
LA LEGITIMACIÓN ADOPTIVA EN EL DERECHO URUGUAYO

WALTER HOWARD ALANÍS

Profesor de Derecho Civil, Universidad de Montevideo

Profesor de Derecho Civil, Universidad de la República

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. A) Concepto. B) Denominación. C) Caracteres. D) Finalidad. E) Principios. F) Evolución histórica. G) Antecedentes remotos. H) Antecedentes próximos. I) Evolución nacional. J) Diferencias con las filiaciones legítima y natural. K) Comparación con la adopción. II. REQUISITOS GENERALES DE LA LEGITIMACIÓN ADOPTIVA. A) Características del régimen nacional. B) Estado civil de los legitimantes. C) Duración mínima del matrimonio. D) Edad de los legitimantes. E) Guarda o tenencia del legitimado. F) Edad del legitimado. G) Pluralidad de legitimaciones. H) Situación previa del legitimado. I) Menor abandonado. J) Menor huérfano de padre y madre. K) Hijo de padres desconocidos. L) Pupilo del Estado. LL) Menor sometido a tutela. M) El decreto-ley N° 15.210. N) Situación filial previa del legitimado. Ñ) Legitimación del hijo natural de uno de los legitimantes. O) Legitimación del hijo legítimo de uno de los legitimantes. P) Legitimación de hijo adoptivo. III. PROCEDIMIENTO E INSCRIPCIÓN. A) Caracteres del procedimiento. B) La sentencia que autoriza la legitimación. C) Inscripción de la legitimación. D) Impugnación de la legitimación adoptiva. E) La impugnación por fraude en el C.G.P. F) Reserva de la legitimación. IV. EFECTOS DE LA LEGITIMACIÓN ADOPTIVA. BIBLIOGRAFÍA. ÍNDICE ALFABÉTICO DE AUTORES.

I. INTRODUCCIÓN¹

A) Concepto

La legitimación adoptiva es, al igual que la adopción, un instituto de derecho familiar que engendra vínculos filiatorios ficticios entre legitimante/s y legitimado, pero con efectos sustancialmente más amplios, dado que este último queda emplazado como hijo legítimo de quienes, en la normalidad de los casos, no tienen con él ninguna clase de nexos biológicos. En virtud de ella, el legitimado deja de pertenecer a su familia biológica y pasa a ser considerado hijo legítimo de quienes lo legitiman (constituye pues una nueva fuente de legitimidad, tal como lo establece acertadamente el art. 213 del C.C.U. en la redacción dada por la ley N° 16.603) y por ende a formar parte de manera integral de la familia de los legitimantes. Por este motivo, se proclama con razón la naturaleza emplazatoria - desplazatoria del instituto²: a la vez que destruye

¹ La bibliografía citada a pie de página se indica más ampliamente al final. Al pie únicamente se señala el apellido del autor, el ordinal que a su obra le correspondió en el índice alfabético de autores y el número de página en el cual aparece la cita.

² ZANNONI y ORQUIN, cit. por CESTAU, *op. cit.* N° 7, pág. 196.

jurídicamente los vínculos parentales biológicos del legitimado, lo emplaza, le origina lazos filiatorios en la familia de los legitimantes. Significa, pues, que opera normalmente en forma bidireccional, en tanto que, a la vez que desplaza al beneficiario de los vínculos filiatorios que tenía, lo implanta en una nueva filiación.

La figura se fundamenta en una ficción del legislador, en el sentido de que la legitimidad del hijo no responde al hecho biológico de la procreación, sino a la voluntad de quienes asumen los roles paterno y materno. En interés mutuo de los involucrados se le atribuye mayor trascendencia a quienes manifiestan su deseo de desempeñar dichos roles que al aporte genético de los progenitores. Esta característica conlleva a que, al igual que en la adopción, exista una decisión política legislativa de tomar en consideración de manera preponderante a la volición de los sujetos como generadora de efectos filiatorios, en una materia encauzada principalmente por normas de orden público.

Asimismo, con su estatuto regulatorio, aún más que en la adopción, se procuró reproducir con una ficción los nexos biológicos que se verifican naturalmente entre padres e hijos legítimos; por ello, la petición de vínculo matrimonial presente o pasado entre los legitimantes, los requisitos de edad de los interesados, etc. [*infra* II, E), G), I)].

B) Denominación

La propia denominación del instituto determina su naturaleza jurídica mixta: es legitimación, puesto que constituye, junto a la concepción en el matrimonio, una fuente de legitimidad, pero también es adopción, en cuanto la legitimidad no sitúa su cimiento en la conjunción carnal, sino en una ficción plasmada por el legislador y esgrimida por los legitimantes para asumir vínculos filiatorios³.

Empero, desde ya es preciso puntualizar que si bien la voluntad de los legitimantes es un elemento de asistencia ineludible para la procedencia de la figura, no la concluye por sí sola. En efecto, la legitimación para su perfeccionamiento requiere la intervención de otros sujetos que actúan en diversos ámbitos. Es así que, en primer lugar, es menester que los legitimantes manifiesten su voluntad de asumir los roles de padres de un menor a pesar de inexistir vinculación biológica; volición que se trasunta en la iniciación del propio procedimiento judicial, o aún antes cuando incurren la pérdida de la patria potestad de los padres biológicos. En segundo término, urge el cumplimiento del ritualismo procesal a través del cual el órgano judicial interviniente verifica que se ha dado cumplimiento a los diversos requisitos impuestos por la ley (*infra* II). Y por último, es necesaria la intervención de la órbita administrativa del Estado, procediendo al labrado del acta de nacimiento del legitimado, en la cual va a constar su legitimidad y que —según se dirá [*infra* III, C)]— marca el momento en que la figura comienza a desplegar sus efectos, instituyendo para aquel un nuevo *status filii y familiae*.

C) Caracteres

La legitimación adoptiva se identifica, principalmente, por los siguientes rasgos:

- 1º) su naturaleza de instituto de derecho familiar, lo cual como se verá [*infra* I, E)] se traduce fundamentalmente en el carácter de orden público de sus preceptos;
- 2º) se basa en una ficción instituida por el legislador, el cual le ha concedido fuerza jurídica a la voluntad como generativa de efectos filiatorios;
- 3º) crea lazos filiatorios entre personas que normalmente no tienen vínculos biológicos de ninguna clase entre ellas;
- 4º) el legitimado adquiere el *status filii* de hijo legítimo e ingresa en la familia de los legitimantes con todos los derechos y deberes que le atribuye esa calidad (constituye, asimismo, un nuevo *status familiae*);
- 5º) los fines perseguidos por el instituto en estudio se logran a través de un procedimiento judicial voluntario de carácter reservado [*infra* III, F)].

En base a los caracteres anotados precedentemente, es posible definir a la legitimación adoptiva como el instituto de derecho familiar, que basado en una ficción y a través de un procedimiento judicial voluntario de carácter reservado; constituye una fuente de legitimidad para un menor, que deja de pertenecer perpetuamente a su familia de origen, e ingresa de manera definitiva en la familia de los legitimantes, pasando éstos a ejercer la patria potestad sobre él.

³ LEBALLE, Robert, *La legitimación adoptiva en el derecho comparado: franco-belga-uruguayo*, sostiene que era preferible la denominación de adopción legítima para el instituto, ya que 'se trata de hacer entrar en la familia legítima a un niño no procreado por quienes utilizan esta forma particular de adopción', *op. cit.* Nº 13, pág. 131.

D) Finalidad

Desaparecida la finalidad religiosa que cumplía la adopción en la antigüedad, basada en la necesidad de lograr descendencia que se ocupara del culto al hogar y a los muertos, en nuestro país, la legitimación adoptiva da satisfacción a una pluralidad de intereses involucrados: por una parte, aprovecha a los legitimantes en cuanto ven saciadas sus necesidades paterno-filiales, fundamentalmente en los casos de imposibilidad de procreación por medio de sus respectivas aportaciones genéticas; por otra parte, contempla el interés estatal, desde que evita, o por lo menos disminuye, la minoridad abandonada; pero, principalmente, se realiza el interés de menores, que generalmente se encuentran en situación de desamparo y que, en mérito a la legitimación adoptiva, pasan a formar parte de una familia sustitutiva, normalmente, integral.

E) Principios

La legitimación adoptiva se halla inspirada en una serie de principios de los cuales algunos surgen expresamente de la ley y otros se infieren de la normativa aplicable al estar implícitamente contenidos en ella. Dichos principios cumplen, primordialmente, una función auxliadora de la actividad judicial, en virtud de que permiten resolver cuestiones no contempladas con la precisión debida por la ley [vgr. determinar en qué consiste la calidad de menor abandonado: *infra* II, I)]. Dichos principios son, fundamentalmente, los siguientes:

1º) Regulación por preceptos de orden público. En general, el instituto en examen se regula por normas imperativas, inderogables, para la voluntad de los interesados o para la autoridad judicial que interviene en la legitimación. Como corolario, los interesados son libres de proceder o no a la legitimación, pero si deciden legitimar a un menor, los efectos que se generan se encuentran fijados preceptivamente por la ley. Se trata, vale decir, de aspectos sustraídos a la voluntad negocial de los particulares, al ser exclusivamente regulados por la normativa pertinente, de manera que no es posible apartarse de sus mandatos.

Del mismo modo, el quehacer judicial está enmarcado legalmente, aun cuando en circunstancias especiales se le provee de la posibilidad de actuar con alguna flexibilidad dentro del régimen instaurado, siempre que con las resoluciones que se adopten se acate la posibilidad de que legitimante/s y legitimado sean progenitor y progenie⁴.

2º) Inserción total del legitimado en la familia legitimante. Con la legitimación adoptiva, el legitimado ingresa con todos los derechos y obligaciones que corresponden a un hijo legítimo en la familia de los legitimantes, estableciéndose, por tanto, una vinculación parental no solo con éstos, sino con todos los demás integrantes de la familia. Así, será considerado hermano legítimo de otros hijos legítimos de los legitimantes, nieto legítimo de los padres legítimos de los legitimantes, etc.

Para la conclusión acabada de este propósito, se instrumentan por la ley determinadas medidas de carácter accesorio, como por ejemplo, la admisibilidad de la modificación de la fecha de nacimiento del legitimado con la finalidad de evitar su superposición con la de otro legitimado o un hijo legítimo de los legitimantes (art. 2º, inc. final de la ley N° 10.674) [*infra* II, G)]. Y en procura de esa misma finalidad es que se ha recepcionado por los tribunales el cambio de nombre de pila que tenía atribuido el menor por el que le conceden los legitimantes.⁵

Asimismo, judicialmente se ha procurado obtener esa inserción total cuidando que no se descubra el origen del legitimado mediante otras providencias no previstas por la ley, pero que contribuyen al éxito del instituto; vgr. cambiando el lugar de nacimiento verdadero por aquel en que se hallaba la madre en la época del alumbramiento⁶.

El reverso del principio es la destrucción total y definitiva de los vínculos jurídicos que unen al menor con su familia biológica, lo cual, normalmente, ha de traer aparejado, a la vez, el rompimiento de los lazos afectivos que lo unían con ella. Tal consecuencia conduce, en vinculación con el principio siguiente, a interrogarse acerca de qué debe entenderse como 'menor abandonado' para la procedencia de la legitimación [*infra* II, I)].

⁴ A vía de ejemplo, el art. 1º, inc. 2º de la ley N° 10.674, en la redacción dada por el art. 1º del decreto -ley N° 14.759, permite a la autoridad judicial, en caso de motivo fundado, cierta elasticidad respecto a la edad de los legitimantes o a la diferencia de edad entre legitimante y legitimado para la admisión de la legitimación.

⁵ Va guisa de ejemplo: A.D.C.U, T.XXVIII, f. 427, pág. 155.

⁶ L.J.U, T.XCI, caso 10.400, pág. 89: se admite cambio del lugar de nacimiento del legitimado porque la naturaleza del instituto quedaría desvirtuada en caso de que el menor fuera inscripto como nacido en una localidad del interior donde -como fácilmente podría conocer- no estaban radicados en esa época los legitimantes.

3º) La legitimación adoptiva solo tiene lugar por justos motivos y cuando existe conveniencia para el menor. Este principio que se encuentra expresamente consagrado por el art. 2º, inc. 2º de la ley Nº 10.674, es el rector en la materia. De él se desprende el interés primordial que debe satisfacer el instituto en análisis, que no es otro que el del menor a legitimar. Además, permite determinar en forma genérica, en concordancia con lo preceptuado por el art. 1º del decreto-ley Nº 15.210, los supuestos en que la legitimación adoptiva puede tener lugar, esto es, cuando la familia biológica del menor no cumpla eficientemente la protección que le corresponde sobre aquél y sea preferible su socorro por una familia sustitutiva. En efecto, la prioridad respecto a la protección del menor la tiene su familia biológica y solo en caso de *efectivo abandono* (término o situación respecto del cual -como se verá- gira toda posibilidad de legitimación) procede la inserción en una familia sustitutiva⁷.

En este sendero, judicialmente se falló que el interés del menor consiste en la salvaguardia de los derechos fundamentales de la persona humana, y en el fondo proteger y reconocerle esos derechos fundamentales como individuo. Se deben tomar en cuenta todos los elementos que se refieren a su salud física y psicológica, integrándose este concepto no solo con el interés material del niño, sino también con el moral y el afectivo.⁸

A pesar de la claridad del texto normativo y de su indiscutible finalidad es menester efectuar ciertas precisiones respecto al principio examinado. La disposición atribuye al Juez la facultad de autorizar la legitimación si hay justos motivos para que tenga lugar y existe conveniencia para el menor, pero ello no significa atribuirle al órgano decisor facultades ilimitadas o arbitrarias, sino que esas facultades solo operan dentro del marco previsto legalmente. Así, no corresponde decidir la legitimación si el matrimonio de los legitimantes no alcanza los cinco años de extensión temporal [*infra* II, C)] o si los promotores no hubieran tenido bajo su guarda material al menor por el término de un año, aun cuando en ambos casos pudiera existir conveniencia para el sujeto a legitimar.

El principio opera entonces en el sentido de que, comprobados los extremos requeridos legalmente -es obvio que sin ellos no puede otorgarse la legitimación-, el órgano judicial disfruta de la facultad de decidir si corresponde o no admitir la procedencia de la figura, es decir, si hay justos motivos y conveniencia para el menor que conlleven a borrar todo vínculo entre el menor y su familia originaria y la inserción total en una familia sustitutiva (vale decir, la constitución de un nuevo *status familiae*).

Y en ese trillo es que se han pronunciado los tribunales nativos: 'No es posible acudir al concepto de 'protección de los intereses del menor' cuando con ello se viola lo preceptuado ... Se procura naturalmente beneficiar al menor, pero bajo la óptica del legislador. No de otra manera, pues el Juez no lo sustituye ni debe hacerlo. Si se colocara en su lugar, si ampliara lo querido por él, aun cuando aquel ha sido claro y preciso, se confundirían sus roles, lo que dañaría grandemente el sistema jurídico que rige a la sociedad ...'.⁹

Y este principio también ha sido recibido en el país a través de tratados internacionales. En este rumbo, el art. 21 de la Convención Universal sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en resolución de 20 de noviembre de 1989 y que fuera incorporada al ordenamiento patrio a través de la ley Nº 16.137, de 28 de setiembre de 1990, dispone que 'Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial'.

F) Evolución histórica

Los institutos que basan la creación de un *status filii* en la voluntad de los interesados, y no en la procreación natural, tienen tanta antigüedad como los problemas que pretenden resolver. Como corolario de ello, es posible afirmar, en una perspectiva historicista, que desde que existen menores huérfanos o abandonados por sus padres biológicos a los que se ha pretendido hacer ingresar a una familia sustitutiva que los proteja, hay un vínculo adoptivo primitivo o precario -aun cuando dicha situación no estuviera regulada por el ordenamiento jurídico-. Es así que cabe estimar que la vinculación filiatoria apoyada en la voluntad, antes que categoría jurídica, constituyó una entidad lógica, basada en la realidad de los hechos que le dieron mérito (orfandad, abandono, imposibilidad de procrear). Su razón de ser originariamente es independiente de las previsiones normativas, lo cual implica que la protección de los menores por personas no vinculadas parentalmente nace por necesidades sociales intemporales y no por disposiciones de la ley.

⁷ El C.G.P. en el art. 350, párrafos 2 y 4, siguiendo la ruta trazada por las normas sobre legitimación, edita como principio rector de la actuación judicial la protección de la familia y de sus integrantes y la tutela de los intereses de menores e incapaces.

