

La adopción en la República Argentina (1)

1. El Código civil argentino, en vigencia desde el 1 de enero de 1871, ha omitido deliberadamente legislar sobre la adopción, porque según su ilustre autor, el eminente jurisconsulto Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield, esa institución—que en su concepto se reduce a un vínculo personal entre el adoptante y el hijo adoptivo—resultaba innecesaria y no se ajustaba a las costumbres del país, ni era exigida por el bien social.

Pero las condiciones de la sociedad argentina han variado fundamentalmente, y la complejidad de la vida actual, que ha reemplazado al ambiente patriarcal del siglo XIX, revela la conveniencia de establecer la adopción insistentemente reclamada en congresos, conferencias, proyectos parlamentarios, encuestas periodísticas y por la acción permanente y tesonera de hombres dedicados al trabajo científico.

El 15 de septiembre de 1948 el Congreso Nacional ha sancionado la Ley sobre adopción de menores, promulgada por el Poder Ejecutivo el 23 del mismo mes y año y registrada bajo el número 13.252, cuyas disposiciones están incorporadas al Código civil.

2 *Caracteres de la Ley.*—a) La norma legal admite únicamente la adopción de menores de dieciocho años, sin distinción alguna; habiendo quedado descartado así el criterio restringido, que quería limitar su ámbito, otorgándole una función referida solamente a la protección de la niñez abandonada.

b) La adopción es creada exclusivamente por sentencia judicial, que es la forma más adecuada a la naturaleza jurídica de esta institución de orden público y a los efectos que ella produce.

(1) Con la publicación de este trabajo del eminente profesor de Derecho civil argentino, se honra una vez más la REVISTA en dar a conocer firmas prestigiosas en naciones hermanas, y con este motivo envía un afectuoso saludo al jurista argentino.

c) No se extinguen los vínculos existentes entre el adoptado y su familia de origen, y subsisten, por consiguiente, los derechos y deberes que emergen del parentesco, excepto los de la patria potestad.

Ese concepto—que traduce la concepción germánica por oposición al sistema del Derecho romano, antiguo y clásico—tiene su reverso en la regla que fija el parentesco entre los sujetos de la adopción, sin vincular al adoptado con los parientes del adoptante.

d) La Ley admite el principio de la *revocabilidad*, y en el artículo 18 enumera las causas que permiten disolver el vínculo (infra número 37).

3. *Naturaleza jurídica.*—El carácter institucional derivado del vínculo legal de familia creado por la misma Ley ha sido admitido en el nuevo ordenamiento, al reconocer que la adopción genera un verdadero estado civil; y en la discusión parlamentaria fué justamente desechada la teoría contractual aceptada y difundida por los exégetas franceses y algunos juristas italianos, quienes ante la necesidad del consentimiento de las partes piensan en un negocio bilateral de derecho de familia, aunque es obvio que la institución se pone en movimiento por medio de un acto jurídico, que resulta así constitutivo de estado.

4. *Requisitos de la adopción.*—Los diversos requisitos establecidos para el adoptante y el adoptado deben estar cumplidos a la fecha de la sentencia, porque desde entonces se producen los efectos de la adopción (art. 10), y al Juez corresponde verificar si todas las condiciones se encuentran cumplidas al dictar su pronunciamiento.

5. 1.º *Condiciones del adoptante.*—Los requisitos legales que se refieren al adoptante son:

- a) Que tenga, por lo menos, cuarenta años de edad.
- b) Que no tenga descendientes legítimos concebidos o nacidos, ni hijos naturales reconocidos.
- c) Que sea, por lo menos, dieciocho años mayor que el adoptado.
- d) Que cuente, si es casado, con el consentimiento de su cónyuge.
- e) Que haya atendido con los cuidados de un padre al menor que va a adoptar, durante dos años anteriores al momento de la demanda.
- f) Que posea cualidades morales y medios de vida suficientes, a juicio del Juez.
- g) Que no sea hermano del adoptado.
- h) Que su rendición de cuentas, si es tutor, haya sido aprobada y haya pagado el saldo correspondiente.

