REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



Artículo: Adopción y sucesión por causa de muerte ante el derecho civil cubano y comparado latinoamericano
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Leonardo Pérez Gallardo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

REVISTA DE DERECHO 240 (julio-diciembre) 2016: 121-150 ISSN 0303-9986

ADOPCIÓN Y SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE ANTE EL DERECHO CIVIL CUBANO Y COMPARADO LATINOAMERICANO

ADOPTION AND SUCCESSION LAW IN THE CUBAN CIVIL LAW AND LATIN AMERICAN COMPARATIVE LAW

LEONARDO PÉREZ GALLARDO*
Prof. de Derecho Civil
Universidad de La Habana
La Habana - Cuba

RESUMEN

La adopción crea un parentesco civil que tiene indudables efectos en sede sucesoria. En tal sentido se ofrece un análisis de las consecuencias que la adopción genera en determinadas circunstancias como el fallecimiento del presunto o de los presuntos adoptantes durante la tramitación del procedimiento de adopción, con especial referencia a la adopción *post mortem*, así como las consecuencias del éxito de la acción impugnatoria de la adopción, aprobada judicialmente, y el destino de las sucesiones causadas por parientes adoptivos a favor de quien fue adoptado, así como los inexorables vínculos entre la adopción y la legítima.

Palabras clave: Adopción *post mortem*, parentesco, sucesión por causa de muerte, legítima.

* Abogado. Licenciado en Derecho de la Universidad de La Habana, Cuba. Máster en Derecho Privado, Universidad de Valencia, España. Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad de La Habana. Profesor Titular de Derecho Civil y Derecho Notarial, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana. Notario. Correo electrónico: lbpgallardo@gmail.com.
Artículo recibido el 7 de mayo de 2016 y aceptado para su publicación el 15 de Noviembre de 2016.

Artículo: Adopción y sucesión por causa de muerte ante el derecho civil cubano y comparado latinoamericano
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Leonardo Pérez Gallardo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ABSTRACT

The adoption creates a civil relationship which has undoubted effects on succession matters. In this respect it offers an analysis of the consequences that the adoption produces in certain circunstances, such as decease of the alleged adopted (or alleged adopters) during the pendency of the adoption procedure, with special reference to the adoption *post mortem*, as well as the consequences of the success of the action that challenges the adoption, judicially approved, and the fate of successions caused by adoptive relatives in favor of whom was adopted, and the inexorable links between adoption and the *reserved portion*.

Keywords: Adoption *post mortem*, family relationship, succession, reserved portion.

1. LA ADOPCIÓN REGULADA EN EL CÓDIGO DE FAMILIA: CONSECUENCIAS EN SEDE SUCESORIA

La ancestral figura de la adopción ha quedado casi inadvertida para la doctrina científica cubana de los últimos tiempos. Tras la aprobación, en 1984, del Decreto-Ley 76 sobre adopción que motivó a alguno que otro autor de la época, casi tres décadas después el tema ha movido poca arena académica, a pesar de todas las dudas que una de las figuras más emblemáticas del Derecho de Familia lleva consigo. Su conocimiento data desde tiempos bíblicos y tiene por principal cometido el integrar a un menor de edad como hijo a una nueva familia: la adoptiva. Parto del presupuesto que en Cuba la adopción únicamente puede recaer sobre menores, y para más, sobre menores de 16 años de edad (*vid*. artículo 103 del Código de Familia), si bien de *lege ferenda* se proponga su extensión hasta tanto el menor no haya arribado a la mayoría de edad, establecida a los 18 años (*vid*. artículo 29.1 a) del Código Civil).

Las presentes acotaciones no pretenden hacer una radiografía de la adopción, ni tampoco su abordaje desde una perspectiva transdisciplinaria, como correspondería. La arista que pretende ser estudiada es la sucesoria, tan poco analizada, no solo en suelo patrio, sino también en el Derecho comparado. Pudiera resumirse en una mera ilusión óptica, que la adopción, en Cuba, al resultar únicamente una adopción plena,[1] en el orden sucesorio

[1] Qué es sin dudas una adopción plena, ya lo había estudiado con detenimiento Gómez Treto, uno de los autores del Decreto-Ley 76/1984, de 20 de enero, "De la adopción, los hogares de menores y las

Artículo: Adopción y sucesión por causa de muerte ante el derecho civil cubano y comparado latinoamericano
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Leonardo Pérez Gallardo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

se limita a extinguir los vínculos sucesorios del adoptado con la familia de origen y crear vínculos de igual naturaleza respecto de la familia a la cual se integra el menor por razón de la adopción, según el dictado del artículo 116 *in fine* del Código de Familia, lo cual no deja de ser cierto. En efecto, tras la adopción, aprobada judicialmente, se crea un vínculo de parentesco igual al consanguíneo entre adoptantes y adoptado y no sólo respecto de los adoptantes sino también en relación con los parientes consanguíneos de los adoptantes, sin distinción alguna.[2] El adoptado podrá suceder a cualquiera de los parientes a que alude el artículo 510 del Código Civil, como si fuere un pariente consanguíneo más, pues igual parentesco tendrá en relación con éstos como si la filiación fuera consanguínea, e idénticos derechos tendrán también respecto de él, en caso de su fallecimiento, los parientes a los que el Código Civil llama a la sucesión *ab intestato*. Esta es la regla según estricto Derecho. A diferencia de otros ordenamientos jurídicos, el nuestro no distingue entre adopción plena y menos plena o entre adopción plena y adopción simple. El citado Decreto-Ley 76/1984 suprimió todo vestigio en este orden, allanando el trayecto a discurrir en materia sucesoria.[3] El hijo o hija adoptiva tendrá idénticos derechos sucesorios. No obstante, cabe estudiar algunos matices que la adopción de un menor de edad pudiera traer en materia sucesoria.

familias sustitutas". Gómez Treto, Raúl, "La adopción de hijos y la protección a la niñez y la juventud", *Revista Jurídica Ministerio de Justicia* [Cuba], 1984, año II, 3, pp. 109 ss.

[2] Remarco que la norma establece claramente que el vínculo de parentesco es igual al consanguíneo, pero no que es un parentesco consanguíneo. Tal tenor lo aclara Gómez Treto cuando interpretando dicho precepto expresa: "El artículo 99 del Código restringe su referencia exclusivamente a las relaciones paterno-filiales ("status familiae") y, consecuentemente, parentales. En modo alguno confiere al adoptado un estatuto jurídico general igual al del hijo consanguíneo. Y ello no es un descuido del legislador sino está formulado así intencionalmente. Tanto es así que se conserva la formulación original del artículo 116 que extiende tal relación parental a la herencia en cuanto que parte el legislador del principio de que las relaciones sucesorias no tienen por fundamento único el parentesco aunque a él se remiten con criterio normativo propio las disposiciones legales que rigen la sucesión intestada". Gómez Treto, cit. (n. 1), p. 115. El autor explica cómo a pesar de los cambios que introdujo en el Código de Familia de 1975, el Decreto-Ley 76/1984 en materia de adopción al regular una adopción plena, el estatuto jurídico del adoptado tiene sus peculiaridades y el parentesco que se crea no es un parentesco consanguíneo, de ahí por qué el legislador dejó intacto el artículo 116, que podía haberse derogado si efectivamente la adopción creara por ley un parentesco consanguíneo. Tómese en cuenta que este precepto sigue estableciendo la existencia de un *"vínculo de parentesco que se establece entre adoptantes y adoptados"*, sin atribuirle un nombre, pero sin que tampoco se diga que es consanguíneo, si fuera consanguíneo, siguiendo el discurso del fallecido profesor, no hubiera sido necesaria la subsistencia del mencionado precepto. Incluso el párrafo que transcribo del distinguido académico culmina expresando que resulta "Comprensible (…) que la atribución de la nacionalidad y ciudadanía ("status civitatis") del adoptado quede reservada a la legislación especial de esa materia".

[3] V. nota 1.

Artículo: Adopción y sucesión por causa de muerte ante el derecho civil cubano y comparado latinoamericano
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Leonardo Pérez Gallardo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

2. LA ADOPCIÓN ENTRE PARIENTES. PECULIAR INCIDENCIA QUE PUEDE TENER EN EL DERECHO DE SUCESIONES

A pesar de la reticencia que en el orden jurisprudencial ha tenido la adopción entre parientes,[4] y no solo en Cuba, sino también entre algunos autores foráneos,[5] los últimos fallos judiciales han cambiado la orientación jurisprudencial, a tono con la Convención internacional de los derechos del niño, de modo que se han abierto cauces para su admisión.[6] El temor que ha

[4] Solo a guisa de ejemplo, cabe señalar la Sentencia del Tribunal Supremo (Cuba) Nº 195 de 30 de junio de 2008, en su cuarto Considerando (ponente Arredondo Suárez), a cuyo tenor se deja dicho que *"el motivo primero del recurso, con sustento en el apartado uno del artículo seiscientos treinta de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico debe correr idéntica suerte que los anteriormente examinados, visto que se denuncia la infracción por falta de aplicación de lo preceptuado en el artículo ciento tres del Código de Familia en relación con los artículos cien, ciento uno, ciento dos y ciento cuatro del propio texto legal, bajo argumentación que deviene del criterio personal de los impugnantes sobre el alcance de las normas en cuestión, con lo que realmente realizan una explicación de dichos preceptos acomodaticia a sus intereses, alejándose de lo que constituye la propia esencia de la institución, que tiende al mejor desarrollo y educación del menor adoptado, responsabilizando a determinadas personas con su cuidado, atención y formación, a tal extremo que se extinguen los deberes y derechos entre éste y sus ascendientes naturales, de ahí que no sea posible hacer abstracción de que, por su naturaleza, al asimilar completamente el parentesco adoptivo al consanguíneo, sometiéndose todas las relaciones entre sí o los adoptantes con el adoptado, en relación a la patria potestad y guarda y cuidado del adoptado a las mismas reglas que se establecen respecto a las relaciones de los padres con los hijos, crea un vínculo de parentesco civil que ha de entenderse limitado a personas no unidas por vínculo sanguíneo, pues lo contrario entrañaría un riesgo de confusión inadmisible con el enunciado objetivo primario del interés superior del niño o niña y, al no desconocerlo la sentencia interpelada, no incurrió en la vulneración denunciada"*. La sentencia confirmó así la de instancia que había declarado SIN LUGAR la demanda en proceso de adopción establecida.