⁸ A.D.C.U, T. XXXI, f. 530, pág. 229.

⁹ A.D.C.U, T. XXXI, f. 532, pág. 230.

Por su parte, desde el punto de vista del Derecho positivo, es factible distinguir antecedentes remotos o mediatos de la legitimación adoptiva, que son principalmente aquellos que también operan como precedentes de la adopción y antecedentes próximos, inmediatos o propios de la legitimación, para los cuales es menester recurrir a lo ocurrido en Francia a partir del año 1939.

G) Antecedentes remotos

Es común que quienes analizan la legitimación adoptiva, o más precisamente su antecedente inmediato con el cual convive, la adopción, encuentren como origen del instituto factores religiosos, en especial [como se dijo, *supra* I, E)], perpetuar el culto doméstico y los muertos de la familia adoptante¹⁰.

Según cita MORAES DE REAL DE AZUA, refiriéndose a la adopción, ésta tiene antecedentes antiquísimos, ya se practicaba en la India, de allí se irradió a través de los babilonios a los hebreos, dejando huellas imborrables en las civilizaciones egipcia y fenicia, siendo ya contemplada en el Código de Hamurabi (siglo XXII A.C.)¹¹.

La adopción existió también en Atenas y según CHARNY y DE BENEDETTI¹², se caracterizó, principalmente, por los siguientes tópicos:

- 1º) el adoptado debía ser hijo de padres atenienses;
- 2º) solo podían adoptar quienes no tuvieran hijos;
- 3º) el adoptado no podía volver a su familia de sangre sin haber dejado un hijo en la familia adoptiva;
- 4º) la adopción podía revocarse por ingratitud del adoptado;
- 5º) requería intervención de un magistrado.

En el Derecho Romano es posible enumerar dos formas de adopción¹³, según que el adoptado se hallare sujeto a potestad ('*alieni iuris*') o no ('*sui iuris*')

- I) para estos últimos, el mecanismo a utilizar era la *adrogatio* o *arrogatio*, la cual podía tener lugar por acto entre vivos o por acto de última voluntad. Mediante la *adrogatio*, se tomaba como hijo a una persona que no estaba sujeta a patria potestad, requería aprobación del pueblo (los comicios curiados) y para los ciudadanos romanos un rescripto imperial. Como consecuencia de ella, el arrogado quedaba sometido a la patria potestad del arrogante;
- II) para los *alieni iuris*, el procedimiento era la *adoptio* o adopción en sentido estricto, a la cual se llegaba mediante un contrato entre el titular anterior de la patria potestad y quien asume la calidad de adoptante, pasando este último a ejercer aquélla. A partir de JUSTINIANO, se distinguía *adoptio plena* y *adoptio minus plena*: la primera confiere la patria potestad al adoptante y solo tiene lugar cuando éste es ascendiente natural del hijo o cuando el abuelo en vida de su hijo daba a su nieto en adopción a un tercero; la segunda, no confiere la patria potestad, pero sí establece una relación filial entre adoptante y adoptado, generando, incluso, algunos derechos sucesorios.

Tanto en la *adrogatio* como en la *adoptio* se exigían ciertas condiciones que, con algunos matices, se requieren en la actual legitimación adoptiva nacional; entre otros:

- 1º) diferencia de edad entre adoptante y adoptado: JUSTINIANO la fijó en 18 años para la *adoptio*. Para la *adrogatio*, se exigía 60 años de edad en el adoptante;
- 2º) el adoptado adquiriría el nombre de la familia adoptante abandonando el de su familia de origen¹⁴.

También los germanos practicaban la adopción desde tiempos antiguos, pero con una finalidad basada primordialmente en la guerra: se trataba de que el adoptado interviniera en las campañas emprendidas por el adoptante. El adoptado adquiriría el nombre, las armas y el poder público del adoptante, pero no tenía derechos sucesorios en la herencia del padre adoptivo¹⁵.

Posteriormente, se adoptaron las soluciones establecidas por JUSTINIANO para el Derecho Romano.

¹⁰ Sin embargo, en algunos períodos la adopción no cumplió fines ultraterrenales o altruistas. Según BOSSERT y ZANNONI, al redactarse *Code napoléonico*, se organizó la adopción de mayores de edad, como 'un contrato -a través del cual se unían familias de viejo abolengo y perdida fortuna con familias plebeyas de riqueza reciente- y no (como) un medio de protección a la infancia', *op. cit.* N° 5, pág. 361.

¹¹ MORAES DE REAL DE AZUA, *op. cit.* N° 14 pág. 11.

¹² CHARNY y DE BENEDETTI, *op. cit.* N° 8, pág. 499.

¹³ La situación de la adopción en el Derecho Romano es estudiada por pluralidad de autores, entre otros, son recomendables: a) ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martín, *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Tomo IV, vol. 2º, pág. 152 y ss; b) JÖRS, Paul y KUNKEL, Wolfgang, *Derecho Privado Romano*, pág. 416 y ss; c) CHARNY, Hugo y DE BENEDETTI, Wesley, *op. cit.* N° 8, pág. 500 y ss.

¹⁴ Pero a pesar de ciertas semejanzas, es posible constatar pronunciadas diferencias entre la adopción romana y la del Derecho nacional. A guisa de ejemplo: las mujeres al no ser *sui iuris*, no podían adoptar; solo podían adoptar quienes pudieran generar hijos, no así los castrados y los impúberes; sí podían adoptar los impotentes, por cuanto su incapacidad podía cesar por acción de la naturaleza.

¹⁵ CHARNY y DE BENEDETTI, *op. cit.* N° 8, pág. 501.

H) Antecedentes próximos

El antecedente inmediato de la ley matriz uruguaya de legitimación adoptiva es el decreto - ley francés de 29 de julio de 1939, modificado por la ley de 8 de agosto de 1941, que corrigió muchas de sus imperfecciones.

En los principales aspectos diferenciales con la legislación nacional, dichas normas preveían que:

- 1º) la legitimación adoptiva solo podía realizarse por cónyuges (no preveía la posibilidad de legitimar por viudos o divorciados) con una duración mínima del matrimonio de 10 años;
- 2º) uno de los legitimantes, por los menos, debía haber alcanzado los 35 años de edad;
- 3º) el legitimado no podía tener más de 5 años de edad;
- 4º) los legitimantes no debían tener hijos, ni descendencia legítima;
- 5º) la legitimación adoptiva realizada se anota al margen de la partida de nacimiento, lo cual le confería cierta publicidad.

I) Evolución nacional

La ley madre en materia de legitimación adoptiva es la Nº 10.674, de 20 de noviembre de 1945, la cual tiene como antecedente inmediato en el Derecho comparado el decreto - ley francés de 29 de julio de 1939 y la ley de 8 de agosto de 1941, ya referidos.

La iniciativa para su sanción correspondió al senador **Martín Recaredo ECHEGOYEN**, quien presentó el proyecto correspondiente el 3 de noviembre de 1941, el cual fue aprobado en la siguiente Legislatura con algunas modificaciones, siendo dicha ley la que sirviera de modelo a otras legislaciones americanas que luego acogieron el instituto.

Posteriormente, otros textos legales regularon y modificaron determinados aspectos del instituto elaborado en 1945. A saber, principalmente:

- I) la ley Nº 12.486, de 26 de diciembre de 1957, que disminuyó la diferencia de veinte años que debía existir entre legitimantes y legitimado, sustituyéndola por márgenes diferenciados en base al sexo: se exigió una diferencia de diecisiete años respecto al legitimado en el caso del hombre y de quince años con referencia a la mujer;
- II) el decreto - ley Nº 14.759, de 5 de enero de 1978, que:
 - a) restringe la diferencia de edad entre legitimantes y legitimados a quince años sin tener en cuenta el sexo del legitimante, admitiendo, además, que el Juez pueda decidir la legitimación adoptiva cuando no se alcance dicha diferencia;
 - b) permite la legitimación del hijo natural de uno de los legitimantes por parte del reconociente y su cónyuge;
 - c) establece el plazo de un año como exigencia mínima temporal en la durante la cual los legitimantes debieron ejercer la tenencia del menor, reduciéndolo de los tres años que exigía la ley matriz;
 - d) admite que en casos excepcionales puedan legitimar menores de treinta años.
- III) la ley Nº 16.108, de 27 de marzo de 1990, que autoriza la legitimación adoptiva del hijo legítimo de uno de los legitimantes, conjuntamente con su cónyuge, en caso de que el otro padre legítimo haya hecho abandono del menor y perdido la patria potestad.

Por otra parte, si bien la ley primigenia estableció que solo podían ser legitimados los menores de hasta dieciocho años, diversas disposiciones permitieron la legitimación adoptiva de mayores. En efecto, las leyes números 11.359, 11.801, 12.486, 13.209, 13.636 y 14.002 y el decreto - ley Nº 14.152 admitieron la legitimación de mayores de edad, posibilidad que se mantuvo hasta el 31 de diciembre de 1974.

El futuro normativo en la materia parece indicar que todo lo relativo a legitimación adoptiva será regulado por el Código de la Niñez y Adolescencia, proyectado por el Poder Ejecutivo y presentado al Parlamento en junio de 1997. Dicho proyecto opera como consolidador de la normativa, en mérito a que se derogan la pluralidad de normas existentes y se recogen en su texto con algunas modificaciones (v. principalmente, arts. 128 a 133 y 204).

J) Diferencias con las filiaciones legítima y natural

En las filiaciones legítima y natural hay un elemento común del cual emergen los vínculos filiatorios: la procreación, sea dentro o fuera del matrimonio.

En la legitimación adoptiva, las relaciones que se generan proceden de la voluntad, del querer individual. Se trata de un estatuto en el que se le da aptitud a la volición para generar un nexo filial: prevalece el concepto jurídico y moral del término 'padre' frente al criterio biológico.

Y la diferencia expuesta no es cuestión baladí, dado que es susceptible de arrogarse trascendencia en todos aquellos casos en que se incoe una acción de estado civil en la cual sea preciso verificar la presencia de un nexo genético entre quienes tienen atribuido un vínculo filiatorio.

En ese sentido y a vía de ejemplo, si bien es admitido por la doctrina que puede desconocerse la paternidad por la impotencia accidental de quien tiene atribuido el *status* de padre (argumento *a contrario sensu* del inc. 1º del art. 218), es corolario lógico de la distinción mencionada que esa acción solo es procedente cuando la filiación legítima se deriva de la procreación y no en caso de que tenga como sostén una legitimación adoptiva.

Del mismo modo, la acción de impugnación de maternidad disciplinada por el art. 224 solo es admisible en caso de que el ligamen filiatorio se cimiente en la procreación y no cuando tiene por pilar una filiación basada en la voluntad.

En cualquiera de estas hipótesis, la regular conclusión de un procedimiento de legitimación adoptiva desbarata los intentos para provocar la caída del *status* filiatorio de que disfruta el legitimado. Y la razón para ello es cristalina: esos accionamientos tienen por misión destruir una filiación derivada de vínculos biológicos, por lo que son impotentes para perturbar los lazos que tienen una fuente diversa, como lo es la volición de los legitimantes.

K) Comparación con la adopción

La legitimación adoptiva y la adopción tienen en común, como rasgo principal, el de que ambas son consecuencia de una previsión (ficción) legal que, prescindiendo del hecho biológico de la procreación, admite que determinado sujeto sea considerado como padre o madre de otro o que, por lo menos, desempeñe tales roles. La ley le asigna trascendencia a la voluntad para ser generativa de nexos filiatorios, asumiendo que para determinadas ocasiones debe preferirse el querer individual a la procreación para atribuir esos vínculos.

Pero precisamente por tratarse de vínculos filiatorios ficticios, en los cuales no interviene la procreación como generativa de filiación, es dable apreciar que la ley ha tratado de disimular la ausencia de esa vinculación biológica y para ello ha recurrido a exigencias que hagan posible la creencia de que el legitimado/adoptado proviene de su legitimante/adoptante; vgr. las diferencias de edad que se requieren en cada instituto.

Asimismo, en ambos casos, se otorga mayor trascendencia a la conceptualización social de 'padre' que a la noción biológica y por ello, se confiere la patria potestad a quienes asumen los roles paterno y materno.

Empero, sin perjuicio de dichas equiparaciones, son diversas las diferencias entre ambos institutos¹⁶. Sinópticamente, a saber:

1º) En cuanto a sus efectos, la legitimación adoptiva confiere al legitimado una filiación nueva, constituye una fuente de legitimidad, que sustituye totalmente a la de origen, de forma que deja absolutamente de pertenecer a su familia originaria, desapareciendo todos los vínculos de parentesco que tenía con ella (art. 3º, inc. 5º de la ley Nº 10.674). Ello ha motivado que en el Derecho comparado en general se asumiera la denominación de adopción plena para nuestra legitimación adoptiva.

En la adopción, en cambio, el adoptado no pierde sus nexos parentales con su familia biológica, sino que, por el contrario, continúa perteneciendo a ella (art. 249, inc. 1º del C.C.U.). Una manifestación de lo expuesto es lo que ocurre en materia de patria potestad, en virtud de que en situaciones de interdicción, desaparición o muerte de los adoptantes, el instituto de protección retrovierte a los padres biológicos (art. 249, inc. 3º del C.C.U.), lo cual no acaece en la hipótesis de que dichos sucesos ocurran respecto de los legitimantes, en cuyo caso los padres biológicos no volverán a ejercer la patria potestad, sino que el menor será sometido a tutela.

2º) En lo referente a la forma de cada instituto, la legitimación adoptiva se logra a través de un procedimiento judicial de carácter voluntario (art. 2, inc. 1º de la ley Nº 10.674); mientras que la adopción se perfecciona mediante escritura pública (art. 248, inc. 1º del C.C.U.).

Sin embargo la diferencia tiende a desaparecer, puesto que, de aprobarse el Código de la Niñez y Adolescencia, la adopción -de acuerdo al art. 125- se obtendrá luego de un procedimiento judicial de carácter voluntario.

¹⁶ Puede verse al respecto, entre otros, BAGDASSARIAN, *La adopción simple y algunos de sus aspectos*, op. cit. Nº 4, pág. 71.

- 3º) Con respecto a la publicidad, la legitimación adoptiva es reservada [art. 6º de la ley matriz: *infra* III, F)], mientras que la adopción es pública, como la escritura por la cual se obtiene. De ello se derivan diferencias en cuanto a la forma de inscripción de cada una en el Registro de Estado Civil: la adopción se inscribe en el Libro de Adopciones que lleva la Dirección General de dicho Registro y se anota al margen de la partida de nacimiento del adoptado (art. 248, inc. 1º del C.C.U.); en cambio, la inscripción de la legitimación adoptiva se efectúa como la de un hijo legítimo inscripto fuera de término, sin mención alguna del procedimiento de legitimación, quedando prohibida la exhibición de la partida originaria (art. 3º de la ley Nº 10.674).
- 4º) En relación a los sujetos que intervienen en cada institución: pueden legitimar adoptivamente los cónyuges, los viudos o viudas y los divorciados o divorciadas, nunca un soltero (art. 1º, incs. 2º y 3º de la ley Nº 10.674); en cambio, puede adoptar cualquier persona que cumpla las condiciones requeridas, sin importar su estado civil (art. 243 del C.C.U.). Por otra parte, el legitimado debe ser un menor de edad, mientras que puede adoptarse tanto un menor como un mayor de edad. Concurren, además, variadas diferencias en lo concerniente a los límites etarios exhortados en cada figura: a) tanto en la adopción como en la legitimación adoptiva, los adoptantes deben tener al menos treinta años de edad, pero en la segunda, esa exigencia puede ser morigerada por los jueces, mientras que ello no es posible en la adopción; b) en ésta se demanda que el adoptante tenga al menos veinte años más que el adoptado, entretanto en la legitimación la diferencia es de quince años, sin perjuicio de que esa diferencia sea reducida como informa el art. 1º de la ley matriz; c) mientras en la adopción se requiere para su procedencia una tenencia del menor por el plazo de dos años, en la legitimación ese plazo se reduce a un año.
- 5º) En cuanto a la posibilidad de revocación, la legitimación adoptiva es irrevocable (art. 3º, inc. final de la ley Nº 10.674), entretanto que la adopción puede ser objeto de revocación cuando existan motivos graves (art. 251 del C.C.U.).
- 6º) En lo referente al apellido del legitimado, éste adquiere el de la familia legitimante, desde que ingresa absolutamente a ella; en cambio, en materia de adopción, excepcionalmente el adoptado adquiere el apellido del adoptante (art. 249.1 del C.C.U.)¹⁷.
- 7º) Con respecto a la vocación hereditaria: en el caso de la legitimación adoptiva, al adquirir el legitimado el *status iuris* de hijo legítimo de los legitimantes rigen las normas sobre filiación legítima en materia de sucesión hereditaria; por ende, tanto legitimado como legitimante son herederos forzosos en forma recíproca, aquél se halla en el primer orden de llamamiento y éste en el segundo, etc. En cambio, la adopción coloca al adoptado en el tercer orden de llamamiento respecto al adoptante y a éste en el cuarto orden respecto de aquél (arts. 1027 y 1028 C.C.U.), sin tener, por supuesto, el carácter de legitimarios. El Proyecto de Código de la Niñez y Adolescencia mejora los derechos sucesorios derivados de la adopción, pues el art. 123, parágrafos 5 y 6 prevé que los adoptados ingresan en el segundo orden de llamamiento y los adoptantes en el tercero. Además, será facultativo de los padres adoptantes conceder por testamento a los adoptados los derechos sucesorios que corresponden a los hijos propios.
- 8º) En lo concerniente al matrimonio, la legitimación provoca que el legitimado sufra el impedimento dirimente de parentesco tanto frente a la familia legitimante como respecto a su familia biológica (arts. 91 ords. 4º y 5º del C.C.U. y 3º inc. 4º de la ley Nº 10.674); mientras que la adopción no constituye impedimento dirimente para el matrimonio entre adoptante y adoptado y éste solo conserva los impedimentos en su familia biológica.