6. a) *Edad*.—La Ley argentina ha fijado en cuarenta años la edad mínima del adoptante (art. 5.º, inc. c), sin discriminación entre el hombre y la mujer; y ese límite, ajustado a un prudente término medio, permite el cumplimiento del fin primordial de la institución, dirigida fundamentalmente a la protección de los menores.

No se ha olvidado, sin embargo, la situación de los matrimonios estériles, cuya armonía se va a fortalecer con los hijos adoptivos, y la norma autoriza la adopción cuando los cónyuges lleven más de ocho años de vida matrimonial, a pesar de que alguno de ellos, o los dos, no hayan cumplido cuarenta de edad.

7. b) *Inexistencia de descendientes*.—La prohibición de adoptar cuando existen descendientes legítimos concebidos o nacidos tiende a defender la familia constituida y a proteger el interés superior del núcleo legítimo, que no se agota ni se satisface negando derechos al adoptado en la sucesión del adoptante, porque sobre el aspecto económico del grupo debe predominar el factor ético, dándole fuerza cohesiva y elevando—al decir de Cicu—la necesidad de conservación de la especie a la más noble e inagotable fuente de afectos, de virtudes y de solidaridad humana (1).

La amplitud de los términos legales comprende todos los casos de existencia de descendientes legítimos concebidos o nacidos, y no puede adoptar quien tenga nietos, aunque haya fallecido el hijo.

En cambio, cuando se trata de descendencia natural, la prohibición se limita al primer grado para respetar la situación del hijo solamente, y no incluye a los nietos, porque no se lesiona su interés con la adopción que haga el abuelo, desde que no tienen vocación hereditaria (art. 3.582 Código civil). y no puede alegarse algún interés superior para mantener el óbice legal, pues el parentesco derivado de la filiación natural crea únicamente vínculos personales emergentes del hecho mismo de la generación. Constituiría tal vez una excepción a esta regla el nieto que es hijo legítimo de hijo natural, y concurre por derecho de representación a la sucesión de su abuelo (art. 3.583, íb id.); en tal caso la necesidad de defender los derechos de quien integra una familia fundada en el matrimonio prevalece sobre el interés de proteger a los menores por medio de la adopción.

El requisito legal alude a la existencia de hijos legítimos concebidos

(1) *El Derecho de Familia*, pág. 110. Buenos Aires, 1947.

o nacidos, o de hijos naturales reconocidos a la fecha de la sentencia, de manera que la prohibición no funciona cuando unos u otros han fallecido con anterioridad o se encuentran ausentes con presunción de fallecimiento. En el caso de muerte cesa el motivo que origina el impedimento, y ese principio se ha extendido analógicamente a los supuestos de ausencia.

8. *Descendientes sobrevenidos*.—El nacimiento de descendientes legítimos o hijos naturales del adoptante que no hubiesen estado concebidos a la fecha del acto constitutivo, no afectá la validez del vínculo, que requiere estabilidad y permanencia, y por su contenido espiritual, por sus efectos y porque crea un estado civil no puede quedar librado a las contingencias de acontecimientos inciertos.

Por las mismas razones la adopción subsiste, a pesar del posterior reconocimiento de sus hijos naturales que hiciere el adoptante: la traducción normativa de ese concepto es categórica, en cuanto la prohibición se refiere a quien tenga hijos naturales *reconocidos*, y mientras no haya reconocimiento el hijo es legalmente extraño frente a su padre.

9. *Descendientes adoptivos*.—La Ley exige también que el adoptante no tenga otros hijos adoptivos (art. 4.º), porque las nuevas adopciones vulnerarían los derechos del primer adoptado, que merece la protección legal por haber sido equiparado al hijo legítimo.

Existen, sin embargo, cuatro excepciones al principio del artículo 4.º:

1.ª Cuando se adopta a una persona de otro sexo del anterior adoptado para lograr la mejor integración de la familia adoptiva, aportando los sentimientos distintos y complementarios del varón y la mujer.

