados para iniciar la constitución de la adopción tanto el cónyuge supérstite como los herederos del adoptante muerto.

En cuanto al adoptando, la ley francesa permite la adopción de un menor que ha fallecido, si antes del suceso hubiera sido acogido pre adoptivamente, si el menor fallece después de haber sido regularmente acogido con vistas a su adopción, puede presentarse la solicitud de adopción. La constitución produce efectos el día anterior a la muerte y comporta únicamente modificación al estado civil del menor, lo cual significa que esta adopción no produce efectos patrimoniales.

El legislador consideró que aun cuando el menor no resulte beneficiado de las ventajas que su nuevo estado civil le hubiera proporcionado en vida, pueda, sin embargo, favorecerle de las que puede reportarle a su memoria. Llama la atención la importancia otorgada al recuerdo que se tenga de una persona fallecida y que, por lo tanto, no puede recibir ningún beneficio con la adopción. En todo caso, podrá reportárselo al adoptante

en el anhelo de haber tenido un hijo aun cuando haya fallecido, si es que esto puede considerarse realmente un beneficio.

B. BGB alemán: A diferencia de la legislación francesa, la adopción post mortem en Alemania no puede realizarse después de la muerte del menor. El legislador atinadamente consideró que con la muerte del adoptando, la adopción pierde sentido, pues no está encaminada a proteger ningún interés del adoptando. En cambio, permite la tramitación de una adopción después de la muerte del adoptante cuando éste hubiera presentado solicitud ante el Tribunal Tutelar o se hubiera encomendado en un documento notarial la solicitud.

Si se trata de adopción por un matrimonio y fallece un cónyuge, el consorte supérstite puede reconocer la solicitud, aunque también existe la posibilidad de que pida su revocación. En este caso el juez deberá decidir teniendo en cuenta el principio del bienestar del menor. Los efectos que produce la adopción post mortem son los mismos que si la adopción se hubiera realizado antes del fallecimiento del adoptante.

C. Legislación española: España permite la adopción post mortem y funda su decisión en razones humanitarias y en el respeto a una voluntad declarada de constituir la adopción. Si el adoptante presta su consentimiento para la adopción en el expediente de jurisdicción voluntaria y luego fallece, el juez puede dictar la resolución judicial constitutiva de la adopción. Los efectos de la constitución se retrotraen al momento de la presentación del consentimiento. Este consentimiento es necesario, así como un acogimiento preadoptivo por parte de los cónyuges.

El juez sólo debe constituir la adopción post mortem si la considera beneficiosa al interés del adoptado. Hay casos en que resulta fácil descubrir este interés, por ejemplo, si el adoptado es hijo del cónyuge muerto no hay dudas de lo ventajoso que pueda aportar la adopción: filiación, apellidos, nacionalidad, expectativas sucesoras; en cambio, si la adopción es unipersonal, no proporcionará un beneficio al menor puesto que carecerá de la presencia de un progenitor... Así mismo, en la doctrina española habla sobre los requisitos y efectos de la adopción post mortem, y expresa en su obra "Todo Sobre La Adopción" (2002: 46 y 47), de E.S.A. lo siguiente:

(...) si el adoptante falleciera, todavía podría constituirse la adopción si este hubiera otorgado ante el juez su consentimiento, pero la adopción sólo tendrá efecto en los casos siguientes:

- el menor es huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad, por ejemplo, tío y sobrino;
- el menor es hijo de la pareja del adoptante
- el menor lleva más de un año acogido legalmente o bajo la tutela del adoptante.

En cuanto a los efectos que produce esta adopción, es importante resaltar que se entiende que nacen en el momento en que el adoptante dio el consentimiento; este hecho adquiere gran trascendencia a efectos sucesorios, puesto que, de no ser así, los derechos del adoptado no se respetarían en lo relativo a la herencia del adoptante y otras

circunstancias en las que pudiera ser llamado por la nueva situación de parentesco creada...”

6. EN VENEZUELA.

Respecto a la previsión o no de la adopción post-mortem en la legislación nacional, algunos autores comentan que esta figura fue contemplada en el Proyecto de Ley de Legitimación Adoptiva, de 1962, cuyo artículo 2, primer aparte, contemplaba que el fallecimiento de uno de los cónyuges durante el procedimiento no impediría su continuación, pero nunca se preguntó la doctrina qué sucedería si morían ambos cónyuges.

