

LA LEGITIMACIÓN ADOPTIVA

(Con especial remisión a las legislaciones francesa y uruguaya)

SUMARIO: I. *Antecedentes*. II. *Legislaciones francesa y uruguaya*: A. *Legislación francesa moderna*; B. *Legislación uruguaya*. III. *Denominación del instituto*. IV. *Naturaleza jurídica*. V. *Objeto*. VI. *Supuestos en que procede la legitimación adoptiva*: *Edad del legitimoadoptado*; *situación del legitimoadoptado*; A. *Menor abandonado*; *el abandono para la legislación francesa*; B. *Menor huérfano de padre y madre*; C. *Menor hijo de padres desconocidos*; D. *Hijo o hijos reconocidos por uno de los legitimantes*; E. *Pupilos del Estado*. VII. *Situación del legitimoadoptante*; A. *Estado civil de los legitimoadoptantes*; B. *Antigüedad del matrimonio*; C. *Edad de los legitimoadoptantes*; D. *Diferencia de edades entre adoptante y adoptado*. VIII. *Período de tenencia*. IX. *Descendencia biológica de los adoptantes*. X. *Parentesco con el adoptado*. XI. *Pluralidad de adopciones*. XII. *Adopción simple y legitimación adoptiva posterior*. XIII. *Conveniencia para el menor*. XIV. *Procedimiento*. XV. *Naturaleza de la sentencia que autoriza la legitimación adoptiva*. XVI. *Efectos de la legitimación adoptiva*. XVII. *El secreto*.

I. ANTECEDENTES

El derecho romano estableció la posibilidad de hacer ingresar a la familia a un miembro no vinculado por lazos de sangre, dándole el estatus jurídico de hijo legítimo. En el derecho romano arcaico, el vínculo familiar —dada su función política— no estaba determinado necesariamente por la sangre; el parentesco llamado *agnaticio* comprendía a todos los que estaban bajo la potestad de un *pater familias* y tenía su origen ya sea en el nacimiento, en la adopción, en la legitimación, en la adrogación, etcétera.

La *adrogatio* se ponía en práctica, al principio, por medio de una *lex comitialis* y, en la época imperial, por un *rescriptum principis*. La *adrogatio* permitía adquirir la condición de hijos legítimos a los ilegítimos, incluso a los adulterinos e incestuosos. En la etapa del derecho justiniano se introdujo la *legitimatio per rescriptum principis*, que tiene por antecedentes la *adoptio* y la *adrogatio*; la *legitimatio per rescriptum principis* era subsidiaria de la legitimación por subsiguiente matrimonio; por lo tanto, sólo se aplicaba al caso de hijos nacidos de concubinato, cuando no era procedente aquélla. Con el tiempo la institución evolucionó adoptando algunas modalidades del derecho ger-

mánico, adquiriendo multiplicidad de formas y efectos y aplicándose a variados supuestos de hecho. Llegó a incluir a los hijos adúlteros e incestuosos. La Iglesia recogió en su legislación al instituto. Los glosadores y posglosadores lo fundaron en la potestad *legibus solutus* del emperador, cuyas atribuciones no tenían límites. La *legitimatio* se recoge en el derecho estatutario. Más tarde, por influjo de la tendencia que buscaba reforzar los lazos de sangre, la *adoptio* desaparece del antiguo derecho, tanto en los países de derecho escrito como en los de derecho consuetudinario. La Revolución francesa trata de rescatar el instituto y la Asamblea Legislativa estudia un proyecto de ley al respecto. En la práctica, los ciudadanos adoptan niños, en espera de la ley prometida. Durante la redacción del Código Napoleón la adopción tuvo varios detractores; la corriente conservadora, preocupada por reafirmar los lazos de sangre y la cohesión de los patrimonios, desconfiaba del instituto, pero el primer cónsul lo defendió enérgicamente, en virtud de sus preocupaciones dinásticas. Por fin, conciliando intereses opuestos, se legisló, en los artículos 343 a 370 del Código, con la forma de un contrato entre adoptante y adoptado. Se le reglamentó en forma extremadamente rigurosa, temiéndose que desestimulara el interés de la gente por el matrimonio. No estaba permitido se adoptara a menores de edad (artículo 346 del Código civil); para éstos operaban los institutos jurídicos de la tutela oficiosa y la adopción testamentaria. En cuanto a sus efectos, creaba lazos sólo entre adoptante y adoptado, éste mantenía su lugar en la familia de origen y no surgía un parentesco por adopción; se heredaba solamente al adoptante, no a su familia. En suma, era un medio para legar a alguien nombre y fortuna; se transmitía un patrimonio, teniendo el adoptado la obligación de asegurar el afecto y de honrar la memoria de quien lo había dotado de fortuna.

Paralelamente a esta adopción —típico instituto de derecho civil— existía la llamada adopción pública, en leyes de la época revolucionaria y en algunas posteriores al Código civil, que instituyeron los “pupilos de la Nación”. Pero no se trataba en estos casos de una verdadera adopción, sino de formas de cuidar de la suerte de menores huérfanos de guerra o de hijos de personas fallecidas en actos al servicio del Estado.¹

II. LEGISLACIONES FRANCESA Y URUGUAYA

A. *Legislación francesa moderna*

La adopción, en la forma dada por el codificador, se aplicó muy

¹ Weill, Alex, *Droit Civil*, 3a. ed., Francia, Dalloz, 1972, p. 597.

escasamente en la práctica. Sus estrechos marcos, el criterio restrictivo con que fue creada, se vieron desbordados con las situaciones emergentes de las sucesivas posguerras, con su típica secuela de niños huérfanos—definitivamente desarraigados de su familia de origen— o de padres desconocidos. Por otro lado, el problema de los matrimonios sin descendencia biológica, que deseaban canalizar sus sentimientos paternales hacia un menor criado y educado por ellos, llevó al legislador a replantearse el problema de la adopción. Se dictaron numerosas leyes que fueron cambiando el espíritu del instituto, teniendo en cuenta el interés fundamental de los propios adoptados.

Por ley de 19 de junio de 1923, se permitió la adopción de menores de edad; asimismo, el adoptante adquiriría la patria potestad (correlato necesario del primer supuesto).

El Código de la familia (Decreto-ley del 29 de julio de 1939) amplió las condiciones de la adopción y aumentó sus efectos: le atribuyó al juez, en forma facultativa, la posibilidad de anular los lazos de parentesco del menor con su familia de origen. Estatuyó una forma de adopción, denominada *légitimación adoptiva*, por la cual el niño entraba casi por entero a la familia del adoptante. Para que los efectos fueran completos, los ascendientes debían prestar su aprobación mediante declaración expresa. Si así lo hacían, el adoptado adquiría con relación a ellos la calidad de heredero legitimario, y ambas partes se debían alimentar, dadas las hipótesis que los hiciesen exigibles. Si los ascendientes no otorgaban su aprobación por acto auténtico, igual se mantenían los demás efectos del parentesco: entraban recíprocamente en el orden de la sucesión intestada; los ascendientes estaban llamados a la tutela legal, etcétera. En cuanto a los tíos y primos, la adhesión podía ser tanto expresa como tácita: "...si han tratado al niño como hijo legítimo"; encontramos aquí una verdadera posesión notoria de estado civil respecto a parientes colaterales.²

La Ley del 8 de agosto de 1941 estableció que el menor "deja de pertenecer a su familia de origen", manteniéndose sólo los impedimentos matrimoniales. O sea que, a partir de esta ley, el parentesco biológico se rompe de pleno derecho y su disolución deja de ser una facultad judicial.³

Por medio de leyes y decretos posteriores, el instituto de la adopción se fue desarrollando y afianzando; se persiguieron dos objetivos principales: la ampliación de las hipótesis en que un menor pueda ser adoptado, para que el instituto fuese aplicable a un mayor número de ni-

² Código Civil, artículo 370, en el texto dado por el Decreto-ley del 29 de julio de 1939.

³ Código Civil, artículo 370, en el texto dado por la Ley del 8 de agosto de 1941.

ños, y, por otro lado, se trató de proporcionar a los padres adoptantes mayor certidumbre sobre la estabilidad de la situación. A través de la Ley de 8 de agosto de 1941, la Ordenanza de 23 de diciembre de 1958 y de las Leyes de 21 de diciembre de 1960 y 1º de marzo de 1963, se simplificaron las condiciones exigidas para la adopción, se tomaron medidas contra la oposición abusiva de los padres biológicos y se limitó el número de recursos procesales, en caso de juicio.

Las sucesivas reformas parciales de los textos legales crearon problemas de interpretación y coordinación de las normas, que adolecían de falta de unidad y, a menudo, resultaban confusas.

La Ley del 11 de julio de 1966 recogió y reformuló las disposiciones existentes. Cambió la denominación de "legitimación adoptiva" por la de "adopción plena". El principal objetivo perseguido por esta ley fue el de asimilar todo lo posible la situación del menor adoptado bajo su régimen, a la del hijo legítimo.

Paralelamente a la adopción plena, se mantuvo el instituto de la adopción simple; pero ésta fue perdiendo importancia en favor de la primera.

B. LEGISLACIÓN URUGUAYA

Uruguay fue el primer país americano que acogió la adopción con efectos plenos. El instituto se creó por Ley número 10.674, del 20 de noviembre de 1945. El texto se basó fundamentalmente en el proyecto presentado al Senado por el doctor Martín R. Echegoyen, el 3 de noviembre de 1941.

Posteriormente, varios países americanos legislaron sobre este tipo de adopción; por ejemplo, Brasil (2 de junio de 1965), Chile (20 de octubre de 1965), Argentina (21 de julio de 1971), Venezuela (20 de junio de 1972), Bolivia (23 de agosto de 1972), Colombia (10 de enero de 1975).⁴

La ley uruguaya se inspiró directamente en sus antecedentes franceses: el Decreto-ley de 29 de julio de 1939 y la Ley de 8 de agosto de 1941. Pero el legislador uruguayo introdujo modificaciones importantes, que más abajo analizaremos.

III. DENOMINACIÓN DEL INSTITUTO

1. Las distintas legislaciones y la doctrina proponen variadas denominaciones para el instituto, tales como "adopción plena" (leyes france-

⁴ Cestau, Saúl D., *Derecho de familia y familia*, Montevideo, Uruguay, Fundación de Cultura Universitaria, 1979, Vol. II, p. 195.

sa, argentina, venezolana, colombiana), "legitimación adoptiva", "adopción legitimaria", "adopción legitimante", "adopción privilegiada", "adopción especial" (ley italiana), "adopción total" (ley alemana), "arrogación de hijos" (ley boliviana), "familia civil", "familia legal", "familia especial", etcétera.

El legislador uruguayo prefirió la denominación de "legitimación adoptiva". Algunos autores sostienen que el término "legitimación" lleva a confundir con el instituto de la legitimación por subsiguiente matrimonio, y que solamente el que ha procreado un hijo puede legitimarlo. En lo personal preferimos la denominación de legitimación adoptiva a la de adopción plena, porque la primera supone que se trata de una nueva fuente de legitimidad, en tanto que la segunda pone el acento en el aspecto de adopción. El autor chileno Jara Miranda expresa que "tiene elementos tanto de la adopción simple como de la legitimación propiamente tal, pero que por sus características no se identifica exactamente con ninguna de ellas; tiene *individualidad* propia y es distinta en su naturaleza jurídica de las figuras ya citadas, y ha venido a constituir, no obstante, una *nueva* fuente de legitimidad".⁵ Sin embargo, para algunas legislaciones que permiten adoptar, según este instituto, a personas solteras —que no pueden, por tanto, conferir legitimidad— resulta preferible otro tipo de denominación, tal como "adopción plena", "adopción total", etcétera.

IV. NATURALEZA JURÍDICA

2. La creación del instituto, en las diversas legislaciones que lo han acogido, responde a concepciones tanto jurídicas como filosóficas, políticas o económicas. Se trata de una noción nueva y audaz, que busca un perfeccionamiento de la adopción simple, con efectos de mayor alcance.

Según Antonio D'Jesús:

La familia adoptiva es producto de un acto jurídico formalmente válido, . . . acto del cual deriva no una familia igual a la familia natural o biológica que tenía el adoptado, sino una familia nueva, distinta a la anterior en algunas características; similar pero no idéntica, por otras características. Esto la hace una nueva institución.⁶

Zannoni y Orguin le atribuyen naturaleza emplazatoria-desplazatoria, porque confiere al legitimado una filiación que sustituye a la de ori-

⁵ Citado por Saúl D. Cestau, *op. cit., supra*, nota 4, p. 197.

⁶ D'Jesús, Antonio, "Contribución al estudio de la adopción especial", *Anuario de la Facultad de Derecho, Mérida, Venezuela, Universidad de los Andes, Centro de Investigaciones Jurídicas*, 1979, No. 10.

gen:⁷ se desplaza al legitimado de su familia biológica y se le emplaza en la de adopción.

Es una nueva fuente de legitimidad, porque el legitimado adquiere la calidad jurídica de hijo legítimo, con todos los efectos que esta adjudicación conlleva, y se rompe totalmente el vínculo de sangre anterior, excepción hecha de los impedimentos matrimoniales. En la adopción simple el adoptado mantiene su estado civil en la familia de origen. En la adopción legitimaria esos vínculos se rompen, el adoptado no permanece como integrando dos familias, sino sólo una, la nueva.⁸ Es, en suma, un instituto jurídico constitutivo de estado civil.