2.ª Cuando todas las adopciones se efectúan en el mismo acto, porque entonces no se lesionan derechos que han sido adquiridos simultáneamente.

3.ª Cuando se adopta al hermano de alguno de los menores ya adoptados para reafirmar el vínculo de sangre preexistente.

4.ª Cuando el nuevo adoptado es hijo ilegítimo del adoptante, nacido posteriormente a la primera adopción. Esta excepción—que tiende a evitar que el hijo de la sangre sea preterido por un extraño, quien sólo se ha ligado por vínculos sentimentales o lazos afectivos—autoriza expresamente la adopción de hijos ilegítimos—naturales, adulterinos e incestuosos—, pero se mantiene siempre la exigencia que el adoptante no tenga descendientes legítimos o hijos naturales reconocidos, que impiden mejorar al bastardo por vía de adopción, quedando

al padre el recurso de colocarlo en la situación que le corresponda, por medio del reconocimiento, sin poder elevarlo al lugar de hijo legítimo.

10. c) *Diferencia de edad entre adoptante y adoptado*.—Desde el Derecho romano, que establecía que el de menor edad no puede adoptar el de más edad (1), todas las legislaciones positivas exigen este requisito, que la Ley argentina también contiene al disponer en el artículo 3.º que el adoptante debe ser, por lo menos, dieciocho años mayor que el adoptado, y sólo exime de esta condición al viudo, que puede adoptar al hijo adoptivo del otro cónyuge fallecido, a pesar de que no haya dieciocho años de diferencia entre ellos.

11. d) *Asentimiento del cónyuge del adoptante*.—No está prohibida la adopción individual efectuada por uno de los esposos, empero se exige el consentimiento del otro, en resguardo del orden de la familia y del derecho del cónyuge que no es adoptante (art. 8.º).

El tipo legal consagra cuatro excepciones, que tienen su explicación en las propias causas que les dan nacimiento:

1.ª Cuando media divorcio declarado por Juez competente.

2.ª Cuando los esposos se encuentran separados de hecho sin voluntad de unirse.

3.ª Cuando el cónyuge ha sido declarado insano.

4.ª Cuando el cónyuge ha sido declarado ausente con presunción de fallecimiento.

En los dos primeros supuestos, y por razones derivadas de la situación de enemistad de los esposos, existe casi la imposibilidad de conseguir el asentimiento requerido por la Ley. La excepción no incluye al cónyuge inocente, que no pierde su vocación hereditaria (artículo 3.574 del Código civil e interpretación doctrinaria y jurisprudencial del artículo 3.575, íb id), y necesariamente debe ser oído en el juicio de adopción, quedando librado al criterio del Juez la valoración de las causas de oposición.

En los dos últimos casos hay la imposibilidad material de una declaración válida de voluntad, y la excepción se justifica porque la adopción no turba entonces el orden de la familia legítima.

12. e) *Cumplimiento previo de los deberes de la paternidad*.—El requisito que impone al adoptante la prueba de haber atendido al menor con los cuidados de un padre durante dos años anteriores al

(1) *Minorem natu non posse maiorem adoptare placet* (*Instituta*, libro I, título XI, 4).

momento de la demanda (art. 6.º), tiende a asegurar la existencia previa de la relación psicológica de filiación para la mayor estabilidad del vínculo y a impedir el comercio de los menores, que no podrán ser adoptados mientras los padres cumplan los deberes de la paternidad, evitando así la tentación de vender a sus hijos.

La norma permite que se prescinda de la prueba de haber criado, educado y alimentado al menor, satisfaciendo sus necesidades de manutención, vestido, habitación, asistencia y gastos por enfermedades (artículos 265 y 267 del Código civil), solamente cuando el adoptado es hijo del adoptante o de su cónyuge, porque debe presumirse el lazo afectivo, que exime la necesidad de establecer un periodo de ensayo.