[5] Así, *v.gr.* en México se prohíbe la adopción plena entre parientes consanguíneos, admitiéndose tan solo la adopción simple en este caso. Posición no compartida por el profesor Guzmán Avalos. A su juicio –criterio que sigo: "Es discutible que se prohíba de forma genérica a los parientes por consanguinidad la adopción plena. A menos que se refiera únicamente a parentesco por consanguinidad en la línea recta ascendente, ya que la patria potestad les deviene legalmente (…). Pero por lo que respecta a los demás parientes por consanguinidad, como en el caso de los hermanos (…) con la adopción de los mismos en una modalidad plena se logra una mejor y eficaz relación del menor en la familia y los vínculos son ahora de paternidad y no de fraternidad". Continúa exponiendo con plena razón el profesor veracruzano que "… resulta ilógico que se pueda adoptar a una persona extraña, tenerlo como hijo o hija y por otro lado, se encuentre impedido de hacerlo con quien, además del lazo afectivo, tiene el lazo biológico". Guzmán Ávalos, Aníbal, *La filiación en los albores del siglo XXI*, Porrúa, México, 2005, pp. 168-169. En la doctrina chilena, se opone a la adopción de los ascendientes, *v.gr.*, de los abuelos, el profesor Corral Talciani, considerando que ello provoca un perjuicio grave para el menor, ya que disloca los lazos parentales. A su juicio: "Lo lógico no es que los abuelos cuiden al niño mediante su adopción, sino que pidan al juez el cuidado personal y le den alimentos como lo que son: abuelos". La ley chilena excluye la adopción de los parientes consanguíneos por sus colaterales. Corral Talciani, Hernán, "El nuevo régimen jurídico de la adopción en Chile", *Revista Chilena de Derecho*, 2001, 28, Nº 1, p. 26.

[6] En el primer considerando de la Sentencia del Tribunal Supremo (Cuba) Nº 249 de 30 de junio de 2011 e igual considerando de la Sentencia del Tribunal Supremo (Cuba) Nº 394 de 28 de septiembre de

Artículo: Adopción y sucesión por causa de muerte ante el derecho civil cubano y comparado latinoamericano
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Leonardo Pérez Gallardo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

existido al respecto se ha centrado esencialmente en la confusión parental que ello pudiera provocarle al menor, lo que ha conducido a los autores del *anteproyecto de* Código de Familia a incluir un precepto a cuyo tenor se dispone que: *"Cuando se trate de adopción entre parientes consanguíneos no se extinguen los vínculos jurídicos paterno-filiales y de parentesco que hayan existido entre el adoptado y el resto de sus parientes consanguíneos"*, o sea, que conforme al Derecho proyectado el adoptado tendrá como padres a los adoptantes, pero el resto de los parientes mantendrán el vínculo parental que tenía en su familia de origen. De todos modos ello genera algunos interrogantes, pues si quienes lo adoptan son los abuelos paternos, estos asumirán la condición de padres adoptivos, pero, entonces quiénes serán sus abuelos paternos ¿Sus bisabuelos paternos? ¿Estos se mantendrán como bisabuelos, teniendo como abuelos tan solo a los abuelos de la otra línea? Si así fuere ¿carecería entonces de abuelos paternos? La adopción entre parientes, no cabe duda que altera el orden y línea parentales, lo cual no creo que sea razón para prohibirla, pero la fórmula que a tal efecto se asimile ha de ser simétrica para no dejar brechas en un futuro, de difícil pronóstico solutivo.

2012, casualmente ambas de la misma ponente Arredondo Suárez, en los cuales se dejan explícitas las razones por las que opera este cambio en la interpretación jurisprudencial que hasta ese momento había hecho el Alto Foro de los artículos del Código de Familia, relativos a los requisitos para la adopción, por lo cual se "(…) *precisa antes de adentrarnos en el análisis de fondo del recurso, esbozar brevemente algunas consideraciones indispensables para el cabal entendimiento de la posición a adoptar, las que tienen como punto de partida la especial trascendencia que tiene para la comunidad de naciones el interés superior de los niños y niñas, con alcance entre los derechos humanos de tercera generación, refrendados para su observancia jurídica plena en instrumento de corte internacional del que Cuba resulta signatario, como lo es la Convención Internacional de los Derechos del Niño, institución que por la propia esencia humanista de nuestra sociedad inspira cuerpos legales patrios como resultan el Código de Familia y el Código de la Niñez y la Juventud, posición que por demás se atempera al criterio de la doctrina de mayor aceptación que respalda la atención y tratamiento esencialmente garantista en lo que al concreto beneficio de los menores concierne, siendo razón determinante para que la Sala que resuelve, teniendo en cuenta que en el marco de los objetivos de la actividad judicial (…), figura, entre otros, el amparar las relaciones familiares, reanalizará la interpretación restrictiva del artículo noventa y nueve del Código de Familia por el cual la norma sustantiva especial se acoge al principio de adopción plena, y es que ante el aparente conflicto de normas que deviene irremediablemente cuando se examinan los requisitos que deben reunir los adoptantes, conforme fija el propio cuerpo legal en sus artículos cien, ciento uno y ciento dos, constatándose que no existe prohibición alguna para que los parientes puedan solicitar la adopción, es posible concluir que al evaluar el contenido de uno y otro precepto se requiere una visión flexible y la ponderación del principio del interés superior, circunstancias que se hacen presentes en el caso*". En la primera de las sentencias dictadas, se confirma la de instancia que a su vez había declarado SIN LUGAR el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del tribunal de primera instancia que había acogido la demanda de adopción interesada. En la segunda de las sentencias dictadas, se casa la de instancia, y se dicta una segunda sentencia por la cual se declara CON LUGAR el recurso de apelación interpuesto, se revoca la sentencia impugnada, y se declara CON LUGAR la demanda de adopción.

Artículo: Adopción y sucesión por causa de muerte ante el derecho civil cubano y comparado latinoamericano
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Leonardo Pérez Gallardo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

De *lege lata*, la adopción hoy día sí que cambia el orden y la línea de parentesco, precisamente al tratarse de una adopción plena se busca la integración del adoptante en la familia adoptiva, la cual se toma como si fuere su familia consanguínea. De ahí el enunciado del artículo 99 del Código de Familia: "*La adopción se establecerá en interés del mejor desarrollo y educación del menor, y creará entre el adoptante y adoptado un vínculo de parentesco igual al existente entre padres e hijos* (…)". El parentesco por adopción para el legislador de nuestro Código de Familia es igual al parentesco consanguíneo. La situación se torna más compleja, sin duda, cuando el menor es adoptado en el seno de su propia familia consanguínea, lo que, a mi juicio, inexorablemente lleva como efecto la modificación de los vínculos parentales, con notoria incidencia en materia sucesoria, pues tras la adopción, la sucesión por causa de muerte se ajustará a los nuevos grados y líneas parentales establecidas. Dependerá entonces de qué pariente sea el que le adopte, pues a partir de la determinación de la filiación adoptiva es que se establecerán las líneas y grados parentales, pudiéndose perder el parentesco consanguíneo con una de esas líneas parentales consanguíneas, así, *v.gr.*, si es adoptado por los abuelos paternos, o por un tío paterno y su esposa, o por una prima materna y su esposo, o por un solo pariente, perteneciente, en todo caso a una de las líneas de parentesco consanguíneo, se ha de perder el vínculo consanguíneo con la otra. Aunque la resolución judicial que disponga la adopción no lo diga expresamente, el cómputo del parentesco será decisivo para determinar las personas a las cuales heredará el adoptado, o aquellas que le podrán heredar a él, sobre todo en lo que concierne a los ascendientes, pues respecto de ellos podría ser legitimario el adoptado. Así, muerto su padre adoptivo, es necesario determinar claramente quiénes son sus abuelos en razón de la adopción, pues en relación con ellos pudiera convertirse en especialmente protegido si se dieran los presupuestos que determine la ley, ello con independencia de que su madre adoptiva aún viva. De ese modo, si un primo hermano paterno lo adoptó, conjuntamente con la esposa, tras la adopción, quien había sido hasta entonces su primo hermano, pasa a ser su padre adoptivo, y el hasta ese entonces tío o tía paterno, progenitor o progenitora de su primo hermano, se convertirá en abuelo o abuela, ascendiente adoptivo en relación con el cual pudiera el adoptado convertirse en especialmente protegido o legitimario, posición que nunca hubiera tenido de mantenerse en el seno de su prístina familia consanguínea, pues aunque la adopción cuando opera entre parientes consanguíneos implica una superposición de la familia adoptiva sobre una familia consanguínea subyacente, la misma adopción cambia los roles parentales de la familia consanguínea original. En el ejemplo mismo, el sobrino nunca sería respecto de su tío o tía, conforme con el artículo 493 del Código

Artículo: Adopción y sucesión por causa de muerte ante el derecho civil cubano y comparado latinoamericano
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Leonardo Pérez Gallardo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Civil, especialmente protegido, pero al mutar los roles parentales con motivo de la adopción entre parientes consanguíneos, y devenir el tío en abuelo adoptivo, entonces sí que a tenor del artículo 99 del Código de Familia en relación con el precepto citado del Código Civil, devendría en un legitimario.

De *lege ferenda* la solución se torna, a mi juicio, mucho más complicada, pues en el afán de provocar en el adoptado, *"el riesgo de confusión filiatoria ni la alteración en los roles familiares"* a la que tanto temen los jueces, la alternativa que ofrece el artículo 167 de la última versión del *anteproyecto* de Código de Familia multiplica este riesgo. En primer orden, no puede pasarse por alto el gazapo contenido en la norma de que cuando se "*trate de adopción entre parientes consanguíneos no se extinguen los vínculos jurídicos paterno-filiales* (…)", porque precisamente la adopción, en cualquiera de sus variantes, supone la extinción de los vínculos jurídicos paterno-filiales anteriores, ya que es presupuesto de la adopción su extinción, de lo contrario, nunca procedería, al menos la extinción de ese vínculo por una de las líneas, como es el caso de la adopción por integración o adopción del hijo o hija del cónyuge, reconocida hoy en el artículo 101 del Código de Familia, precepto que también se propone modificar en el artículo 170 del *anteproyecto*, adicionándose un tercer párrafo, con igual tenor que el regulado con alcance general en el artículo 167 del *anteproyecto* al establecerse que: "*En este caso no se extinguen los vínculos jurídicos paternos filiales y de parentesco que hayan existido entre el adoptado y sus parientes consanguíneos*", con igual gazapo jurídico, pues el párrafo primero nos deja explícito que el cónyuge podrá adoptar al hijo o hija del otro cónyuge "*si el padre o madre del menor de edad que se pretende adoptar consintiera, hubiera fallecido, o hubiera sido privado de la patria potestad o fuera desconocido*", lo cual presupone, como es racional, la extinción del vínculo jurídico paterno-filial con su padre o madre biológica, pero fuera de este dislate, resulta también una verdad de Perogrullo que los vínculos con la familia consanguínea de aquel progenitor o progenitora, casado(a) con el adoptante han de mantenerse por supuesto. Lo que sí que no le encuentro lógica alguna es que tras esa adopción de integración con el esposo o la esposa de su progenitora o progenitor, mantenga los vínculos parentales con la familia consanguínea de aquel otro progenitor que asintió a la adopción, o que fue privado de la patria potestad o que ha fallecido. Se trata de incluir un supuesto de adopción simple que no creo sea la fórmula más idónea para la adopción en un país como el nuestro en que la adopción plena se ha ido imponiendo como fórmula más idónea para la plena integración del adoptado.