V. OBJETO

3. Esta forma especial de adopción tiene diversos fines y efectos.

Asegura al niño abandonado o desamparado la inserción en una familia, proporcionándole un ambiente idóneo para su pleno desarrollo físico, intelectual y moral. Asimismo proporciona hijos a aquéllos a quienes la naturaleza se los ha negado, permitiéndoles canalizar sus sentimientos paternos, eliminando frustraciones y estados psíquicos negativos, contribuyendo a su realización social y personal. Algunos autores han dicho a este respecto, que permite vencer un infortunio, el de los niños abandonados, gracias a otro infortunio, el de los cónyuges sin hijos.

Aparte de esta finalidad esencial, la estructuración del instituto contribuyó a lograr objetivos complementarios, como son: el evitar el trauma de quienes se llegan a enterar, si es posible en edad adolescente, que no son realmente hijos biológicos de quienes suponían serlo; esto, mediante el secreto de que se rodea al procedimiento; y evitar asimismo la frecuente comisión del delito contra el estado civil de las personas, consistente en inscribir, sin más, como propio a un hijo ajeno.

VI. SUPUESTOS EN QUE PROCEDE LA LEGITIMACIÓN ADOPTIVA

4. En Uruguay, la Ley número 10.674, del 20 de noviembre de 1945, establece en su artículo primero (modificado por Ley número 14.759, del 5 de enero de 1978) cuáles son las condiciones que se necesitan para ser legitimante y para ser legitimado.

El inciso 1º del referido artículo indica qué sujetos son susceptibles de ser legitimados adoptivamente:

⁷ Saúl D. Cestau, *op. cit.*, *supra* nota 4.

⁸ Vaz Ferreira, Eduardo, "La adopción y la legitimación adoptiva en derecho comparado", *Legitimación adoptiva y adopción*, Montevideo, Uruguay, Fondo de Cultura Universitaria, 1981, p. 37.

Artículo 1º—Queda permitida la legitimación adoptiva en favor de menores abandonados, de huérfanos de padre y madre, de pupilos del Estado, de hijos de padres desconocidos o del hijo o hijos reconocidos por uno de los legitimantes.

No podrá efectuarse esta legitimación cuando el beneficiario fuere mayor de edad.

Edad del legitimoadoptado

5. La Ley número 10.674, en su redacción original, sólo permitía su aplicación a los menores de 18 años. Sin embargo, el artículo 8º estableció que durante un lapso de dos años no regiría esa exigencia respecto a los menores o mayores que en el momento de la publicación de la Ley reuniesen las demás condiciones requeridas para que procediese la legitimación adoptiva. Ese lapso de tolerancia, a efectos de regularizar situaciones creadas, se fue prorrogando por sucesivas leyes transitorias. La Ley número 14.759, modificativa de la número 10.674, marca el límite de la mayoría de edad (21 años en el Uruguay) para poder ser legitimado adoptivamente (artículo 1º, inciso 5º).

En la legislación francesa —fuente de la uruguayana— sólo se permite la adopción plena en favor de los menores de 15 años (artículo 345, inciso 1º). Anteriormente a la Ley de 1966, la edad máxima era de 7 años; la extensión actual del límite de edad tiene por objeto, obviamente, la ampliación de las posibilidades de adopción. Existen dos casos en que el límite de 15 años puede ser rebasado: a) Cuando el niño hubiere sido acogido en el seno de la familia antes de tener los 15 años, pero los padres adoptantes no cumplían en ese momento las condiciones legales requeridas para la adopción; b) Cuando el menor hubiese sido objeto de una adopción simple antes de haberse cumplido los 15 años. En estos dos casos, la demanda de adopción plena puede interponerse hasta la mayoría de edad. La ley exige que el joven mayor de 15 años dé su consentimiento expreso para ser adoptado.

Situación del legitimoadoptado

6. El artículo primero de la Ley número 10.674 (modificado por Ley número 14.759) establece cinco categorías de menores susceptibles de ser legitimados adoptivamente:

- a) Menores abandonados;
- b) Menores huérfanos de padre y madre;
- c) Menores hijos de padres desconocidos;
- d) Hijos reconocidos por uno de los legitimantes;
- e) Menores pupilos del Estado.

Las exigencias legales apuntan, ya sea a proveer por la situación integral del menor realmente desamparado, proporcionándole inserción familiar a la vez que un estatuto jurídico de hijo legítimo (hipótesis a, b, c, y e) ya sea a regularizar el estado civil del menor que, en los hechos, puede o no estar carenciado de protección familiar (hipótesis d).

Analizaremos cada situación siguiendo el orden establecido por la ley.

A. Menor abandonado

El artículo 285 del Código Civil uruguayo establece que:

Los padres podrán perder la patria potestad a instancia de parte, previa sentencia del juez competente...

7º Si se comprobare en forma irrefragable que durante tres años los padres han hecho abandono culpable de los deberes inherentes a su condición de tales y han dejado de prestar a sus hijos los cuidados y atenciones que les deben.

El Ministerio Público y el Juez competente apreciarán la prueba, atendida la situación de los padres y especialmente las condiciones del menor.

7. Debe entenderse que el término de tres años fue reducido a un año, en virtud de la redacción dada al artículo primero de la ley de legitimación adoptiva, por la Ley número 14.759: "Podrán solicitarla los cónyuges ... que lo hubieran tenido bajo su guarda o tenencia por un término no inferior a un año".

El texto primitivo de la Ley número 10.674, en cambio, decía: "... cuya situación de total abandono por parte de los padres alcance a más de tres años". O sea, coincidía con el plazo establecido por el artículo 285 del Código Civil. De la armonización del mismo con la Ley número 14.759, concluimos que se produjo la derogación tácita del citado artículo 285 (inciso 7º) en la parte relativa al plazo de tres años, siendo sustituido por el de un año. La interpretación contraria conduciría al absurdo jurídico de que los adoptantes que hubiesen tenido al menor "bajo su guarda o tenencia por un término no inferior a un año", "podrán solicitarla" (Ley número 14.759), pero no podrían obtener la legitimación adoptiva hasta pasados tres años, en que pudiese ser judicialmente declarada la pérdida de patria potestad. La solicitud implica el derecho a obtener el resultado querido por la ley.

Menor abandonado es, pues, aquél cuyos padres han dejado de prestarle los cuidados y atenciones propias de su condición de tales, por el término de un año.

El artículo segundo (inciso 4º) de la Ley número 10.674 dispone que

"la condición de menor abandonado se acreditará por sentencia ejecutoriada que declare la pérdida de la patria potestad".⁹

La juez de menores doctora Mabel Rivero de Archancet¹⁰ sostiene que de la debida armonización de los artículos 284 y 285 del Código Civil¹¹

⁹ El artículo 10 de la Ley número 10.674 dispone que "En los juicios a que se refiere el art. 285, inciso 7º del Código Civil, tiene acción el guardador del niño, siempre que la promueva con el fin de legitimarlo".

¹⁰ Vaz Ferreira, Eduardo y Mabel Rivero de Archancet, *Legitimación adoptiva y adopción*, Montevideo, Uruguay, F.C.U., 1981.

¹¹ Artículo 284. Los padres perderán, de pleno derecho y sin que sea necesario declaración expresa al respecto, la patria potestad sobre sus hijos en los casos siguientes:

1º Si fueren condenados por el delito previsto en el artículo 297 inciso 3º del Código Penal.

2º Si fueren condenados a pena de penitenciaría como autores o cómplices de un delito contra la persona de uno o varios de sus hijos.

3º Si fueren condenados dos veces con pena de prisión, como autores o cómplices de un delito cometido contra la persona de uno o varios de sus hijos.

La pérdida de la patria potestad comprende la de todos los derechos a ella inherentes, pero no la de las obligaciones establecidas en los artículos 118 y 279 de este Código.

Tampoco afecta a las relaciones jurídicas emanadas del derecho sucesorio.

El Actuario del Juez que hubiere conocido en primera instancia comunicará de oficio y dentro del término de cinco días al Consejo de Protección de Menores y al Ministerio Público las sentencias ejecutoriadas a que se refiere este artículo, bajo pena de multa hasta de cincuenta pesos.

Artículo 285. Los padres podrán perder la patria potestad a instancia de parte, previa sentencia del Juez competente, en los casos siguientes:

1º Si fueren condenados a penitenciaría como autores o cómplices de un delito común.

2º Si por dos veces fueren condenados por sustitución, ocultación, atribución de falsa filiación o paternidad, exposición o abandono de niños; por vagancia o en el caso de mendicidad establecido por el artículo 347, sin perjuicio de lo dispuesto en el número anterior.

3º Si fueren condenados por cualquiera de los delitos previstos por el artículo 297, incisos 1º, 2º y 4º, y artículo 298 del Código Penal.

4º Si fueren condenados por dos veces a pena de prisión como autores o cómplices de delitos a que hubieren concurrido con sus hijos.

5º Los que fuera de los casos expresados en este artículo y el anterior excitaren o favorecieren, en cualquier forma, la corrupción de menores.

6º Si por sus costumbres depravadas o escandalosas, ebriedad habitual, malos tratamientos o abandono de sus deberes, pudiesen comprometer la salud, la seguridad o la moralidad de sus hijos, aun cuando esos hechos no cayeren bajo la ley penal.

7º Si se comprobare en forma irrefragable que durante tres años los padres han hecho abandono culpable de los deberes inherentes a su condición de tales y han dejado de prestar a sus hijos los cuidados y atenciones que les deben.

El Ministerio Público y el Juez competente apreciarán la prueba, atendida de la situación de los padres y especialmente las conveniencias del menor.

El Juez, sólo por causas excepcionales, acreditadas en forma, podrá conceder a los padres la readquisición de los derechos de que hubieran sido privados por la causal expresada en el presente inciso 7º.

Es aplicable a los casos de este artículo, lo dispuesto en cuanto a los derechos y obligaciones de los padres y demás, en la última parte del artículo anterior.

con la Ley número 10.647 se desprende que el concepto de “abandono” no puede limitarse al contemplado por el inciso 7º del artículo 285 del Código (abandono culpable por parte de los padres de los deberes inherentes a su calidad de tales); que “el legislador ha pretendido beneficiar con la legitimación adoptiva ante todo al menor huérfano y al abandonado, pero es necesario precisar ante todo el concepto de abandono”.

Considera esta autora que la gravedad de las demás situaciones previstas en los artículos 284-285 del Código Civil también configuran casos de abandono, y que se dan situaciones más graves que las del inciso 7º; por ejemplo, aquélla en que los progenitores fueran condenados por dos veces a pena de prisión como autores o cómplices de delitos a que hubieren concurrido con la persona de sus hijos,¹² o si fueren condenados dos veces con pena de prisión, como autores o cómplices de un delito cometido contra la persona de uno o varios de sus hijos.¹³ “De no aceptarse que tales situaciones configuran casos de abandono, no tendría lugar la legitimación adoptiva por terceros de un hijo contra el cual su padre hubiera cometido un delito sancionado penalmente”.¹⁴

Por nuestra parte, estimamos opinable esta posición de la distinguida magistrada, ya que las hipótesis previstas por el artículo 284 del Código Civil, dada su gravedad, configuran casos de pérdida de patria potestad de pleno derecho, sin que sea necesaria declaración expresa al respecto. Llegado el caso de que ambos progenitores incurriesen en estas causales de pérdida *ipso jure* de la patria potestad, puede entenderse que su hijo pasa a ser “huérfano”, en el sentido que a esta expresión atribuye Saúl D. Cestau¹⁵ de “menor de edad no sometido a patria potestad alguna”, y éste quedaría así comprendido en el artículo primero de la Ley número 10.674.

De cualquier forma, se hace indispensable acreditar los otros extremos exigidos por la ley: guarda o tenencia no inferior a un año (artículo 1º, inciso 2º, Ley número 10.674), justos motivos y conveniencia para el menor (artículo 2º, inciso 2º).¹⁶

En cuanto a las otras hipótesis (excluido el inciso 7º del artículo 285 del Código Civil) creemos que debe privar un criterio restrictivo, en cuanto a la legitimación adoptiva como paso posterior a la pérdida —a instancia de parte en este caso— de la patria potestad. No es lo mismo

¹² Artículo 285, inciso 4º, Código Civil.

¹³ Artículo 284, inciso 3º, Código Civil.

¹⁴ Rivero de Arhancet, Mabel, *op. cit.*, *supra*, nota 10, p. 19.

¹⁵ *Op. cit.*, *supra*, nota 4, p. 205.

¹⁶ Algunos magistrados han considerado como causa de pérdida de patria potestad y configurativa de abandono, el hecho de que los padres consintieran la adopción simple. Asimismo configuraría abandono la pérdida de patria potestad de pleno derecho, según el artículo 284 del Código Civil (*La Justicia Uruguaya*, caso 5188).

para la relación paterno-filial el caso previsto por el inciso primero del referido artículo, "Si fueran (los padres) condenados a penitenciaría como autores o cómplices de un delito común", que el caso, verbigracia, del inciso 5º, "Los que . . . excitaren o favorecieren, en cualquier forma, la corrupción de menores". Puede perfectamente darse el caso de padres condenados por delitos comunes tales como estafa, homicidio culposo, falsificación ideológica, etcétera, pero que se empeñan en socorrer afectiva y económicamente a sus hijos, dentro de las relativas posibilidades que la prisión les permita, y aun cuando los menores se encuentren temporariamente al cuidado de terceros, ya sean éstos familiares o no.