II. REQUISITOS GENERALES DE LA LEGITIMACIÓN ADOPTIVA

A) Características del régimen nacional

El instituto de la legitimación adoptiva tal como se encuentra previsto por ordenamiento jurídico patrio tiene una detallada regulación de los aspectos personales de quienes han de asumir los roles de legitimante/s y

¹⁷ En cuanto al apellido del adoptado, el principio general es que al apellido propio del adoptado se le agrega el del adoptante; el adoptado solo adquiere el del adoptante, sustituyéndolo por el de su familia biológica, excepcionalmente, si aquél es hijo natural y hay acuerdo de partes en la sustitución. En el Proyecto de Código de la Niñez y Adolescencia (art. 75.6 inc. 2º) se prevé para los menores de hasta doce años que si la adopción es realizada por una sola persona su apellido sustituirá al originario. Para los mayores de dicha edad, el inc. 3º del mismo artículo remite a las normas de adopción (art. 123.2) que mantiene las soluciones dadas por el art. 249 del C.C.

de legitimado. Dentro de las exigencias a que están sometidos los interesados, son perceptibles determinados requisitos que la ley juzga invulnerables para los sujetos o para el Juez interviniente (vgr. la minoría de edad del legitimado o la existencia de un matrimonio actual o pasado entre los legitimantes), mientras que por otro lado, se han previsto condiciones con cierta elasticidad, dado que, si la autoridad judicial lo estima oportuno, pueden ser restringidas (vgr. edad de los legitimantes).

Como se vio [*supra* I, E)], las normas regulatorias del instituto son de orden público, como lo son, en general, todas las que rigen la filiación y el estado civil de las personas. De ahí que los interesados tienen absoluta autonomía para ingresar al régimen legitimando adoptivamente un menor, pero en caso de que lo hagan, la ley prescribe en forma inexorable, irrenunciable, los efectos que la nueva situación jurídica genera. *Ab initio* existe libertad para internarse o no en el régimen previsto legalmente, pero una vez que se ha optado por incorporarse a él, el orden jurídico gobierna imperativamente, en forma inderogable, el *status iuris* que enlaza a legitimado y legitimantes.

B) Estado civil de los legitimantes

En virtud de que la legitimación adoptiva constituye fuente de legitimidad (art. 213 del C.C.U.) se demanda que quienes pretendan proceder a ella estén o hayan estado unidos en matrimonio. Por esa razón, cabe eliminar *in limine* a los solteros y a quienes conforman una relación concubinaria¹⁸ como beneficiarios del instituto.

Conforme a los incs. 2º y 3º del art. 1º de la ley N° 10.674, en la redacción dada por el decreto - ley 14.759, pueden asumir la calidad de legitimantes:

- A) dos cónyuges que cuenten con cinco años de matrimonio¹⁹ que hubieran tenido al menor bajo su guarda o tenencia durante un término no inferior a un año;
- B) el viudo o la viuda;
- C) los esposos divorciados cuando medie conformidad de ambos.

En estos dos últimos casos -de acuerdo al texto del artículo 1º, inc. 3º de la ley- se impone que el plazo de guarda o tenencia de un año haya comenzado durante el matrimonio y se complete luego de la disolución del vínculo. Por supuesto, que a pesar de la impropia redacción de la disposición y con mayor razón, la legitimación también tiene lugar cuando la guarda o tenencia del menor se inicia y completa durante la vigencia del vínculo matrimonial.

C) Duración mínima del matrimonio

El fundamento de la exigencia -acorde a lo sostenido por la doctrina nacional²⁰ - radica en procurar que la legitimación sea llevada a cabo por personas que han demostrado la estabilidad de su matrimonio. Sin embargo, a pesar de la preceptividad de este parámetro cronológico, es frecuente que se solicite la legitimación adoptiva por interesados que no han cumplido con él.

Los tribunales nacionales frente a dichas solicitudes no han sido unánimes en la resolución de cuestión. En sentencia dictada por el Juez Letrado de Primera Instancia de Tacuarembó SANTA ROSA, se amparó la solicitud de legitimación adoptiva por parte de un matrimonio que si bien no tenía una duración de cinco años, como lo exige la ley, acreditaron que vivieron en concubinato durante más de dieciséis años.²¹

En cambio, para el Juez Letrado de Familia MONSERRAT si no se verifica dicho extremo temporal no procede la legitimación^{22, 23}. En similar sentido, el Tribunal de Apelaciones de Familia de Primer Turno consideró que admitir la legitimación en esos supuestos significa desconocer lisa y llanamente el texto referido. Sin perjuicio de ello, por razones de economía procesal (para evitar un nuevo juicio respecto a la misma situación), dictó una *sentencia condicional o a futuro* (art. 11.3 *in fine* del C.G.P.), autorizando la inscripción de la legitimación adoptiva cuando se cumplan los cinco años de matrimonio que requiere la ley.²⁴

¹⁸ V.A.D.C.U, tomo XXI, f. 587, pág. 214: se rechazó la legitimación adoptiva solicitada por dos concubinos, en cuanto la ley exige que se trate de cónyuges. Ello resulta conceptualmente lógico desde que la legitimación constituye una fuente de legitimidad, la cual en modo alguno puede emanar de un concubinato.

¹⁹ Estimo que si el matrimonio es nulo, conforme al art. 210 del C.C.U, en la redacción dada por la ley N° 16.603, el legitimado igualmente mantiene el *status filii* de hijo legítimo que ya logró.

²⁰ V.CESTAUI, *loc. cit.*, N° 7, págs. 201 y 202; GATTI, *loc. cit.*, N° 11, pág. 260.

²¹ L.J.U, T. CVI, caso 12.222, págs. 147 y 148.

²² Pub. en Anuario Jurídico de Familia, N° 1, ficha 67, pág. 62.

²³ En la misma senda, v. A.D.C.U, T. XX, ficha 416, pág. 113, T. XXIX, f. 426, págs. 154 - 155 y T. XXXI, f. 528, pág. 228.

²⁴ L.J.U, caso 12.363, T. CVII, págs. 183 - 185.

La decisión de la cuestión acerca de si cabe la disminución del plazo de cinco años de duración del matrimonio a efectos de legitimar adoptivamente puede analizarse desde un doble punto de vista: el del Derecho Positivo vigente y el de la conveniencia de las soluciones que el mismo impone.

Desde el primer punto de vista, por aplicación de los principios '*dura lex, sed lex*' y '*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*', la solución no puede ser otra que la exigencia del cumplimiento de los cinco años de matrimonio para la admisión de la legitimación, sin perjuicio del dictado de una sentencia condicional o a futuro, como lo hizo el Tribunal en el caso aludido precedentemente. Ello se deriva de que la ley no ha permitido al órgano judicial excepcionar el cumplimiento de dicho plazo, como sí lo hizo respecto de otras exigencias (vgr. edad de los legitimantes).

Con respecto a la conveniencia de la disposición, ella no parece adecuada en virtud de variadas razones. En primer lugar, resulta una incongruencia de la ley que la duración quinquenal del vínculo matrimonial solo se inste cuando ansien legitimar dos cónyuges y no en caso de que la legitimación se intente por personas ya no unidas en matrimonio (viudos²⁵, divorciados). Véase que el inc. 2º del art. 1º de la ley Nº 10.674 no contiene reivindicaciones temporales respecto a la duración del matrimonio previo en cuanto al viudo o divorciados.

En segundo término, resulta incompatible con el estado social actual, que aun cuando se exija el término referido, no se permita agregar para su cómputo la existencia de un concubinato '*more uxorio*' previo prolongado, ya que en ese caso la estabilidad de la pareja que se ha dado como *ratio iuris* de la exigencia desaparece^{26 27}.

En tercer lugar, sería provechoso que se confiara al órgano judicial interviniente la facultad de rebajar el plazo fijado legalmente, en caso de que existieran justos motivos.

D) Edad de los legitimantes

El inc. 2º del art. 1º de la ley Nº 10.674 peticona el cumplimiento de diversas exigencias temporales respecto a la edad mínima de los legitimantes; así, se requiere que sean mayores de treinta años y que tengan por lo menos quince años más que el menor²⁸. Ambos requisitos se reclaman en virtud de que con la legitimación adoptiva se procura reproducir, mediante la ficción creada por el legislador y aceptada por los interesados, lo que acaece en la filiación originada en la procreación. Para la obtención de ese resultado, se intentan mantener las diferencias cronológicas que existen entre progenitores y progenie.

Pero las exigencias aludidas no tienen el carácter de impedimentos absolutos, dado que el precepto adjudica cierta elasticidad al órgano judicial interviniente, evitando, de ese modo, que se transformen en una barrera insalvable que impida la legitimación. Así, el Juez por motivo fundado y expreso podrá otorgar la legitimación adoptiva cuando uno o los dos cónyuges no alcancen la diferencia de edad requerida, siempre que dicha diferencia admita razonablemente que los legitimantes puedan ser progenitores del legitimado. También en casos excepcionales el órgano judicial -si no mediare oposición del Ministerio Público-, puede admitir la legitimación si uno o los dos cónyuges no fueran mayores de treinta años^{29 30}.

²⁵ En este trillo: A.D.C.U, T XXXI, f. 529, págs. 228 - 229.

²⁶ Es diáfaramente constatable, además, una indudable evolución en la consideración de la relación concubinaría: desde considerarse como un hecho inmoral y sin trascendencia jurídica hasta relación generatriz de derechos en mérito a la creación jurisprudencial, principalmente.

Se puede citar, a propósito, la admisibilidad de las reclamaciones entre concubinos basados en el enriquecimiento sin causa o en la sociedad de hecho, la posibilidad de reclamación por uno de los concubinos por el daño moral que le aparea el fallecimiento del otro, aun cuando éste fuera matrimonial, la trascendencia que la ley Nº 16.081 le confiere para el nacimiento de los derechos reales de habitación y uso a favor del viudo, etc.

²⁷ Es oportuno precisar que se presentaron en la órbita parlamentaria al menos dos proyectos de ley tendientes a modificar determinados aspectos de los regímenes de legitimación adoptiva y adopción entre los que se halla el referido a la duración previa del matrimonio.

En el primer proyecto (Carpeta Nº 620, de 1995), cuya iniciativa correspondió a los representantes nacionales CORBO, GARCIA DUCHINI y SARALEGUI se exige para legitimar que los cónyuges hayan estado matrimonialmente por tres años, pudiendo computarse para alcanzar dicho plazo el concubinato previo que '*hubiere sido estable, singular y público, compartiendo la vida en común*'.

En el segundo proyecto (Carpeta Nº 1123, de 1996), propuesto por el representante FERREIRA CHAVES, también se reduce el plazo de matrimonio a tres años y se permite que se compute para alcanzarlo el concubinato estable previo.

Resulta preferible el primero de ambos proyectos, ya que, siguiendo la senda de la ley Nº 16.081, de 18 de octubre de 1989, conceptualiza las condiciones que debe tener el concubinato para ser apto para complementar el plazo de matrimonio requerido para la procedencia de la legitimación. No parece oportuno, en cambio, el requerimiento únicamente de un '*concubinato estable*' -como lo hace el segundo proyecto-, ya que ello podría conllevar a la admisión de una relación concubinaría que fuera clandestina, que no tuviera la característica de singular o en la cual no existiera comunidad de techo y lecho.

El Proyecto de Código de la Niñez y Adolescencia -art. 129.1- establece el plazo de duración del matrimonio en cuatro años.

²⁸ Con respecto a la diferencia de edad, la ley Nº 10.674 exigía que los legitimantes tuvieran veinte años más que el legitimado.

La ley Nº 12.486 estableció parámetros etarios diferenciales: el marido debía tener, por lo menos, diecisiete años más que el legitimado y la esposa quince años más, aun cuando se le atribuía la posibilidad al Juez de otorgar la legitimación adoptiva si uno o ambos cónyuges no alcanzaban tal diferencia. El decreto -ley Nº 14.759 fija la diferencia en quince años tanto para el hombre como para la mujer.

²⁹ V. correcta aplicación de la normativa al respecto en A.D.C.U, T XX, ficha 417, pág. 113.

³⁰ En los proyectos mencionados en nota 27 se propone reducir la edad requerida para legitimar a veinticinco años. El Proyecto de Código de la Niñez y Adolescencia mantiene los parámetros temporales del decreto -ley Nº 14.759.

Llama la atención la circunstancia de que los requisitos etarios señalados no se peticionen en caso de que la legitimación adoptiva la promuevan el viudo o viuda o los esposos divorciados. En dichos supuestos la ley no ha previsto límites, por lo que parece inapropiado que ellos sean instados judicialmente. Sin embargo, atendiendo a la naturaleza y finalidad del instituto hay un extremo que debe reputarse infranqueable y es el de que la edad de los legitimantes y la diferencia de edad con respecto al legitimado admitan razonablemente que éste pueda ser progenie de aquéllos.

Asimismo, resulta incoherente con la finalidad perseguida por la ley, de respetar los parámetros cronológicos como acaece en la procreación natural, que no se hayan establecido edades máximas para proceder a la legitimación. En efecto, la ley no ha limitado la posibilidad de legitimar en virtud de la elevada edad de los legitimantes, aun cuando ésta haga inverosímil que el vínculo filial se base en la naturaleza.

E) Guarda o tenencia del legitimado

La ley matriz de legitimación adoptiva estatuyó un plazo de guarda o tenencia mínimo de tres años, el cual fue abatido por el decreto - ley N° 14.759 a un año. En caso de que legitime un viudo o viuda o los esposos divorciados, la ley admite que, aun cuando el plazo de un año no se haya completado durante el vínculo matrimonial, haya comenzado durante su vigencia y se complete luego de disuelto.

El texto legal emplea los términos guarda o tenencia como sinónimos, lo cual es correcto si entendemos que se refiere a la *guarda material*, también llamada *tenencia*. Ello por cuanto, como sostiene la mejor doctrina, la guarda jurídica pertenece a quienes ejercen la patria potestad hasta tanto se declare su pérdida; mientras que la tenencia, a diferencia de aquella que es inherente a la patria potestad, implica la relación directa e inmediata con el menor y puede estar radicada en los propios progenitores o en terceros.

El fundamento de la exigencia estriba en la posibilidad de comprobar por la relación de legitimantes y legitimado durante el término antedicho la compatibilidad entre ellos, previamente a la adopción de una medida que irrevocablemente incorpore al menor a la familia sustitutiva. Constituye también una demostración de los interesados respecto a su aptitud para el desempeño de los roles paterno-materno. Para CESTAU es un período de tuición mínimo, de prueba, que permite apreciar si el menor está o no ligado a los legitimantes como un verdadero hijo legítimo³¹.