En este orden, creo oportuno deslindar en este acápite y como un estudio de *lege ferenda* los dos supuestos, el previsto en el artículo 167 y el contenido

Artículo: Adopción y sucesión por causa de muerte ante el derecho civil cubano y comparado latinoamericano
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Leonardo Pérez Gallardo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

en el artículo 170, ambos en el *anteproyecto* de Código de Familia.

En el artículo 167 se prevé, en principio, un supuesto de adopción plena, otra cosa no pretende concebir la norma, si bien resulta discutible por los efectos que provoca. Y lo explico de esa manera porque el adoptado no rompe del todo con su familia consanguínea, pues sus adoptantes no le son ajenos desde el punto de vista de la sangre. Son parientes consanguíneos, pero al ser adoptado, deberían cambiar las líneas y grados parentales. Y es a ello a lo que, al parecer, se opone el precepto cuando establece que "*... no se extinguen los vínculos* (...) *de parentesco que hayan existido entre el adoptado y el resto de sus parientes consanguíneos*". De su lectura se infiere que se da por descontado que los adoptantes sí que pasan a ser padres adoptivos, pero el resto de los parientes seguirían ocupando la línea y grados parentales que tenían al momento de la adopción, respecto de aquel pariente consanguíneo devenido en adoptado. De ser esa la fórmula que quiere rescatar el legislador, no deja de producir un verdadero quebradero de cabeza, no solo en la manera de computar el parentesco, sino sobre todo de cara a una posible sucesión *ab intestato*.

Las consecuencias que ello puede provocar pudieran resumirse en las siguientes:

a) Se multiplicarían los parientes en un orden dislocado. De modo que tras la adopción, se tendrían parientes adoptivos por línea paterna, por línea materna (si fue adoptado por un matrimonio), más los parientes consanguíneos de la otra línea a la que pertenecían aquellos parientes de su madre o de su padre biológico que no le adoptaron,[7] y que en una adopción plena no se entiende que existan, a los cuales también heredaría y los que igualmente le heredarían (al adoptado), pues la adopción no implicaría la pérdida del derecho sucesorio, ya que si se mantiene el vínculo parental, también quedaría subsistente el derecho a heredar por ley. Ello, a menos de que quede claro que la adopción entre parientes consanguíneos es una adopción simple, con los efectos que ello implica en materia sucesoria, en esencia, que tan solo se hereda del padre o madre adoptivo, no así del resto de los parientes adoptivos, y sí, por el contrario, de los parientes consanguíneos con los que se mantienen los vínculos sucesorios. Pero este no es tenor del anteproyecto, dado que el artículo 187 que se propone, es un trasunto del actual artículo 106

[7] Supongamos que sea adoptado por un pariente consanguíneo de una de las líneas, la materna o la paterna, o por un pariente consanguíneo y su esposa o esposo (que hasta la fecha en que se aprueba la adopción era pariente por afinidad, también dentro de esa misma línea). Si fuere la materna, entonces los parientes consanguíneos de la línea paterna seguirían siendo parientes consanguíneos del adoptado.

Artículo: Adopción y sucesión por causa de muerte ante el derecho civil cubano y comparado latinoamericano
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Leonardo Pérez Gallardo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

del Código de Familia, a cuya dicción literal: "*Los derechos derivados del vínculo de parentesco que se establece entre adoptantes y adoptados, incluyen el de la herencia. Este derecho se extinguirá entre el adoptado y su familia consanguínea*".

b) Ocasionaría una verdadera confusión parental para el menor de edad adoptado, en una adopción que sería más que una adopción plena, una adopción simple, por la sola razón de que quien le adopte sea un pariente consanguíneo (lo que por demás, insisto, no aparece bien dibujado o configurado en la norma que se propone, o sea, la aplicación del artículo 170 hasta qué tipo de parientes opera, o sea, para que se mantengan los vínculos consanguíneos originales, para decirlo de alguna manera, hasta qué grado parental tendría que tener aquel o aquellos de los adoptantes respecto del adoptado).

c) La indeterminación de aquellos parientes que han de calificar entre los que el legislador del Código Civil califica como ascendientes, en relación con los cuales el adoptado pudiera ser considerado como especialmente protegido o legitimario, si se dieran las demás circunstancias o requisitos establecidos en el artículo 493 del Código Civil.

d) La dificultad en el orden probatorio del parentesco, tras una filiación adoptiva, que no desplaza del todo a la filiación consanguínea, y que tampoco clasifica como una verdadera adopción simple, la cual, en todo caso, de ser la aceptada, no lograría a fin de cuentas la integración que se busca del menor a la familia que le adopta, principal cometido que esta institución persigue en el orden del Derecho familiar cubano.

Por su parte el artículo 170, propuesto en el anteproyecto de Código de Familia, reproduce el contenido del actual artículo 101 del Código de Familia, a saber: la adopción por integración, cuando uno de los cónyuges adopta al hijo o hija del otro. En este caso se habla de una adopción simple. El hijo adoptado mantiene los vínculos consanguíneos con la familia de uno de sus progenitores, pero al ser adoptado por el cónyuge de su madre o de su padre, según el caso, según el tercer párrafo que se adiciona, mantendría los vínculos parentales con su familia consanguínea, sin ninguna otra especificación, lo cual permite interpretar que al ser una adopción simple, sería pariente tan solo respecto de quien le adopte, y no de los demás parientes consanguíneos del adoptante, manteniendo, por el contrario el parentesco por consanguinidad con la línea proveniente del progenitor que consintió la adopción, que previamente

Artículo: Adopción y sucesión por causa de muerte ante el derecho civil cubano y comparado latinoamericano
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Leonardo Pérez Gallardo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

falleció, o que fue privado de la patria potestad.[8] ¿Es ese el *animus legislatoris*? Pudiera contestarse afirmativamente. Otro sentido no cabe dársele a la norma propuesta, pues lógico resulta que los parientes consanguíneos del progenitor o progenitora biológico(a), pareja del (o de la) adoptivo(a), seguirán siendo sus parientes consanguíneos, tras la adopción.

La cautela que quiere tomar el legislador es que subsistan también los vínculos consanguíneos de la otra línea. No me resultan, de todos modos, muy claros los propósitos del legislador, por muy nobles que éstos sean. Si así fuere, creo suficiente fortalecer los mecanismos legales de tuición de la familia ensamblada, resultante del nuevo matrimonio o incluso de la nueva unión de hecho que también sería fuente de esta adopción en la norma proyectada (*vid.* artículo 171). No sé hasta qué punto resultaría beneficioso para el menor de edad una adopción en tales circunstancias, en la que tendrá un padre o una madre adoptiva, pero carecerá de vínculos parentales con la familia de ese padre o madre adoptiva, manteniendo el parentesco consanguíneo primigenio. No obstante, reconozco que es otra alternativa que la ley ofrece a los fines de la protección del menor, quien tendrá, eso sí, a los efectos legales tanto un padre como una madre, dando por sentado que en el orden de los afectos, el adoptante, ya habría tenido pleno éxito en las más cordiales y armónicas relaciones con el menor que adopta, comportándose éstas como lo que han de ser en el futuro: verdaderas relaciones jurídicas paterno-filiales. Si esta resulta la lectura que habría que darle al artículo 170 proyectado, entonces el menor de edad seguiría heredando a su familia consanguínea, y sus abuelos seguirían siendo los mismos, pues los progenitores del adoptante, en una adopción simple, no tendrían parentesco respecto del adoptado y en consecuencia no se generarían derechos sucesorios por ley.[9] Más complejo resultaría interpretar que

[8] La norma proyectada también prevé el supuesto de progenitor desconocido, pero en tal caso, también serían desconocidos los parientes consanguíneos provenientes de esa línea parental biológica.

[9] Resulta a mi juicio sumamente interesante el análisis que hace González Magaña en el Derecho argentino de este tema, a los fines de vislumbrar las consecuencias que en el orden jurídico sucesorio implica la adopción simple para el adoptado. González Magaña, Ignacio, "Derechos hereditarios del adoptado por adopción simple", *Revista de Derecho de familia y de las personas*, 2012, IV, Nº 4, pp. 93-95. A criterio del autor: "… como los adoptados y sus descendientes carecen de vocación legitimaria, pueden ser excluidos de la sucesión de los ascendientes de su progenitor adoptivo, ya que carecen de derecho a recibir una porción legítima en la sucesión del padre de su padre adoptivo". "La solución que brinda el codificador puede resultar injusta e incluso ha sido fuente de crítica por parte de la doctrina, pero consideramos que el legislador ha actuado en forma prudente, pues ha presumido el afecto de los ascendientes sobre el adoptado por adopción simple y por ello lo ha instituido como heredero legítimo, mas al no haber vínculo legal ni de parentesco alguno, ha permitido que -mediante testamento- el causante exprese su voluntad real y excluya de la sucesión de sus ascendientes a la persona con quienes aquéllos no están unidos por vínculo alguno". "Cabe agregar que no son herederos forzosos, no tienen la posesión de

Artículo: Adopción y sucesión por causa de muerte ante el derecho civil cubano y comparado latinoamericano
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Leonardo Pérez Gallardo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

el adoptado mantiene los vínculos consanguíneos con la línea parental que se sustituye por la de adopción y que se integra a la nueva línea parental, devenida de la adopción, pues entonces tendría en el caso de la adopción por integración (adoptante, cónyuge o pareja de hecho del progenitor del adoptado) tres líneas parentales, inconsistente con el sentido que la adopción tiene de ser una figura que imita la naturaleza. Se impone por lo tanto propiedad en el lenguaje y estilo de redacción mucho más claro en las normas propuestas, de cara a los efectos que en materia sucesoria ello tendrá, pues es indispensable determinar el diagrama parental del menor adoptado, de cara entre otros extremos de naturaleza sucesoria, para determinar respecto de quién o de quiénes el menor, adoptado, tenga la cualidad o condición de ser especialmente protegido, y por supuesto, vocación sucesoria en una sucesión legal o *ab intestato*.