Pensamos que, dada esta situación, se hará necesario probar también el abandono *culpable* de los deberes que impone la paternidad.

El abandono, en cada caso, debe ser apreciado por el magistrado, de acuerdo con los principios de la sana crítica y dentro de un prudente arbitrio judicial. Es un concepto imposible de ser aprehendido en los marcos de una estricta definición legal. Se constituye generalmente por actitudes negativas: omisiones, falta de asistencia espiritual, material y moral, negligencias.¹⁷

La juez de menores, doctora Sara Brocqua, sostuvo en una sentencia que "la simple visita que tal vez satisface una mera aspiración del progenitor, no impide que el abandono se configure ya que se omite el cumplimiento de los deberes más elementales derivados de la paternidad: ayuda económica, espiritual y formativa del hijo". (*La Justicia Uruguaya*, caso 6968).¹⁸

Parte de la doctrina entiende que no es necesario probar el abandono si el menor no se halla sometido a patria potestad; se funda en el artículo 2º, inciso 4º, de la Ley número 10.674 (modificada por Ley número 14.759), que vincula la condición de menor abandonado a la declaración de pérdida de patria potestad por sentencia ejecutoriada.

Entendemos acertada la posición contraria: en todos los casos debe probarse el *abandono culpable*, y se decretará la pérdida de patria potestad fundada en esa causal, si tal patria potestad existe.¹⁹ Un menor, hijo natural, puede no estar sometido a patria potestad por imposibilidad legal de ambos progenitores —o de uno de ellos— para reconocerlo; a título de ejemplo, el caso de una madre soltera menor, no emancipada ni habilitada de edad,²⁰ que no puede, en consecuencia, reconocer a su vástago. El hecho de que éste, por razones de trabajo ma-

¹⁷ En este sentido, sentencia del juez López Esponda, *La Justicia Uruguaya*, caso 2180, y vista fiscal de Sienna Castellanos, caso 2477.

¹⁸ Citado por Rivero de Arhancet, *op. cit.*, *supra*, nota 10, p. 21.

¹⁹ Artículo 302 del Código Civil.

²⁰ Artículo 280, inciso 4º, Código Civil.

terno, permanezca bajo el cuidado de terceros, no constituye, por sí solo, prueba suficiente del abandono y se cometería una gran injusticia al permitir, sin más, la legitimación adoptiva por parte de sus guardadores.

El abandono para la legislación francesa

8. La *légitimation adoptive* de la primera época estaba destinada principalmente a favorecer a los menores abandonados. Pero la falta de precisión legal acerca del concepto de abandono condujo a diversidad de interpretaciones jurisprudenciales y a encarnizadas oposiciones, en sede judicial, por parte de los padres biológicos, cuando éstos existían (se suscitaron casos que llegaron a conmover a la opinión pública).

La actual redacción dada al Código Civil (artículos 347 y siguientes) condiciona la *adoption plénière* a un *abandono voluntario*, que se configura con el consentimiento expreso a la adopción, otorgado por acto auténtico, ante el juez de instancia del domicilio o de la residencia del declarante, o ante notario francés o extranjero, o ante los funcionarios diplomáticos o consulares extranjeros (artículo 348 del Código Civil). A falta de este consentimiento, puede ser declarado el abandono por la autoridad competente (Consejo de Familia). Tratándose de hijos legítimos o naturales reconocidos por ambos progenitores, éstos deben expresar conjuntamente su consentimiento. Si uno de ellos ha muerto o está incapacitado, bastará con el consentimiento del otro. El consentimiento conjunto se exige aun en caso de esposos divorciados o separados de cuerpos.

Si el niño ha sido colocado en un establecimiento público de protección a la infancia, es este organismo el que debe dar el consentimiento. Asimismo, en caso de niños de hasta 2 años de edad, la autoridad pública debe otorgar su consentimiento, salvo que los adoptantes sean parientes hasta el sexto grado. La finalidad de esta norma es impedir el comercio de niños de corta edad, susceptibles de ser adoptados, mediante el control estatal (artículo 348, inciso 5º, del Código Civil). La Ley del 11 de julio de 1966 introdujo la posibilidad de que el abandono sea declarado judicialmente. El artículo 350 del Código Civil —modificado por esta Ley— establece que la declaración judicial de menor abandonado puede recaer: a) en niños recogidos por un particular, una institución privada o por la Ayuda Social a la Infancia,

21 "La simple retractación del consentimiento a la adopción o el requerimiento de noticias no es síntoma de interés suficiente para motivar de pleno derecho el rechazo de una demanda de declaración de abandono" (Código Civil, artículo 350, inciso 1).

cuyos padres se han desinteresado manifiestamente de ellos por plazo mayor de un año. La ley da al juez amplio arbitrio para apreciar los hechos constitutivos del abandono;²¹ b) en niños legítimos cuya madre haya solicitado secreto acerca de su nacimiento (Código Civil, artículo 350, inciso 3º). Se trata de hijos adulterinos dados a luz clandestinamente en una maternidad. Puede producirse la declaración judicial de abandono si la madre ha consentido la adopción y si no han sido reclamados por su padre dentro del plazo de un año, contado a partir del consentimiento materno.

B. Menor huérfano de padre y madre

9. Menor huérfano puede ser aquél cuyos progenitores —legítimos o naturales— han muerto. Debe entenderse asimismo por huérfano al menor cuyos padres se desconocen en absoluto, aunque no se sepa a ciencia cierta que hayan muerto.²²

En el caso de hijos legítimos o naturales reconocidos, cuyos padres hayan fallecido, no será necesario proceder al juicio de pérdida de patria potestad: bastará con probar el hecho de las muertes con las respectivas copias de las actas de defunción.²³

La duda que puede plantearse es la de si procede la legitimación adoptiva en el caso de un hijo legítimo cuyos padres han muerto. La ley no lo aclara en forma expresa. En esta hipótesis no se agregaría nada al estado civil del menor, que ya ostenta la condición de legitimidad. Opinamos que, dada la *ratio legis* del instituto, debe permitirse la legitimación, siempre y cuando se prueben fehacientemente los otros extremos requeridos: tenencia por el periodo mínimo de un año y, muy especialmente, la conveniencia que pueda existir para el menor. Quedarían, obviamente, excluidos los casos de hijos de padres fallecidos que permaneciesen, sin embargo, amparados por sus familiares (abuelos, tíos, etcétera) y creciesen en el calor de una familia legítima que vele por ellos.²⁴

La misma solución debe privar para el caso de hijos ya legitimados adoptivamente, cuyos padres legitimoadoptantes fallecieran.

²² El *Diccionario* de la Real Academia Española no relaciona la palabra "huérfano" necesariamente con la muerte de los padres, como generalmente ocurre en el sentido corriente que atribuimos a esta expresión.

²³ El artículo 280 del Código Civil dispone: "280. La patria potestad se acaba: 1º Por la muerte de los padres o de los hijos."

²⁴ Se autorizó en Uruguay, entre otros casos, la legitimación adoptiva de hijos legítimos cuyas familias desaparecieron en cataclismos ocurridos en países vecinos (terremotos en Chile y Ecuador).

C. Menor hijo de padres desconocidos

10. No existe acuerdo en cuanto a la expresión "hijos de padres desconocidos". Para algunos autores²⁵ se trata de los menores cuyos padres biológicos se desconocen en absoluto, nadie sabe quiénes son en realidad, como es el caso de los expósitos, niños dejados en forma anónima en casas-cuna —privadas o estatales— o en manos de particulares.²⁶

Otros autores sostienen que la ley se refiere a los niños que no han sido reconocidos por sus padres, aunque se sepa quiénes sean éstos.²⁷ De acuerdo con esta tendencia, se hace necesario realizar algunas precisiones. Legalmente, sólo pueden ser "de padres desconocidos" los hijos naturales. En el sistema del Código Civil uruguayo (artículo 40) el hijo de matrimonio queda reconocido de pleno derecho, por el mero acto de la inscripción de su nacimiento en el Registro de Estado Civil. En cuanto a los de filiación natural, existen varias posibilidades de que los padres sean legalmente desconocidos: a) hijos de padres solteros, mayores de edad, que no han sido reconocidos por simple omisión de sus progenitores; b) hijos de padres solteros, menores de edad, legalmente imposibilitados de reconocer a su descendencia (artículo 235 del Código Civil); c) hijos de padres mayores de edad, casados con persona distinta a aquélla con quien procrearon, ya que, según el Código Civil, no se puede reconocer voluntariamente a los hijos habidos fuera del matrimonio (artículo 277), salvo por testamento cerrado o cuando el reconocimiento se realice después de sentencia ejecutoriada que dé lugar al desconocimiento de la paternidad por parte del esposo.

A la vez, hay que distinguir si el menor hijo natural ha sido inscrito o no en el Registro de Estado Civil, ya que la inscripción del nacimiento no implica reconocimiento: son dos actos jurídicos diferentes, aunque, en la hipótesis a), pueden realizarse concomitantemente. La mera inscripción con declaración de maternidad y/o paternidad permite individualizar a los progenitores; pero la falta de reconocimiento no adjuica la patria potestad.

Por nuestra parte, entendemos que: a) se puede proceder a la legitimación adoptiva de hijos de padres desconocidos en sentido legal estricto, o sea que *no han sido reconocidos* (en el acta de nacimiento o en acta posterior, ante el mismo Registro de Estado Civil), aunque su nacimiento haya sido inscrito; b) que en este caso no es necesario seguir el juicio previo de pérdida de patria potestad, ya que ella no existe;

²⁵ Hugo E. Gatti, María Eloísa Galarregui Díaz, Mabel Rivero de Arhancet.

²⁶ El artículo 177 del Código del Niño establece la posibilidad de que el Consejo del Niño inicie de oficio el juicio de investigación de paternidad, cuando tenga conocimiento de que un menor ha sido inscrito como hijo de padres desconocidos.

²⁷ Rivero de Arhancet, Mabel, *op. cit.*, *supra*, nota 10, p. 27.

c) que, de cualquier forma, se debe probar ineludiblemente el abandono de los progenitores, la tenencia por lapso no inferior a un año y los justos motivos, más lo que conviene al menor, con todo lo que ello implica: inserción del niño en la familia adoptante, consustanciación de los futuros padres con la criatura, trato de la misma tal como si fuese hijo biológico, etcétera.

11. La ley francesa, inspiradora de la uruguaya, solamente permite la exclusión del consentimiento de los padres biológicos a la adopción plena cuando éstos han muerto, o están impedidos para manifestar su voluntad (por ejemplo, en caso de enajenación mental), cuando han perdido la patria potestad, o *cuando la filiación del niño no ha podido ser establecida*. En estos casos, a falta de autorización paterna para la adopción, la dará el Consejo de Familia.

Es necesario tener presente en forma muy especial, los efectos irreversibles de la legitimación adoptiva (*infra* N° 34). Una vez legitimado el menor, ya no podrá ser reconocido jamás por los padres naturales que omitieron hacerlo antes. Se priva a éstos de un derecho fundamental, atributivo de la patria potestad, por lo cual debe procederse en forma exigente a evaluar la condición de menor abandonado y la conveniencia del mismo en adquirir nueva familia.

12. La jurisprudencia se ha dividido en cuanto al alcance del concepto "hijos de padres desconocidos". En Uruguay, algunas veces los jueces consideraron que se es hijo de padres desconocidos cuando no se puede individualizar al progenitor (*La Justicia Uruguaya*, caso 2180).²⁸ Otras veces se ha sostenido que la simple declaración de paternidad o maternidad no tiene el alcance de constituir reconocimiento del hijo natural; que, en tal caso, el hijo lo es de padres desconocidos, no siendo necesario recurrir al juicio de pérdida de patria potestad (*La Justicia Uruguaya*, caso 3521).