13. f) *Aptitud del adoptante*.—La persona a quien se va a investir con las funciones de la patria potestad debe reunir condiciones para lograr la formación espiritual y material del adoptado, habiéndose dejado librada al prudente arbitrio judicial la apreciación de las cualidades morales y medios de vida del adoptante (art. 9.º, inc. d), con amplia libertad de criterio por tratarse de cuestiones de hecho, que el juzgador debe resolver inspirándose sobre todo en el fundamental interés del menor.

En el despacho de la Comisión de Legislación General de la Cámara de Diputados se prohibía ser adoptante a los religiosos profesos de uno u otro sexo, pero tras breve discusión sobre el alcance de la disposición—que se quiso extender a los sacerdotes o clérigos o religiosos profesos o no profesos—, se resolvió suprimir la prohibición por considerarla privativa del Derecho canónico y fuera de los lindes del Derecho civil.

14. g) *Prohibición de adoptar al hermano*.—Esta norma, que no es muy difundida en el Derecho comparado (1), no resulta justificada porque el vínculo fraternal no debe impedir la adopción, siempre que concurren los otros requisitos legales que aseguran el cumplimiento de los fines de la institución; y es ilógico, además, que se pueda colocar a un extraño en el lugar de hijo legítimo y se impida hacerlo con el propio hermano, que agrega al lazo afectivo el vínculo de sangre.

15. h) *Adopción por el tutor*.—El artículo 7.º, al establecer que el tutor sólo podrá adoptar al pupilo después de aprobadas sus cuentas y pagado el saldo, trata de evitar que la adopción se convierta

(1) Consagra esa prohibición el artículo 1.º, inc. 5.º, de la ley checoslovaca del 28 de marzo de 1928.

en un modo de eludir la responsabilidad, y traduce la preocupación legal sobre la conducta del tutor y la influencia sospechosa que puede ejercer sobre el menor; basta recordar el impedimento impediende relativo y transitorio que prohíbe al tutor y a sus descendientes legítimos que están bajo su potestad casarse con el pupilo que ha tenido o tuviese bajo su guarda hasta que fenecida la tutela haya sido aprobada la cuenta de su administración (art. 12 de la Ley de Matrimonio Civil), y el artículo 3.735 del Código civil, que impide al tutor recibir bienes por el testamento de los menores que mueran bajo su tutela, y aun después que hubieren cesado en el cargo mantiene la prohibición si las cuentas no han sido aprobadas, creando así una incapacidad de derecho y una presunción de simulación relativa que anula la disposición testamentaria, ya se disface bajo la forma de un contrato oneroso o se haga bajo el nombre de personas interpuestas (arts. 3.736 y 3.741, *ib id.*).

Los motivos que fundan la norma legal se extienden a los curadores dativos y testamentarios, a quienes deben aplicarse los mismos requisitos impuestos al tutor adoptante, porque las situaciones se equiparan por razón de incapacidad (art. 475 del Código civil).

16. 2.º *Condiciones del adoptado*.—Del contexto legal surgen los requisitos que se refieren al adoptado:

- a) Que no haya cumplido dieciocho años de edad.
- b) Que cuente, si es casado, con el consentimiento de su cónyuge.
- c) Que no esté adoptado por otra persona.

17. a) *Edad*.—El adoptado no debe haber cumplido dieciocho años (art. 2.º), y quedan excluidos así quienes han pasado ese límite, porque no necesitan ser protegidos por la adopción, que tiende a formar una familia y no transmitir simplemente el nombre y el patrimonio del adoptante.

La exigencia de edad máxima admite, sin embargo, la excepción transitoria del artículo 22 establecida para regularizar situaciones pre-existentes, que permite durante tres años, contados desde la fecha de promulgación de la ley, adoptar a personas que tengan más de dieciocho años, siempre que antes de la sanción y que el menor hubiera cumplido esa edad, el adoptante le haya atendido con los cuidados de un padre.

18. b) *Asentimiento del cónyuge del adoptado*.—El estado civil del adoptado es, en principio, indiferente, porque la adopción puede efectuarse a pesar que el menor haya contraído matrimonio, y si bien

es cierto que la emancipación pone fin a la patria potestad, o a la tutela, en su caso (arts. 306 y 455, inc. 2.º del Código civil), la adopción no busca únicamente conceder al adoptante la patria potestad, sino colocar al adoptado en situación de hijo legítimo, y esa relación paterno-filial no concluye ni por la mayoría de edad ni por la emancipación, así como no acaba por esas mismas causas la relación paterno-filial entre padres e hijos legítimos, a pesar de extinguir la patria potestad (1).