3. LA HERENCIA DEFERIDA PERO NO ADJUDICADA, CAUSADA POR UN PARIENTE CONSANGUÍNEO A FAVOR DE QUIEN RESULTA ADOPTADO Y LA POSIBLE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 116 IN FINE DEL CÓDIGO DE FAMILIA

Cabe también la posibilidad, si bien no frecuente, tampoco imposible, de que el menor en adopción sea llamado por sucesión *ab intestato* a la herencia de algún pariente consanguíneo. Conforme con el Derecho positivo cubano, si el menor se adjudicó la herencia antes de autorizarse la adopción, los bienes forman parte de su patrimonio que será administrado por sus padres adoptivos, según el artículo 85.4 del Código de Familia, e incluso podrán ser enajenados algunos de ellos, previa autorización judicial, *ex* artículo 87 del propio texto legal. La situación se torna mucho más interesante en el orden doctrinario, si el menor es llamado a una herencia, aún no adjudicada cuando se hace firme la resolución judicial por la que se autoriza la adopción (*vid*. artículo 105 último párrafo del Código de Familia). Firme tal resolución judicial, se extinguen los vínculos sucesorios con la familia consanguínea (*vid*. artículo 116 *in fine* del Código de Familia). Ahora bien ¿cómo entender el dictado de este precepto legal? ¿Se extinguen los derechos sucesorios que en un futuro pudieran haber causado parientes consanguíneos, o se extinguen los derechos sucesorios, ya deferidos, pero no adjudicados? Para dar respuesta a tales interrogantes tendríamos que estudiar normas de Derecho sucesorio, entre ellas las atinentes a la aceptación de la herencia. Tratándose de una sucesión *ab intestato* que es la que tiene

la herencia de pleno derecho y por ende deben pedirla ante los jueces y justificar su título a la sucesión".

Artículo: Adopción y sucesión por causa de muerte ante el derecho civil cubano y comparado latinoamericano
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Leonardo Pérez Gallardo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

matices mucho más interesantes en este orden de ideas, pues al llamado por una sucesión testamentaria, en principio, no le debe afectar el que haya sido adoptado por otra persona, salvo que su estatus filiatorio sea requerimiento para la adquisición de la condición o cualidad de heredero,[10] la herencia se entiende aceptada si el heredero no la renuncia en el plazo de caducidad de tres meses, computado este desde el día siguiente a aquel en que fue autorizada el acta de declaratoria de herederos, o al que adquirió firmeza la resolución judicial (auto o sentencia dictado por el tribunal correspondiente) (*vid.* artículo 527.1 b) y 2 del Código Civil).

Al seguir tales derroteros, si al aprobarse la adopción, la herencia se entiende aceptada, el artículo 116 *in fine* no será de aplicación, y el adoptado tendría derecho a acudir, a través de sus padres adoptivos, que le representarían, a la escritura de adjudicación de la herencia, causada por ese pariente consanguíneo, que lo era al momento de causarse, pero no al momento de adjudicarse dicho caudal. De todos modos el derecho se entendería adquirido a la muerte del titular. Similar tratamiento tendría incluso el supuesto de una herencia deferida pero no aceptada, pues la herencia se causa al momento de la muerte. *Ergo*, si al fallecer una persona, son llamadas a su sucesión personas con vínculo consanguíneo de los que por ley tienen derecho a una sucesión *ab intestato*, si cuando se aprueba la adopción, el llamado a la sucesión no la ha aceptado todavía, tendría derecho a aceptarla, aunque esa aceptación recayera en momento en que ya ha perdido el vínculo consanguíneo con el causante, pues el dato que importa en sede sucesoria es que el test de la sangre se supere al momento del deceso de quien se trae causa. Y, en efecto, en aquel preciso momento, se era pariente consanguíneo del causante. No olvidemos tampoco el efecto *ex tunc* que la aceptación de la herencia tiene y que conduce a explicar la inexistencia de solución de continuidad que el fenómeno sucesorio supone (*vid.* artículo 207.1 del Código Civil).

4. EFECTOS PARA LA ADOPCIÓN DEL FALLECIMIENTO DEL PRESUNTO O DE UNO DE LOS PRESUNTOS ADOPTANTES DURANTE LA TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO. LA ADOPCIÓN POST MORTEM

Arenas mucho más movedizas son las que nos conducen a supuestos de adopción *post mortem*, situación que no tiene asidero legal alguno en nuestro

[10] Siempre que en el contexto cubano no se haya concebido la institución de heredero o de legatario, supeditada a esa condición como *conditio facti,* impuesta por el testador (*vid.* artículos 481 y 498 del Código Civil).

Artículo: Adopción y sucesión por causa de muerte ante el derecho civil cubano y comparado latinoamericano
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Leonardo Pérez Gallardo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ordenamiento jurídico. En principio, la adopción se tramita en Cuba a través de un expediente de jurisdicción voluntaria, según lo dispuesto por los artículos 105 y siguientes, de aplicación, del Código de Familia. Como procedimiento al fin, aun de jurisdicción voluntaria, atraviesa por diferentes etapas, lo que implica cierto período de tiempo en que será conocida en sede judicial la solicitud de autorización del o de los adoptantes de la adopción del menor. Empero, nada prevén las normas, ni las sustantivas, ni las procedimentales (*vid.* artículos 578 al 585 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico) sobre los efectos que en Derecho puede provocar el fallecimiento del pretenso adoptante o de uno de los pretensos adoptantes, durante la sustanciación del procedimiento de adopción.

El profesor Fernando Moreno Mozo en su tesis doctoral analiza la figura del póstumo por adopción *post mortem*. No se trata de una clasificación sin más de la adopción, como puede resultar atendiendo a sus fines y efectos, la adopción simple y la adopción plena. La adopción *post mortem* no es un tipo determinado de adopción, sino el resultado que se deriva como situación jurídica, cuando al dictarse resolución judicial por la que se aprueba la adopción, uno de los adoptantes o el único adoptante ya ha fallecido. O sea, es una situación excepcional, incidental, circunstancial, *sui géneris*. Según explica el profesor sevillano "… es la posibilidad (introducida por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre; y mantenida en el vigente texto sobre la materia, redactado por la LO 1/1996, de 15 de enero) de constituirse la adopción tras la muerte del adoptante".[11] Se trata – según apunta el autor citado–, de una adopción marcada por sus efectos retroactivos. Así, se consideran póstumos *post mortem ex adoptione,* el adoptado, en tanto la resolución judicial por la que se constituye la adopción se dictará siempre tras morir el adoptante, aunque sus efectos se retrotraerán no al momento de morir el adoptante, sino a aquel en que manifestó su voluntad de adoptar, según el tenor del artículo 176.3 *in fine* del Código Civil español. De este modo –según sigue explicando el profesor Moreno Mozo–, el adoptado será, en el orden sucesorio, un verdadero hijo póstumo, respecto del causante. Y también cabe que sea póstumo como ulterior descendiente o colateral, dado que en la adopción plena el adoptado se integra a la familia del adoptante, con efectos retroactivos al momento en que el adoptante prestó su manifestación de voluntad para la adopción, o sea, el

[11] Moreno Mozo, Fernando, "Fundamentos de la sucesión del póstumo", Tesis de doctorado, dirección de Luis Humberto Clavería Gosálbez, Universidad de Sevilla, España, 2008, no publicada, p. 165 (versión en formato word).

Artículo: Adopción y sucesión por causa de muerte ante el derecho civil cubano y comparado latinoamericano
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Leonardo Pérez Gallardo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

adoptado tendrá la consideración de póstumo en los mismos supuestos en que el póstumo *stricto sensu*, sustituyendo el nacimiento por la correspondiente resolución judicial y la concepción, por la manifestación de voluntad.[12]

El tema también ha sido estudiado en el Derecho comparado, no sin disputas doctrinarias. En el Derecho venezolano Domínguez Guillén alude al no reconocimiento en el Derecho positivo de su país de la adopción *post mortem*, no obstante sí que existe un antecedente jurisprudencial importante en el que se dio lugar a una adopción en tales circunstancias a pesar de que expresamente la Ley de Protección al Niño, Niña y Adolescente no la reconociera.[13] En efecto, en un caso de adopción conjunta por cónyuges, iniciada en el 2003, de dos hermanos (nacidos en 1997 y 1998) que se encontraban bajo la medida de colocación familiar (familia sustituta) desde 2002. En noviembre de 2008 el co-solicitante aporta partida de defunción de su esposa, fallecida en octubre de 2008 (quien había comparecido el 29 de septiembre de 2008 a solicitar el avocamiento del juez). El 12 de mayo de 2009 comparecen tanto el solicitante como los niños manifestando "su deseo de continuar con la adopción para que los niños lleven el apellido de la solicitante fallecida". El Tribunal realizó algunas consideraciones sobre la adopción, como medida de protección en una familia permanente, teniendo en cuenta múltiples factores de interpretación y a tal efecto señala que entre la legislación y doctrina extranjera se aprecian temas interesantes como "la adopción *post mortem*" y al efecto indica: "*La adopción post mortem es una figura que permite la continuidad del proceso de adopción, aunque el futuro adoptante fallezca antes de decretarse la adopción por la autoridad judicial*". Se cita al efecto doctrina que señala que es imperativo la continuación del proceso por razones humanitarias, por lo que el Tribunal concluye que aunque la LOPNNA no contemple expresamente la adopción *post mortem*, ésta resulta procedente en el caso concreto en virtud del interés superior del niño.[14]

[12] Moreno Mozo, cit. (n. 11), pp. 176-177.

[13] Domínguez Guillén, María Candelaria, "Breve referencia a la filiación post mortem", *Revista de la Universidad Central de Venezuela*, 2009, 134, p. 210.

[14] Ídem, pp. 210-211.
Por la trascendencia del fallo judicial (Tribunal Primero del Régimen Procesal Transitorio de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Aragua-sede Maracay, 26 de mayo de 2009, Asunto DH41-V-2003-000558), citado en parte por la autora, creo oportuno reproducirlo (p. 211): *"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 sustituía constituida por un padre y una madre quien ha fallecido con posterioridad a la solicitud de adopción, en el mismo estado de sentencia.*

Artículo: Adopción y sucesión por causa de muerte ante el derecho civil cubano y comparado latinoamericano
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Leonardo Pérez Gallardo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

En Argentina el tema de la adopción *post mortem* ha sido sumamente controvertido, sobre todo a partir de un caso en que la única adoptante falleció antes de promover la adopción, si bien ya tenía concedida la *guarda preadoptiva*. Es dable apuntar que en el país austral el Código Civil en su artículo 324[15] establece que cuando la guarda del menor se hubiese otorgado durante el matrimonio y el período legal se completara después de la muerte de uno de los cónyuges, podrá otorgarse la adopción al viudo o viuda y el hijo adoptivo lo será del matrimonio.[16] Precepto que ha generado glosas disímiles entre la doctrina científica. Según una interpretación dada, a partir del estudio de un fallo jurisprudencial: "Esta norma alude a los casos que habiendo la adopción sido peticionada por ambos cónyuges, el fallecimiento del marido o de la esposa durante el juicio no impedirá que el adoptado reciba su apellido, aun cuando, en definitiva, la adopción se acuerde a la viuda o viudo, lo que no obsta a que la hija adoptiva lo sea del matrimonio".[17] En el caso, la madre biológica había entregado a la hija en adopción a un matrimonio, quienes la prohijaron, logrando que la menor se integrara a la nueva familia, empero, a los pocos meses, la guardadora de la niña falleció, sobreviviendo tan solo su esposo.