El plazo mínimo de tenencia fue reducido a un año por el decreto-ley N° 14.759, ya que la ley N° 10.674 lo había establecido en tres años, parámetro que fue mantenido por la ley N° 12.486. De similar manera, el C.C.U. establecía en su art. 285 ord. 7° que la patria potestad se perdía por el abandono culpable que hicieran los padres de sus deberes por el plazo de tres años, tópicamente que fue reducido a un año por el decreto - ley N° 14.766. Empero, a pesar de la equiparación de ambos plazos en un año, no deben confundirse, desde que la tenencia por ese plazo por parte de quienes pretenden proceder a la legitimación no implica necesariamente que tenga lugar la pérdida de la patria potestad por la causal de abandono. En efecto, puede ocurrir que aquellos tengan consigo al menor por entrega de sus progenitores, pero que no se haya producido abandono, esto es, que subsistan los vínculos afectivos, materiales, etc. de la familia biológica con el menor que se pretende legitimar³².

Pero ambos plazos pueden yuxtaponerse al ser posible que comiencen a computarse en momentos próximos, vgr. en caso de que el menor sea abandonado y dentro del plazo de un año se entregue su tenencia a quienes pretenden legitimarlo.

F) Edad del legitimado

La ley N° 10.674 estableció que solo podían ser beneficiarios del instituto los que no hubieran cumplido dieciocho años. Además, dispuso que por el plazo de dos años podían ser legitimados los mayores de edad, lo cual fue prorrogado por diversas leyes [*supra* I, 1)], que en la actualidad han perdido su vigencia.

El decreto - ley N° 14.759 modificó la situación imperante y dispuso que el beneficiario no podía ser mayor de edad, por lo que estableció como límite de la legitimación adoptiva los veintiún años. Actualmente, en mérito a la ley N° 16.719, que disminuye la mayoría de edad a los dieciocho años, éste es el límite para asumir la calidad de legitimado. Por otra parte, como se vio [*supra* II, D)], el legitimado debe ser por lo menos quince años menor que los legitimantes, sin perjuicio de la posibilidad de reducción judicial de esa diferencia.

³¹ CESTAU, *op. cit.* N° 7, pág. 203.

³² En tal sentido, v.L.J.U, caso 10.314.

Una situación especial se exterioriza cuando el sujeto que se pretende legitimar alcanza la mayoría de edad durante la tramitación del procedimiento, sea el propio de legitimación adoptiva, o el eventualmente previo de pérdida de la patria potestad.

Ante los tribunales patrios se presentó el siguiente caso³³:

- 1º) la parte actora inició juicio de pérdida de la patria potestad contra los padres de un menor, previo al procedimiento de legitimación adoptiva, obteniendo al respecto una sentencia que declaró dicha pérdida;
- 2º) cuando se iniciaron los trámites de legitimación adoptiva, quien se pretendía legitimar alcanzó la mayoría de edad, por lo que el Juez de Primera Instancia denegó la misma, compartiendo el dictamen expuesto por el Fiscal, en cuanto se sostuvo que la legitimación adoptiva se perfecciona con el acto solemne de la inscripción del nacimiento ante el Oficial del Registro de Estado Civil (en ese momento nace el nuevo estado civil y caduca el anterior): por lo que, la minoría de edad requerida por la ley debe existir en ese momento, ya que si así no ocurre, se impone la solución denegatoria de la petición;
- 3º) para el Tribunal de Familia de Primer Turno, respecto al cual se apeló la sentencia de primera instancia, la solución del problema debe atender a si caducó o no la posibilidad de solicitar la legitimación adoptiva. Para la ley, -según el Tribunal- al llegar a la mayoría de edad caduca la posibilidad de accionar para beneficiarse del instituto. Por ende, solo cabe sostener que ha caducado la acción, cuando la misma se interpone extemporáneamente, es decir, cuando ha vencido el plazo para interponerla; por lo que, luego de interpuesta aquella (a pesar de que se arribe a la mayoría de edad), queda excluida la posibilidad de invocar la caducidad. Ésta solo está relacionada con la iniciación del trámite correspondiente (o de un trámite necesario previo, como el de pérdida de la patria potestad con fines de legitimación adoptiva); y nunca opera si el lapso previsto para que se consume la caducidad se cumple con posterioridad a la promoción de la demanda inicial. Por lo tanto, en segunda instancia se revocó la sentencia recurrida y se hizo lugar a la legitimación adoptiva.

Debe reputarse adecuada la solución adoptada en segunda instancia, en razón de que la demora en la resolución del procedimiento judicial de legitimación no puede operar como causal de pérdida de la posibilidad de llevar a cabo aquélla. Por ende, en caso de que se alcance la mayoría de edad durante los procedimientos, resulta acertado admitir que es menester tener en cuenta la edad al momento de la iniciación del trámite. Además, la legitimación no solo adquiere trascendencia tratándose de menores, sino que su importancia sobrepasa la minoridad, ya que -como se verá (capítulo IV)- genera, entre otros, derechos hereditarios recíprocos, derecho al apellido de los legitimantes para el legitimado y en definitiva, una vinculación integral con la familia legitimante.

G) Pluralidad de legitimaciones

El inc. final del art. 2 de la ley N° 10.674 se refiere a la posibilidad de que se legitime más de un menor simultáneamente. En tal caso, si no existiera entre los nacimientos de los legitimados una diferencia mínima de ciento ochenta días, el Juzgado establecerá en la sentencia las fechas de nacimiento de cada uno de ellos de forma de no violar el período mínimo de concepción que preceptúa el art. 215. La previsión resulta sensata en virtud de que se proyecta incorporar al legitimado a la familia legitimante como se tratara de un sujeto nacido en ella y se procura, a la vez, mantener la reserva sobre la legitimación realizada.

Pero la redacción del texto legal hay que ampliarla a dos situaciones que no prevé:

- 1º) en caso de que se pretenda legitimar un menor cuando ya exista descendencia legítima de los legitimantes, la diferencia de ciento ochenta días también debe respetarse, por lo que en tal caso igualmente tiene lugar la modificación de la fecha de nacimiento del legitimado;
- 2º) la modificación de las edades debe producirse no solo cuando se producen legitimaciones en forma simultánea, sino en todo caso de pluralidad de ellas, si las fechas de nacimiento de los legitimados tienen entre sí una diferencia menor al plazo de ciento ochenta días establecido.

H) Situación previa del legitimado

Desde que la legitimación adoptiva implica la creación de nuevos vínculos parentales del menor con la familia de los legitimantes y su sujeción a la patria potestad de éstos, es menester que no esté sometido a relaciones filiales previas o, en caso contrario, que se logre el quebrantamiento de esos lazos. Por ello,

³³ L.J.U, T.CI, caso 11.543, págs. 308 - 310 y A.D.C.U, T.XXI, f. 585, pág. 212.

conforme al art. 1º de la ley N° 10.674, en la redacción dada por el art. 1º del decreto - ley N° 14.759, para que la legitimación tenga lugar es preciso que el menor a legitimar sea:

- a) abandonado;
- b) huérfano de padre y madre;
- c) pupilo del Estado; o
- d) hijo de padres desconocidos.

Ni la doctrina, ni la jurisprudencia son unánimes en cuanto al contenido de los conceptos mencionados, en virtud de lo cual en los próximos ordinales se intentará desentrañar el sentido y alcance de los mismos.

I) Menor abandonado

1. Problemática que plantea su conceptualización.

La ley no ha determinado en qué consiste la calidad de menor abandonado, lo cual ha generado discrepancias jurisprudenciales y doctrinales. La cuestión implica analizar, aun cuando más no sea sinópticamente, diversos aspectos referidos al tema.

En primer término, se debe decidir si para que haya un menor abandonado es imprescindible la existencia de un pronunciamiento judicial que determine la pérdida de la patria potestad sobre él, en tanto el art. 2, inc. 4º de la ley matriz prevé que '*la condición de menor abandonado se acreditará por sentencia ejecutoriada que declare la pérdida de la patria potestad*'.

En segundo lugar, debe determinarse si es suficiente, para que exista un menor en esa condición, que sus progenitores no cumplan con los deberes que tienen atribuidos por la legislación nacional derivados de su calidad de tales o si, dicha hipótesis debe ocurrir no solo frente a quienes lo procrearon sino también respecto al resto de su familia biológica.

El tercer punto que se torna menester dilucidar es el relativo a quiénes pueden incurrir en las conductas que dan lugar a la existencia de un menor abandonado, esto es, si se requiere o no determinado grado de capacidad en los progenitores para que el abandono pueda catalogarse como apto para la procedencia de la legitimación.

2. Vinculación entre abandono y pérdida de la patria potestad.

El art. 1º de la ley N° 10.674 establece que pueden ser legitimados adoptivamente los menores abandonados y el inc. 4º del art. 2º preceptúa que esa condición se acreditará por sentencia ejecutoriada que declare la pérdida de la patria potestad. Por ende, de una análisis textual primario parece resultar que el abandono y la pérdida de la patria potestad se hallan inescindiblemente unidos. Aún más, siguiendo con una lectura primaria del inc. final del art. 1º de la ley matriz emerge que, por lo menos para la hipótesis allí prevista, no cualquier causal de pérdida de la patria potestad da lugar a un menor abandonado, sino solo la estatuida en el ordinal 7º del art. 285.

De la normativa resulta, entonces, que los supuestos de abandono y pérdida de la patria potestad están vinculados de tal forma que para legitimar adoptivamente un menor que tenga la calidad de abandonado se requiere forzosamente una sentencia que declare aquella pérdida. Ello condujo a GALARREGUI a sostener que la calidad legal de abandonado solo se obtiene en juicio de pérdida de la patria potestad³⁴, posición que también ha sido recibida por los órganos judiciales³⁵.

Sin embargo, ambos supuestos deben diferenciarse, dado que no hay entre ellos una conexión fatal, por cuanto:

- 1º) es susceptible la existencia de un menor abandonado (en condiciones de legitimar) aun en ausencia de declaración judicial de pérdida de la patria potestad. Ello en razón de que puede ocurrir que se presente esa calidad frente al menor que no está sujeto a patria potestad, no porque sus padres la perdieron sino porque nunca se encontraron en ejercicio de ella^{36 37};

³⁴ GAL ARREGUI DIAZ, *op. cit.* N° 10, pág. 27

³⁵ A vía de ejemplo, se ha sostenido que 'el abandono supone la abdicación de los deberes y obligaciones que impone al padre el ejercicio de la patria potestad, y esta abdicación, olvido o indiferencia, para que justifique la pérdida, debe ser total; no basta el incumplimiento más o menos irregular y la mayor o menor dedicación o afecto', A.D.C.U. T.XXVI, f. 520, pág. 187.

³⁶ Siguiendo tal rumbo, para RIVERODE ARHANCET, el abandono es necesario individualizarlo en su esencialidad y no como causal de pérdida de la patria potestad, ya que el mismo puede tener lugar en caso de que los padres ejerzan la patria potestad como si no la ejercen. Si hay ejercicio de ella, el abandono surgirá de la sentencia de pérdida; en cambio, si el hijo no se halla sometido a patria potestad, el abandono habrá de probarse en juicio, en *op. cit.* N° 21, pág. 50.

³⁷ V.L.J.U, caso 2180. Si no hay quienes ejerzan la patria potestad no es procedente el trámite de pérdida, pues tendría por objeto declarar la pérdida de un derecho inexistente.

2º) la pérdida de la patria potestad no siempre genera la situación de abandono. RIVERO DE ARHANCET admite que en ciertos casos, a pesar de la pérdida de la patria potestad, puede no haber abandono; vgr. si los padres fueron condenados a penitenciaria como autores o cómplices de un delito común (art. 285 Nº 1), pero han manifestado su voluntad de no perder contacto con sus hijos ni se han desinteresado de los mismos (dentro de las limitaciones derivadas de las circunstancias de hecho), no procede la legitimación adoptiva por terceros³⁸.

La pérdida de la patria potestad y el abandono, entonces, son situaciones jurídicas que merecen diferenciarse: la primera, como es obvio, supone el ejercicio de la patria potestad e implica la comisión de ciertos hechos que revelan que quien los comete no está en condiciones de ejercer los derechos-deberes que aquella impone; el segundo es un estado fáctico de ruptura de variados vínculos afectivos, materiales o de otra naturaleza, de abdicación de los deberes de los progenitores (ejerzan o no la patria potestad) frente al menor que se pretende legitimar, que provoca que éste se halle en una situación de desatención y desamparo por parte de aquéllos³⁹.

Ambos institutos (pérdida de la patria potestad y abandono) tienen su punto de encuentro en ciertas hipótesis previstas por el art. 285 del C.C.U. (vgr numeral 7º), en las cuales el abandono culpable de los deberes de la patria potestad da lugar a la pérdida de ésta. Pero el encuentro es solamente parcial, porque no siempre que los padres incumplan en forma culpable los deberes que les impone el ordenamiento y por ello pierdan la patria potestad, habrá un menor abandonado en condiciones de legitimar, desde que puede existir abandono de sus progenitores, mas no del resto de su familia biológica.

Asimismo es factible advertir situaciones en las cuales no hay ejercicio de la patria potestad y no por ello irremediamente hay abandono; vgr. es el caso de aquellos padres que no pueden reconocer a su hijo en virtud de su minoridad (art. 235 del C.C.U.) o por hallarse casados con persona diferente al otro progenitor (art. 227, inc. 3º del C.C.U.). Frente a tales supuestos, a pesar de no existir ejercicio de la patria potestad, los progenitores pueden cumplir con los deberes que su calidad de tales implica, por lo cual, ante dicha circunstancia, no es posible afirmar que haya 'abandono'. Por eso, como refiere VARELA DE MOTTA, el abandono debe ser integral, o sea real y jurídico. No sería procedente la legitimación adoptiva de un menor que aunque no hubiera sido reconocido por sus padres, fuera correctamente atendido por éstos⁴⁰.

Por las razones expuestas, la sentencia que acredite la pérdida de la patria potestad únicamente es exigible en los supuestos en que hay persona que la ejerce^{41 42 43 44}; en caso contrario, la prueba del abandono debe realizarse en el propio procedimiento de legitimación adoptiva. Se deduce, pues, que la previsión del inc. 4º del art. 2º de la ley Nº 10.674 es excesiva, ya que solo procede dicha forma de acreditación cuando hay ejercicio de la patria potestad y no en caso contrario. A guisa de ejemplo, sería incongruente exigir la pérdida de la patria potestad si se pretende legitimar a un menor casado, aun cuando en tal supuesto, igualmente será menester probar su carácter de 'abandonado' en el procedimiento de legitimación.

En consecuencia, el inc. 4º del art. 2 de la ley matriz requiere ciertas precisiones para su aplicación:

- 1º) la calidad de menor abandonado no deriva de la sentencia judicial de pérdida de la patria potestad, sino de la ruptura de vínculos afectivos, del incumplimiento de las obligaciones que se imponen a la familia biológica frente al menor que se ha de legitimar. La situación de abandono se produce por el hecho de que los padres -en forma culpable- no cumplan con los deberes que su calidad de tales genera. Dichos deberes resultan de la procreación, de su carácter de progenitores del menor y no de la circunstancia de que ejerzan o no la patria potestad⁴⁵;
- 2º) solo procede la acreditación judicial de la pérdida de la patria potestad cuando quienes abandonaron al menor la ejercitaban;

³⁸ RIVERO DE ARHANCET, *op. cit.* Nº 22, pág. 19.

³⁹ El hecho de mantener contactos circunstanciales con la menor por parte de su madre, cuya pérdida de la patria potestad se impetra no significa que no se configure la figura del 'menor abandonado', cuando no se logra 'probar ningún otro hecho que acredite el cumplimiento de los deberes de la patria potestad relativos al sostén material, educación y dirección espiritual de la hija', *cfme. sent. de BUCQUA, L.J.U., C. 6968.*

⁴⁰ VARELA DE MOTTA, *op. cit.* Nº 23, pág. 25.

⁴¹ En igual sentido, L.J.U., caso 2477.

⁴² En caso de que la pérdida de la patria potestad sea seguida por una legitimación adoptiva, aquella es irrevocable, esto es, no puede demandarse su rehabilitación. Constituye, pues, una excepción a lo editado en el artículo 296 del C.C.U..

⁴³ Cuando previamente a la legitimación adoptiva es menester declarar la pérdida de la patria potestad es improcedente la acumulación entre ambas acciones, por cuanto la pérdida es requisito de admisibilidad de la acción de legitimación. *Cfme. A.D.C.U., T. XVIII, ficha 628, pág. 109.*

⁴⁴ Incluso, aun cuando tenga lugar la pérdida de la patria potestad, puede no existir una sentencia que específicamente se refiera a ese aspecto; por ejemplo, es lo que acontece cuando la pérdida tiene lugar de pleno derecho (art. 284 del C.C.U.).