El Código Civil venezolano, artículo 255, en una corta expresión señala que el efecto de la adopción se retrotrae a cuando los interesados consintieren, con lo cual, en beneficio de la persona que va a ser adoptada, la adopción entonces podría ser declarada con lugar después de muerto quien pretendió adoptar y generarse los correspondiente efectos sobre todo el hereditario (...), como si se hubiese pronunciado antes del fallecimiento, mejor, “desde la fecha en que las partes manifestaran su consentimiento”(…).

Como observamos, la adopción póstuma podía considerarse comprendida en la regulación del Código Civil de 1942, opinión que no era compartida por la jurisprudencia de la época.

Ninguna de las leyes que han regulado la institución de la adopción póstuma han establecido claramente la adopción post-mortem, sea permitiéndola o prohibiéndola. La jurisprudencia es escasa respecto a este tema. Sin embargo, al investigar se encontraron dos casos donde se solicitó a los órganos jurisdiccionales la resolución de la adopción, en las cuales fallecieron los solicitantes de la misma, una vez iniciado el procedimiento y cumplidos los requisitos legales; en estas decisiones investigadas los jueces que dictaron sentencia arribaron a decisiones opuestas.

El primer caso, data de fecha 25 de noviembre de 1964, bajo la vigencia del Código Civil de 1942 y del Estatuto de Menores; el extinto Juzgado Segundo de Menores de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, conoció de un caso que se inició mediante solicitud de adopción presentada en el año 1954, y presuntamente por falta de impulso procesal aún no había culminado para el año 1964, cuando falleció la solicitante. La Procuradora de Menores pidió se otorgara la adopción, visto que la solicitante y la persona a adoptar habían convivido durante años, se habían satisfecho los requisitos legales y tal declaratorios generaría beneficios en cuanto al uso del apellido de la adoptante y la partición de herencia. El juzgador declaró la improcedencia fundamentándose, entre otros aspectos, en lo siguiente:

(...) En atención a lo establecido en el artículo 252 del C.C., hay en el perfeccionamiento de la adopción dos agentes: el adoptante, o sea, la persona que se propone adoptar, y la que va a ser adoptada. No puede llegarse a perfeccionar la adopción si no existe uno de estos dos agentes. El fallecimiento de la aspirante a la adopción de la menor constituye un inconveniente para la declaración de la adopción, ya que ni nuestra Ley Civil sustantiva ni el Estatuto de Menores establecen la adopción, acaecida la muerte del aspirante adoptante, una vez comenzado el proceso. No estuvo en la mente del Legislador la constitución de la adopción póstuma, pues lo habría expresado en la Ley, como lo han dispuesto las legislaciones italianas, la alemana, y la francesa.

En la sociedad moderna la institución de la adopción no es el medio que servirá a dar consuelo a los que la naturaleza niega la suerte de tener hijos, sino para proteger al menor, en el sentido más amplio y altruista. La finada aspirante a la adopción crió, cuidó y educó a la menor como si fuera su hija (...); pero ya muerta, esa función social en beneficio de la menor desapareció. La Adopción a que se aspira no tendría el objeto que en los tiempos actuales (...) se le asigna a la institución.

La situación planteada en el caso anterior, actualmente ha tenido modificaciones satisfactorias, en atención a la doctrina de protección integral que reconoce al niño como un sujeto pleno de derechos, tal como lo explicamos antes, al referirnos a la Organización de la Naciones Unidas y la aprobación de Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por Venezuela, convirtiéndose en instrumento jurídico clave para sentar las bases de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

En el segundo caso investigado, el Juzgado Primero del Régimen Procesal Transitorio de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial con sede en Maracay, Estado Aragua, en fecha 26 de mayo de 2009, en una solicitud de adopción que hicieran ambos cónyuges, fallece la co-solicitante de la adopción, y el Tribunal determinó, que la adopción debe ser otorgada, porque hacer lo contrario implicaría a la luz de los nuevos postulados constitucionales y la doctrina de protección integral, no proteger el interés superior de los niños involucrados en el asunto, y procedió a declarar con lugar la adopción solicitada, de manera conjunta, aun cuando el co-solicitante cónyuge supérstite será quien ejercerá la paternidad de manera individual al haber fallecido su esposa co-solicitante de la adopción. La mencionada sentencia señaló entre otras cosas:

Ciertamente no está previsto en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente la figura de la adopción post mortem; sin embargo, este Tribunal aplicando el Principio del Interés Superior del Niño, debe buscar la solución justa a este caso concreto, en el cual se trata de unos niños que han tenido imagen y posesión de estado de una familia sustituta constituida por un padre y una madre quien ha fallecido con posterioridad a la solicitud de adopción, en el mismo esta de sentencia (...) Es por lo que este Juzgador procederá a otorgar la adopción a los ciudadanos J.P.P.H.V y A.G.G.P., DE MANERA CONJUNTA, AÚN CUANDO EL CIUDADANO J.P.P.H.V., será

quien ejercerá la paternidad de ellos de manera individual al haber ya fallecido la solicitante de adopción.

Ahora bien, la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes no contempla en su normativa la posibilidad de **adopción post-mortem**, el Juez o Jueza de Protección que conozca del asunto debe analizar las circunstancias fácticas de hecho que rodean la situación del niño, niña o adolescente involucrado en la solicitud; analizar las consecuencias que tendrá el fallo en cuanto al proyecto de vida del niño, niña o adolescente involucrado en el asunto, y decidir conforme al principio del interés superior del niño.

Desde el inicio del caso que se analiza, se constata el firme propósito de ambos solicitantes en proporcionar a los niños una familia sustituta permanente. No consta en el expediente primigenio, acto o documento alguno emanado del solicitante fallecido, que contradiga o desmienta su voluntad de adoptar a los, o que conduzca a pensar que la ciudadana A.N de C, pudo haber cambiado de parecer. El informe Bio-psico-social-legal y el informe de idoneidad demuestran que los solicitantes son idóneos y que ha existido la integración de los niños con estos y viceversa; es decir, que el grupo constituido por los solicitantes de la adopción y los niños conformaron una familia desde el mismo momento en que éstos entraron al hogar J.L. Estos informes permiten determinar el genuino interés superior del niño que permanece hoy día junto a la cónyuge supérstite adoptante.

Para resolver el tema sometido a estudio, se debe aplicar el Principio del Interés Superior del Niño, contenido en los postulados constitucionales, basados en un Estado Social de Derecho y de Justicia, y encontrar la solución justa al caso particular, la cual está orientada a tomar en cuenta que, el niño de autos ha convivido con los solicitantes de adopción durante un largo tiempo, ha vivido con la familia sustituta constituida por una madre y un padre que falleció en un accidente de tránsito junto a la hermana del niño (hoy, ambos de cujus), todo sucede cuando el proceso estaba en la etapa procesal de pasar al Tribunal de juicio a objeto de dictar sentencia definitiva.

Teniendo como norte proteger el Interés Superior del Niño, para tomar una decisión justa y adecuada, los Tribunales deben convertirse en un instrumento para la justicia y la paz, considerando que, en la actualidad, tiene prelación la justicia material sobre la formal; así lo ha expresado la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, cuando ha señalado:

Esta noción de justicia material lleva a que el proceso deje de ser un laberinto con trabas y obstáculos donde el juez es un simple espectador de argucias y estrategias y se convierte en un instrumento para la justicia y la paz; no es, por tanto, la justicia “justiciera” lo que el proceso busca, sino la solución justa del caso concreto” (Sentencia N° 1863,

Sala Social del Tribunal Suprema de Justicia del 14 de noviembre de 2008. Magistrado
Juan Rafael Perdomo)

Con base en la narrativa de los hechos, y las consideraciones filosóficas y epistemológicas explanadas en el presente artículo, quien suscribe debe tomar en consideración, la conducta del co-solicitante de adopción al momento de realizar los trámites; debemos analizar el significado de la frase autonomía de voluntad, la cual para los autores Beauchamp y Childress, refiere que, la persona autónoma es la que actúa libremente, de acuerdo con un común plan elegido. Según los mencionados autores, la autonomía es un concepto que admite grados, por eso, para tomar decisiones en cualquier ámbito, científico o jurídico, afirman que: una acción es autónoma cuando el que actúa lo hace: Intencionalmente, con comprensión, sin coacción, es decir, sin influencias controladoras que determinen su acción.