En L.J.U., caso 254, dice el proveyente: que habiéndose alegado que la menor cuya legitimación se pretende está en esta última situación (hijo de padres desconocidos) corresponde examinar si lo es o no. Que el proveyente no comparte el criterio del Ministerio Público en cuanto a que la expresión usada "hijo de padres desconocidos" equivale a padres que no han efectuado el reconocimiento de sus hijos en la forma establecida por la ley. Que si la ley hubiera querido permitir la legitimación adoptiva de cualquier hijo natural no reconocido, sobre todo teniendo en cuenta que por sus efectos definitivos la legitimación quita a los padres naturales el derecho de reconocer en todo tiempo a sus hijos, lo hubiera dicho expresamente, y no usando la expresión "hijos de padres desconocidos". Que de los antecedentes de la ley surge que se quiso dar a la legitimación un

²⁸ *Ibidem*.

alcance muy limitado y en el informe de la Comisión de Constitución y Legislación de la Cámara de Senadores se dice: "de acuerdo con el artículo primero se circunscriben los beneficios que emergen de este proyecto de ley a casos excepcionales que no admiten aplicación analógica."²⁹

D. Hijo o hijos reconocidos por uno de los legitimantes

13. La posibilidad de legitimar adoptivamente al hijo (o hijos) reconocido por uno de los legitimantes fue agregada por la Ley número 14.759; se puso fin así a las discrepancias de la doctrina y, en especial, de la jurisprudencia, frente a casos concretos que se ventilaron en el ámbito judicial. El texto de la ley contempló una situación que la mayoría de la jurisprudencia había ya aceptado; se trata del caso frecuente de una madre soltera que reconoce a su hijo, pasando a ejercer la patria potestad. Más tarde, contrae matrimonio con persona distinta del padre del menor. Se cuestionó la posibilidad de que éste pudiese ser legitimado adoptivamente por su propia madre y por el cónyuge de la misma, ya que no era posible considerar al niño como menor abandonado, ni huérfano, ni hijo de padres desconocidos o pupilo del Estado. La doctora Sara Brocqua, juez de menores, estimó que a pesar de que el menor contaba con la protección legal y real de la madre, su situación no dejaba de ser irregular, por lo cual correspondía tenerlo por menor abandonado.³⁰ Esta posición fue adoptada por la mayoría de la jurisprudencia, aduciendo que el rechazo de la demanda perjudicaría al menor, quien no podría ser sacado de su estado de hijo natural. Por otra parte, resultaría contradictorio que se pudiera legitimar a un extraño y no al hijo biológico de uno de los peticionantes.

En contra de esta posición, el juez letrado de Primera Instancia en lo Civil de Artigas, doctor Hugo Bermúdez, sentenció:

que si un menor ha sido reconocido por su madre natural no puede autorizarse la legitimación adoptiva del mismo, mientras no se declare la pérdida de la patria potestad, mediante sentencia ejecutoriada; y la renuncia a la patria potestad que formule la madre natural del menor en beneficio del matrimonio legítimo—adoptante—a efectos de permitir el progreso del procedimiento y allanar el camino para la legitimación, más allá del loable propósito que la motiva, desnaturaliza el alcance y finalidad del instituto de la patria potestad.

(Fallo de 20 de marzo de 1975, anotado por Santiago Carnelli, *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, t. V, p. 130.³¹)

²⁹ *Idem*, pp. 25-26.

³⁰ La sentencia fue publicada en la *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Montevideo, Uruguay, T. I, p. 21.

³¹ Citado por Cestau, Saúl D., *op. cit.*, *supra*, nota 4, p. 208.

La jurisprudencia llegó incluso a admitir que el hijo legítimo abandonado por uno de sus padres, podía ser legitimado adoptivamente por el otro cónyuge en ulteriores nupcias. Se planteó el caso de una madre divorciada y vuelta a casar con persona distinta del primer esposo, que obtuvo la declaración de pérdida de patria potestad de éste y solicitó posteriormente la legitimación adoptiva con su nuevo cónyuge. El juez de menores, doctor Roberto Parga (*La Justicia Uruguaya*, caso 8448), no dio lugar a la demanda, fundándose: a) en que el menor no entraba en la categoría de abandonado, pues su madre legítima continuaba en el ejercicio de la patria potestad; b) en que la suerte del hijo no tenía por qué seguir la suerte del matrimonio de la madre; c) en que la legitimación no mejoraría el estatuto jurídico del menor, quien ya tenía la calidad de hijo legítimo.³²

El Tribunal de Apelaciones de Segundo Turno revocó la sentencia, basándose en: a) que el instituto de la legitimación adoptiva ha sido instituido en beneficio de los menores y que en el caso de autos no aparejaba perjuicios al menor, y sí beneficios; b) que el acogimiento de la pretensión sólo afectaría la relación padre-hijo, en perjuicio del padre, permaneciendo inalterada la situación de la madre.³³

La Ley número 14.759 no deja actualmente lugar a discusión, al consagrar en texto expreso la posibilidad de legitimar adoptivamente al menor reconocido por uno de los legitimantes. Sólo puede tratarse de hijos naturales, y debe interpretarse, *a contrario sensu*, que no es procedente la legitimación del hijo legítimo habido de matrimonio anterior.

E. *Pupilos del Estado*

14. El texto de la Ley número 10.674, de 20 de noviembre de 1945, decía en su artículo primero (inciso segundo): "También podrán ser legitimados los pupilos del Estado, cuya situación de total abandono por parte de los padres alcance a más de tres años".

La reforma introducida al artículo primero por la Ley número 14.759 no especifica plazo alguno de duración del abandono en este caso especial, por lo cual debemos concluir que rige el plazo de un año.

El problema que se plantea es el de determinar quién es en realidad un "pupilo del Estado" y cuándo y en qué circunstancias un menor pasa a adquirir tal carácter.

La legislación no es concreta al respecto.

La ley de creación del Consejo de Protección de Menores (antecedente del actual Consejo del Niño), del 21 de febrero de 1911, en su artículo

³² *Idem*, p. 209.

³³ *Ibidem*.

17 se refería al ejercicio de la tutela en los casos de pérdida de patria potestad, y la atribuía al organismo por ella creado; para estos efectos denominaba "pupilos" a los tutelados.

El 6 de abril de 1934 se crea el Consejo del Niño, mediante la promulgación del Código del Niño. Se trata de un organismo descentralizado del Estado, con autonomía técnica.

Varios artículos del Código del Niño se refieren a la posibilidad de internación de menores en el Consejo del Niño. Así, los artículos 48 a 50 expresan:

Artículo 48. La entrega de niños huérfanos e indigentes, para ser colocados bajo tutela del Consejo del Niño, sólo procederá cuando sea conveniente para la salud física o moral del niño a solicitud del padre, de la madre o de la persona o institución a cuyo cargo se encontrare el niño.

Artículo 49. La admisión de niños en la Cuna, sólo se realizará por las oficinas de admisión, con las reservas más rigurosas cuando se trate de causas de orden social o familiar.

Artículo 50. La admisión de niños de familias no indigentes se hará por excepción, quedando sometida a las restricciones que dicte el Consejo del Niño.

A su vez, los artículos 113 (incisos 1 y 3) y 124 (inciso 1), entre las atribuciones acordadas al juez de menores, establecen:

Artículo 113. Corresponde al Juez Letrado de Menores:

... c) Recluir en los establecimientos destinados a este objeto a los menores que observen mala conducta cuando los padres, tutores o guardadores lo soliciten.

Artículo 124. El Juez Letrado de Menores puede colocar al menor en el propio hogar de sus padres o guardadores, determinando en cada caso si aquél quedará bajo la vigilancia del inspector oficial o de algún particular... disponer la internación en establecimientos del Consejo o en otros públicos o particulares...

En el Consejo del Niño funciona, entre otras dependencias técnicas, un Centro de Diagnóstico, donde el menor que ingresa es objeto de estudios, y es clasificado de acuerdo con su edad, condición de huérfano, abandonado, víctima de delito, características de adaptación o conflictividad social, etcétera. Una vez dictado el diagnóstico se decide cuál régimen de internación será el más adecuado para tratamiento del caso: internación en alguna dependencia del Consejo, búsqueda de hogar que sustituya al de origen, colocación en régimen de cuidadoras a domicilio, dependientes del propio Consejo, etcétera.

En lo que dice relación a la legitimación adoptiva, interviene el Departamento de Custodia, cuyo principal objeto es seleccionar familias

que soliciten menores abandonados en aptitud de ser legitimoadoptados. Se procede a la ubicación del menor en casa de un matrimonio que cumpla con las condiciones requeridas por la ley para ser padres legitimoadoptantes, como periodo de prueba de la adaptación del niño a su nuevo hogar.

De todo este conjunto de disposiciones legales y reglamentarias se desprende la función tuitiva que el Estado, por medios del Consejo del Niño, ejerce sobre los menores de edad. Pero en ningún momento se puede apreciar con claridad qué es lo que transforma a un menor en "pupilo del Estado" como categoría jurídica distinta, para los efectos del artículo primero de la Ley número 10.674.

En nuestra opinión, el "pupilo del Estado" no existe como categoría jurídica autónoma; se trata de una situación administrativa, que conlleva una protección especial. Pero, para ser legitimoadoptado el menor debe encuadrar en los tipos de abandonado, huérfano de padre y madre, de padres desconcidos, o reconocido por uno de los legitimantes.

Y siempre debe ser el juez letrado de menores (o Juzgado Letrado Departamental, en el interior del país) quien intervenga en el procedimiento previo a la legitimación adoptiva. Así, la condición de menor abandonado se acreditará por sentencia ejecutoriada, por largo que sea el plazo en que el menor se hallare internado en dependencias del Consejo del Niño. La patria potestad no caduca de pleno derecho, salvo los casos taxativamente enumerados en el artículo 284 del Código civil; el informe de las autoridades administrativas, si bien puede ser importantísimo elemento probatorio, no puede suplir el acto jurisdiccional.

VII. SITUACIÓN DEL LEGITIMOADOPTANTE

15. En derecho comparado encontramos diversidad de criterios en lo concerniente a los requisitos exigidos a los futuros adoptantes en régimen de adopción plena.

El surgimiento del instituto que analizamos pretendió dar una respuesta a las necesidades planteadas por realidades sociales diferentes. De allí que cada país haya legislado según criterios más estrechos o más amplios, atendiendo a su propia problemática.

A. *Estado civil de los legitimoadoptantes*

16. A grandes rasgos, pueden delinearse dos sistemas sobre las condiciones de estado civil exigidas a los futuros padres por adopción.

a) El de los países que solamente admiten la adopción con efectos totales en favor de personas con el estado civil de casados. Dentro de ellos, dos variantes: cuando sólo se permite a cónyuges que mantienen su estado de tales, o cuando se permite al viudo, divorciado o separado de cuerpos.

b) El de los países que autorizan esta clase de adopción tanto a casados como a personas solteras.

A esta diferencia se debe, en parte, la distinta denominación que las leyes dan al instituto (*supra* nº 1).

La adopción especial tiene como fundamental efecto la ruptura absoluta de los vínculos parentales con la familia de origen y la inserción en una nueva familia. Nadie que no esté unido en matrimonio puede conferir una filiación de hijo legítimo. Por eso, en las legislaciones que optan por este criterio, resulta congruente el nombre de "legitimación adoptiva". En cambio, cuando se permite la adopción a solteros, resulta más propia la denominación de "adopción plena", "adopción especial", "adopción total", etcétera, porque se transmiten al menor un conjunto de derechos, entre los cuales no figura la legitimidad. En general, aquellos países en que el número de familias solicitantes supera la cantidad de menores susceptibles de ser adoptados, se inclinan por la posición restrictiva de permitir la adopción legitimaria sólo a parejas unidas en matrimonio. Lo contrario se da cuando el número de menores abandonados, necesitados de protección por las más diversas causas (secuelas de la guerra, subdesarrollo, cataclismos, etcétera), supera al de los mayores en disposición de acogerlos; en estas situaciones, las personas solas quedan legalmente habilitadas para adoptar.

17. En Francia, la antigua *légitimation adoptive* solamente podía ser autorizada en favor de los esposos no separados. La Ley del 11 de julio de 1966 amplió la posibilidad de solicitar *l'adoption plénière* aun a personas solas.³⁴

Esta ley introduce, como elemento nuevo, el que una persona soltera—ya sea viuda, divorciada o soltera— pueda adoptar, y el adoptado adquiera los mismos derechos y obligaciones que un hijo legítimo. Es una fórmula muy acertada ésta de la ley francesa, ya que no habla del estado civil de hijo legítimo (no sería posible tratándose de solteros); pero es comprensiva de todo un estatuto, de un conjunto de derechos y obligaciones asimilables a los de hijo legítimo.

Parte de la doctrina considera una aberración jurídica el hecho de que pueda otorgarse una condición igual a la de hijo legítimo, fuera del matrimonio, mientras que otra parte adopta criterios menos ortodoxos, considerando que, a esta altura de la evolución legislativa y de

³⁴ La doctrina francesa ha hecho críticas a la actual legislación de su país, ya que ésta acoge el criterio amplio, siendo así que el número de personas solicitantes excede en mucho a los menores en disposición de ser adoptados. La evolución de la legislación, permitiendo el libre aborto en ciertas condiciones (ver Lions, Monique, "La evolución de la legislación francesa sobre el aborto y la ley de 17 de enero de 1975 'Relativa a la interrupción voluntaria del embarazo'", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, nueva serie, año XIV, número 42, sept.-dic. de 1981, pp. 1199-1244) y las prácticas anticonceptivas han hecho disminuir el número de hijos no deseados por sus progenitores. En tales condiciones, parece preferible escoger a aquellos postulantes que puedan brindar al menor mayores probabilidades de normalidad en el hogar.

las costumbres, ya no es posible mantener la invariabilidad de la relación matrimonio-condición de legitimidad.

La adopción plena puede ser solicitada conjuntamente por dos esposos, no separados de cuerpos, con más de cinco años de matrimonio (artículo 343 del Código Civil). También puede ser pedida por uno solo de los esposos no separados de cuerpos; en este caso, debe obtener previamente el consentimiento de su cónyuge; el hecho de dar su consentimiento no convierte al mismo en coadoptante. No es necesario obtener el consentimiento en el caso de que el cónyuge esté incapacitado para manifestar su voluntad (artículo 343, incisos 1 y 2 del Código Civil).