⁴⁵ RIVERO DE ARHANCET, *op. cit.* Nº 21, págs. 50-51.

- 3º) puede tener lugar el abandono sin pérdida de la patria potestad por no existir ejercicio de ésta (vgr. cuando no hay reconocimiento del menor por sus progenitores y éstos, además, no cumplen con las obligaciones que les impone la ley);
- 4º) la pérdida de la patria potestad no siempre supone una situación de abandono apta para la legitimación (vgr. los casos en que se pierde por causal diferente a la del art. 285 ordinales 6º y 7º del C.C.U.). Respecto a este tópico es necesario precisar, asimismo, que con la mera guarda material del menor por un año por quienes pretenden legitimar no se acredita el abandono en los términos del ordinal 7º del art. 285, ya que esa tenencia puede derivarse de circunstancias provisionales que hayan conducido a los progenitores a colocar a su hijo bajo el cuidado de los tenedores, sin que de ello se deduzca una situación de desamparo hábil para provocar una legitimación [*supra* II, E)].

3. Hipótesis de no abandono por el resto de la familia biológica del menor.

Otro aspecto que se torna menester decidir respecto a la condición de 'menor abandonado' es el concierne a quiénes deben asumir tal conducta para que proceda la legitimación. En efecto, este extremo ocasiona dubitaciones en razón de que el instituto a examen impone un nuevo '*status familiae*' al legitimado, suprimiendo todo vínculo jurídico con su familia biológica, de lo cual se deriva normalmente la destrucción de todo vínculo afectivo del menor con otros miembros de su familia originaria que no sean quienes lo abandonaron. Sostener, entonces, que solo debe atenderse a la conducta culposa de los padres para que exista un menor en condiciones de legitimar constituye un ataque injustificado e inmerecido al resto de la familia biológica que no asumió análogo actuar frente al menor. Obsérvese que si se consiente la legitimación en estos casos se produce la ruptura de la totalidad de dichos vínculos, sin que ni siquiera tal efecto pueda ser mitigado con la implantación de un régimen de visitas.

Por ello, debe admitirse que la calidad de 'menor abandonado' no se debe plasmar únicamente en referencia a los progenitores, sino también al resto de su familia biológica (vgr. hermanos, abuelos), la que puede no haber asumido dicha conducta y mantener fuertes vínculos de afectión con el menor. Tal posicionamiento deriva de la redacción del art. 1º de la ley N° 10.674, conforme al cual se permite la legitimación de 'menores abandonados' sin mencionar los sujetos que deben haber cometido u omitido los actos que llevaron al abandono, es decir, sin referir si se debe tratar, únicamente, de los padres o también, de la familia biológica del menor. Es esa, además, la posición asumida por el decreto - ley N° 15.210 en su art. 1º, inc. 2º, la cual procura, en primer término, la integración del menor a su familia biológica (sin establecer relación a una vinculación derivada del ejercicio de la patria potestad) y solo si no fuera posible, su incorporación a una familia sustitutiva⁴⁶. Por otra parte, esa misma solución resulta del art. 21 de la Convención Universal sobre los Derechos del Niño, integrada al orden jurídico vernáculo por la ley N° 16.137, de 28 de setiembre de 1990, que dispone en su literal a) que 'Los Estados Partes ... velarán porque la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario'.

Va de suyo, entonces, que sostener que el abandono solo dice relación con la conducta asumida por los progenitores, implica desconocer las diversas relaciones afectivas que pueden haber surgido entre el menor y sus parientes biológicos (abuelos, hermanos, tíos, etc). Por ende, en los casos en que no se comprueba una situación de desamparo por el resto de la familia biológica del menor corresponderá a los órganos judiciales, aplicando el principio de los justos motivos y la conveniencia para el menor [*supra* I, E)], la resolución de la procedencia o no de la legitimación.

La solución adoptada parece ser asimismo la recibida por el Proyecto de Código de la Niñez y Adolescencia. Ello por cuanto, el art. 12 bajo el *nomen* «Derecho al disfrute de sus padres y familia» prevé en su inc. 3º que el menor 'sólo puede ser separado de su familia cuando en su interés superior y en el curso de un debido proceso, las autoridades competentes determinen otra relación personal sustitutiva'.

4. Abandono por progenitores menores de edad.

Con referencia al abandono que tiene lugar por progenitores menores de edad se ha discutido acerca de si esa conducta omisiva tiene aptitud para dar lugar a la categoría de 'menor abandonado' o si se trata de un proceder que es inhábil al respecto por ser llevado a cabo por incapaces.

⁴⁶ Texto incorporado al art. 339 del C.C.U. por la consolidación llevada a cabo por la ley N° 16.603.

El punto debatido estimo que debe resolverse atendiendo a la consideración del abandono como hecho jurídico que en definitiva es. Es sabido -adaptando la diferenciación de BETTI- que hay acto jurídico cuando el orden jurídico toma en consideración la voluntad que acompaña un hecho y le atribuye consecuencias jurídicas a esa volición, mientras que, hay hecho jurídico cuando se producen consecuencias jurídicas sin que exista voluntad o en caso de haberla, el ordenamiento prescinde de ella para otorgar efectos jurídicos. Para los actos jurídicos el ordenamiento positivo exige una voluntad apta (capacidad), porque dicha volición es la que ha de provocar los efectos edictados por el aquél. En cambio, en materia de hechos jurídicos, dicha voluntad, si existe, no se toma en consideración, sino que, por el contrario, se atiende al resultado producido. Así, en materia de pérdida de la patria potestad, el Derecho Positivo no requiere en general ninguna capacidad especial para sancionar a quienes la ejercen, salvo en los casos en que se exige imputabilidad penal por tratarse de causales derivadas de una sanción de esta especie.

El abandono es un hecho jurídico por cuanto el orden jurídico no toma en cuenta la voluntad de quien abandona, como ocurriría si fuera un negocio jurídico, sino que se concentra en el efecto suscitado: la existencia de un menor abandonado en forma culpable. Al no ser una manifestación de voluntad negocial no requiere una especial capacidad, aun cuando el abandono se materialice con la voluntad expresa del progenitor (vgr. art. 11 del decreto-ley N° 15.210). Por ende, el desamparo tiene lugar cuando los progenitores abdicen -en forma culpable- de los deberes que les impone su condición de tales, sin importar si se trata de sujetos mayores o menores de edad y no es correcta la exigencia una capacidad especial al respecto.

A igual conclusión, en base a fundamentos similares, llega VARELA DE MOTTA⁴⁷.

Sin embargo, a pesar de especificar que no se debe exigir una voluntad como la negocial para abandonar, sí debe requerirse el discernimiento suficiente para comprender las consecuencias de la conducta asumida. Ello por cuanto, si no se considera el grado de raciocinio del individuo, se llegaría a admitir que hay abandono en el caso de los progenitores que no cumplen con las obligaciones derivadas de su función, por ejemplo, por encontrarse dementes o con insuficiencias psicológicas (aun temporales), es decir, en supuestos en los cuales no han asumido una conducta culpable.

J) Menor huérfano de padre y madre

Para CESTAU⁴⁸ y GALARREGUI⁴⁹ se trata del menor no sometido a patria potestad. Sin embargo, estimo que cabe entender por huérfano de padre y madre aquel menor cuyos padres han fallecido, en virtud de que los supuestos en que se ha perdido la patria potestad ingresan dentro de la calidad de 'menor abandonado'. Además, la inexistencia de quienes ejerciten la patria potestad (vgr. por no reconocimiento) no conduce a que ese menor puede ser legitimado sin más, en razón de que a pesar de ello, puede no haber abandono de sus propios progenitores o de su familia biológica [*supra* II, I)].

MORAES DE REAL DE AZUA estima que en este supuesto no es necesario probar el abandono, siendo suficiente con probar la orfandad⁵⁰.

Es susceptible de duda la situación del menor no sometido a patria potestad por fallecimiento de los padres, pero que no se encuentra en situación de abandono por su familia biológica, por haber sido recogido por sus abuelos o hermanos. Para RIVERO DE ARHANCET, el hecho de que la orfandad permita la legitimación adoptiva del menor hay que subordinarlo al principio establecido en el inc. 2º del art. 2 de la ley matriz, esto es, a la existencia de justos motivos y conveniencia para el menor. Ello es lo que permitirá decidir, en cada caso concreto, si el huérfano de padres, pero no abandonado afectivamente por sus familiares (abuelos, hermanos) puede ser legitimado por quienes convive. Considera que, aun cuando el legislador no lo haya expresado, el menor no solo debe ser huérfano de padres, sino también abandonado por los componentes de su familia⁵¹.

La justificación de asumir tal posicionamiento -que debe considerarse acertado- estriba en considerar que el abandono para determinar la preferencia de una legitimación adoptiva al mantenimiento del menor en su familia biológica debe ser no solo jurídico, sino además consistir en el incumplimiento de los deberes que derivan del hecho de situarse en un determinado '*status familiae*'. Cabe admitir, entonces, que el presupuesto del abandono opera como elemento esencial para el otorgamiento de la legitimación. La posición contraria,

⁴⁷ VARELA DE MOTTA, *op. cit.* N° 24, pág. 64.

⁴⁸ CESTAU, *op. cit.* N° 7, pág. 205.

⁴⁹ GALARREGUI DIAZ, *op. cit.* N° 10, pág. 28.

⁵⁰ MORAES DE REAL DE AZUA, *op. cit.* N° 14, pág. 38.

⁵¹ RIVERO DE ARHANCET, *op. cit.* N° 21, pág. 48.

es decir, la que sostuviera que al no existir quien ejerza la patria potestad no requiere la probanza del abandono, olvida que el Derecho positivo uruguayo es pródigo en la previsión de situaciones obstativas a la creación de vínculos filiatorios del progenitor respecto al hijo engendrado. Para su comprobación, es suficiente con reiterar los obstáculos legales para reconocer por parte de los menores de edad o del progenitor que procrea un hijo extramatrimonial.

K) Hijo de padres desconocidos

En referencia al concepto de '*hijo de padres desconocidos*' tampoco hay un criterio unánime en cuanto a su determinación.

Para CESTAU, en posición seguida mayoritariamente por la jurisprudencia, debe entenderse por tal no solo aquel menor cuyos padres se desconocen realmente, sino también el que no ha sido reconocido por sus padres a pesar del conocimiento de los mismos⁵². En ese trillo se sentenció que: 'la inserción del nombre de la madre biológica en la partida de nacimiento de la menor no impide considerar al mismo, adhiriendo hoy a la posición ampliamente dominante en la doctrina y jurisprudencia, como hijo de padres desconocidos, aun cuando su madre biológica no lo haya reconocido por su menor edad'⁵³, 'se tendrá por acreditada la calidad de menor abandonado por el hecho de no haber sido reconocido por ninguno de sus progenitores'^{54 55}. En igual sentido se pronunció el fiscal Celestino D. PEREIRA para quien de acuerdo a nuestro derecho positivo padre conocido es aquél que la ley reconoce como tal, ya sea porque hubo un acto voluntario ..., sea porque una sentencia judicial así lo declaró. Solo en esos casos aparece la vinculación jurídica que se proyecta en las relaciones patrimoniales y personales. El testimonio de la partida de nacimiento ... solo acredita el hecho del nacimiento. Darle otro significado a las enunciaciones que contenga, sería aceptar un estado civil de hijo natural, sin haberse cumplido las formalidades que regulan el instituto.⁵⁶

Pero, además de la referida, existe otra posición que debe reputarse como la correcta y que considera que el concepto de '*hijo de padres desconocidos*' solo incluye a aquel menor respecto al cual se desconocen efectivamente quienes son sus progenitores, es decir, aquel cuyos padres no son susceptibles de determinar. Si el menor fue inscripto y de la partida de nacimiento resulta quienes son sus progenitores, éstos deben reputarse 'conocidos'⁵⁷. Si así no fuera, se admitiría la legitimación adoptiva de menores frente a los cuales sus progenitores cumplen con los deberes que engendra su condición de tales, pero a cuyo respecto pesan razones legales que les impiden proceder al reconocimiento (vgr. minoría de edad).

L) Pupilo del Estado

La ley matriz dice que también pueden ser legitimados los pupilos del Estado, sin referirse en modo alguno a qué debe entenderse por tales.

Se hace menester, pues, desentrañar si existe alguna situación en que exista un menor que se halle en condición de pupilaje en alguna institución estatal, pero que a la vez no tenga las condiciones de menor abandonado, huérfano o hijo de padres desconocidos, ya que en caso contrario la disposición se tornaría inútil, por su carácter de reiterativa de calidades ya previstas.

CASAS se ha pronunciado por la conveniencia de la eliminación de esta categoría, ya que los menores en esa situación estarían comprendidos en las categorías antedichas⁵⁸.

Y corresponde apoyar la posición expuesta. En efecto, desde que las hipótesis mencionadas cubren todas las posibilidades respecto a la procedencia de la legitimación es redundante la previsión normativa. Véase que podrían tener cabida en esta hipótesis los supuestos previstos por el decreto - ley N° 15.210 [*infra* II, M)], pero como se verá son supuestos incluidos dentro del concepto de abandono.

⁵² CESTAU, *op. cit.*, N° 7, págs. 205 - 206. Y similar postura asoma en el pronunciamiento del Trib. de Apel. de Familia de 2º Turno, con dictamen contrario del Ministerio Público, pub. en A.D.C.U. T.XXX, f. 505, pág. 183.

⁵³ Sent. pub. en Anuario Jurídico de Familia, N° 1, ficha 68, pág. 62.

⁵⁴ Sent. pub. en Anuario Jurídico de Familia, N° 1, ficha 69, pág. 62.

⁵⁵ L.J.U. T.XCI, caso 10.394, pág. 75: se considera -con oposición del Ministerio Público- como hija de padres desconocidos a la menor cuyos padres biológicos no ejercen la patria potestad por no haberla reconocido expresamente, aun cuando si fue inscripta en el Registro de Estado Civil.

⁵⁶ L.J.U. caso 2518. También v. L.J.U. caso 3521.

⁵⁷ Es la posición asumida por GALARREGUI DIAZ, *op. cit.* N° 10, pág. 28, y RIVERO DE ARHANCET, *op. cit.* n° 21, págs. 48 - 49.

⁵⁸ CASAS, *op. cit.* N° 6, pág. 43.

LL) Menor sometido a tutela

La ley no ha previsto qué ocurre en caso de que se pretenda legitimar a un menor sometido a tutela. Igualmente, debe concluirse que en esa hipótesis, para que proceda la legitimación, el menor se debe hallar en condición de abandonado por su familia biológica, lo cual se probará en el propio procedimiento de legitimación.

La tutela no obsta a la legitimación adoptiva, por cuanto ambos institutos tienen una estructura funcional diversa. La legitimación adoptiva implica la inserción total del menor en la familia legitimante, lo cual aparece deberes de convivencia, obligaciones alimentarias y vocación hereditaria recíprocas, etc. En cambio, la tutela, no conlleva a la inclusión del menor en la familia del tutor; en efecto, no hay obligación legal de convivencia, ni obligación alimentaria por parte del tutor (arts. 388 y 389 del C.C.U.), ni derechos sucesorios entre tutor y pupilo. Ello por cuanto, la tutela promueve, principalmente, la administración con economía del patrimonio del menor, además de la dirección de su persona (arts. 313, 384 y 394 del C.C.U.).

Sin embargo, la tenencia del menor por parte del tutor puede conducir a que se logre la legitimación por parte de éste si logra acreditarse que hay efectivo abandono de la familia originaria de aquél⁵⁹.

M) El decreto - ley nº 15.210

El decreto - ley Nº 15.210, de 9 de noviembre de 1981, expresa en su art. 1º el loable propósito que lo anima de integrar a los menores a un núcleo familiar adecuado, partiendo de la consideración de que es más apropiado para su desarrollo psico-físico dicha inserción que la internación en establecimientos -generalmente- públicos o -eventualmente- privados. Para obtener dicha finalidad, en primer término, la ley procura que el menor se desarrolle en su propia familia biológica y en caso de no ser ello posible, se tratará de lograr su integración a una familia sustitutiva. Únicamente en caso de que ello no fuera efectivizable '*por circunstancias particulares*' -dice la ley⁶⁰- se recurre a la internación del menor.

Luego de ese propósito se preceptúan por la norma supuestos que pueden conducir a la pérdida de la patria potestad con la intención de proceder a legitimar adoptivamente a un menor. Si bien se prevén cuatro hipótesis diversas, el aspecto común a todas ellas, como se verá, es la situación de abandono por parte de los progenitores.