El paradigma de la autonomía de voluntad en bioética es el consentimiento informado. Este para ser válido, ha de darse sin presiones y con una clara comprensión por parte de quien otorga el consentimiento. En orden a lo anterior, debemos mencionar la máxima clásica de Ulpiano que establece: la justicia consiste en “dar a cada uno lo suyo”. De modo similar, Beauchamp y Childress entienden que la justicia es el tratamiento equitativo y apropiado a luz de lo que es debido a una persona. Una injusticia se produce, cuando se le niega a una persona el bien a que tiene derecho o no se distribuyen las cargas equitativamente.

En el caso bajo examen, la parte co-solicitante de adopción ciudadano J.L., antes de su fallecimiento, tomó la decisión de adoptar a los niños de autos, exteriorizó su voluntad (algo de vital importancia en el derecho civil), mediante escrito introducido en el Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, bajo el asesoramiento del IDENNA; la decisión del de cujus, en cuanto al hecho de asumir la adopción de los niños, fue su proyecto parental, fue intencional, no fue un proyecto unipersonal, plasmó su voluntad con comprensión del proceso que estaba asumiendo junto a su cónyuge A.N de C., realizó el trámite sin coacciones de ningún tipo, y plenamente informado por parte del IDENNA en cuanto al desarrollo del procedimiento y sus consecuencias.

Con base en la lógica jurídica, sabemos que, cuando una persona fallece, con la muerte se extingue su personalidad jurídica, al punto que para el Derecho, la muerte se define como la cesación de la subjetividad jurídica de la persona natural. De tal suerte, que es incuestionable que el efecto fundamental de la muerte en el ámbito del Derecho no es otro sino terminar la existencia jurídica del ser humano. La aptitud

de ser titular de deberes y derechos, a saber, la personalidad y radical efecto extintivo de suprimir la existencia legal de la persona humana.

Después de la muerte solo queda un cadáver, aun cuando seguirán destellándose efectos de algunas relaciones a asociadas a quien fuera persona en un tiempo anterior. Así pues, la personalidad pasada del sujeto sigue proyectándose después de su muerte. Los autores Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida aluden a este aspecto como la personalidad pretérita. Extinguida la persona, deja de ser centro de poder y responsabilidad, más persiste la operancia de su voluntad pretérita (expresada en testamento, en algunos casos) y el derecho a la buena fama y la propia reputación que pueden hacer efectivo los herederos.

La muerte no es óbice para la subsistencia de ciertos efectos después de la misma. La doctrina nacional señala que la extinción de la personalidad tampoco impide que, en interés de los descendientes, de otros parientes o de los terceros en general, se realicen ciertos actos que aparentemente presuponen la continuación de la personalidad del difunto.

Otros medios de defensa o manifestación de la personalidad pretérita son el derecho de rectificación o el reconocimiento de la atribución de la obra intelectual. En todos estos casos, los herederos o parientes, reclaman derechos del difunto que subsisten en cuanto a los atributos de su personalidad pretérita: el sujeto no pervive por ello, pero aun desaparecido, queda un resto de derechos extrapatrimoniales que, en homenaje a una existencia anterior, pueden ser hechos valer en favor-sobre todo-de la buena memoria del difunto, no como derechos propios. En el presente caso, el fallecimiento del co-solicitante de adopción J.L., junto a la niña L.M.A.S., (hoy, ambos de cujus) tiene dos consecuencias jurídicas, a saber:

La primera, al fallecer una de las futuras adoptadas, la niña L.M.A.S., ésta deja de tener derechos en el plano material, de allí que la muerte tenga el fatal y radical efecto extintivo de suprimir la existencia legal de la niña como persona humana, por tal motivo hacer un pronunciamiento en cuanto a la adopción de la niña L.M.A.S., en nada favorecería su interés superior, el cual quedó extinguido como consecuencia de su fallecimiento junto al adoptante.

Como segundo punto, la muerte no es óbice para la subsistencia de ciertos efectos después de la misma. La doctrina nacional señala que la extinción de la personalidad tampoco impide que, en interés de los descendientes, de otros parientes o de los terceros en general, se realicen ciertos actos que aparentemente presuponen la continuación de la personalidad del difunto.