18. La ley uruguaya permite solicitar la legitimación adoptiva a “dos cónyuges con cinco años de matrimonio”.³⁵ También el “viudo o viuda y los esposos divorciados, siempre que medie la conformidad de ambos, cuando la guarda o tenencia del menor hubiera comenzado durante el matrimonio y se completara después de la disolución del vínculo legal”.³⁶

No se permite, pues, que personas solteras legitimen adoptivamente. La ley uruguaya, a diferencia de la francesa, no prevé el caso de que uno de los cónyuges esté imposibilitado para manifestar su voluntad. Opinamos que si la tenencia comenzó antes de la incapacitación, y estando la misma judicialmente declarada, debe darse lugar a la solicitud; estamos ante un caso análogo al de viudez —a los efectos del consentimiento— y esta solución redundaría en beneficio del menor, ya incorporado a un hogar. La ley no admite que la legitimación sea demandada por uno solo de los cónyuges, si viven de consuno.

La Convención de Estrasburgo³⁷ establece un orden de preferencias para el otorgamiento de la adopción: primero a parejas estables y, en segundo orden, a personas solas, a fin de brindar al menor, dentro de lo posible, las mayores condiciones de normalidad en el hogar.

B. *Antigüedad del matrimonio*

19. Para evitar legitimaciones prematuras en caso de matrimonios de los que razonablemente pueda esperarse descendencia biológica, las leyes establecen plazos durante los cuales no puede procederse a la adopción.

La legislación francesa prescribe un plazo de cinco años (artículo 343 del Código Civil).

³⁵ Ley número 10.674, en el texto dado por la Ley número 14.459, artículo 1º, inciso 2º.

³⁶ *Idem*, inciso 3º.

³⁷ La Convención de Estrasburgo comprende a los Estados miembros del Consejo de Europa que la ratifiquen, y demás Estados que se adhieran a ella; los Estados se obligan a asegurar la conformidad de su legislación con las normas de la Convención.

La Ley uruguaya impone un plazo igual, de cinco años, y no ha sufrido variantes en este punto, desde la creación del instituto (Ley del 20 de noviembre de 1945).

C. *Edad de los legitimadoadoptantes*

20. La edad exigida a los futuros padres legitimadoadoptantes ha variado en el mismo sentido en que lo hizo la filosofía que inspiró al instituto en las distintas etapas. Primeramente, las legislaciones lo concibieron desde el punto de vista de los adoptantes: una autorización para adquirir filiación adoptiva a quienes habían perdido toda esperanza de procrear hijos biológicos.

Con el correr del tiempo, se fue poniendo el acento cada vez más en el interés del menor: conveniencia de ampliar las posibilidades de adopción plena, de dotar al niño de padres jóvenes, que pudiesen cuidar de él hasta su completo desarrollo.

La Ley francesa del 29 de julio de 1939 (artículo 368 del Código Civil) exigía una edad superior a los 40 años. La reforma de 1966 distingue el caso en que la adopción plena sea solicitada conjuntamente por los dos cónyuges no separados de cuerpos, del caso en que el adoptante sea una persona sola. En la primera hipótesis, uno de los esposos debe ser mayor de 30 años; en la segunda, el solicitante debe haber sobrepasado los 35 años (artículo 343 del Código Civil).

En Uruguay, la ley del 20 de noviembre de 1945 exigía que los legitimantes fuesen mayores de 30 años. La Ley número 14.759, del 5 de enero de 1978, mantiene ese límite mínimo de edad, pero faculta al juez para moverse con cierta discrecionalidad, en casos de excepción: "Por motivo fundado y expreso, el juez podrá otorgarla... en casos excepcionales... si no mediara oposición del Ministerio Público, a pesar de que uno o los dos legitimantes no fueren mayores de 30 años de edad". Puede pensarse, por ejemplo, en el caso de que uno de los cónyuges esté imposibilitado de concebir por causas patológicas de carácter irreversible, acreditadas mediante los informes periciales médicos pertinentes.

La Convención de Estrasburgo establece que la edad mínima requerida por la ley para adoptar no debe ser inferior a los 21 años ni superior a los 35.³⁸

Las leyes, salvo excepciones, no establecen edad máxima.³⁹

D. *Diferencia de edades entre adoptante y adoptado*

21. Los sistemas normativos establecen una diferencia mínima entre

³⁸ Vaz Ferreira, Eduardo, *op. cit.*, *supra*, nota 10, p. 57. En Colombia y en Costa Rica la edad mínima es de 25 años.

³⁹ En Costa Rica existe el límite de 60 años y en Chile el de 65.

las edades de padres adoptantes e hijos adoptivos, de forma que resulte verosímil la relación materno y paterno-filial.

Para la ley francesa, los adoptantes plenos deben tener quince años más que el adoptado; la diferencia se reduce a 10 años si el adoptado es hijo del cónyuge del adoptante. Y aun estas diferencias pueden ser reducidas por dispensa del presidente de la República (artículo 344, inciso 1º, del Código Civil).

La Ley uruguaya del 20 de noviembre de 1945 exigía que los legítimoadoptantes tuviesen 20 años más que el menor.

Por Ley número 12.486, del 26 de diciembre de 1957, se modificó ese límite y se dispuso que "Podrán solicitarla dos cónyuges... que cuenten, el marido, diez y siete años más que el menor, y quince la mujer..." Esta ley se aplicó con efecto retroactivo, permitiendo por un lapso de tres años su validez respecto a todas las situaciones anteriores, aun cuando la legitimación hubiese sido denegada por falta de la diferencia requerida por la ley anterior. Los fundamentos de la disposición transcrita fueron, a la vez, permitir dar solución a situaciones ya creadas y ampliar la factibilidad de adoptar legitimariamente a matrimonios más jóvenes.

La última reforma (Ley número 14.759) prescribe una diferencia de 15 años para ambos cónyuges. Pero, "por motivo fundado y expreso, el juez podrá otorgarla aun cuando alguno de los cónyuges o ambos no alcanzaren tal diferencia de edad, reduciéndola hasta un límite que admita razonablemente que el adoptado pueda ser hijo de los adoptantes...".

La Convención de Estrasburgo no establece una cifra, sino que da una regla: excluir la posibilidad de adoptar "si la diferencia de edad entre adoptante y adoptado es inferior a la que separa ordinariamente los padres de sus hijos".⁴⁰

La edad promedio en que la gente suele procrear varía de una sociedad a otra, y hasta de un grupo humano a otro dentro de un mismo país, dependiendo de multiplicidad de factores, ya sea económicos, raciales, climáticos, culturales y hasta de política de natalidad llevada a cabo por el Estado, con incidencia social a mediano o largo plazos. El legislador, en materia de adopción plena, no puede perder de vista, al fijar las diferencias de edades, las condiciones de normalidad y verosimilitud que funcionen según la sociedad para la cual se están dictando normas de carácter general y abstracto; ello sin perjuicio de una conveniente laxitud judicial para proceder con equidad ante los casos concretos menos frecuentes.

VIII. PERIODO DE TENENCIA

22. Los países que han acogido el instituto analizado prevén expresamente en sus respectivas leyes un periodo de prueba, durante el cual el menor susceptible de ser adoptado se integra a su nueva familia. Esto

⁴⁰ Vaz Ferreira, Eduardo, *op. cit.*, *supra*, nota 10, p. 60.

es sumamente importante, en especial cuando no se trata de un recién nacido, dados los efectos irreversibles que genera este tipo de adopción especial. De la convivencia puede resultar la total adaptación del menor al nuevo medio familiar, surgir lazos de afecto recíproco —normalmente muy poderosos— o ponerse en evidencia incompatibilidades dirimentes.

23. El sistema francés prescribe un periodo de seis meses de convivencia del menor en el seno de la familia, condición *sine qua non* para solicitar la adopción plena, que es la culminación de todo un procedimiento. Durante todo ese periodo se aprecian las posibilidades de adaptación del niño al ámbito familiar. La antigua *légitimation adoptive* ya preveía un plazo de prueba; pero, durante el mismo, los futuros adoptantes carecían de seguridad; estaban amenazados por el posible deseo de los padres biológicos de recuperar al menor. La Ley del 11 de julio de 1966 proporcionó totales garantías en ese sentido, al organizar “la colocación del menor con miras a la adopción plena”. Esta colocación produce, por sí misma, efectos jurídicos; no se trata de una tenencia simple, por acuerdo entre particulares (padres y guardadores); la colocación con miras a la adopción plena se realiza mediante la entrega efectiva del niño a sus futuros adoptantes, y no es jurídicamente posible si no se trata de menores susceptibles de ser adoptados: aquellos cuya adopción ya fue válidamente consentida, pupilos del Estado, o declarados judicialmente abandonados (artículo 347 del Código Civil). Antes que estos menores fueran colocados en familia, sus padres biológicos dispusieron de un plazo prudencial de reflexión, durante el cual pudieron retractarse y reasumir la crianza de su hijo. Pero, expirado ese plazo, se hace posible la colocación con miras a la adopción y, a partir de entonces, será legalmente imposible la restitución del niño a su familia de origen.⁴¹

Existen dos disposiciones que preservan determinados derechos de los progenitores: a) si el niño no tiene filiación establecida, la colocación con miras a la adopción no es posible durante un plazo de tres meses, contados desde la fecha de la colocación simple. Durante este lapso, los padres biológicos pueden establecer la filiación; o sea que gozan de esta especie de plazo suplementario de retractación; b) si los padres solicitan la restitución del niño, por ejemplo después de la retractación al consentimiento de adopción, no es posible la colocación mientras no se resuelva por la autoridad judicial acerca de la solicitud de los progenitores.

La colocación con miras a la adopción produce los siguientes efectos:⁴²

a) Impide la restitución del menor a su familia de origen (artículo 352, inciso 1º, del Código Civil). Esta disposición asegura plena tranquilidad a los futuros adoptantes de que, una vez encariñados con el

⁴¹ Weill, Alex, *op. cit.*, *supra*, nota 1, p. 608.

⁴² *Ibidem*.

niño, éste no les será quitado. Pero no produce aún los efectos propios de la adopción; no quedan rotos los vínculos del menor con su familia de sangre.

b) Hace imposible toda declaración de filiación y todo reconocimiento de paternidad y/o maternidad; los progenitores que hasta ese momento no reconocieron a su hijos, no pueden hacerlo en adelante. Esta regla tiene como fin el impedir maniobras de extorsión por parte de los padres biológicos.

La colocación con miras a la adopción caduca cuando se falla en forma negativa la solicitud de adopción plena; los efectos de la colocación se resuelven en forma retroactiva (artículo 352 del Código Civil). En este caso, el niño queda en aptitud de ser restituido a su familia de origen (si el juez lo considera conveniente a los intereses del menor) y también de ser reconocido por los padres omisos.

24. La legislación uruguaya prescribe asimismo un periodo de tenencia, que era de tres años en la Ley de 20 de noviembre de 1945 y se redujo a un año con la reforma introducida por la Ley de 5 de enero de 1978.⁴³

En el caso de menores abandonados, el término de un año comenzará a regir desde el comienzo del abandono; "Se considerará también dentro del término útil, todo el tiempo de guarda comprendido en el periodo del abandono, anterior a la sentencia". (Ley número 14.759, artículo 2, incisos 5 y 6.

En el caso de solicitar la legitimación una viuda o un viudo, o personas divorciadas, el periodo de tenencia puede haber comenzado durante el matrimonio y completarse una vez disuelto el mismo.

El juicio sobre guarda o tenencia está regulado en la sección sexta, artículos 151 y 152 del Código del Niño.

La ley de legitimación adoptiva, al referirse a la guarda o tenencia (artículo 1, inciso 2) no exige que la misma esté concedida judicialmente: puede tratarse de una tenencia de hecho y, en el momento en que se quiera proceder a la legitimación, habrá que probar la fecha desde la cual se está ejerciendo la guarda, además de todos los otros extremos previstos por la ley.

Pero, para efectos probatorios y para facilitar el procedimiento legitimatorio posterior, conviene obtener cuanto antes la tenencia judicial, mediante el juicio respectivo, que es de naturaleza contenciosa. La sentencia que otorga la guarda de un menor no causa estado; la madre o el padre biológicos perdidosos, por ejemplo, pueden replantear la demanda, en caso de que hayan variado las circunstancias de hecho. A diferencia de la ley francesa (a partir de la reforma de 1966), los esposos que acogen a un niño con miras a legitimarlo adoptivamente no pueden estar totalmente seguros de que el menor no les será qui-

⁴³ "Podrán solicitarla los cónyuges... que lo hubiesen tenido bajo su guarda o tenencia por un término no inferior a un año" (Ley número 14.759, del 5 de enero de 1978).

tado hasta que no haya sido declarada judicialmente la pérdida de patria potestad —si ésta existe— o el abandono culpable, o acreditada la condición de huérfano o de hijo de padres desconocidos. Si el niño cuenta con padres biológicos —o con uno de ellos— ya sean legítimos o naturales, el futuro legitimoadoptante vivirá un año de zozobra; igual incertidumbre padecerá en los otros casos, porque durante un año puede aparecer el progenitor, reconocerlo y reclamarlo. Cuando regía el plazo de tres años de la Ley número 10.674, la inestabilidad emocional que —por causas reales o imaginarias— vivían los futuros legitimantes, distorsionaba a menudo la relación con el menor, tornándola angustiosa y excesivamente posesiva.^{43-bis}

Es cierto que, dadas las amplísimas facultades conferidas a los jueces de menores (*infra* N° 32) y la invariable disposición jurisprudencial de atender primordialmente al interés del menor, no se da el caso de que se pierda la tenencia del niño, si no es por causas muy serias y fundadas. De cualquier modo, consideramos más acertado el procedimiento de la legislación francesa, en este aspecto; o sea que, una vez colocado un menor con miras a su adopción plena, no puede serle retirado al futuro adoptante durante el periodo de prueba.