Los supuestos que se prevén en la disposición son los siguientes:

1. Abandono. El art. 2º del decreto - ley de referencia establece que '*los padres perderán la patria potestad de pleno derecho cuando hicieren abandono de sus hijos y a juicio del Consejo del Niño sea posible la inmediata legitimación adoptiva o adopción*'⁶¹. Para que opere el abandono será menester la comprobación de que los padres rehúsan al cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad en términos tales, que hagan presumir fundadamente, que el mismo es definitivo.

La previsión guarda cierto paralelismo con la del ordinal 7º del C.C.U. pues en ambas hipótesis el elemento caracterizante es el abandono culpable de los hijos por parte de sus padres, en el cual se halla ínsito la inhabilidad o desinterés de éstos para el ejercicio de la patria potestad. En los dos casos se debe tratar de conductas continuadas en el tiempo, pero en la previsión de los arts. 2 y 3 del decreto-ley Nº 15.210 el período de abandono no es fijado legalmente, sino que se le confiere discrecionalidad al órgano judicial interviniente para determinar cuál es el período que debe transcurrir para que la situación de incumplimiento de los deberes paternos haga suponer un abandono definitivo.

Como sostiene ALONSO DIEZ, 'la norma no plantea dudas en cuanto a que atiende a la subjetividad de la conducta de los padres. Aquí hay más que la mera referencia a una conducta negligente o desinteresada: se regula, en realidad, una conducta voluntaria, conforme a la cual los padres se niegan o no aceptan ('rehúsan') cumplir con sus obligaciones de tales... Se trata, entonces de una conducta paterna aún más reprochable que la del 'abandono culpable' del numeral 7º del art. 285 y, por lo tanto, a diferencia de esta última norma, no se requiere que haya durado un año'⁶².

⁵⁹ Con respecto a un intento de legitimación adoptiva por parte del tutor, v. L.J.U, caso 5970, en el cual, contra la opinión fiscal, se rechaza la legitimación aduciendo la falta de justos motivos y conveniencia para el menor.

⁶⁰ Por '*circunstancias particulares*' que impiden acudir al régimen de integración familiar debe entenderse, conforme al art. 1º del decreto 274/982, de 22 de julio de 1982, las que derivan de: a) inadecuadas características de la familia propia del menor; b) inexistencia de familias sustitutivas que soliciten la integración del menor.

⁶¹ Recuérdese que por la ley Nº 15.977, de 14 de setiembre de 1988, se creó el Instituto Nacional del Menor, el cual sucede al Consejo del Niño.

⁶² ALONSO DIEZ, *op. cit.*, Nº 1, págs. 105 y 106.

2. Expósitos. El art. 4º del decreto - ley Nº 15.210 prevé el supuesto de los expósitos, entendiéndose por tal 'al niño que ha sido abandonado en lugar público o privado, desconociéndose quienes son sus padres'. En este caso, que por su extrema gravedad, tiene una naturaleza especialísima y por ende, es inextensible analógicamente, si el menor se hallare sometido a patria potestad, quienes la ejercen la perderán, si no comparecen a hacerse cargo de sus deberes en el término de quince días contados desde que el órgano judicial reciba la noticia de haberse encontrado un menor expuesto (arts. 2, 3 y 4 del decreto 274/982).

La nota caracterizante es el abandono del menor por sus padres, por lo que también en este caso se requiere culpabilidad en el actuar.

3. Internación voluntaria. Los arts. 6 y 7 del decreto - ley Nº 15.210 establecen una causal de pérdida de patria potestad a petición de parte originada en la internación voluntaria de un menor en el Instituto Nacional del Menor.

Se establece una hipótesis concreta de abandono, especialmente contemplada por la ley, consistente en no cumplir los deberes que acarrea la patria potestad por un término mayor de un año. La disposición supone que quienes mantienen a su hijo internado por más de un año y no se hacen cargo del mismo a pesar de ser intimados a ello, no están en condiciones de ejercer su función, por lo que se faculta al órgano judicial a cesarlos en ella, frente a la petición del Instituto Nacional del Menor⁶³.

El precepto en análisis tiene la particularidad de que establece como causal de pérdida de la patria potestad el hecho de que no se hagan cargo del menor, no solo los padres -que en definitiva son los únicos que podrían, si la ejercen, sufrir dicha sanción-, sino también 'otros responsables de la tenencia del menor'. La explicación de tal confusión se deriva del hecho que el legislador usa nuevamente en forma inescindible el abandono y la pérdida de la patria potestad. Sin perjuicio de ello, la disposición tiene un aspecto positivo, desde que admite que la situación de abandono puede no solo configurarse por la conducta culpable de los padres, sino también por la de otras personas que estén cumpliendo el rol de encargadas del menor.

La correcta interpretación de la norma se logra subsumiéndola en su finalidad, es decir, integrar al menor a un núcleo familiar sustitutivo. En este sentido, debe entenderse que lo que se prevé es la acreditación de la calidad de 'menor abandonado' para proceder a la legitimación adoptiva. Dicha calidad se logra a través de la pérdida de la patria potestad si los progenitores la ejercen y hacen abandono de sus funciones, pero también puede ocurrir por la circunstancia de que otras personas, responsables del menor, hayan roto los vínculos afectivos con él y quede colocado en situación de desamparo.

Sin embargo, el precepto tiene su aspecto oscuro, en tanto no exige una conducta culpable de parte de los progenitores, dado que la situación en que se encuentra el menor puede deberse a situaciones de fuerza mayor de la familia biológica (vgr. dificultades laborales).

Como refiere ALONSO DIEZ lo que la ley ha pretendido remediar las situaciones de semi abandono o abandono progresivo, en los que a pesar de haber un interés claramente insuficiente de los padres por sus hijos internados, no se llega a un corte definitivo de la relación⁶⁴.

La hipótesis prevista es de naturaleza excepcional y solo opera en los supuestos de internación de menores ante el organismo referido, no pudiendo extenderse su aplicación a los supuestos de internación en otras instituciones.

4. Situaciones de riesgo. El art. 8º del decreto - ley Nº 15.210 preceptúa la posibilidad de que se decrete la pérdida de la patria potestad en caso de que su ejercicio suponga 'un riesgo cierto para la formación corporal, intelectual o moral del menor'. Ante esa coyuntura, el cese en el ejercicio de la patria potestad procede a exhortación del Instituto Nacional del Menor o de otro interesado, incluyéndose dentro de éstos al tenedor que aspira proceder a legitimar adoptivamente al menor⁶⁵.

Se requiere un accionar culpable de quienes ejercen la patria potestad; por consiguiente, no es suficiente con que el riesgo para la formación del menor se derive de la situación social en que se hallan los padres. Por eso, para la procedencia de la pérdida en este supuesto, es menester, como en todos los casos en que se pretenda la legitimación, que se compruebe la calidad de 'menor abandonado'.

⁶³ La ley establece el procedimiento para llegar a decretar la pérdida de la patria potestad y una 'publicidad' especial para ella. En efecto, el art. 11 del decreto - ley Nº 15.210 prevé que se entregará una copia de la disposición a quien realice la internación del menor.

⁶⁴ ALONSO DIEZ, *op. cit.* Nº 1, pág. 104.

⁶⁵ Cabe llegar a tal conclusión, aun cuando el art. 289, inc. 2º del C.C.U. solo le otorga legitimación a los tenedores de un menor para instar la pérdida de la patria potestad en caso de que pretendan legitimarlo invocando la causal de abandono prevista por el Nº 7 del art. 285.

N) Situación filial previa del legitimado

La ley matriz no se refirió al estado civil en que debía encontrarse el sujeto a ser legitimado respecto a los legitimantes, suponiendo que éstos serían personas no vinculadas biológicamente con él. Pero, a poco de comenzar a regir la norma se presentaron supuestos que el legislador no había previsto; vgr. se pretendió legitimar adoptivamente al hijo natural o al legítimo de uno de los gestionantes. Por ello, para evitar fallos judiciales discordes ante la misma situación jurídica, fue necesario que disposiciones posteriores regularan esas hipótesis.

Ñ) Legitimación del hijo natural de uno de los legitimantes

La ley Nº 10.674 no previó la posibilidad de que un menor fuera legitimado por el progenitor que lo hubiera reconocido y su cónyuge, a pesar de lo cual la jurisprudencia en general admitió dicha posibilidad⁶⁶.

Para evitar decisiones judiciales contradictorias al respecto, el decreto-ley Nº 14.759, de 27 de febrero de 1978, expresamente autoriza la legitimación de un menor por parte de su padre reconociente y el cónyuge de éste. De esta forma, un menor que originariamente tenía el *status filii* de hijo natural se transforma en hijo legítimo, con la particularidad de que la ficción en que se basa el instituto en análisis únicamente opera en forma parcial, respecto a un vínculo filial (sea el paterno o materno), pues respecto al otro legitimante existe el vínculo biológico.

La ley no se refirió al otro progenitor del menor, pero con respecto a éste cabe considerar que debe hallarse en algunas de las situaciones que prevé el art. 1º, inc. 1º de la ley Nº 10.674, esto es, que lo haya abandonado, sea desconocido o haya fallecido. No procede la legitimación si dicho progenitor no reconoció a su hijo, pero igualmente cumple con las obligaciones que su calidad acarrea.

En caso de que ejerciera la patria potestad -en virtud de que haber procedido al reconocimiento del menor (art. 275 del C.C.U.)- es obvio que será menester que, previo a la legitimación, se decrete la pérdida de aquélla.

O) Legitimación del hijo legítimo de uno de los legitimantes

Hasta el año 1990, las diversas leyes sobre legitimación adoptiva no previeron la posibilidad de que el padre legítimo de un menor que hubiera contraído ulteriores nupcias legitimara a su hijo, nacido de un matrimonio anterior, en caso de que el otro perdiera la patria potestad, lo cual condujo a que las decisiones jurisprudenciales carecieran de un criterio unánime respecto a la resolución de la cuestión.

PARGA destacaba que existían dos corrientes nítidamente diferenciables al respecto⁶⁷.

Para la posición restringida, no procede la legitimación adoptiva de un menor por su padre legítimo, pues no ingresa en la categoría de '*menor abandonado*', en mérito a que el legitimante continúa en el normal ejercicio de la patria potestad. Asimismo, se alegaba que la suerte filiatoria del hijo no tenía que seguir la suerte del matrimonio de sus progenitores⁶⁸.

La posición amplia, que era, por otra parte, la minoritaria, califica a la anterior como rígida, hermenéutica y formalista y basándose en una interpretación extensiva de las normas respectivas, considera que procede la legitimación basándose en la conveniencia del menor y en el carácter tuitivo, *pro minoris*, de las disposiciones sobre legitimación adoptiva⁶⁹.

Con la ley Nº 16.108, de 4 de abril de 1990, que encuentra su formulación en un proyecto presentado por el senador Escribano Dardo ORTIZ, la cuestión referida se soluciona definitivamente. En efecto, dicha norma, agregando un inc. 5º al art. 1º de la ley Nº 10.674, habilita la legitimación adoptiva de un menor abandonado por uno de sus padres legítimos, cuando fuera solicitada por el otro progenitor conjuntamente con su nuevo cónyuge. Frente a tales casos, se considera menor abandonado aquel cuyo padre o madre perdió la patria potestad en la hipótesis prevista en el art. 285 Nº 7 del C.C.U..

La disposición tiene como mérito relevante el permitir incorporar, desde el punto de vista filiatorio, al menor a la nueva familia constituida por uno de sus progenitores, en la cual, normalmente, ya se encontraba

⁶⁶ L.J.U, T.LXXXIII, caso 9534, pág. 79: se autoriza la legitimación adoptiva del hijo natural reconocido por uno de sus padres y su cónyuge, promovida luego de que el otro reconociente había fallecido. En dicha sentencia se citan asimismo decisiones judiciales en las cuales se había negado la posibilidad de dicha legitimación, -en sustancia- por no existir un '*menor abandonado*'.

⁶⁷ PARGA LISTA, *op. cit.* Nº 15, pág. 23.

⁶⁸ A vía de ejemplo, ver A.D.C.U, T. XI, ficha 398, pág. 58; T. XVII, fichas 506, 507 y 508, págs. 78 y 79; T. XVIII, fichas 629 y 630, pág. 109.

⁶⁹ V. fallo de segunda instancia en L.J.U, caso 8448.

inserto afectivamente. Admite, para ello, la creación de vínculos filiatorios ficticios con el nuevo cónyuge del progenitor que no lo abandonó, privilegiando el posicionamiento en un nuevo '*status familiae*' frente a los vínculos nacidos fisiológicamente.

Sin embargo, -como sostiene VARELA DE MOTTA⁷⁰- la ley importa un retroceso en cuanto a la valoración de la familia biológica en sentido amplio, a la cual se le otorga gran importancia en el desarrollo integral del individuo. En efecto, la admisibilidad de la legitimación adoptiva en estos supuestos provoca la ruptura de los vínculos filiatorios que el menor pudiera tener con miembros de la familia del padre que perdió la patria potestad y con los cuales mantiene relaciones afectivas.

Por ende, resulta oportuno que los órganos judiciales al decidir al respecto y basándose en la conveniencia del menor, tengan presente si es conveniente la ruptura de dichos vínculos, que no pueden ser suplantados ni aun por la instauración de un régimen de visitas.

La previsión de la disposición a examen resulta inapropiada en referencia a la consideración de menor abandonado. *Ad litteram*, para el legislador solo hay abandono cuando se ha perdido la patria potestad de acuerdo al inc. 7º del art. 285 del C.C.U.; pero en realidad, también puede existir abandono en cualquiera de las hipótesis de pérdida de la patria potestad previstas por los arts. 284 y 285 del C.C.U. y en esos casos también es procedente la legitimación adoptiva. En efecto, a pesar de concepción textual es preciso considerar que la legitimación tiene lugar tanto cuando la patria potestad se pierde por la causal indicada como por cualquier otra causal de las previstas por los artículos referidos del C.C.U. Además, como se vio [*supra* II, I)], no es suficiente solo la pérdida de la patria potestad por parte de uno de los progenitores para que, sin más, se pueda proceder a la legitimación adoptiva, sino que, también será menester la probanza del abandono por el resto de su familia biológica.

Empero, es ineludible efectuar una distinción para conferirle mayor cristalinidad a la norma. Si la pérdida opera por la causal mencionada en el ord. 7º, de la propia sentencia surge el abandono del progenitor legítimo y procederá la legitimación si también hay desamparo de esa línea de la familia biológica. En cambio, cuando la pérdida tiene lugar por otra causal, diferente a la del ord. 7º, es preciso probar además de la pérdida de la patria potestad, que se verifica con la sentencia respectiva, el efectivo abandono del menor por su progenitor y su familia biológica [*supra* II, I)], desde que puede ocurrir que éste haya perdido la patria potestad, pero que no se esté en presencia de un abandono, por mantener una relación afectiva con el menor. En ese supuesto, no hay abandono, aun cuando sí pérdida de la patria potestad y no procederá, entonces, la legitimación adoptiva.

La regla solo se refiere al caso en que los padres legítimos disuelven el vínculo matrimonial por divorcio y uno de ellos abandona al menor, por lo que no es extensible en su textual formulación a la hipótesis de que el ejercicio de la patria potestad se extinga por el deceso de uno de los progenitores. En ese caso, solo puede admitirse la procedencia de la legitimación si hay justos motivos y conveniencia para el menor [*supra* I, E)] y será menester comprobar judicialmente el abandono por la familia biológica del progenitor fallecido para que tenga lugar la constitución del nuevo '*status familiae*'.⁷¹

P) Legitimación de hijo adoptivo

La adopción -como se vio [*supra* I, K)]- genera efectos limitados entre adoptante y adoptado, por ello puede acaecer que exista interés en transformar dicho vínculo en uno más extenso, como lo es el que surge de la legitimación adoptiva, colocando al adoptado en el estatuto filial de hijo legítimo del legitimante. O puede ocurrir, también, que un menor que fue adoptado, pretenda luego ser legitimado por personas diferentes al adoptante.

El art. 5º de la ley matriz prevé que la adopción no es obstáculo para la legitimación adoptiva posterior. Si bien de la disposición parece resultar que el legislador de 1945 tomó en cuenta únicamente la posibilidad de que el menor fuera legitimado por su/s adoptante/s, la misma conduce a admitir la viabilidad de la legitimación adoptiva aun cuando los legitimantes sean personas diferentes a los adoptantes. Sin embargo, es menester efectuar una diferenciación entre ambos supuestos.