Mucho más polémico ha resultado el caso en el propio Derecho

(...) *En el presente caso declarar sin lugar la solicitud de adopción conjunta, porque la cosolicitante* [sic] *falleció antes de dictar sentencia, indicándole al cónyuge supérstite que debe realizar una nueva solicitud de adopción de manera individual, sería causar un grave perjuicio a estos niños en su proyecto de vida familiar, responsabilizando además a los intervinientes, de la mora del poder judicial en dictar la sentencia definitiva. Si los involucrados en este proceso hubiesen obtenido la tutela judicial efectiva, como lo establece el artículo 26 constitucional, la filiación adoptiva paterna y materna habría surtido todos sus efectos antes de la muerte de la ciudadana...*
Por otra parte, decretarse la adopción de manera individual, solamente respecto al cónyuge supérstite, porque durante el curso del procedimiento falleció la co-solicitante, es no tomar en cuenta la opinión de los niños en este caso, es pretender borrarles, inútilmente, el recuerdo de quien para ellos fue y será su madre, es ir en contra, sin justificación legal o humana de la voluntad consensuada de los solicitantes, que ha beneficiado y beneficiará a los niños en todos los aspectos de su vida...
(...) *El interés superior del niño presente en toda conversación o discurso sobre la niñez y la adolescencia, principio que sirve de fundamento en los fallos judiciales o administrativos, va más allá de la interpretación y aplicación de la Lopna, pues en beneficio de éstos, se deja en manos de la autoridad competente la creación de la solución del caso concreto*".

[15] N. del E.: El precepto está referido al anterior *Código Civil de la República Argentina* redactado por Vélez Sarsfield, vigente hasta el año 2015. En el nuevo *Código Civil y Comercial de la Nación*, actualmente vigente, el precepto subsiste, con leves matices, en su artículo 605.

[16] V. Sentencia del Tribunal de Familia de Formosa, 19 de febrero de 1999, *La Ley*, 2000-C-888 (42.606-S), L.L. Litoral 2000, ref. por Medina, Graciela, "Comentarios al artículo 324", en Ferrer, Francisco A.; Medina, Graciela; Méndez Costa, M. Josefa (Editores), *Código Civil comentado. Derecho de familia, Tomo II (artículos 264 a 494)*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2007, p. 180.

[17] Iparraguirre, Diego, "Adopción póstuma", *Revista de Derecho de Familia (Lexisnexis)*, 2007, I, p. 183; en Abeledo Perrot Nº AP/DOC/927/2012, p. 3.

Artículo: Adopción y sucesión por causa de muerte ante el derecho civil cubano y comparado latinoamericano
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Leonardo Pérez Gallardo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

argentino de una adopción monoparental, en el que la guardadora falleció a los pocos días de habérsele concedido la guarda preadoptiva del menor y antes de que promoviera la adopción, requisito este último *sine que non* para que opere la adopción *post mortem*, en aquellos ordenamientos jurídicos en que expresamente está regulada[18]. Ciertamente – según sintetiza Cao–, se trató de un singular caso en el que pocos días después a la aceptación del cargo de guardadora de un menor, ésta fallece sin haber promovido el pertinente juicio de adopción. La petición de declaración de ese menor como hijo adoptivo – por parte de su defensor representante – fue el motivo de la polémica sentencia, motivada porque los progenitores de la causante solicitaron judicialmente la nulidad de dicho pronunciamiento de adopción (*post mortem*) y la consecuente declaratoria de herederos, sustentado en que se instituía al menor como único heredero, desplazando así a dichos recurrentes de la línea sucesoria.[19] El tomar en cuenta los fines que la adopción ofrece para la protección del menor de edad y su integración en la familia que le acoge ha sido, entre otros, un argumento esgrimido para rechazar la posición que a la postre asumió la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina que acogió el recurso interpuesto y dio lugar a la adopción,[20] aun en tales circunstancias. Según sostiene el autor últimamente citado, para la Corte Suprema: "Los derechos del niño adoptado y del adoptante (causante) fueron ponderados sobre la estricta formalidad de la ley que exige

[18] Si bien se cita como precedente un caso, aún con matices distintos, en que iniciado el proceso y transcurrido en exceso el término de guarda que dispuso el artículo 316 del Código Civil se produce la muerte de la única persona que solicitó la adopción, lo cual a juicio del foro, no es óbice para admitir la adopción que en vida solicitó aquélla, pues no se encuentra dentro de los supuestos de prohibición que individualiza la ley. Cámara Nacional de Apelación en lo Civil (Argentina), sala F, 2 de julio de 1997, en *La Ley* (30-12-97), ref. por MEDINA, cit. (n. 16), p. 180.

[19] CAO, Christian A., "Constitucionalidad y convencionalidad en el instituto de adopción (*post mortem*). Formalidad de la ley, voluntad del adoptante e interés superior del niño", *Revista de Derecho de Familia*, (Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia), 2013, II, p. 35; en Abeledo Perrot, Nº AP/DOC/240/2013, p. 1.
Se trataba de una filiación por adopción unipersonal y *post mortem*, a pedido de la defensora oficial, quien esgrime como fundamento la guarda legalmente concedida y cumplida en la familia por el niño, su madre, sus tías y sus primos maternos, con carácter preadoptivo. Concretada la sentencia de adopción plena, luego del fallecimiento de su madre, abierta la sucesión, el hijo adoptivo es declarado heredero *ab intestato*. En el caso, además, una de las tías materna es instituida heredera por testamento ológrafo de la madre fallecida y otra de sus hermanas es designada tutora del niño; "de su hijo", en expresión de la guardadora fallecida. Los abuelos, al quedar desplazados en la línea sucesoria, demandaron la nulidad de la adopción declarad, luego del fallecimiento de la madre guardadora durante dos años y medio. En la obra de ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina Elisa, "Adopción post mortem", *Doctrina Judicial (Argentina)*, 19 de diciembre de 2012, Nº 11, p. 1.

[20] La Corte Suprema de Justicia de la Nación reafirmó criterio de la instancia originaria, así como el de la Cámara de Entre Ríos, desvirtuados en cambio por el Supremo Tribunal de esa provincia. En queja, el caso llega entonces ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Artículo: Adopción y sucesión por causa de muerte ante el derecho civil cubano y comparado latinoamericano
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Leonardo Pérez Gallardo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

la 'sentencia judicial a instancia del adoptante' y la consecuente posición hereditaria de los progenitores del causante".[21] En alabo también del fallo, y en crítica de una interpretación literal y dogmática del artículo 324 del Código Civil argentino, también se ha dejado dicho que conforme con el artículo 21 de la Convención internacional de los derechos del niño que dispone: "*...los Estados partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán que el interés superior del niño sea la consideración primordial...*". "No cabe duda, en este caso que ese bien superior consiste en confirmar al niño en su estado de familia, forjador de su vida e identidad desde su más tierna infancia, no cometiendo el dislate de negarle la realidad y entidad del vínculo vivido infringiéndole nuevamente un daño inconmensurable y una nueva afrenta a su dignidad personal".[22]

"Afirmar lo contrario, hubiera implicado una errónea interpretación por literal, angosta, del artículo 324, Código Civil (…), interpretación meramente atenida a los intereses mezquinamente motivados de los abuelos, quienes pretenden atropellar la justicia del caso concreto respecto del niño en guarda preadoptiva cumplida y el respeto por la memoria, la voluntad expresa y la vida de su hija fallecida".[23]

No obstante, en la propia doctrina argentina Basset, al contrastar el caso sometido a conocimiento de la Corte Suprema de la Nación, al supuesto normativo previsto *ex* artículo 324 del Código Civil, destaca que en este último se "cumple con los fines propios de la adopción, ya que uno de los dos progenitores adoptantes está vivo. Si bien el niño se emplaza simultáneamente con su orfandad respecto de uno de los progenitores, subsiste el otro. No obstante, dada la retroactividad de la sentencia de la adopción, los efectos se extienden al comienzo de la guarda, por lo cual el adoptado no es hijo de padre muerto, sino huérfano de un padre que lo crió en vida",[24] en cambio "en la adopción unilateral, muerto el sujeto adoptante, se declara la adopción del niño y no hay progenitor adoptante vivo. Los efectos siguen siendo retroactivos al otorgamiento de la guarda (Art. 322 C.C.) y en este caso el niño tenía una historia de vivencia parento-filial que se ve confirmada por la sentencia".[25]

[21] Cao, cit. (n. 19), p. 3.

[22] Arias de Ronchietto, cit. (n. 19), p. 1.

[23] Ídem.

[24] Basset, Úrsula C., "La filiación después de la muerte. Un caso de adopción", *Derecho de familia y de las personas*, 2013, V, Nº 1 (ene-feb), p. 41 ss.

[25] Ídem.

Artículo: Adopción y sucesión por causa de muerte ante el derecho civil cubano y comparado latinoamericano
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Leonardo Pérez Gallardo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Juega un rol esencial la llamada "voluntad procreacional", que la autora relaciona en la adopción *post mortem* con la concesión de la guarda preadoptiva, como aconteció en el caso sometido a decisión judicial: "El otorgamiento de la guarda preadoptiva otorga la nota de escrutinio de idoneidad del pretenso adoptante y hace presuponer la posesión de estado previa"; "la Corte Suprema de Justicia de la Nación resuelve que es válida la adopción que continúa la guarda preadoptiva con una posesión de estado de dos años y medio, y que se continúa en una tutela otorgada al entorno familiar del niño adoptado".[26]

Con un criterio disidente del fallo, motivado en gran medida por las consecuencias de aprobar una adopción cuyo adoptante no inició el ejercicio de la acción correspondiente en vida y que ni siquiera existe al momento de dictarse el fallo judicial, de modo que pueda cumplir el cometido al que emplaza la figura de la adopción respecto del menor de edad, se pronuncia Tagliani. Quizás con una posición demasiado formalista, expresa que en el caso "no se dan los mínimos requisitos exigidos por la Legislación, precisamente por haber dejado de existir una de las partes primordiales en el instituto de la adopción (…)",[27] y en consecuencia y a juicio del autor, – ahora en un criterio nada dogmático, que nos pudiera poner a pensar –, "Se habría protegido convenientemente los derechos del niño otorgando la guarda a la familia con la que compartió la crianza, a quienes no existe normativa alguna que les impida solicitar la adopción, sin por ello desplazar a los legítimos herederos o arribar a la solución de desjerarquizar el instituto transformándolo en una cesión de patrimonio y apellido que en definitiva vuelve a dejar al niño en estado de orfandad".[28] Remata el autor sus ideas conclusivas al explayarse en el sentido de que podrá el patrimonio de la causante satisfacer las necesidades económicas del menor "pero no es esa la finalidad última del instituto de la adopción".[29] Y en ello, lleva la razón, con lo cual no deslegitimo en lo más mínimo la justeza y novedad del fallo judicial, que lleva ínsito un sentido de justicia y solidaridad familiar.