La Defensoría de Menores del Uruguay y los abogados especializados en materia de familia, ante el caso de la entrega voluntaria de un niño —las más veces un recién nacido, hijo natural no deseado por su progenitora— a una familia para que lo críe en carácter de hijo, suelen redactar un documento, al tenor del cual el menor se entrega con carácter definitivo y la madre no se opone a la posterior legitimación adoptiva por los guardadores. Con este instrumento firmado por la cedente y los futuros legitimantes, se solicita la tenencia judicial. Ésta se concede, previa prueba de la conveniencia para el niño (informe del servicio de inspectores, etcétera), y el plazo de un año empieza a correr a partir del día en que el menor ingresó al hogar de sus guardadores. Pero esta práctica no debe ser confundida con el instituto francés del consentimiento a la adopción; se trata, simplemente, de una forma de preconstituir prueba del abandono, del ánimo definitivo de la entrega y la fecha de la misma. Los derechos y obligaciones que emanan de la paternidad son, obviamente, irrenunciables, y la firma de un documento privado no impediría a la madre natural —en el ejemplo propuesto— reclamar la restitución de su hijo. La experiencia del profesionalista y su honesta evaluación del problema personal y social que existe detrás de cada entrega de un niño, le permitirán documentarla en la forma

^{43bis} Hemos visto a pacíficos ciudadanos que juraban dar muerte a quien pretendiese arrebatarles al niño, cuando era altamente improbable que eso se produjera en la realidad.

más adecuada para facilitar los procedimientos judiciales y asesorar responsablemente a las partes.

IX. DESCENDENCIA BIOLÓGICA DE LOS ADOPTANTES

25. En Francia, la ley de *légitimation adoptive* no permitía adoptar a personas que ya tuviesen descendencia legítima. Con la reforma de 1966 se ha mantenido este criterio (artículo 345 del Código Civil). El legislador francés, por un lado, no consideró deseable la convivencia de los hijos legítimos con los adoptivos y, por otro lado, trató de preservar los derechos hereditarios de los primeros, impidiendo que fuesen desvirtuados por la vía lateral de la adopción plena.

La misma solución debe entenderse aplicable en caso de existencia de hijos legitimados por subsiguiente matrimonio de los padres. No se sigue el mismo criterio respecto a los hijos naturales o a los ya adoptados anteriormente: su existencia no impide la adopción.

Se contempla una excepción, para el caso de hijos legítimos: si ellos nacieron con posterioridad al acogimiento de un menor en el hogar, con intención de adoptarlo; en esta hipótesis es posible obtener una dispensa especial del presidente de la República para proceder a la adopción plena.

La jurisprudencia entendió, en alguna oportunidad, que la existencia de hijos legítimos no obstaba a la adopción si había un lazo de parentesco entre adoptantes y adoptados.⁴⁴ Se tuvo en cuenta, indudablemente, el caso tan frecuente de un hijo natural que es adoptado por sus abuelos: el menor adquiere así el estatuto de hijo legítimo y, por obra de una ficción jurídica, pasa a ser hermano de su madre.⁴⁵

26. La legislación uruguaya nada dice acerca de la existencia de hijos legítimos; la circunstancia de tenerlos o no tenerlos no incide para nada en la posibilidad de legitimar adoptivamente. Esta solución nos parece completamente preferible a la francesa. La experiencia indica que la coexistencia de hijos legítimos y legitimoadoptivos no crea fricciones especiales; las situaciones que la realidad plantea no son casos de laboratorio, y nadie que tenga prole legítima adopta un niño si no es en un contexto de naturalidad, en que los lazos de afecto recíproco se hayan ido creando *a priori* de toda idea de regularización jurídica. Ocurre, por ejemplo, que un matrimonio con varios hijos del mismo sexo acoge para su crianza a un niño del sexo contrario, quien pasa a gozar del afecto incondicionado de los legítimos —ya sea porque se trate

⁴⁴ Weill, *op. cit.*, *supra*, nota I, p. 601, nota 3.

⁴⁵ La ley argentina prohíbe en texto expreso que el nieto pueda ser adoptado plenamente por sus abuelos.

de un bebé, por su condición desamparada, por un sentimiento natural de protección de los varones hacia una niña, o viceversa —y, con el tiempo, se encara la legitimación adoptiva para tornar irreversible la situación e impedir un posible reclamo del menor por sus parientes de sangre. O bien, un matrimonio aún joven, con hijos ya mayores, adopta un pequeño que, lejos de colidir con los legítimos, pasa a ser motivo de alegría familiar y de revalidación de los cónyuges en cuanto padres y en cuanto pareja.

X. PARENTESCO CON EL ADOPTADO

27. En la legislación francesa la existencia de un vínculo de parentesco entre adoptante y adoptado es irrelevante a los efectos de la adopción plena. Incluso el artículo 344 del Código Civil prevé el caso de adopción del hijo del cónyuge. Nada dice la ley sobre otros grados de parentesco, y la jurisprudencia admite adopciones en casos tales como abuelos hacia nietos ilegítimos, tíos hacia sobrinos, y aun entre hermanos. Actualmente también se da lugar a la adopción de un hijo natural por sus propios padres. En esto ha habido una evolución jurisprudencial, ya que hace unos años no se admitían tales adopciones, en especial cuando la filiación del hijo era adulterina o incestuosa.

La Convención de Estrasburgo determina que no puede prohibirse por la ley la adopción del hijo ilegítimo, si con el'o mejora la situación jurídica del menor.

La ley uruguaya, a partir de la reforma de 1978, prevé a texto expreso la posibilidad de legitimar adoptivamente al "hijo o hijos reconocidos por uno de los legitimantes" (*supra*, N^o 13). Nada dice con relación a otros grados de parentesco y la jurisprudencia admite, con razón, legitimaciones de ese tipo, siempre que medien motivos de conveniencia para el menor. Así se dan casos de abuelos que legitiman al hijo de su hija soltera, tíos que hacen lo propio con sobrinos huérfanos, etcétera.

XI. PLURALIDAD DE ADOPCIONES

28. Tanto la legislación francesa como la uruguaya permiten que se adopte más de un menor en régimen de adopción plena. En Francia, el texto viene desde la época de la *légitimation adoptive*.⁴⁶

En Uruguay, el artículo segundo, *in fine*, de la Ley número 10.674

⁴⁶ "L'existence d'enfants légitimés par adoption ne fait pas obstacle à des nouvelles légitimations adoptives" (artículo 368 del Código Civil, en el texto de la Ley de 8 de agosto de 1941).

(modificada por el artículo segundo de la Ley número 13.207, de 17 de diciembre de 1963), dispone:

Quando se pretendiese legitimar dos o más menores simultáneamente no será obstáculo la circunstancia de que mediase menos de 180 días entre los respectivos nacimientos. En ese caso el Juzgado establecerá en la sentencia las fechas de nacimiento de cada uno, en forma que no se viole el plazo mínimo establecido en el artículo 215 del Código Civil.

XII. ADOPCIÓN SIMPLE Y LEGITIMACIÓN ADOPTIVA POSTERIOR

29. La Ley uruguaya número 10.674 dispone en su artículo 5º: "La adopción prevista en el capítulo XIII del Código del Niño (adopción simple) no obstará a la legitimación adoptiva posterior".

Pueden presentarse dos posibilidades:⁴⁷ 1) que los adoptantes simples soliciten la legitimación adoptiva; 2) que la soliciten personas distintas de los adoptantes.

La doctrina ha interpretado de modo diferente esta norma legal. Para algunos autores (doctor Asdrúbal C. Casas) debe reputarse al menor adoptado como hijo de padres desconocidos y proceder a la legitimación adoptiva. Para Estanislao Valdés Otero, debe realizarse una distinción, según que los padres del menor hayan consentido la adopción o que la haya consentido el representante legal. En el primer caso, no es posible la legitimación adoptiva por el adoptante, porque el menor no entra en ninguna de las categorías del artículo 1º de la Ley número 10.674 (modificada por Ley número 14.759). En la segunda hipótesis, se puede proceder a la legitimación adoptiva, previa sentencia ejecutoriada que dé lugar a la pérdida de patria potestad: así el menor pasaría a ser "abandonado". María Eloísa Galarregui sostiene que la Ley número 10.674, en su artículo quinto, incorporó una nueva causal de legitimación adoptiva a las del artículo primero; que en el caso de legitimación adoptiva por los propios adoptantes no es necesaria la acción previa de pérdida de patria potestad contra los padres biológicos que hubiesen consentido la adopción. Saúl D. Cestau opina que cuando los que legitiman adoptivamente son terceros, corresponde que se haga perder la patria potestad a los adoptantes; cuando son los propios adoptantes los que legitiman, debe prevalecer idéntica solución, contra los padres biológicos, porque el artículo quinto de la Ley número 10.674: "lo único que hace es declarar compatible la legitimación adoptiva con una adopción simple anterior" y porque "de no procederse del modo indicado, les será fácil a los interesados sustraerse de la tramitación impuesta por la Ley 10.674, bastándoles, al efecto, por comen-

⁴⁷ Cestau, *op. cit.*, *supra*, nota 4, p. 210.

tación impuesta por la Ley 10.674, bastándoles, al efecto, por comenzar practicando una adopción".⁴⁸ Como los padres biológicos han perdido la patria potestad al haber consentido la adopción, sostiene este autor que corresponde darles intervención o, por lo menos, noticia, dados los efectos desvinculatorios de la familia de origen que aparejará la legitimación adoptiva.

Por nuestra parte, entendemos que debe seguirse juicio de pérdida de patria potestad contra los padres biológicos, en forma previa a la legitimación adoptiva. El consentimiento prestado a la adopción simple no significa necesariamente abandono; el artículo 5º de la Ley número 10.674 dice que la adopción simple *no obstará* a la legitimación adoptiva posterior, pero debe interpretarse que serán necesarios los otros presupuestos exigidos por la ley: abandono culpable, conveniencia para el menor, etcétera. La pérdida de patria potestad en favor de los adoptantes simples no es asimilable a la operada por sentencia ejecutoriada por la causal del inciso 7º del artículo 285 del Código Civil (abandono culpable). La legitimación adoptiva destruye los lazos parentales con la familia de origen, no sólo con los padres sino con ascendientes y colaterales y, las razones que puedan existir para consentir una adopción simple, pueden no entrañar la voluntad de perder definitivamente todo vínculo con el menor.

XIII. CONVENIENCIA PARA EL MENOR

30. La adopción ha sufrido, en las diferentes legislaciones, una evolución en el sentido de atender cada vez más a los intereses del menor. Si la adopción simple fue, en otro tiempo, una forma de legar a alguien el nombre y la fortuna, la adopción con efectos totales tiene por objeto especialmente el brindar al niño un hogar adecuado para su feliz desarrollo, sin dejar de tener en cuenta el recíproco beneficio del adoptante.

Así también el sentido de la patria potestad ha variado fundamentalmente desde la antigüedad hasta nuestros días, y, de ser un poder de disposición del padre sobre la persona y los bienes del menor, pasó a comportar un conjunto de obligaciones, con el correlato de algunos menguados derechos.

La adopción, simple o plena, otorga la patria potestad; es justo que la filosofía que, hoy por hoy, inspira a esta última, cimiente los valores sobre los que se articula la primera.

La legislación francesa exige que se contemple el interés del menor (artículo 353, inciso 1º del Código Civil; antiguo artículo 370 del Decreto-Ley del 29 de julio de 1939).⁴⁹

⁴⁸ *Idem*, p. 211.

⁴⁹ "Elle ne peut être admise que s'il y a de juste motif et si elle présente des avantages pour l'enfant."

La ley uruguaya dispone, en su artículo segundo, inciso 2º, que "Sólo se otorgará por justos motivos y existiendo conveniencia para el menor".

El juez aprecia la conveniencia atendiendo a multiplicidad de aspectos: condiciones morales de los adoptantes, clima de armonía en el hogar, afecto hacia el menor como si fuese hijo biológico, salud, situación económica que permita proveer el mantenimiento y educación del niño, sin angustias (empleo estable, nivel salarial aceptable), etcétera.

Existen algunos aspectos que pueden tenerse en cuenta para apreciar la conveniencia; pero que no constituyen por sí valores absolutos; tales son la diferencia de raza, de religión, de nacionalidad.