⁷⁰ VARELA DE MOTTA, *op. cit.* Nº 23, pág. 29. En igual sentido, v. pronunciamiento pub. en L.J.U, caso 8496: 'conocimiento que la ley de legitimación adoptiva cumple la finalidad de amparo para que fue creada y no se extiende a situaciones en las que no existe razón moral ni social que aconseje destruir el vínculo biológico que une al menor con su familia de origen'.

⁷¹ Con respecto a esta hipótesis, en el Proyecto de Código de la Niñez y Adolescencia se admite la legitimación adoptiva de un menor abandonado cuando hubiera fallecido uno de los progenitores y la legitimación la pretendan el progenitor supérstite y su nuevo cónyuge (art. 128.2).

1. Si la legitimación la pretenden personas diferentes a los adoptantes, será menester probar el abandono culpable de éstos, mediante sentencia de pérdida de la patria potestad más en su caso, el efectivo abandono, pues, -como se subrayó- puede existir pérdida de aquella sin abandono. En este supuesto, la patria potestad no retrovierte a los padres biológicos desde que el abandono no ingresa en las hipótesis previstas por el art. 249, inc. 3º, del C.C.U. como causales de retroversión de ella. Por ende, respecto a éstos no será necesario el inicio del juicio de marras. Sin perjuicio de lo expuesto, entiendo que en mérito a que la legitimación borra todos los vínculos con la familia biológica (los cuales seguían existiendo a pesar de la adopción), será menester probar el efectivo abandono también por parte de ésta.

Entonces, para que proceda la figura en este supuesto es menester determinar, en primer término, la pérdida de la patria potestad por parte de los adoptantes y el efectivo abandono de los mismos y en segundo lugar, el abandono de la familia biológica, ya que la legitimación adoptiva habrá de romper todo vínculo con ella.

2. En caso de que la legitimación la promuevan los adoptantes, únicamente habrá que probar el abandono efectivo por parte de la familia biológica del menor, de forma que sea susceptible romper todo vínculo jurídico a su respecto. Por supuesto que no procede probar la pérdida de la patria potestad, porque ya era ejercida por los adoptantes y no por los progenitores (art. 249, inc. 2º del C.C.U.).

III. PROCEDIMIENTO E INSCRIPCIÓN

A) Caracteres del procedimiento de legitimación adoptiva

Son competentes para entender en las cuestiones relativas a la legitimación adoptiva los Juzgados Letrados de Familia de la Capital y los Jueces Letrados de Primera Instancia del Interior de la República (arts. 69 y 71 de la ley Nº 15.750), siendo preceptiva la intervención del Ministerio Público, en su carácter de órgano protector de la minoridad.

El procedimiento en examen se ha caracterizado doctrinariamente como un procedimiento de jurisdicción voluntaria, desde que se desenvuelve ante un órgano judicial, pero sin que se verifique un litigio entre las partes: el Juez solo se limita a comprobar que se han cumplido los extremos exigidos legalmente para la configuración de la legitimación adoptiva⁷².

Sin perjuicio de la 'voluntariedad' adjudicada a él se torna menester admitir que determinadas situaciones hacen que el procedimiento de legitimación adoptiva se separe, en algunos aspectos, de los rasgos caracterizantes del proceso voluntario; vgr. la sentencia que autoriza la legitimación es susceptible de adquirir la calidad de 'cosa juzgada' (art. 2º, inc. 9º de la ley matriz).

ARLAS considera que la ley Nº 10.674 si bien ha regulado el procedimiento de legitimación adoptiva como contencioso, en cuanto se habla de juicio, de sentencia, de cosa juzgada y reglamenta recursos contra el fallo, es, sin embargo, por su contenido y su función un típico proceso voluntario, pues en él no se plantea ningún conflicto de intereses, ni por consiguiente ninguna contienda. Los adoptantes obran en interés del adoptado, a quien procuran dar el estado civil de hijo legítimo y el juez limita su función a comprobar la existencia de esa voluntad. Se trata de un proceso voluntario contradictorio, ya que el legislador lo ha estructurado siguiendo una forma similar a la del procedimiento contencioso⁷³. A pesar de ello, es preciso admitir que la naturaleza del procedimiento puede mutar a contencioso en caso de que ocurra contienda entre los interesados o entre éstos y terceros.

El Proyecto de Código de la Niñez y Adolescencia regula el procedimiento de legitimación adoptiva en su art. 130, estableciendo en sus principales aspectos:

- 1º) se seguirán los trámites del procedimiento voluntario, salvo que se verifique oposición, en cuyo caso el procedimiento será contencioso;
- 2º) el juez competente es el del domicilio de los legitimantes;
- 3º) los interesados que deben citarse son los padres y abuelos del menor;

⁷² Conviene recordar que para ARLAS, el procedimiento voluntario no integra la función jurisdiccional, pues no se plantea una contienda, ni se hace valer contra nadie una pretensión, sino que simplemente se pide la tutela de un interés que no está en conflicto con otro interés y que normalmente solo puede encontrar esa tutela a través del proceso. Por eso, el proceso voluntario integra la actividad administrativa del Estado, en el caso de la legitimación adoptiva interviniendo en la formación del estado de las personas, *op. cit.* Nº 3, pág. 12.

⁷³ ARLAS, *op. cit.* Nº 3, págs. 14 y 15.

- 4º) será oído preceptivamente el Ministerio Público y el Instituto Nacional del Menor dará su opinión -previo a la sentencia- sobre las condiciones personales de los adoptantes, su estabilidad familiar y toda otra circunstancia que considere trascendente para la admisibilidad o no de la legitimación;
- 5º) el trámite será reservado para los terceros.

B) La sentencia que autoriza la legitimación

Es un principio jurídico unánimemente admitido que las decisiones judiciales solo provocan efectos entre quienes intervinieron en el procedimiento o tomaron conocimiento de él. Sin embargo, este principio es excepcionado -para la doctrina más autorizada- en materias vinculadas al estado civil de las personas. Se deriva ello de que el estado civil es oponible *erga omnes*, único e indivisible, en el sentido de que no es posible detentar dos estados contrapuestos. A guisa de ejemplo, como lógico corolario, desde el punto de vista registral, el menor no podría ser a la vez hijo de padres desconocidos y legitimado⁷⁴.

En lo vinculado a la legitimación adoptiva cabe entender que la sentencia que la decreta alcanza oponibilidad '*erga omnes*', lo cual significa que el '*status filii*' apprehendido por el legitimado lo asumirá no solo frente a los legitimantes, sino ante el resto del mundo. Ello sin perjuicio de que -como se verá [*infra* III, D) y F)]- la legitimación alcanzada puede ser impugnada (vgr. por fraude).

C) Inscripción de la legitimación

La legitimación la decide la sentencia judicial pertinente, pero sus efectos -sea entre los interesados o frente a terceros- se despliegan con la inscripción respectiva (art. 3, inc. 5º, de la ley N° 10.674). Sin embargo es menester distinguir los efectos que se producen en una doble órbita:

- 1º) con relación a la constitución del estado civil, en donde la inscripción tiene carácter constitutivo, no retroactivo;
- 2º) en lo referente a los efectos individualizatorios y filiatorios del legitimado, en que la inscripción opera en forma retroactiva, comprendiendo toda la vida del menor.

Corolario de que la inscripción es constitutiva respecto al estado civil del menor es que hasta ese momento los interesados puedan voluntariamente dejarla sin efecto, con el simple mecanismo de no llevarla a cabo⁷⁵.

Por otra parte, puede acaecer que luego de la decisión judicial pero previamente a la inscripción fallezca alguno de los interesados. En tal caso, a pesar de que no hay disposición legal que lo establezca, corresponde el nombramiento de un curador '*ad litem*' por parte del Juez interviniente, con el cometido de efectuar la inscripción pertinente⁷⁶.

Si fallece el legitimado igualmente se puede proceder por los legitimantes a la inscripción y en tal caso la legitimación beneficiará a los descendientes de aquél, si los hubiere.

D) Impugnación de la legitimación adoptiva

La sentencia que decreta la legitimación adoptiva adquiere los caracteres de inmutabilidad e imperatividad propios de la cosa juzgada⁷⁷. Sin perjuicio de ello, la situación forjada puede sufrir variantes en caso de que la sentencia se obtenga con la utilización de medios fraudulentos. Se ingresa, en ese caso, en la órbita del '*fraude procesal*', o más específicamente, en la '*cosa juzgada fraudulenta*'.

Siguiendo a GELSI BIDART, el fraude procesal '*consiste en la actividad de uno o más de los sujetos procesales tendiente a lograr a través de la actividad procesal normal, pero de manera insidiosa, maquinada*

⁷⁴ En materia de legitimación adoptiva la posibilidad de revisar dichas providencias entra en colisión con los efectos que se le atribuyen a las sentencias dictadas en materia de estado civil.

Al respecto, en relación a la cuestión, se han sostenido diversas posiciones, entre las cuales se destacan las más recibidas.

En los extremos es posible citar las que consideran que dichas providencias tienen los mismos efectos que cualquier otra decisión judicial, es decir, solo alcanzan a quienes han sido partes en el proceso y no perjudican a terceros ajenos al mismo ('*res inter alios iudicatae aliis non praeiudicare*) (art. 218 C.G.P.) y las que entienden que tratándose de estado civil las sentencias tienen oponibilidad '*erga omnes*', ya que el estado civil es indivisible.

Para una teoría intermedia la sentencia adquiere eficacia '*erga omnes*' en caso de que en el proceso haya participado el '*legítimo contructor*', esto es, quien tiene interés en el resultado del proceso.

⁷⁵ Ello sin perjuicio de las posibles reclamaciones por daños y perjuicios -principalmente daño moral- que pudiera efectuar el menor.

⁷⁶ Cfme. solución patrocinada por RIVERO DE ARHANCET, *op. cit.* N° 20, pág. 39.

⁷⁷ El art. 2, inc. 9º, de la ley 10.674 permite la apelabilidad de la sentencia dictada, la cual se efectúa ante los Tribunales de Apelaciones de Familia.

y, por ende, indirecta, un daño ilícito que en definitiva se produce, en perjuicio de un sujeto pasivo que normalmente será tercero al proceso, pero que puede ser la contraparte y generalmente también el Juez, en tanto se le haga cómplice involuntario del fraude⁷⁸.

Cabe admitir, pues, que a través del fraude procesal se logra un resultado que con una actuación correcta, ajustada a derecho, no se hubiera logrado, o aun cuando el resultado igualmente se hubiera obtenido, habría exigido una mayor actividad procesal de parte del sujeto defraudador.

El fraude procesal y su consecuencia, la cosa juzgada fraudulenta, se producen en supuestos en los que objetivamente se ha seguido el iter procedimental establecido por la ley, pero la finalidad del sujeto que instaura el proceso (sujeto activo del fraude, defraudador) no coincide con la finalidad objetiva para la cual legalmente se ha instaurado el procedimiento (primer supuesto) o a través de un acto fraudulento o insidioso se obtiene un resultado que actuando derechamente no se hubiera obtenido o en caso de obtenerlo, hubiera requerido mayor esfuerzo procesal (segundo supuesto).

En el primer caso, se utiliza el procedimiento para lograr un resultado que no es admitido por las normas sustanciales: el defraudador usa aviesamente de las formas procesales para la satisfacción de un interés personal que no es protegido por la legislación. A guisa de ejemplo, el caso del padre legítimo que ha perdido la patria potestad sobre su hijo en el extranjero y pretende legitimarlo adoptivamente en nuestro país.

En el segundo supuesto, se utiliza el mecanismo del proceso con la finalidad que objetivamente estableció la ley, pero en todos o en algunos actos procesales se actúa insidiosamente, de forma de provocar un perjuicio a un tercero. Por ejemplo, el frecuente caso en que dolosamente el actor demanda a su contraparte a través de edictos cuando efectivamente conoce su domicilio, provocando así una situación de indefensión, que impide rebatir lo demandado por aquél⁷⁹.

E) La impugnación por fraude en el C.G.P.

El Código General del Proceso ha previsto -en el art. 114- la posibilidad de anular, aun después de finalizado el proceso, los actos procesales realizados mediante dolo, fraude o colusión.

La legitimación para solicitar la nulidad fue recibida en forma amplia por el precepto, desde que pueden solicitarla todos aquellos a quienes el dolo, fraude o colusión ha causado perjuicio, hayan sido partes en el proceso o ajenos a él. No puede pedirla la parte que concurrió a causar la nulidad; vgr. no pueden alegarla los legitimantes para desembarazarse de las obligaciones que les impone el rol asumido como consecuencia de la legitimación.

La consecuencia de la declaración de nulidad es la reposición de las cosas al estado anterior a los actos viciados⁸⁰.

Ello sin perjuicio de la posibilidad de que la nulidad se hubiere subsanado, conforme al art. 112, ya sea porque conocido el dolo, fraude o colusión, la parte lo ha consentido o no solicita la declaración de nulidad correspondiente.

Si el proceso se halla pendiente, la anulación de los actos procesales fraudulentos puede pedirse mediante la promoción de una demanda incidental (art. 115.3). En cambio, si el proceso ha finalizado y la sentencia ha pasado en autoridad de cosa juzgada la única vía recursiva para obtener la nulidad es el recurso de revisión (arts. 281 - 292 del C.G.P.), el que se instaura ante la Suprema Corte de Justicia (art. 286) en el plazo de un año desde que la sentencia impugnada quedó ejecutoriada, salvo que el recurrente hubiera conocido o debido conocer el acto impugnado en cuyo caso el plazo es de tres meses (art. 285 parágrafos 1 y 3).

Vencidos dichos plazos, la nulidad ocasionada por el fraude procesal queda convalidada y por ende, la sentencia que la dictó se torna inimpugnabile.

Pero aún en tal supuesto, en base al principio *fraus omnia corrumpit*, cabe considerar admisible una acción independiente de nulidad por cosa juzgada fraudulenta, que al aplicarse respecto a una nulidad absoluta se torna imprescriptible.

⁷⁸ GELSI BIDART, *op. cit.* N° 12, págs. 111 - 112.

⁷⁹ L.J.U, T. CVI, C. 12.214, pág. 122. Se admite la acción de nulidad por fraude deducida por los padres legitimantes por subsiguiente matrimonio de una menor a quienes no se les dio noticia, como interesados, de la promoción de la legitimación, no pudiendo de ese modo ejercer el contralor de los presupuestos de la acción. En el caso, los promotores de la legitimación adoptiva alegaron hechos falsos, tales como el lugar de nacimiento de la menor y el desconocimiento del domicilio de la madre, lo cual motivó el emplazamiento por edictos de los padres biológicos de aquélla; hechos, éstos, que aparecen como medios fraudulentos intencionales, como maquinaciones tendientes a engañar a la Justicia'. La sentencia de primera instancia acogió la solicitud de nulidad por fraude, lo cual fue confirmado por el Tribunal de Apelaciones de Familia, disponiendo éste la restitución de las cosas al estado anterior a la demanda, lo cual trajo como consecuencia:

1º) restitución de la filiación originaria de la menor, que era la de legitimada por subsiguiente matrimonio de sus padres biológicos;

2º) ratificación de la tenencia o guarda material por parte de los legitimantes, sin perjuicio del derecho de visitas de los padres biológicos.

⁸⁰ V. nota anterior.

F) Reserva de la legitimación

Del contexto normativo de la ley matriz en la materia resulta que la intención del legislador fue mantener oculta la legitimación⁸¹, de forma que ni el menor, ni los terceros tuvieran la posibilidad de advertir que los vínculos creados devienen de una ficción y no de la procreación. A ello propenden diversas previsiones legales relacionadas principalmente a:

- 1º) la forma de inscripción de la legitimación adoptiva que trae como consecuencia que de la partida de nacimiento del menor no resulte que aquella existió, puesto que la inscripción se realiza como la de un hijo legítimo tanto en el acta de estado civil respectiva como en la Libreta de Organización de la Familia (art. 3, inc. 2º de la ley);
- 2º) la caducidad que se produce de la partida originaria del menor, la cual impide su conocimiento por quienes pretendan obtenerla (art. 3º, inc. 4º, *in fine*);
- 3º) la reserva absoluta impuesta para la tramitación de la legitimación, que se instrumenta a través de sanciones penales y civiles (y administrativas, aún cuando expresamente no lo dice la ley) para los funcionarios intervinientes, la posibilidad del Juzgado de denegar la exhibición del expediente y la destrucción⁸² de la ficha individual del menor en caso de que fuera un pupilo del Instituto Nacional del Menor (art. 6 de la ley matriz)⁸³.