En este caso el Juez debe requerir el consentimiento del otro cónyuge, sea el marido o la esposa, y sólo podría prescindirse de su conformidad en los mismos supuestos que no puede exigirse el consentimiento del cónyuge del adoptante.

19. c) *Prohibición de pluralidad de adoptantes.*—La disposición que prohíbe la adopción de un menor por más de una persona (artículo 3.º) se justifica plenamente por la necesidad de evitar los conflictos derivados del ejercicio de la patria potestad que se transfiere al adoptante.

La única excepción admitida es la adopción conjunta de los cónyuges, y en tal supuesto el menor tendrá su padre y madre adoptivos en la misma forma que el hijo tiene su padre y madre legítimos.

La declaración de nulidad de un matrimonio cuyos cónyuges hubiesen adoptado a un menor, plantea la cuestión sobre la subsistencia de la adopción ante la norma que prohíbe la adopción por más de una persona, salvo que los adoptantes sean cónyuges, y en ese caso han dejado de serlo.

A falta de una solución legal expresa debe aplicarse la teoría del matrimonio putativo, que produce todos los efectos del matrimonio válido en relación a los hijos hasta la sentencia que declara la nulidad. La adopción, por consiguiente, debe subsistir, porque a la fecha del acto constitutivo existía entre los adoptantes el vínculo conyugal (2). El adoptado quedaría entonces en la misma situación del hijo legítimo que conserva esa calidad, a pesar que los padres no se hallen unidos en matrimonio y aunque alguno de ellos, o los dos, contrajeran nuevas nupcias.

Cuando el matrimonio nulo ha sido contraído de mala fe por ambos esposos no produce efecto civil alguno (art. 89 de la Ley 2393);

(1) SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*, t. V, vol. II, pág. 1.098. Madrid, 1912.

(2) En contra: SÁNCHEZ ROMÁN: *Op. y loc. cit.*, pág. 1.095.

y faltando el requisito esencial que permitía la adopción conjunta, procede anular la adopción con relación a uno de los adoptantes, porque la declaración de nulidad del matrimonio tiene efecto retroactivo, y no es posible que un menor sea adoptado por dos personas que no son ni han sido cónyuges. Si la adopción hubiere sido efectuada simultáneamente, el Juez debe decidir quién debe mantener el carácter de adoptante, teniendo en cuenta las circunstancias particulares, las cualidades morales, la situación económica, la naturaleza de la causal de nulidad y, muy especialmente, y por encima de toda otra consideración, el interés del adoptado. En caso de adopción sucesiva sólo corresponde anular la última, porque ella pudo ser llevada a cabo por haber sido solicitada por quien invocaba la condición de cónyuge del primer adoptante.

20. *Juicio de adopción.*—El juicio de adopción debe tramitarse ante el Juez de Primera Instancia del domicilio del adoptante (art. 9.º, inc. a), cuya competencia es improrrogable por ser funcional; y debe seguirse el procedimiento sumario por tratarse de un acto de jurisdicción voluntaria, de acuerdo a la propia naturaleza de la relación, que tiende a la *constitución* de un nuevo estado jurídico.

En virtud de tal carácter en este juicio no hay dos partes—la que demanda una actuación de la Ley y aquella frente a la cual se demanda la actuación—, pues no hay un bien garantizado *contra* otro, y sólo existe un estado jurídico que, al decir de Chiovenda, no podría *nacer* o *desarrollarse* sin intervención del Estado o se desarrollaría imperfectamente (1).