De manera pues, si bien es indudable que la muerte arrasa fatalmente con la subjetividad jurídica del hombre, y después de suceder este juicio solo queda en el plano material un cadáver, también es cierto que no se pueden borrar o perder con la persona todas las relaciones que hubieren estado asociadas a ella. Como vimos, existen algunos supuestos en que, aun cuando la persona fallece, se precisa continuar con un breve período de latencia los efectos de ciertas relaciones jurídicas que estarían vinculadas a su personalidad. Esto básicamente porque aun cuando la existencia jurídica del sujeto se pierde a la par de la muerte, sus herederos u otras personas interesadas podrían ver afectados sus derechos personales o patrimoniales. De allí que el orden legal, sabiamente, ha permitido excepcionalmente la continuidad de ciertas relaciones o acciones que tuvieran su inicio en una personalidad pretérita, pues como veremos en el presente caso, el procedimiento de adopción no se extingue con el fallecimiento de uno de los co-adoptantes.

La personalidad pretérita del co-adoptante J.L., tiene atributos que siguen proyectándose después de su muerte; en este sentido, la personalidad pretérita del co-adoptante queda en evidencia en la solicitud de adopción, en ese documento, la solicitud de adopción quedó plasmada la manifestación voluntad expresada por el de cujus juntamente con su cónyuge supérstite, A.N. de C. La especial circunstancia del fallecimiento del co-solicitante de adopción, no implica que el Órgano Jurisdiccional, deba desestimar la solicitud de adopción plena y conjunta respecto a la niña L.M.A.S., muy por el contrario, se trata de respetar la voluntad pretérita declarada por el co-solicitante fallecido en cuanto a la adopción del niño.

Adicionalmente, el Órgano Jurisdiccional debe considerar que ha existido convivencia, acogimiento del niño que ha vivido con la ciudadana solicitante y su cónyuge (hoy de cujus) durante mucho tiempo, vale decir, desde que el Tribunal Primigenio declaró la Colocación familiar; en consecuencia, mal podría el Tribunal de Juicio, al resolver el fondo del asunto, declarar sin lugar la solicitud de adopción conjunta y plena, en razón que el co-solicitante de adopción falleció antes de dictar sentencia; sería injusto ordenar a la cónyuge supérstite, realizar una nueva solicitud de adopción de manera individual; este planteamiento causaría un grave perjuicio al niño cuya adopción se solicitó, traería graves perjuicios para su psiquis, lo cual se traduce en entorpecer su proyecto de vida familiar, obstaculizar sus sueños, cuestión que no se corresponde con un verdadero Estado de Derecho y de Justicia Social, como lo establece nuestra Carta Magna.

Por otra parte, si el Tribunal de Juicio decretara la adopción de manera individual, solamente respecto a la cónyuge supérstite, por el hecho que en el transcurso del procedimiento falleció el co-solicitante, significaría desestimar la opinión del niño, quien fue oído por la Juzgadora en la audiencia de juicio, y éste manifestó su firme

deseo de llevar ambos apellidos, el de su madre adoptante y el de su padre adoptante fallecido; actuar en forma contraria al deseo del niño, es desmontar sus proyectos, destruir el recuerdo de quien para él fue y será siempre su padre; significa actuar en contra, y sin justificación legal o humana a la voluntad pretérita del de cujus J.L. y el deseo de la co- solicitante cónyuge supérstite de adopción.

En orden a lo anterior, debemos precisar que la filiación materna y paterna constituye un sólido valor humano; el hecho que un acta de nacimiento del niño señale que este es descendiente de un padre y una madre, fortalece su moral, la cual no puede ser ajena a los intereses del niño; la moral del niño de autos, se traduce en: tener aptitud y lineamientos básicos para su comportamiento en la sociedad, principios que guíen al niño más allá de la reglamentación del Estado; fortalece su honor, su reputación, su autoestima, potencia su capacidad individual para afrontar la vida y principalmente para desarrollar confianza en sí mismo, con una buena salud mental que se forma también con la imagen que de sí mismo tiene el niño; es por ello que el Tribunal de Juicio debe establecer la filiación paterna en el acta de nacimiento del niño; no hacerlo, atentaría contra la voluntad pretérita del de cujus J.L., quien en vida manifestó este sentimiento y lo materializó en la solicitud de adopción que hiciera junto a su cónyuge ciudadana A.N de C., en consecuencia, lo justo y adecuado en el caso analizado es, dar al niño lo que por derecho le corresponde otorgando su adopción en forma plena y conjunta.

Con base en las razones de hecho y de derecho expuestas, el Órgano Judicial no debe dudar en cuanto al hecho que, la cónyuge supérstite solicitante de la adopción hará honor a la memoria póstuma del cónyuge fallecido, pues la intención de ambos, en principio, fue adoptar al niño de autos, tal como fue planificado; por tales razones, el Tribunal que conoció el fondo del asunto, declaró con lugar la adopción plena y conjunta peticionada en los términos expuestos por las partes en la solicitud primigenia, aunque su ejercicio será individual por la cónyuge supérstite, ciudadana a.n de c.