La Convención de Estrasburgo estipula que se debe investigar la religión de ambas partes.⁵⁰ En el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil celebrado en Argentina, ponentes nacionales abogaban por la introducción de disposiciones en que se contemple la necesidad de que no existan diferencias de religión entre adoptante y adoptado.⁵¹

Consideramos desacertado este temperamento; es el juez quien debe evaluar en cada caso concreto si un elemento como la religión incide o no en la conveniencia del menor. No es igual el caso de un recién nacido, carente de todo credo, que es acogido por una familia practicante de tal o cual religión, que el caso de un jovencito que posea ya cierta concepción espiritual susceptible de chocar con la de sus adoptantes.⁵² Tampoco es igual la realidad de un país europeo desarrollado, que la de algunos de nuestros países americanos, donde sacar a un niño de la miseria, la marginación social y un probable destino carcelario, es más importante que hacerlo católico o protestante. La ley debe ser en este punto amplia, genérica, no casuística, y debe conferir al magistrado especializado un margen de apreciación cabal, dotándolo asimismo de un aparato de colaboradores tales como psicólogos, trabajadores sociales, etcétera.

XIV. PROCEDIMIENTO

31. En Francia, la adopción con efectos plenos se autoriza por acto jurisdiccional, a solicitud de los adoptantes (artículo 353 del Código

⁵⁰ Vaz Ferreira, Eduardo, *op. cit.*, *supra*, nota 10, p. 61.

⁵¹ Rivero de Arhancet, Mabel, *op. cit.*, *supra*, nota 10, p. 29.

⁵² Nos consta —entre muchos otros— el caso particular de un comerciante de sólida posición económica, sin descendencia biológica, de religión judía, quien legitimó adoptivamente a cinco niños abandonados e indigentes, de diversas procedencias. ¿Qué otra cosa que beneficios podría acarrear a esos menores su nuevo estatuto familiar de hijos legítimos, bien nutridos, educados, y con valores religiosos, cualesquiera que éstos sean?

Civil). Es necesario el consentimiento de la familia biológica, que puede ser obviado en casos de abuso, o cuando el menor ha sido declarado judicialmente abandonado o es pupilo del Estado.

La demanda se radica en el Tribunal superior del domicilio del solicitante; el Ministerio Público es parte necesaria. El Tribunal tiene amplitud para apreciar la prueba; debe comprobar si se cumplen las condiciones legales y si existe conveniencia para el menor; cuenta con poderes inquisitivos, facultades de inspección por personas calificadas, etcétera. La sentencia se dicta en audiencia pública y no tiene necesariamente que ajustarse a la demanda: aun cuando se hubiese solicitado la adopción plena, puede decretarse la adopción simple si el juzgador estima que no se han cumplido todos los extremos legales, previo acuerdo con la parte demandante. La sentencia no tiene por qué estar fundada; es pasible de todos los recursos ordinarios y del de casación. Pueden apelar las partes y el Ministerio Público. A fin de evitar el abuso de los padres biológicos, la reforma introducida en 1966 limitó para éstos la posibilidad de interponer la tercería excluyente, excepto en caso de dolo o fraude de los adoptantes.

Una vez pronunciada la sentencia que da lugar a la adopción, se inscribe al menor en el Registro de Estado Civil del lugar de su nacimiento, dentro de un plazo de quince días, contados desde que la sentencia adquirió fuerza de cosa juzgada. La inscripción no alude en absoluto a la filiación anterior del adoptado (artículo 354 del Código Civil). Al acta de nacimiento anterior se le coloca la mención "adopción" y se considera nula.⁵³

32. En Uruguay, la legitimación adoptiva se tramita judicialmente; en Montevideo, son competentes los Juzgados Letrados de Menores y en el interior del país, los Juzgados Letrados de Primera Instancia departamentales.

La jurisdicción de menores fue creada en 1934, mediante la promulgación del Código del Niño.⁵⁴

El Juez Letrado de Menores cuenta con poderes sumamente amplios para el desempeño de sus funciones. El artículo 114 del Código del Niño establece:

Para el cumplimiento de su misión, el Juez Letrado de Menores tiene todas las facultades de los Jueces de Instrucción Criminal; puede requerir verbalmente o por escrito el auxilio inmediato de la fuerza

⁵³ Del mismo modo se procede si se trata del acta levantada en caso de menor recién nacido, abandonado y encontrado por terceros.

⁵⁴ "Para ser Juez Letrado de Menores se requiere ser ciudadano natural o legal, tener treinta y cinco años cumplidos de edad, y haber ejercido diez años la abogacía o cinco la magistratura" (artículo 112 del Código del Niño).

pública, hacer comparecer en su despacho a cualquier persona cuando lo juzgue necesario para el ejercicio de sus funciones y dirigirse a cualquier autoridad sin que contra sus prerrogativas puedan oponerse reglas o disposiciones de institución alguna.

Como se puede apreciar en la disposición transcrita, este magistrado está investido de potestades inquisitivas para la mejor averiguación de la verdad. Asimismo tiene gran discrecionalidad para fallar; pero, al contrario de lo que ocurre en Francia, sus resoluciones siempre deben estar fundadas. Los juzgados Letrados de Menores cuentan con un cuerpo de inspectores especializados,⁵⁵ que pueden realizar diligencias tales como inspecciones domiciliarias, interrogatorios a vecinos de los solicitantes, averiguaciones en los lugares de trabajo, y todo lo que el juez determine, ya sea de mandato verbal o escrito.⁵⁶

En la legitimación adoptiva el procedimiento es escrito; interponen la demanda ambos cónyuges, salvo el caso de viudo o viuda. En el mismo escrito se ofrece la prueba, por los medios acostumbrados: documental (por ejemplo las copias de las actas de nacimiento de los cónyuges y del menor, de matrimonio), testimonial, pericial, y se pide —cuando procede— la agregación de los expedientes de tenencia y/o pérdida de patria potestad.

El juez ordena el diligenciamiento de la prueba ofrecida y de cualquier otra que juzgue necesaria para llegar a un cabal conocimiento de los hechos. Se produce el informe del inspector de menores, quien levanta un acta que se agrega al expediente (inspección del domicilio de los demandantes, en especial de los espacios destinados al niño, averiguación entre los vecinos acerca del trato dado al menor, y todo lo que pueda surgir en el transcurso de la propia inspección). (Ley número 10.674, artículo 2º, inciso 7º.)

El Ministerio Público es parte obligada y también puede solicitar prerrogativas especiales, si algún elemento de hecho le mereciese dudas (artículo 2º, inciso 8º), en carácter de medidas para mejor proveer dentro de un plazo perentorio de diez días.

El juez dicta sentencia, la cual es recurrible en régimen de apelación libre, ante el Tribunal de Apelaciones en turno (no existe jurisdicción

⁵⁵ Las funciones de los Inspectores de Menores están reglamentadas por la Acordada de la Suprema Corte de Justicia No. 5013, del 5 de abril de 1974.

⁵⁶ Cuando existió juicio previo de pérdida de patria potestad contra los padres biológicos, comúnmente ya se han probado una serie de extremos, como ser: el trato de hijo que los demandantes han dado al niño, la condición de tal con que lo han presentado a sus parientes, amistades y vecinos, la atención de la salud y de la educación del menor (afiliación a mutualistas de asistencia médica, certificados de escolaridad, etcétera); con el agregado por cordón de ese expediente al de legitimación adoptiva, no se hace necesario reiterar la prueba sobre los mismos hechos.

especializada para los recursos de alzada). El fallo de segunda instancia hace cosa juzgada (artículo 2º, inciso 9º).

Se actúa en papel común y el procedimiento no causa costas. La expedición de las partidas de estado civil es gratuita (artículo 2º, incisos 11 y 12).

Con el testimonio de la sentencia ejecutoriada que autorice la legitimación la parte solicitante puede efectuar la inscripción del menor en el Registro de Estado Civil, como hijo legítimo inscrito fuera de término (artículo 3º, inciso 1º). En el acta no se hace mención alguna al juicio: su texto es el de costumbre (artículo 3º, inciso 2º). El testimonio de la sentencia se archiva.⁵⁷

Cuando se pretende legitimar a dos o más menores simultáneamente, si entre las respectivas fechas de nacimiento media un plazo menor de 180 días (término mínimo de gestación), el juez establecerá en la sentencia las fechas de nacimiento de cada niño, de modo que se haga verosímil la diferencia de edades entre hermanos legítimos (artículo 2º, *in fine*).

XV. NATURALEZA DE LA SENTENCIA QUE AUTORIZA LA LEGITIMACIÓN ADOPTIVA

33. La doctrina discrepa sobre la naturaleza de la sentencia que hace lugar a la legitimación adoptiva.

El artículo cuarto de la Ley número 10.674 expresa: "La legitimación adoptiva tendrá efectos constitutivos sobre el estado civil del menor, objeto de la misma, quien se reputará en adelante con los mismos derechos y deberes que si hubiera nacido de matrimonio."

Pero ¿qué se entiende por *legitimación adoptiva* para los efectos de este artículo? ¿Se trata de la sentencia ejecutoriada o de la inscripción del nacimiento en el Registro de Estado Civil?

Para algunos autores, la sentencia misma es constitutiva de estado civil (Sofía Álvarez de Demicheli).

Para otra parte de la doctrina, la sentencia no es por sí misma, cons-

⁵⁷ Se ha criticado —con razón— esta última parte del procedimiento, porque indirectamente puede denotar la condición de adoptivo del menor; en efecto, cuando el nacimiento de un hijo legítimo no se inscribió en tiempo en el Registro de Estado Civil, la solicitud de inscripción tardía se efectúa ante el Juzgado Letrado de Menores. El acta de nacimiento del adoptado comenzará diciendo: "Por orden del Sr. Juez Letrado de Menores . . . etcétera". Un informe de la Defensoría de Menores de 1966, proponía modificar el artículo correspondiente a la inscripción, estableciendo en cambio que el Juzgado Letrado de Menores librase oficio al de Primera Instancia en lo Civil, para que éste ordenase la inscripción y que el acta de nacimiento primitiva fuese testada, a fin de hacerla ilegible.

titutiva de estado civil: el estado de hijo legítimo se adquiere con el acta de nacimiento; la sentencia es el simple instrumento que habilita para efectuar la inscripción (Hugo E. Gatti, Mabel Rivero de Arhancet).

Se hace necesario coordinar la disposición transcrita con la norma establecida en el inciso 4º del artículo tercero de la Ley, que reza: "Realizada ésta (la inscripción) caducarán los vínculos de filiación anterior del menor, en todos sus efectos, con excepción de los impedimentos previstos en el artículo 91 del Código Civil..."

Nos inclinamos, con respecto a la naturaleza de la sentencia, por la primera posición, aunque reconocemos que la solución es dudosa; en consecuencia, pensamos que si fallecen los demandantes una vez ejecutoriada la sentencia, pero antes de la inscripción en el Registro de Estado Civil, el juez puede disponer el nombramiento de un curador *ad litem* para que efectúe la inscripción.⁵⁸

Si, una vez configurada la legitimación adoptiva, un tercero pretende impugnarla, ¿qué procedimiento debe seguir? Nada dice la ley al respecto. Rivero de Arhancet y Saúl D. Cestau están acordes en que, en caso de fraude por parte de los legitimoadoptantes, corresponde atacar la sentencia por la vía de la acción revocatoria de la cosa juzgada fraudulenta.

XVI. EFECTOS DE LA LEGITIMACIÓN ADOPTIVA

34. El Código Civil francés, en su actual artículo 355, establece que la adopción plena produce efectos desde el día de la interposición de la demanda, tanto para las partes como en relación a terceros.

Al igual que la antigua *légitimation adoptive*, es irrevocable (artículo 359). El hijo adoptivo queda completamente asimilado al hijo legítimo: tiene los mismos derechos y las mismas obligaciones que éste, según la ley. Pasa a tener el apellido del adoptante y, si se trata de un matrimonio, el del padre. A pedido de los adoptantes, el Tribunal puede establecer el cambio del nombre de pila del menor (artículo 357). El adoptante pleno entra a ejercer la patria potestad.⁵⁹

Adoptante y adoptado pasan a deberse recíprocamente prestaciones alimentarias; lo mismo ocurre entre el adoptado y sus abuelos por adopción. Los derechos sucesorios existen en la misma forma que para el

⁵⁸ "Realizada ésta (la inscripción) caducarán los vínculos de filiación anterior del menor, en todos sus efectos, con excepción de los impedimentos previstos en el artículo 91 del Código Civil. Deberá hacerse constar dicha caducidad en el acta de inscripción primitiva del menor."

⁵⁹ También podrá perder o ver limitada la patria potestad, en iguales condiciones que un padre legítimo, si se dan los presupuestos legales.

hijo legítimo. En un caso dado, la situación de adoptivo queda privilegiada con relación a la de hijo legítimo: la presencia de este último, así sea uno solo, impide legitimar adoptivamente a otro menor; en cambio la existencia de un hijo adoptivo no impide adoptar a otro u otros niños.

Con relación a la familia de origen, la adopción plena supone una total ruptura, excepción hecha de los impedimentos matrimoniales, que subsisten (artículo 356 del Código Civil).

35. En la legislación uruguaya, la legitimación adoptiva produce efectos iguales a los que apareja la filiación legítima y, en algún punto, iguales a los de la legitimación por subsiguiente matrimonio (caso de sucesión).