En este sentido debe entenderse la enumeración de partes que contiene el artículo 9.º, inc. b) de la Ley, al mencionar en primer término al adoptante, que formula la demanda y desempeña el papel activo, por así decirlo, y luego a los representantes legales del menor: el padre o la madre si no hubiesen perdido la patria potestad; el tutor o curador, en su caso, y el Ministerio de Menores, en ejercicio de la representación promiscua establecida por el artículo 59 del Código civil.

La Ley ha omitido la intervención del Ministerio Fiscal, pero ese silencio no significa que pueda prescindirse de su audiencia, y aunque no es parte litigante, actúa en representación del interés público en un juicio que va a crear un vínculo legal de familia, modificando el es-

(1) *Principios de Derecho procesal civil*, trad. de la 3.ª ed. italiana, por Casais y Santaló, t. I, pág. 385.

tado civil de las personas, extinguiendo algunos efectos de la filiación y produciendo otros.

La fórmula legal imperativa que obliga al Juez a oír *personalmente* al adoptado si fuere mayor de diez años (art. 9.º, inc. c), impide que su audiencia sea suplida por un escrito, pero no exige el consentimiento del menor, que a pesar de su importancia, desde el punto de vista psicológico, para la formación del vínculo familiar, carece de todo valor jurídico porque no se trata de un contrato formado por el acuerdo de voluntades.

La función judicial no es simplemente mecánica, en consecuencia, pues la valoración de las cualidades morales y medios de vida suficientes del adoptante, por una parte, y la apreciación de la conveniencia de la adopción para el menor, por otra (art. 9.º, inc. d) y e) otorgan al juzgador la debida amplitud de criterio para fundar su decisión.

La sentencia—que es de carácter constitutivo—obra normalmente *ex nunc*, por consiguiente, y sus efectos empiezan desde el momento en que el cambio se realiza (art. 10). salvo el caso de adopción póstuma que el artículo 11 permite si el fallecimiento del adoptante ocurriere después de interpuesta la demanda, para retrotraer los efectos a la fecha de la muerte y conceder vocación hereditaria al menor adoptado.

EFFECTOS CIVILES.

21. *Relación puterno-filial.*—La adopción crea una relación de filiación que la Ley argentina ha equiparado totalmente, en principio, a la filiación legítima, convirtiendo jurídicamente al adoptado en hijo legítimo del adoptante.

Se ha seguido así la solución más amplia que señala la técnica legislativa, pues con ese sistema—que atribuye al adoptante las funciones y responsabilidades que corresponden al padre legítimo, y otorga al adoptado los derechos y deberes inherentes a la calidad de hijo nacido de relaciones matrimoniales— resulta innecesario enumerar específicamente los efectos particulares de la adopción, desde que basta aplicar las leyes comunes en cada situación o problema que se plantea: de manera que la interpretación de los efectos contrarios debe ser siempre restrictiva porque la ley ha fijado taxativamente las excepciones al principio general

22. *El adoptado y su familia de origen.*—El adoptado conserva

el vínculo originario con su propia familia (art. 14), reconociéndose así el parentesco preexistente que el Derecho positivo no puede hacer desaparecer. Subsisten, en consecuencia, todos los derechos y obligaciones, y para mencionar solamente los más importantes basta referirse a la prestación de alimentos y a la vocación sucesoria, que se mantienen incólumes entre el adoptado y sus parientes.

23. *El adoptado y los parientes del adoptante.*—El adoptado no entra en la familia de quien lo adopta, o, según la terminología legal, no adquiere vínculo familiar con los parientes del adoptante (art. 12). No existen entre ellos los derechos y deberes que las leyes crean, desde la elemental obligación de denunciar el nacimiento, hasta la fundamental prestación alimentaria (art. 367 y siguientes del Código civil), pasando por toda la gradación de facultades y obligaciones legales.