De todos modos, el tema tiene muchas aristas y resulta muy difícil encapsularlo para ofrecer una opinión aséptica de sus consecuencias. Defensores y detractores de la adopción *post mortem* tendrán argumentos de

[26] Basset, cit. (n. 24), p. 3.

[27] Tagliani, Sergio J. L., "El fin de la finalidad de la adopción", *Doctrina Judicial (Argentina)*, 19 de diciembre de 2012, Nº 11, p. 3.

[28] Ídem.

[29] Tagliani, cit. (n. 27).

Artículo: Adopción y sucesión por causa de muerte ante el derecho civil cubano y comparado latinoamericano
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Leonardo Pérez Gallardo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

diversa naturaleza para su salvaguardia o combate. Así, la profesora venezolana Domínguez Guillén, en el contexto del Derecho familiar de su país aboga por "(…) admitir de *lege ferenda* la posibilidad de adopción *post mortem* de parte del adoptante sobreviviente, e inclusive extenderla excepcionalmente –si tiene lugar en interés del menor– a la adopción individual o al caso de fallecimiento de ambos cónyuges adoptantes, porque simplemente pudiera ser favorable desde el punto de vista del interés superior del niño o adolescente (sucesorio, consolidación de un estado, continuación de la tutela en familiares adoptivos, etc.) y ello no es óbice para que según las circunstancias, el menor pueda ser sometido a cualquier medida de protección posterior (tutela, colocación, adopción)".[30] Por su parte, para el profesor Fanzolato en la doctrina argentina, aun en el supuesto de una adopción monoparental, eso sí, ya promovida la adopción, si durante su tramitación fallece el único solicitante, no resultaría descabellado, en determinados casos concretos, dada la realidad familiar del guardador, acceder a la adopción póstuma, si así lo aconseja el interés superior del menor. Al comentar el artículo 324 del Código Civil de su país al que ya he hecho referencia, el doctor y profesor cordobés expresa: "Así como puede fallecer el padre durante la gestación de un hijo, el deceso de quien pretende adoptar puede acaecer mientras se está 'gestando' procesalmente la adopción".[31] Al tener la sentencia que constituye la adopción efectos retroactivos en el Derecho argentino, este hijo adoptivo póstumo podrá heredar *ab intestato* al adoptante que falleció antes de la sentencia de adopción, pero ello a juicio del autor, es puramente facultativo del juez que atenderá en primer orden lo que resulte beneficioso para el interés superior del menor.[32]

5. EL ÉXITO DE LA IMPUGNACIÓN DE LA ADOPCIÓN ACORDADA JUDICIALMENTE, Y EL DESTINO DE LAS HERENCIAS CAUSADAS POR PARIENTES ADOPTIVOS A FAVOR DE QUIEN FUE ADOPTADO

El procedimiento regulado en materia de adopción, diseminado entre nuestra Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, que regula el pórtico de los actos de jurisdicción voluntaria, donde en principio se sitúa la tramitación del expediente de adopción (artículos del 578 al 585) y el Código de Familia (artículos del 105 al 110), aun la naturaleza, en

[30] Domínguez Guillén, cit. (n. 13), p. 212.
[31] Fanzolato, Eduardo Ignacio, *La filiación adoptiva*, Advocatus, Córdoba, Argentina, 1998, p. 55.
[32] Ídem, p. 54.

Artículo: Adopción y sucesión por causa de muerte ante el derecho civil cubano y comparado latinoamericano
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Leonardo Pérez Gallardo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

esencia sustantivas de sus normas, prevé la posibilidad de impugnación de la resolución judicial que en su día dicte el tribunal competente, por la cual se autoriza la adopción solicitada. Sin negar su *ratio* excepcional, el legislador no ha dejado de preverla como puerta de escape que pudieran tener ciertos parientes consanguíneos en determinadas circunstancias. De ahí la fórmula del artículo 110 del Código de Familia, a cuyo saber: "*Sólo podrá impugnarse la adopción acordada judicialmente por las personas relacionadas en el artículo 108, dentro de un plazo de seis meses y siempre que justifiquen la causa que les impidió oponerse en el expediente*".

De la intelección del precepto, la acción de impugnación solo puede ser ejercitada:

a) Por los padres del menor que conserven la patria potestad sobre éste;

b) Por los abuelos, y a falta de éstos, por los tíos y por los hermanos mayores de edad cuando tengan a su abrigo al menor y siempre que justifiquen esta circunstancia, así como el parentesco, ello en el caso de que los padres del menor hayan fallecido o hayan sido privados de la patria potestad (recordemos que la norma no distingue entre titularidad y ejercicio);

c) Por quien ejerza la función de tutor del menor, debiendo acreditarse el ejercicio del cargo con certificación expedida por el registro de la tutela;

d) Por el director del hogar de menores o del círculo infantil mixto, donde estuviera acogido el menor adoptado, en el supuesto de menor que esté sujeto a patria potestad, haya sido abandonado o se encuentre en estado de abandono y que por esta razón haya sido acogido en hogares de menores o círculos infantiles mixtos.

Para el ejercicio de dicha acción se dispone de un plazo de caducidad de seis meses,[33] computado éste, a mi juicio, desde la firmeza de la resolución judicial por la que se accedió a la autorización de la adopción,[34] para lo cual el legislador deja abierta una brecha demasiado amplia, de justificar el impugnante la causa que le impidió oponerse durante la sustanciación del expediente de adopción y que hubiera conllevado a que la adopción terminara sustanciándose en vía del proceso ordinario y no del de jurisdicción voluntaria (*vid.* artículo 109

[33] Que es de caducidad coincide la doctrina cubana que ha estudiado el tema, véase, *per omnia*, VARONA DUQUE DE ESTRADA, Francisco, "Comentarios al Código de Familia", *Revista Cubana de Derecho*, 1982, XI, Nº 19, p. 61.

[34] Interpretar de otra manera el *die a quo* o momento a partir del cual se computa el plazo de caducidad pudiera hacer interminable dicho plazo, en desmedro de los derechos del menor que pudiera verse reconducido a su origen (familia consanguínea de la cual procede u hogares de menores) pasado un prolongado período de tiempo.

Artículo: Adopción y sucesión por causa de muerte ante el derecho civil cubano y comparado latinoamericano
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Leonardo Pérez Gallardo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

del Código de Familia).[35]

Si durante el plazo concedido *ex lege*, se promueve impugnación de la adopción acordada, y ésta es admitida, sustanciada y tiene éxito, se dictará sentencia por la que, o bien se revoque o se anule (según proceda) la resolución judicial precedente y con ello la adopción aprobada con todos los efectos jurídicos que en Derecho ello provoca, entre los cuales cabe citar que el menor perderá los vínculos con la familia adoptiva y se reintegrará, o bien a su familia consanguínea, o al entorno del cual procedía (*v.gr.*, el hogar de menores o el circulo infantil mixto en el cual estaba acogido). Al revocarse o anularse la resolución judicial que aprobaba la adopción, recobra los derechos sucesorios con su familia consanguínea y los pierde respecto de la familia adoptiva (en el presupuesto de que nuestro Código de Familia regula una adopción plena).

A pesar de que el plazo concedido por la ley para la impugnación es breve, tómese en cuenta que dicho plazo se establece para ejercitar la acción, no para el éxito de la demanda establecida. La acción de impugnación se ha de ejercitar antes de que transcurran los seis meses, pero la sentencia no tiene por qué dictarse en ese plazo, y el proceso de impugnación tiene más de una instancia, más la casación, lo que permite considerar que toda su sustanciación pudiera dilatarse más de un año, como mínimo. Visto así, cabe la posibilidad –al menos hipotética–, de que durante ese *lapsus* el hijo adoptado pueda heredar a alguno de sus parientes por adopción, que a los efectos del Código de Familia, se sitúan como si fueran parientes consanguíneos. Es dable en este orden intentar dilucidar qué naturaleza tiene la acción impugnatoria, o sea si con ella estamos o no frente a una posible nulidad de la resolución judicial que dispuso en su momento la autorización de la adopción, a partir del quebrantamiento o no de los requisitos esenciales de la adopción.

En tal sentido cabría manejar dos alternativas:

- *Primera*, si la sentencia que declara haber lugar a la impugnación de la adopción acordada judicialmente tuviere naturaleza anulatoria, se ha de entender que la adopción nunca tuvo lugar (de ahí que la nulidad tendría efectos *ex tunc*, con lo que se evitan continuas determinaciones filiatorias sobre un mismo menor[36]) y en consecuencia, se entiende que el menor nunca perteneció a la familia adoptiva, de la cual ningún derecho deriva. *Ergo*, tratándose de

[35] Aunque no obstante, pudo haber terminado así, si durante la sustanciación del expediente de jurisdicción voluntaria hubo oposición de otro de los legitimados, sin resultado exitoso.

[36] De lo contrario existiría una determinación biológica de la filiación, una adoptiva, y de nuevo se revertiría a la primera determinación biológica.

Artículo: Adopción y sucesión por causa de muerte ante el derecho civil cubano y comparado latinoamericano
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Leonardo Pérez Gallardo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

herencias deferidas y adjudicadas sobre la base de una filiación adoptiva que genera iguales efectos sucesorios que los consanguíneos (*vid.* artículo 99 del Código de Familia), y al desaparecer la causa filiatoria que justificaba la delación hereditaria, competería el ejercicio por los verdaderos herederos de la *actio petitio hereditatis* (en tanto el adoptado ha actuado como un heredero putativo de buena fe) y en ausencia de ésta, como acontece en nuestro ordenamiento jurídico, de una acción restitutoria de los bienes y derechos adjudicados o del valor de lo obtenido en razón de su enajenación onerosa (principio de subrogación real), si ésta hubiere sido consumada. Respecto de las herencias deferidas y no adjudicadas, al desaparecer *ab initio* la fuente de la delación legal *ab intestato* a favor del pariente adoptivo (con idénticos derechos que un pariente consanguíneo), entendiéndose que nunca fue adoptado, la delación hereditaria se concretará en el resto de los coherederos con vocación y delación hereditarias, situados en el mismo orden o llamado sucesorio, o a favor de los que le correspondería en defecto de aquel, de ser el único. En la doctrina argentina el profesor Fanzolato quien ha hecho un estudio pausado de la filiación adoptiva en su ordenamiento jurídico, incluye entre las causales de extinción de la adopción, los supuestos de nulidad absoluta y relativa del acto jurídico, reconocidos por el Código Civil argentino. Y en tal sentido ha dicho que "La sentencia de nulidad de una adopción implica declarar que el vínculo adoptivo no se ha formado válidamente. Al ser declarativa, en principio tiene efecto retroactivo. Deben restablecerse las cosas, y el emplazamiento familiar de las personas involucradas, hasta el estado jurídico que tenían hasta el momento en que el acto constitutivo anulado hubiera comenzado a producir sus efectos. Esto significa que la nulidad retrotrae su fuerza invalidante a la fecha del otorgamiento de la guarda, o de la promoción de la acción (art. 322 del C. C.)". "En otras palabras: se procederá como si la adopción nunca se hubiere constituido, por ende, las relaciones personales o patrimoniales cumplidas, quedarán legalmente *'borradas'*, al desaparecer el sustento jurídico del cual emergen".[37] Por tal motivo, el propio profesor propone la conveniencia de instituir un régimen legal de adopción putativo, al solo efecto, eso sí, de aplicarse a los supuestos de nulidad del acto jurídico familiar de adopción, por carencia de algunos de los requisitos esenciales que no se tuvieron en cuenta al momento de constituirse (lo cual no tiene por qué coincidir con las causas de impugnación de la adopción a que hace referencia nuestro artículo 110 del Código de Familia), favorable a aquel de los padres adoptivos que ha actuado de buena fe y siempre a favor del menor que se

[37] FANZOLATO, cit. (n. 31), p. 163.