Sin perjuicio de ello, pueden ocurrir situaciones en que sea menester el levantamiento de la reserva en la que se envuelve la legitimación adoptiva, ya sea por iniciativa de terceros (vgr. para impedir un matrimonio incestuoso) o del propio menor (por ejemplo, por la apatencia de conocer sus progenitores). Como sostuvo PIAGGIO SOTO, 'si bien el artículo 6º de la ley 10.674 dispone que 'la tramitación será reservada en absoluto' y establece sanciones penales para la violación del deber de reserva, un análisis del resto del artículo y de los demás preceptos conexos de dicha ley y del resto del orden jurídico llevan a la conclusión de que en realidad dicha reserva no es absoluta sino relativa y puede levantarse en ciertos supuestos en beneficio del legitimado o cuando inciden razones de orden público'⁸⁴.

En efecto, existen diversos argumentos para sustentar que en ciertos casos la reserva de la legitimación adoptiva pretendida por la ley debe ceder frente a realidades personales o patrimoniales. A saber, principalmente:

- a) en caso de que el legitimado pretenda contraer matrimonio violando los impedimentos previstos por los numerales 4º y 5º del art. 91 del C.C.U. (art. 3º, inc. 5º de la ley);
- b) cuando el menor tenga derechos cuya titularidad se acredite mediante documentos públicos o privados, en cuyo caso el Juez dispondrá que el Actuario inserte una nota con el cambio de nombre del titular (art. 7);
- c) en supuestos en que existan aperturas legales de sucesiones en la familia biológica del menor anteriores a la legitimación adoptiva y el legitimado deba intervenir en ellas en su calidad de heredero;
- d) cuando existan reclamaciones judiciales anteriores a la legitimación, en que el menor actúe como actor; vgr. por daño moral por el fallecimiento de los padres biológicos, o en caso de reclamaciones contra el menor, basadas en actos o hechos anteriores a la legitimación, de las cuales deban responder sus progenitores (art. 1324 del C.C.U.) y no los legitimantes;
- e) en caso de que el legitimado en ejercicio del derecho a conocer el origen biológico solicite que cese la reserva del procedimiento realizado (art. 72 de la Constitución nacional);
- f) en todas aquellas hipótesis en que se inicia un procedimiento judicial tendiente a lograr la caída de la legitimidad de que disfruta el menor y sea preciso probar que ella no se asienta en la procreación, sino en la volición, habiéndose cumplido el trámite de legitimación adoptiva. Es lo que sucede, por ejem-

⁸¹ La reserva de la legitimación adoptiva opera en dos órbitas. En primer término, respecto a su propia existencia frente al menor, la que cesa simplemente por la comunicación de la legitimidad no biológica que posee. En segundo lugar, en relación a los antecedentes biológicos del legitimado. En estos casos, la reserva es susceptible de cesar cuando los legitimantes conozcan a los progenitores y noticien sus identidades al menor o, como se verá, mediante la decisión judicial que autorice la exhibición del expediente de legitimación. Sin embargo, en ciertas circunstancias el conocimiento de la identidad de los progenitores se torna imposible. vgr. si se trató de un menor expósito.

⁸² En realidad no hay destrucción de la ficha individual por parte del I.N.A.M.E, sino archivo con reserva de exhibición. Tal conducta aun cuando contraría el texto legal debe reputarse positiva, ya que dicha ficha puede ser de utilidad en caso de que sea menester averiguar quienes fueron los progenitores del menor en los casos en que procede el relevo de la reserva de los procedimientos.

⁸³ En concordancia con ello, la ley Nº 16.699, de 25 de abril de 1995 estableció como una excepción al principio de publicidad establecido en el art. 7º del C.G.P. a los procesos referidos a legitimación adoptiva.

⁸⁴ PIAGGIO SOTO, vista fiscal pub. en R.U.D.F. Nº 4, *op. cit.* Nº 17, págs. 25 y 26. En el caso, se trató de un legitimado oligofrénico que asumió inconductas reiteradas que culminaron con su procesamiento penal y al cual los psiquiatras aconsejaron que conociera a su familia biológica para intentar su recuperación, por lo que se solicitó la exhibición del expediente en el que se tramitó la legitimación. El órgano judicial, basándose en la vista referida, autorizó la consulta del mismo.

plo, si quien carece de vocación hereditaria por la presencia del legitimado pretende abatir la legitimidad de aquél, aduciendo la inexistencia de relación biológica con la madre, apoyándose en el art. 224 del C.C.U. [*supra* I, J)];

- g) en el supuesto de que se haya logrado la legitimación adoptiva asumiendo conductas fraudulentas y los progenitores pretendan impugnarla⁸⁵.

Surge de lo expuesto, entonces, que la reserva establecida legalmente no es absoluta, ya que el Juzgado podrá autorizar la exhibición del expediente.

En el Proyecto de Código de la Niñez y Adolescencia, el art. 130.3 instituye la reserva parcial del procedimiento, en razón de que solo se prevé respecto a los terceros, pero no frente al legitimado, que tendrá derecho a acceder al expediente y a sus antecedentes cuando alcance la edad de doce años.

IV. EFECTOS DE LA LEGITIMACIÓN ADOPTIVA

La legitimación adoptiva no se perfecciona simplemente con la ejecutoriedad del fallo judicial que la autoriza, sino que demanda –y es el momento en que principia a desplegar sus efectos– que el testimonio de la sentencia que admitió su procedencia se inscriba en el Registro de Estado Civil, mediante el labrado de una partida de nacimiento, en la cual el legitimado va a figurar como hijo legítimo inscripto fuera de término –según ordena el inc. 1º del art. 3º de la ley matiz–.

La figura en análisis, una vez perfeccionada, despliega efectos únicamente para el futuro, *ex tunc* [*supra* III, C)], dado que carece de efecto retroactivo. Por cierto, la inscripción de la legitimación tiene carácter constitutivo del estado civil de hijo legítimo y a partir de ella es que caducan los vínculos con su familia biológica (inc. 5º del art. 3º) y arrancan sus derechos y obligaciones en la familia legitimante (art. 4º).

Decretada la legitimación adoptiva e inscripta en el Registro de Estado Civil, posee efecto legitimante respecto a la persona del menor, por cuanto constituye el estado civil de hijo legítimo.

Es este el efecto fundamental del instituto y de él se derivan importantes consecuencias:

- 1º) los legitimantes tienen respecto a los legitimados los mismos derechos y obligaciones que los padres legítimos, desde que la ley los considera tales, con prescindencia de la existencia de un vínculo biológico;
- 2º) el legitimado se inserta plena e irrevocablemente (art. 3º, inc. final⁸⁶) en la familia legitimante (adquiere un nuevo *status familiae*), por lo que pasa a ser nieto de los padres de los legitimantes, sobrino de los hermanos de éstos, etc. En virtud de ello, desaparecen los derechos y obligaciones que el menor pudiera tener en su familia biológica y surgen *ex novo* en la familia de los legitimantes (vgr. según las circunstancias, será acreedor o deudor de alimentos en su nueva familia);
- 3º) la legitimación arrastra a los descendientes del legitimado, si los hubiere, a la familia legitimante; por ende, entre otras relaciones parentales, los hijos del legitimado pasarán a ser nietos de los legitimantes, en virtud de lo cual será menester una nueva extensión de las correspondientes partidas de nacimiento y matrimonio⁸⁷;
- 4º) cesan todos los lazos de carácter personal entre el legitimado y su familia biológica, salvo el impedimento dirimente de parentesco previsto por el art. 91 ordinales 4º y 5º;
- 5º) no cesan, sin embargo, ciertos vínculos de carácter patrimonial engendrados antes de la legitimación; vgr. derechos hereditarios que el legitimado pudiera detentar en su familia biológica en sucesiones cuyas aperturas legales tuvieron lugar antes de la inscripción de la legitimación⁸⁸;

⁸⁵ L.J.U. T CIV.C. 11.928, pág. 87. Se logró una legitimación adoptiva con la presentación de un certificado negativo de inscripción cuando en realidad la menor se hallaba inscripta como hija natural.

El Tribunal de Apelaciones de Familia de 1er. Turno dispuso que se debe proporcionar información a los interesados a efectos de que éstos puedan identificar a los legitimantes a efectos de intentar la impugnación de la legitimación.

⁸⁶ La norma adara que la legitimación es irrevocable aun cuando posteriormente nazcan hijos legítimos. Dicha indicación resulta innecesaria, desde que la circunstancia de tener hijos legítimos no es óbice, en nuestro Derecho, para la procedencia del instituto.

⁸⁷ Estimo que debe atribuírse a esa conclusión a pesar de la ausencia de preceptos que atribuyan solución expresa a la cuestión. En efecto, si tal corolario no se recibe, se produce una de estas dos consecuencias: o bien se borra todo vínculo entre el legitimado y sus descendientes, los cuales se mantienen en la familia biológica de aquél, o bien, se retienen los vínculos entre el legitimado y quienes de él descienden, y la legitimación deja de ser reservada. VAZ FERREIRA parece asumir la posición contraria al sostener que 'los que caducan son los vínculos de filiación anterior': no todos los vínculos de familia. Aunque el texto no sea muy claro, entendemos que si el menor legitimado tiene hijos antes de la legitimación, su vínculo de parentesco con tales hijos no se rompe (como tampoco su vínculo matrimonial) ni desaparece la recíproca calidad de legitimario al hablar de los vínculos de filiación anterior la ley ha querido referirse a los que ligaban al legitimado con sus padres y a los que de tales vínculos derivaban', *op. cit.* Nº 25, pág. 31.

⁸⁸ Cesan para el futuro, a vía de ejemplo, los deberes alimentarios de los que fuera sujeto pasivo la familia biológica del menor; en cambio, se mantiene, aun decretada la legitimación, la posibilidad de cobro respecto a las obligaciones alimenticias anteriores que no se hayan efectivizado en la oportunidad correspondiente.

- 6º) el legitimado adquiere la calidad de heredero forzoso en la sucesión de los legitimantes y reflectivamente pierde esa calidad en su familia biológica. **VAZ FERREIRA** afirma que tiene asegurada en la familia legitimante el carácter de legitimario de sus padres y por representación en la sucesión de los abuelos o ascendientes más remotos, y recíprocamente, los padres legitimantes y sus ascendientes pueden llegar a tener la calidad de herederos forzosos en la sucesión del legitimado⁶⁹;
- 7º) se modifica el apellido del legitimado (y de sus descendientes, si los hubiera), en razón de que adquiere el apellido de los legitimantes y pierde totalmente su apellido originario⁷⁰ 91.

⁶⁹ VAZ FERREIRA, *op. cit.* Nº 25, pág. 30. Agrega el autor que como la legitimación no tiene efecto retroactivo, si durante el trámite fallece, por ejemplo, el padre legitimante, ello no impide la legitimación, porque la viuda puede efectuarla cuando la guarda o tenencia del menor hubiera comenzado durante el matrimonio, pero en tal caso, no teniendo el legitimado todavía tal calidad, no es heredero legitimario (ni heredero llamado a suceder por las reglas de la sucesión intestada). La legitimación se consuma en el momento en que, con el testimonio de la sentencia ejecutoriada que autoriza la legitimación, la parte solicitante efectúa la inscripción del menor en el Registro de Estado Civil, como hijo legítimo inscripto fuera de término (art. 3º); tal inscripción marca el momento preciso en que el legitimado adquiere la calidad de heredero forzoso (así como el derecho a heredar en la sucesión intestada) respecto a sus padres o ascendientes de origen, págs. 30-31.

⁷⁰ En general, también se admite por la jurisprudencia que se varíe el nombre de pila del menor por aquél con el cual es conocido en la familia legitimante; v. A.D.C.U., I. XVIII, tcha 627, pag. 109; I. XX, tcha 418, pag. 114.

⁹¹ Sin perjuicio de ello, cabe admitir, sobre todo tratándose de legitimados de cierta edad, la posibilidad de que el legitimado opte -a través de la vía judicial- por no mutar la identificación por la cual es conocido en su vida de relación.

Sostener lo contrario, ameritaría desconocer el derecho a la individualidad del legitimado.

BIBLIOGRAFÍA

Índice alfabético de autores

(Se citan los autores consultados, aun cuando no aparezcan citados expresamente en el texto).

1. ALONSO DIEZ, Alberto, *Los conceptos jurídicos de abandono en materia de menores*, R.U.D.F. Nº 12, sec. Doct, págs. 95 - 121.
2. AREZO PIRIZ, Enrique, *Algunas reflexiones en torno a la ley 15.210*, Revista de Jurisprudencia y Doctrina. vol. 2, 1982. págs. 79 - 96.
3. ARLAS, José, *El proceso voluntario*, L.J.U, T. XXXV, sec. Doct, págs. 7 - 18.
4. BAGDASSARIAN, Dora, *La adopción simple y algunos de sus aspectos*, R.I.I.F. Nº 3, sec. Doct, págs. 70 - 80.
5. BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo, *Manual de derecho de Familia*, Ed. Astrea, Bs. As, 1986.
6. CASAS, Asdrúbal, *Legitimación adoptiva*, L.J.U, T. XVIII, sec. Doct, págs. 41 - 51.
7. CESTAU, Saúl, *Derecho de familia y familia*, vol. II, F.C.U, 1979, especialmente págs. 187 - 221.
8. CHARNY Hugo, DE BENEDETTI, Wesley, *Voz 'Adopción'*, Enciclopedia Jurídica Orbea, T. I, págs. 496 - 518.
9. FERRANDO DE CALVO, Zulema, *La Legitimación adoptiva y el abandono*, A.D.C.U, T. X, sec. Doct, págs. 202 y ss.
10. GALARRAGUI DIAZ, María Eloísa, *Titularidad de la patria potestad en nuestro Derecho Positivo*, L.J.U, T. XLIX, sec. Doct, págs. 15 - 31.
11. GATTI, Hugo, *Legitimación adoptiva*, en 'Estudios sobre Derecho de Familia', CED, 1964, págs. 245 - 290.
12. GELSI BIDART, Adolfo, *Noción de fraude procesal*, en R.D.J.A, T. 68, Nos. 4 y 5, págs. 99 - 112.
13. LE BALLE, Robert, *La legitimación adoptiva en el derecho comparado: franco-belga-uruguayo*, en Jornadas de Derecho Comparado, Publicación del Centro de Estudios de Derecho Comparado, Mdeo, 1955.
14. MORAES DE REAL DE AZUA, Laraine, *La adopción simple y la legitimación adoptiva en el Derecho Comparado*, presentado en VI Jornada Notarial del Cono Sur, 1990, pub. por la Asociación de Escribanos del Uruguay, 1990.
15. PARGA LISTA, Roberto, *Legitimación adoptiva*, R.U.D.F. Nº 4, Jurisprudencia anotada, págs. 15 - 24.
16. PARGA LISTA, Roberto, *La adopción simple no es obstáculo para la posterior legitimación adoptiva*, R.U.D.F. Nº 11, Jurisprudencia anotada, págs. 31 - 33.
17. PIAGGIO SOTO, Eduardo, *Vista fiscal*, pub. en R.U.D.F. Nº 4, págs. 25 - 26.
18. RIVERO DE ARHANCET, Mabel, *Legitimación adoptiva*, R.I.I.F. Nº 4, Jurisprudencia anotada, págs. 25 - 31.
19. RIVERO DE ARHANCET, Mabel, *Legitimación adoptiva*, R.U.D.F. Nº 8, sec. Doctrina, pág. 117 - 131.
20. RIVERO DE ARHANCET, Mabel, *Legitimación adoptiva*, L.J.U, T. LXI, sec. Doct, págs. 33 - 47.
21. RIVERO DE ARHANCET, Mabel, *Legitimación adoptiva*, Revista Jurídica del Centro de Estudiantes de Derecho, vol. 3, Nº 7, año 1992, págs. 45 - 52.
22. RIVERO DE ARHANCET, Mabel, *Legitimación adoptiva y adopción*, F.C.U, 1981.
23. VARELA DE MOTTA, María Inés, *Reforma al régimen jurídico de la legitimación adoptiva (ley 16.108, de 4 de abril de 1990)*, en *Reformas al C.C.U*, F.C.U, 1991.
24. VARELA DE MOTTA, María Inés, *Capacidad de la madre soltera menor de edad en el Derecho de Familia uruguayo*, R.U.D.F. Nº 10, sec. Doct, págs. 59 - 64.
25. VAZ FERREIRA, Eduardo, *Tratado de las sucesiones*, T. II, vol. II, F.C.U, 1993.