Los legitimantes adquieren la patria potestad, con todos los derechos y obligaciones a ella inherentes, sobre la persona y los bienes del legitimado. La misma puede acabarse, perderse (de pleno derecho o a instancia de parte) o suspenderse, según las normas del derecho común (artículos 280-285 del Código Civil). A su vez el legitimado adoptivamente tiene los mismos derechos y obligaciones de un hijo legítimo.

Los vínculos con la familia de origen se rompen totalmente, excepción hecha de los impedimentos dirimentes para el matrimonio.

El legitimado se incorpora a la familia de sus nuevos padres, sin restricción alguna. No es necesario ningún tipo de consentimiento previo ni de aprobación o ratificación por parte de los familiares. Se crea así para el legitimado un verdadero *status familiae*, y no solamente un *status filii*.⁶⁰

Como la legislación uruguaya permite legitimar adoptivamente hasta la mayoría de edad del adoptado, o sea hasta los 21 años de edad, puede darse el caso de que éste tenga a su vez descendencia, ya sea legítima o natural. La ley no aporta solución a este problema. Consideramos que el cambio de familia del legitimado incluye el de su cónyuge y el de sus hijos, si los hubiere. Y que, una vez ejecutoriada la sentencia de legitimación e inscrito el menor en el Registro de Estado Civil, debe gestionarse por vía separada, ante el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil, la rectificación de las actas de matrimonio y/o nacimiento del legitimado y de sus hijos.

La legitimación adoptiva tiene efectos retroactivos en cuanto a la filiación y a la identidad del menor: éste se considera hijo legítimo desde su nacimiento, y no a partir de la fecha de la legitimación. Pero no siempre los efectos son retroactivos; la legitimación adoptiva es constitutiva de estado civil, y algunos derechos se adquieren a partir de ella. Por ejemplo, en caso de fallecimiento de uno de los legitimantes antes

⁶⁰ Vaz Ferreira, Eduardo; *op. cit.*, *supra*, nota 10, p. 68.

de finalizado el trámite. El viudo o viuda podrán continuarlo, pero el legitimado no tiene vocación hereditaria en la sucesión intestada del causante, porque aún no era hijo en la época del fallecimiento.⁶¹

Asimismo, los legitimantes no responden por los actos ilícitos que el menor haya cometido en fecha anterior a la legitimación, salvo la responsabilidad civil que les pueda caber en cuanto guardadores (artículo 1319 del Código Civil).

La legitimación confiere los apellidos de los padres adoptantes. La ley —a diferencia de la francesa— no dice nada con relación al nombre de pila del menor, pero la jurisprudencia es acorde en conceder el cambio de nombre; en la práctica, esto se solicita casi sin excepciones, porque los legitimantes gustan dar al niño el nombre de su preferencia, o bien un nombre de tradición familiar, como un acto deliberado de reafirmación del *status familiae* del menor. La solicitud del cambio de nombre debe plantearse en la demanda y el juez debe especificarlo en la sentencia.

La legitimación adoptiva es irrevocable (artículo 3, *in fine*, Ley número 10.674), porque el legitimado adquiere una condición igual a la del hijo de sangre.

XVII. EL SECRETO

36. En los diversos países que han acogido el instituto de la legitimación adoptiva o adopción plena, la doctrina ha discutido acaloradamente sobre la conveniencia de mantener el secreto de la adopción y de la filiación primitiva del adoptado. Aún se siguen suscitando discusiones sobre el tema y las posiciones son encontradas.

En Francia, con la antigua *légitimation adoptive*, una vez obtenida ésta, se colocaba una mención al margen del acta de nacimiento del menor, acta que mantenía su validez. No cabía aquí ninguna clase de secreto. La actual *adoption plénière* introdujo la posibilidad de preservar el secreto de los procedimientos: el acta de nacimiento originaria se anula y el niño se inscribe en el Registro de Estado Civil con el nombre que surge de la sentencia de adopción, sin ninguna invocación a la filiación real. Pero no se inscribe como hijo legítimo de los adoptantes.⁶² Así que, por vía indirecta, queda al descubierto la naturaleza adoptiva de la filiación nueva, aunque se pierda el rastro del parentesco biológico.

⁶¹ Los efectos podrían compararse con los de la legitimación por subsiguiente matrimonio; por ejemplo, en caso de fallecimiento de un abuelo antes de la legitimación, el hijo legitimado hereda en esa sucesión como hijo natural.

⁶² En el sistema francés pueden adoptar aun personas solteras (*supra*, nº 17).

La ley uruguaya fue la primera en instituir el secreto total de la legitimación adoptiva,⁶³ en el doble sentido de evitar que el adoptado se entere de su verdadero origen y de que los terceros ignoren que no se trata de un hijo biológico de los adoptantes.

Las disposiciones tendientes a preservar el secreto están normadas en los artículos 2, 3 y 6 de la Ley número 10.674.

El inciso 7º del artículo 2 establece que, en caso de que el juez considere conveniente interrogar al menor durante el diligenciamiento de prueba, lo hará "en forma tal que no revele su situación".

El artículo 6 previene que "La tramitación será reservada en absoluto" y se remite al Código Penal para el castigo del infractor, sin perjuicio de la responsabilidad civil del mismo.

También dispone que "El Juzgado que entendió en el asunto podrá denegar la exhibición, entrega o agregación del expediente, en trámite o archivado. Contra su resolución no habrá recurso alguno". En la práctica, los funcionarios judiciales niegan el acceso al expediente, con excepción de los actores y del abogado patrocinante, ya acreditado como tal en los propios autos.

El mismo artículo (inciso 4º) prescribe que "Cuando el menor fuese pupilo del Consejo del Niño (*supra* no. 14) su ficha individual se destruirá conjuntamente con el expediente". Se refiere a la ficha y al expediente de la órbita administrativa.⁶⁴

El artículo 3, inciso 1º, de la ley en estudio, dispone que la inscripción del menor en el Registro de Estado Civil se hará como hijo legítimo inscrito fuera de término (ver *supra*, no. 32).

El inciso 2º del mismo artículo prohíbe que en el acta de inscripción se haga mención al juicio y ordena que su texto sea el corriente en dichos instrumentos. También prevé que se anote al nuevo hijo en la libreta de organización de la familia, al igual que se procede con los legítimos.

⁶³ El modelo uruguayo fue posteriormente acogido por otras legislaciones americanas.

⁶⁴ Código del niño, capítulo IV, del fichero-archivo central.

Artículo 17. El Consejo del Niño establecerá un fichero-archivo central, donde estarán inscritos todos los niños que tengan cualquier relación con él. Este archivo tendrá todos los índices necesarios para la búsqueda fácil y rápida.

Artículo 18. Cada niño tendrá una libreta ficha guía, en la que constarán todas las anotaciones que correspondan, indicando el número de cada servicio, vacunaciones, visitas médicas, subsidios, etc. Esta libreta será la única que debe llevar el encargado del niño y todos los datos que le interesen deberán consignarse en ella.

Artículo 19. Cada niño tendrá una ficha médico-social que no saldrá del servicio, en la que se anotará todo lo relativo desde el punto de vista médico-social. Esta ficha pasará de uno a otro servicio por intermedio del fichero-archivo central.

Artículo 20. Cada niño tendrá un número propio dado por el archivo central que le acompañará hasta la mayoría de edad.

El inciso 3º dice que "El testimonio de la sentencia se archivará en forma, dejándose constancia de haberse efectuado la inscripción mencionada."

El inciso 4º, al establecer la caducidad de los vínculos de filiación anterior del menor, dispone que "deberá hacerse constar dicha caducidad en el acta de inscripción primitiva del menor". Esto es para los efectos de que no se expidan en lo futuro nuevas copias del acta.

Saúl D. Cestau señala algunas hipótesis en las que la conservación del secreto puede verse amenazada.⁶⁵

a) En el caso del artículo 7 de la ley, o sea cuando el menor tiene derechos cuyo dominio se acredite por documento público o privado (por ejemplo, derecho de propiedad sobre un inmueble, crédito hipotecario, crédito documentado en pagarés), el actuario del juzgado insertará en ese documento constancia del cambio de nombre de su titular. También se dará cuenta al registro respectivo, cuando se trate de propiedad inmueble o constitución de derechos reales (por ejemplo, Registro de Translaciones de Dominio, Registro de Hipotecas, Registro de Prendas).

b) Cuando la revelación del origen del menor sea inevitable para evitar un matrimonio incestuoso (artículo 3º, inciso 5º, Ley número 10.674).

c) Cuando el legitimado quede excluido de una herencia abierta con anterioridad a la legitimación, ya que la misma no tiene efectos retroactivos para esta hipótesis.

d) Cuando el trámite se haga en Montevideo, y surja del acta de inscripción del nacimiento que dicha inscripción fue ordenada por el Juzgado Letrado de Menores, en lugar del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil, que es el que ordena las auténticas inscripciones fuera de término.

Y algunas otras hipótesis, ya más difíciles de presentarse en la realidad.

Un problema sumamente interesante es el relativo a la adquisición de la nacionalidad por el legítimo adoptado, en caso de tratarse de un niño extranjero. En Uruguay no se han dado casos de adopciones masivas de niños extranjeros (como ocurrió, por ejemplo, en Estados Unidos de América en 1972, en que fueron adoptados 1587 niños coreanos). Pero se han dado algunos casos aislados de legitimación adoptiva de niños cuyos familiares murieron a causa de terremotos ocurridos en vecinos países americanos. ¿La legitimación adoptiva puede otorgar la nacionalidad a la ciudadanía natural a un niño nacido en otro país y de

⁶⁵ Cestau, Saúl D., *op. cit.*, *supra*, nota 4, no. 49, p. 219.

padres extranjeros? La calidad de ciudadano natural abre el acceso a todos los cargos de gobierno, incluida la presidencia de la República. Las legislaciones no prevén este problema. En Uruguay dio lugar a que se discutiera la constitucionalidad de la ley de la legitimación adoptiva. La Convención de Estrasburgo dispone que, en caso de nacionalidades diferentes entre adoptante y adoptado, se facilitará a éstos la adquisición de la nueva nacionalidad.

Esta solución nos parece la correcta, ya que un instituto inspirado en tan nobles fines, debe asumirse hasta sus últimas consecuencias.

En cuanto al secreto en sí mismo, ha sido uno de los factores fundamentales del éxito alcanzado por el instituto; a los padres adoptantes, generalmente, se les hace esencial la posibilidad de ocultar al niño que consideran suyo, el origen de su nacimiento. Por otro lado, la realidad demuestra que el pretender mantener ese secreto puede convertirse en un factor de intranquilidad que no cese jamás. Salvo casos muy excepcionales, en que la familia adoptante esté en condiciones de trasladarse de lugar (de colonia, de provincia, etcétera) y crear toda una serie de elementos de ficción, la posibilidad de la revelación indeseada existe. Así como hemos visto a padres angustiados por la idea de que, durante el período de guarda, les quitaran al pequeño que acogieron desde su nacimiento, hemos conocido a legítimos adoptantes que ven en cada vecino al enemigo presto a revelar la verdad a su hijo; en su pequeño primo, al niño que repetirá lo que oyó decir en voz baja a sus mayores. A su vez, una revelación inoportuna puede crear en el adoptado perturbaciones psíquicas impensables, especialmente en la edad adolescente.⁶⁶

Actualmente los psicólogos aconsejan revelar la verdad al niño desde muy pequeño, del modo más natural.⁶⁷ Sería aconsejable para ello la previa educación de los padres legitimantes, al asesoramiento por profesionistas especializados; hoy en día, aun los padres biológicos tratan de capacitarse para cumplir con su misión de tales, lo mejor posible.

Ello no obstante, la solución de la Ley número 10.674 nos parece la más aconsejable; existe la posibilidad del secreto, ella lo protege por todos los modos factibles y queda al arbitrio de los padres legítimoadoptantes el resolver, según lo que les dicten sus sentimientos, su cultura, sus posibilidades reales de ocultación, el mantener el secreto con relación a su hijo.

A modo de conclusión, y como convencida adhesión al instituto juri-

⁶⁶ Muchos jovencitos han sufrido profundas crisis de identidad, angustiosas dudas sobre posibles taras hereditarias, sobre la causa del abandono de que fueron objeto, etcétera.

⁶⁷ "Decírselo antes de que pueda entenderlo; que cuando lo entienda ya lo sepa, lo haya sabido desde siempre..." nos aconsejaba un psiquiatra de gran experiencia, el doctor Jorge Galeano Muñoz.

dico de la adopción con efectos totales, citaremos estas palabras del maestro Eduardo Vaz Ferreira:

Decía Lotze que no existe nada que pueda llamarse familia, si por ella debiera entenderse solamente la formal conexión de una sucesión de estirpes: en ese sentido también, los animales y las plantas de un jardín son progenitores, hermanos, primos, pero nada tienen de tales; lo que ha de existir es la suma de los sentimientos que normalmente derivan de aquellas relaciones formales.

Las leyes sobre legitimación adoptiva y adopción plena tienen el mérito de dar primacía, sobre los vínculos meramente biológicos, a los psicológicos que verdaderamente caracterizan a la familia humana.⁶⁸

Carmen GARCÍA MENDIETA

⁶⁸ Vaz Ferreira, Eduardo, *ob. cit.*, *supra*, nota 10, p. 83.