Artículo: Adopción y sucesión por causa de muerte ante el derecho civil cubano y comparado latinoamericano
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Leonardo Pérez Gallardo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

presume que también ha actuado de buena fe. Su consecuencia más importante, a criterio del profesor cordobés, es "que la sentencia que anula el régimen paterno-filial adoptivo no invalidará los efectos ya producidos y cumplidos a favor de quien, en la época de su constitución, obró de buena fe", o sea, sus efectos serían *ex nunc*, respecto de los que actuaron de buena fe, de este modo se acercarían los efectos de la nulidad a los de la revocación, que afecta de cara al futuro, respetando los derechos adquiridos y los efectos producidos.[38]

En tal sentido también se propone que si la adopción se hubiere declarado nula después de la muerte de uno de los adoptantes, se han de respetar los derechos sucesorios adquiridos por el hijo adoptado, precisamente a partir de este régimen putativo de la adopción a favor de quien obró de buena fe al momento de constituirse la adopción, lo que no operaría de no aplicarse éste, pues la nulidad retroactiva declarada judicialmente, invalidaría la adopción y en consecuencia quedarían sin sustento los derechos sucesorios adquiridos e incluso las ulteriores transmisiones derivadas, salvo los derechos de los terceros adquirentes de buena fe, a título oneroso.[39]

- *Segunda*, que es la que tiene más predicamento en la doctrina,[40] si la sentencia que ha lugar a la impugnación de la adopción que judicialmente había sido autorizada, se limita a revocar dicha resolución judicial, con efectos meramente *ex nunc*, la adopción autorizada se entiende como válida desde la firmeza de la resolución judicial que aprobó la adopción, hasta el momento en que adquiere firmeza la resolución judicial que declaró haber lugar a dicha impugnación. Tal consideración supone que el menor perteneció a esa familia adoptiva y pudo haber adquirido derechos sucesorios durante ese interregno, los cuales cabría que los haya incorporado ya en su patrimonio a través de la correspondiente escritura de adjudicación, representado por quienes eran en ese momento su padre y su madre adoptivos e incluso cabe también la posibilidad de que sea aún, llamado a una herencia *ab intestato*, causada por uno de sus parientes, en razón de la adopción, deferida pero no adjudicada. Si fuera así, y ya hubiera recaído la resolución judicial por la que se declara

[38] FANZOLATO, cit. (n. 31), pp. 163-165.

[39] Ídem, p. 166.

[40] Entre los autores españoles, el profesor ALBALADEJO al estudiar los modos de extinción de la adopción, donde ubica éste, le atribuye efectos *ex nunc* a la resolución judicial (aunque no lo diga expresamente), o sea, los efectos que la adopción había generado entre el adoptado y la familia adoptiva, cesan, pero "se conservan los derechos adquiridos o situaciones producidas como consecuencia de pactos realizados o hecho acaecidos bajo el amparo del *status* de adopción, como si el adoptado heredó al adoptante, o que la ley conceptúe como consecuencias *definitivas* (…) de la adopción". ALBALADEJO, Manuel, *Curso de Derecho Civil*, Tomo IV – *Derecho de Familia*, Edisofer, Madrid, 2005, 10ª edición, p. 276.

Artículo: Adopción y sucesión por causa de muerte ante el derecho civil cubano y comparado latinoamericano
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Leonardo Pérez Gallardo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

haber lugar a la impugnación de la adopción, tendría derecho a adjudicarse esa herencia, dado que al momento en que se abrió la sucesión y que se hace coincidir con la muerte del causante era pariente de éste, y habría que atenerse a tal momento para determinar si justo en ese preciso instante tenía o no la cualidad de heredero, con independencia del ulterior cambio de circunstancias que hubiere operado, similar a lo que acontece con el cónyuge *supérstite*, que a la muerte de su cónyuge se convierte en viudo o viuda, pero no tiene por qué mantener tal estado conyugal al momento de la adjudicación de la herencia.[41] Coincidentemente durante ese período se entiende que el adoptado ha perdido todo vínculo jurídico filiatorio con la familia consanguínea, de modo que si durante él ha fallecido alguno de sus parientes más propincuos, habría perdido la posibilidad de heredarle por sucesión *ab intestato* pues al momento del deceso de aquel ya no pertenecía a dicha familia, con independencia de que después del éxito de la acción impugnatoria de la adopción, vuelva a pertenecer a dicha familia consanguínea.

6. ADOPCIÓN Y LEGÍTIMA

Si se sigue el hilo conductor de las ideas que vengo exponiendo, no quepa duda alguna que si la adopción en Cuba de *lege lata* sólo procede sobre menores de 16 años de edad, el hijo adoptivo tendrá derecho según el tenor de los artículos 99 y 116 *in fine* del Código de Familia a ser considerado especialmente protegido, siempre que en él se reúnan los requisitos que a tal fin exige el artículo 493 del Código Civil. Legítima a la que tendrá derecho como cualquier otro hijo del adoptante o como cualquier otro nieto del padre o madre del o de los adoptantes, al ser nuestra adopción, tipo plena. Y de igual manera, cuando las circunstancias así lo exijan, como hijo o nieto tendrá en un futuro el deber de legítima frente a sus padres o demás ascendientes de la familia adoptiva en la que un día se integró y fue autorizado por disposición judicial. Por supuesto el requerimiento de parentesco se cumplirá según lo establecido en los ya citados artículos 99 y 116 *in fine* del Código de Familia y la dependencia económica, sólo podrá exigirse a partir del momento en que fue adoptado, no desde su nacimiento. De todos modos, para nuestro Código Civil es suficiente el cumplimiento de tal requisito a la muerte del causante de

[41] Las situaciones que se narran siempre se remontan a la sucesión *ab intestato* porque es la que se sustenta en el parentesco consanguíneo (incluido también el de adopción) y la que puede verse afectada por la impugnación de la adopción, no así en la sucesión testamentaria.

Artículo: Adopción y sucesión por causa de muerte ante el derecho civil cubano y comparado latinoamericano
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Leonardo Pérez Gallardo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

la sucesión, respecto de quien se reclaman derechos legitimarios, sin que se requiera un plazo determinado.

Un supuesto peculiar sí que resultaría el caso en que el menor de edad, sujeto de la adopción, tenga derechos a esa legítima asistencial reconocida en el artículo 492 del Código Civil en la sucesión, *v.gr.*, de sus padres consanguíneos, fallecidos, razón por la cual resulta procedente su adopción. Legítima a la que tiene derecho, pero aún no se ha adjudicado, o, en el peor de las casos, en la cual fue excluido, sin mención ni atribución alguna, constituyendo un típico supuesto de preterición, *ex* artículo 495.1 del Código Civil, frente a la cual emerge como efecto preliminar la acción de nulidad de la institución de heredero testamentario, previo reconocimiento por vía de resolución judicial de la sentencia de su cualidad de especialmente protegido.[42] Considero que en dichas circunstancias el menor de edad estaría perfectamente legitimado, o bien para adjudicarse los bienes que en pago de su legítima le corresponden como legitimario, respecto de los que hasta ese momento constituían su familia consanguínea, aunque ya haya recaído resolución judicial, aprobatoria de la autorización de la adopción, pues los requisitos de la especial protección han de tenerse en cuenta en el preciso instante del fallecimiento del causante,[43] y en ese lapso el fallecido(a) era su progenitor(a), o su abuelo(a) biológico(a), y él su hijo(a), o nieto(a), o igualmente, pudiera ejercitar las acciones de protección a la intangibilidad cuantitativa de la legítima, conculcada ésta por su preterición, pues derecho a la legítima tiene, incluso, aunque ya fuese adoptado, a tal punto que sus padres adoptivos estarían legitimados para representarles en el ejercicio de las acciones civiles correspondientes, y restablecer su protección sucesoria a través del reconocimiento de su condición de especialmente protegido respecto de sus ascendientes consanguíneos y la atribución de la legítima a la que tiene derecho.

[42] Sobre el tema en el contexto doctrinario cubano, véase, *per omnia*, ALFARO GUILLÉN, Yanet, "El régimen jurídico de la preterición en Cuba", Tesis de doctorado, dirigida por Leonardo Pérez Gallardo, tesis inédita, Universidad de La Habana, La Habana, 2012, en concreto, capítulos II y III.

[43] Tal y como he expuesto en otras tantas ocasiones. En fecha más reciente en PÉREZ GALLARDO, Leonardo, "Cumplimiento de los requisitos de la especial protección (legitimario asistencial) a la muerte del testador: La situación del estudiante universitario. Comentarios a la Sentencia Nº 218 de 31 de mayo de 2011, de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo", *Boletín de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos* (La Habana), 2011, Nº 41, pp. 5-17, y en PÉREZ GALLARDO, Leonardo, "En la búsqueda de un rostro para el boceto del legislador: La condición de 'heredero' especialmente protegido (legitimario asistencial) en la interpretación del Tribunal Supremo", *Revista de Derecho de Familia y de las personas* (Bs. Aires), 2013, V, Nº 5, pp. 137-164.