El presente caso debe llevarnos a transitar un camino de profunda reflexión, en lo relativo al procedimiento de adopción y futuras reformas legislativas a la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, desde la óptica interdisciplinaria, teniendo conocimiento integral del derecho constitucional que va más allá del derecho civil; para casos como el analizado, se debe fijar la mirada en la voluntad pretérita de adoptar, exteriorizada por el co-solicitante fallecido en el consentimiento voluntario, informado, formal, presentado ante el órgano Administrativo (IDENNA); este aspecto es de vital importancia, por encontrarse comprometidos derechos personalísimos que ostentaba el de cujus.

La adopción post mortem analizada precedentemente, reafirma el contenido bioético de la institución de la adopción, al transformar la manifestación de voluntad individual o consensuada del solicitante o los solicitantes, para amar y proteger a los niños o adolescentes, en un vínculo de filiación que se extenderá también a la descendencia de los adoptados; esta debería ser la brújula que nos indique el norte, el camino a transitar en futuras reformas legislativas, no solo en lo relativo a la adopción post-mortem, sino en brindar soluciones a problemas complejos, como lo relativo al procedimiento administrativo y jurisdiccional que se debe realizar para adoptar individual o conjuntamente, y para las adopciones internacionales, en el sentido de hacerlo más breve, en pro del interés superior del niño o niña a ser adoptado, lo cual se traduce en la protección que se le debe brindar al niño en forma oportuna, sin dilaciones indebidas, a objeto de garantizar el derecho a tener padre y madre, y de ser criado en una familia.

7. REFLEXIÓN FINAL.

La adopción post-mortem, no solo constituye un conflicto actual, sino que despierta el interés mediático y bioético en diversos ordenamientos jurídicos del mundo; vale preguntarse ¿se podrían esgrimir ciertos principios y reglas que sean comunes para el abordaje de esta temática con independencia del orden jurídico comprometido? En el caso específico de la adopción post mortem, ¿Cómo valorar el deseo del cónyuge supérstite solicitante de adopción? ¿En qué forma afecta la adopción post-mortem a los familiares y a los herederos del de cujus? Se debe comprender que el interés superior del niño es fuente de creación judicial, que nutre e impulsa el cambio legal, de acuerdo a la realidad social, y al ritmo de las sociedades en consonancia con la evolución legislativa que permita responder situaciones no contemplados en la Ley.

8. REFERENCIAS.

- Aguilar Gorrondona, J. L. (1985) *Derecho civil: Personas*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas
- Barrios H (1998) *La adopción en el Derecho interno y el Derecho Internacional Privado venezolano*. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas.
- Código Civil de Venezuela (1982). Gaceta N° 2.990 Extraordinaria del 26 de Julio de 1982. Caracas. Autor.
- Colin, A. y Capitant, H (1975) "*La adopción del Código Civil*". Curso Elemental de Derecho Civil. Tomo I. Madrid, Editorial Reus, S. A.

Contreras Briceño, G. (1987) *Manual de derecho civil I: personas*. Volumen 1. Vadell Hnos Editores.

Cunchillos, S y Manterote (1950). *La Familia*. Derecho Civil. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América-Bosh..

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) Gaceta Oficial Número 36.860. 30 de diciembre de 1999. Caracas. Autor.

Domínguez Guillén, M. C. (2008). Manual de Derecho de Familia. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas. Venezuela.

Ley Orgánica para la protección del niño y del adolescente (LOPNA) Publicada en la Gaceta Oficial N° 5. 859 extraordinario de fecha 1 de abril del año 2021. Caracas. Autor.

Pope, C; Ziebland, S; Mays, N. (2009) *Qualitative research in health care. Analysing qualitative data*. [Artículo en línea]. Disponible en: <https://www.elsevier.es/es-revista-validad-asistencial-256-articulo-el-analisis-contenidos-que-nos-S1134282X08704640>.

Sesma, B (2005) "Las adopciones en México y algo más". Universidad Nacional Autónoma de México

Enlaces externos

Esther fue adoptada por Mardoqueo <http://www.vicariadepastoral.org.mx>, 28 de julio de 2009.