Artículo: Adopción y sucesión por causa de muerte ante el derecho civil cubano y comparado latinoamericano
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Leonardo Pérez Gallardo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

7. LA DESIGNACIÓN, VÍA TESTAMENTARIA, POR EL PROGENITOR BIOLÓGICO, DE QUIÉN O QUIÉNES DESEARÍA ADOPTARA(N) A SU HIJO

Aunque muy poco frecuente, nada obsta que cualquiera de los progenitores prevea en su testamento disposiciones de cautela o de protección de su menor hijo para el caso de su fallecimiento, dada su condición de padre o madre de dicho menor. En el Derecho comparado suele regularse la delación testamentaria de la tutela, pero no así disposiciones determinativas sobre la posible adopción del hijo en caso de fallecimiento de ambos progenitores. Por la propia naturaleza de las instituciones de guarda y protección de menores, de la que la adopción no forma parte, es mucho más común que se recurra a la tutela o a la curatela de parientes consanguíneos del menor, cuyos progenitores fallecen a edades tempranas. Empero, reitero, cabría la posibilidad de que los progenitores valoraran como mejor alternativa la adopción, como una vía de integración del menor a una nueva familia: la adoptiva. En tales circunstancias, para que la adopción prospere, a menos que el progenitor *supérstite* consienta la adopción, sería un presupuesto el fallecimiento de ambos progenitores, pues siendo así, el menor de edad estaría en plenas condiciones de adoptabilidad, al amparo del artículo 103.4 del Código de Familia, además de los restantes requerimientos, entre ellos, la edad del adoptado y las condiciones morales, de solvencia económica, y de edad del adoptante.

Se trataría en todo caso de una determinación o designación de o de los posibles adoptantes (en caso de matrimonio, conforme con el Derecho vigente), para lo cual además se requeriría de la anuencia de éstos, e incluso tenerse bien en cuenta lo dispuesto por el artículo 107 del Código de Familia, según el cual: "*Cuando el menor de cuya adopción se trate tenga siete o más años de edad, el tribunal podrá explorar su voluntad al respecto y resolver lo que proceda*", de modo que sensatamente, antes de promoverse la adopción, aun con la voluntad del progenitor fallecido, vertida en testamento, ha de tenerse muy en consideración la voluntad del menor, según el interés superior de éste. Cabe resaltar además que el testamento puede ser el vehículo formal para expresar esta voluntad, formando parte de su contenido atípico,[44] revocable en cualquier momento, según la propia naturaleza de esta designación testamentaria, pero nada obsta que ella forme parte de otro instrumento público *ad hoc*, cuyo

[44] Sobre el tema del contenido atípico del testamento, véase *per omnia*, como monografía clásica y más completa, GIAMPICCOLO, Giorgio, *Il contenuto atipico del testamento*, Giuffrè editore, Milano, 1954.

Artículo: Adopción y sucesión por causa de muerte ante el derecho civil cubano y comparado latinoamericano
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Leonardo Pérez Gallardo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

contenido quede agotado con tal declaración de voluntad. En uno y otro caso, el documento público notarial ofrecería la seguridad interna y externa que la actuación notarial suscita, y con ello del necesario asesoramiento técnico que corresponde, con un blindaje jurídico que solo la fe pública notarial puede dar.

La designación o determinación del o de los progenitores, no tendría fuerza vinculante para el tribunal competente, sería una prueba más a tomarse en cuenta en el proceso judicial, vertida en un documento público notarial (aunque también cabe hacerse en documento privado, *v.gr.,* en un testamento ológrafo, para lo cual se impondría primero el proceso de su adveración, conforme con los artículos 570 y siguientes de aplicación de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico), con cierto peso, si se dan todos los presupuestos para que el menor sea adoptado, pues en dicho documento queda expresada la voluntad del progenitor, a menos que se pruebe un cambio de circunstancias. Si ambos progenitores manifestaron sus voluntades, coincidentes con la o las personas propuestas como adoptantes, no habría más consecuencias. La situación se torna más polémica si no hay coincidencias de voluntades, y ambos progenitores fallecieron al unísono, pues habría que dilucidar quién o quiénes tendrían las condiciones idóneas para la adopción, si todos estuvieran dispuestos a adoptar y reunieran los requisitos establecidos por ley. Cuestión distinta resulta, si a la muerte de uno de los progenitores sobrevive el otro, pues en principio, no procedería la adopción, a menos que el *supérstite* consienta la adopción de su hijo a favor de la persona designada por su consorte fallecido. De lo contrario, nunca tendría lugar la adopción, cabiendo la posibilidad de que el menor sea adoptado tiempo después, tras el fallecimiento de su segundo progenitor biológico, quien además pudiera haber testado o dispuesto por documento público notarial su voluntad a tal fin, supuesto en el cual, a mi juicio, el tribunal pudiera orientarse más por la voluntad del último progenitor, fallecido de manera más reciente, y que en consecuencia expresa una voluntad más actualizada que la del otro progenitor, fallecido también, pero en fecha más remota. No obstante, esta última observación puede ser discutible también pues en el terreno de las hipótesis, cabe que la voluntad del último de los progenitores se haya vertido incluso primero que la del otro, aun así, su no revocación, pudiera entenderse como una línea continuativa, renovada en el tiempo, con la que dicho progenitor mantiene actualizada su voluntad respecto de la o las personas a las cuales propone como padres adoptivos de su hijo. A fin de cuentas, hasta su fallecimiento, él era el único que tenía titularidad y ejercicio de la patria potestad sobre su hijo.

Artículo: Adopción y sucesión por causa de muerte ante el derecho civil cubano y comparado latinoamericano
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Leonardo Pérez Gallardo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

BIBLIOGRAFÍA CITADA

I. FUENTES DOCTRINALES

ALBALADEJO, Manuel, *Curso de Derecho Civil*, Tomo IV – *Derecho de Familia*, Edisofer, Madrid, 2005, 10ª edición, 343 p.

ALFARO GUILLÉN, Yanet, "El régimen jurídico de la preterición en Cuba", Tesis de doctorado, dirigida por Leonardo Pérez Gallardo, tesis inédita, Universidad de La Habana, La Habana, 2012.

ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina Elisa, "Adopción post mortem", *Doctrina Judicial (Argentina),* 19 de diciembre de 2012, Nº 11.

BASSET, Úrsula C., "La filiación después de la muerte. Un caso de adopción", *Derecho de familia y de las personas*, 2013, V, Nº 1 (ene-feb), p. 41-54.

CAO, Christian A., "Constitucionalidad y convencionalidad en el instituto de adopción (*post mortem*). Formalidad de la ley, voluntad del adoptante e interés superior del niño", *Revista de Derecho de Familia*, (Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia), 2013, II, pp. 35-49; en Abeledo Perrot, Nº AP/DOC/240/2013.

CORRAL TALCIANI, Hernán, "El nuevo régimen jurídico de la adopción en Chile", *Revista Chilena de Derecho*, 2001, 28, Nº 1, pp. 9-46.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria, "Breve referencia a la filiación post mortem", *Revista de la Universidad Central de Venezuela*, 2009, 134, pp. 195-217.

FANZOLATO, Eduardo Ignacio, *La filiación adoptiva*, Advocatus, Córdoba, Argentina, 1998, 212 p.

GIAMPICCOLO, Giorgio, *Il contenuto atipico del testamento*, Giuffrè editore, Milano, 1954, 388 p.

GÓMEZ TRETO, Raúl, "La adopción de hijos y la protección a la niñez y la juventud", *Revista Jurídica Ministerio de Justicia* [Cuba], 1984, año II, 3, pp. 109 ss.

GONZÁLEZ MAGAÑA, Ignacio, "Derechos hereditarios del adoptado por adopción simple", *Revista de Derecho de familia y de las personas* (Bs. Aires), 2012, IV, Nº 4, pp. 93-95.

GUZMÁN ÁVALOS, Aníbal, *La filiación en los albores del siglo XXI*, Porrúa, México, 2005, 359 p.

IPARRAGUIRRE, Diego, "Adopción póstuma", *Revista de Derecho de Familia (Lexisnexis)*, 2007, I, p. 183; en Abeledo Perrot Nº AP/DOC/927/2012.

MEDINA, Graciela, "Comentarios al artículo 324", en Ferrer, Francisco

Artículo: Adopción y sucesión por causa de muerte ante el derecho civil cubano y comparado latinoamericano
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Leonardo Pérez Gallardo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

A.; Medina, Graciela; Méndez Costa, M. Josefa (Editores), *Código Civil comentado. Derecho de familia, Tomo II (artículos 264 a 494)*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2007, p. 180.

Moreno Mozo, Fernando, "Fundamentos de la sucesión del póstumo", Tesis de doctorado, dirección de Luis Humberto Clavería Gosálbez, Universidad de Sevilla, España, 2008, no publicada (versión en formato word).

Pérez Gallardo, Leonardo, "Cumplimiento de los requisitos de la especial protección (legitimario asistencial) a la muerte del testador: La situación del estudiante universitario. Comentarios a la Sentencia Nº 218 de 31 de mayo de 2011, de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo", *Boletín de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos* (La Habana), 2011, Nº 41, pp. 5-17.

Pérez Gallardo, Leonardo, "En la búsqueda de un rostro para el boceto del legislador: La condición de 'heredero' especialmente protegido (legitimario asistencial) en la interpretación del Tribunal Supremo", *Revista de Derecho de Familia y de las personas* (Bs. Aires), 2013, V, Nº 5, pp. 137-164.

Tagliani, Sergio J. L., "El fin de la finalidad de la adopción", *Doctrina Judicial (Argentina),* 19 de diciembre de 2012, Nº 11, p. 3 ss.

Varona Duque de Estrada, Francisco, "Comentarios al Código de Familia", *Revista Cubana de Derecho*, 1982, XI, Nº 19, pp. 34-65.

II. FUENTES LEGALES

- *Código de Familia (anotado y concordado),* 2ª edición, Divulgación, Ministerio de Justicia, La Habana, 1987.

- *Código Civil de la República de Argentina* de 25 de septiembre de 1869, con jurisprudencia de la CJSN, edición a cargo de Luis F. P. Leiva Fernández, La Ley, Buenos Aires, 2009.

- *Código Civil de la República de Chile* de 14 de diciembre de 1855, con citas de jurisprudencia, anotaciones y concordancias, actualizada al 15 de enero del 2009, a cargo de Javier Barrientos Grandón, Legal Publishing, Abeledo Perrot, Santiago de Chile, 2009.

- *Código Civil de la República de Cuba*, Ley Nº 59 de 16 de julio de 1987 (Anotado y concordado por Leonardo B. Pérez Gallardo) Ciencias Sociales, La Habana, 2011.

- *Código Civil del Reino de España* de 6 de octubre de 1888, 30ª edición, Tecnos, Madrid, 2011.

- *Código Civil de la República de Venezuela*, reformado en julio de 1982, Editorial PANAPO, 1986.

Artículo: Adopción y sucesión por causa de muerte ante el derecho civil cubano y comparado latinoamericano
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Leonardo Pérez Gallardo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

- *Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico*, Ley Nº 7/1977 de 19 de agosto, Editorial Pueblo y Educación, 1ª reimpresión, La Habana, 1983, modificada por el Decreto-Ley Nº 241/2006 de 26 de septiembre en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Extraordinaria, Nº 33, de 27 de septiembre de 2006.

- *Ley de las Notarías Estatales*, Ley Nº 50/1984 de 28 de diciembre, editada por el Ministerio de Justicia, mayo de 1986 y su *Reglamento* contenido en la Resolución Nº 70/1992 de 9 de junio del Ministro de Justicia.