24. *El adoptante y los parientes del adoptado.*—En el Derecho argentino no caben las controversias doctrinarias sobre la extensión de los efectos de la adopción que ha suscitado la legislación extranjera, porque si bien no existe una norma expresa, es indudable que la adopción no crea vínculos de parentesco entre el adoptante y la familia del adoptado: el artículo 12 limita a los sujetos de la adopción el parentesco creado, que no se extiende a los descendientes legítimos del adoptado, a quienes excepcionalmente se acuerda vocación hereditaria para concurrir por derecho de representación; pero al omitirse todos los deberes del parentesco, se ha alterado el verdadero *estado de familia*, y el vínculo se agota en una simple relación entre adoptante y adoptado que repugna al sentido de la institución, y en vez de constituir una familia hace nacer y terminar el parentesco en el adoptado sin continuarlo en sus descendientes.

25. *Situaciones especialmente regladas.*—Algunos de los efectos de la relación paterno-filial legítima creada por la adopción resultan incompatibles con los efectos de la filiación de sangre del adoptado, y se ha debido reglamentarlos extinguiendo o atenuándolos para obviar los conflictos derivados de esa situación y restablecer la armonía entre las normas positivas.

A tales fines se han establecido reglas sobre la patria potestad, el apellido y el derecho sucesorio, y se han incluido ciertos impedimentos matrimoniales destinados a realzar el contenido ético de la institución.

26. *Patria potestad.*—De acuerdo a la doctrina prevalente en el Derecho moderno se transfiere al adoptante la patria potestad (art. 14,

in fine), que no puede coexistir con el ejercicio de las mismas obligaciones y facultades atribuidas al padre del adoptado, a quien no es posible someter simultáneamente a dos poderes paternos.

Incumbe al adoptante entonces la guarda, dirección y vigilancia del menor—con la responsabilidad aneja del artículo 1.114 del Código civil—, y en el aspecto patrimonial la representación y administración de sus bienes con las limitaciones, responsabilidades y sanciones que fija el mismo Código para los padres legítimos, incluyendo, por cierto, las restricciones y prohibiciones correspondientes, de manera que al adoptante alcanza la incapacidad de Derecho que le impide celebrar contrato alguno con el adoptado que está bajo su patria potestad (art. 279).

27. *Usufructo de los bienes del adoptado.*—El artículo 15 de la Ley deniega al adoptante el usufructo de los bienes del adoptado, que, en virtud de las normas comunes y por ser un atributo de la potestad paterna pertenece al titular de esa función.

Esta regla, inspirada en el propósito de evitar que la adopción sea una fuente de provecho para el adoptante—a quien se priva de un beneficio destinado a asegurar el libre ejercicio de su autoridad y la unidad de dirección en la gestión de los intereses familiares, que son necesariamente solidarios durante la minoridad de los hijos—, admite, sin embargo, una sola excepción al otorgar al cónyuge adoptante sobreviviene el usufructo de los bienes que el adoptado adquiriera en la sucesión del cónyuge adoptante premuerto.

28. *Ejercicio de la patria potestad.*—En el caso común de un adoptante el ejercicio de la patria potestad no ofrece dificultad alguna, pero pueden suscitarse conflictos en los supuestos excepcionales de adopción por los cónyuges, y especialmente cuando uno de ellos adopta al hijo del otro.

Todos los problemas deben solucionarse de acuerdo al espíritu de la Ley, que coloca al adoptado en situación de hijo legítimo del matrimonio y corresponde aplicar entonces las mismas reglas que rigen el ejercicio de la patria potestad de los padres sobre sus hijos legítimos, es decir, reconocerlo otorgado, en principio, al marido, y subsidiariamente a la esposa en caso de muerte o de pérdida del derecho o de su ejercicio (art. 264 del Código civil), sea que los dos cónyuges hayan adoptado a un menor—conjunta o sucesivamente—, sea que uno de ellos adopte al hijo del otro, porque en tales supuestos la norma que transfiere al adoptante el ejercicio de la patria potestad debe ceder por

fuerza de las circunstancias para dar mayor cohesión, estabilidad y permanencia al grupo familiar, y en virtud del principio llamado a unificar en una sola mano los poderes y en una sola cabeza la responsabilidad por los resultados de la función.

28. *Apellido*.—El apellido del adoptado ha sido otro de los problemas que ha debido resolver la Ley de adopción para evitar los conflictos que plantea este atributo jurídico de la persona, máxime cuando esa cuestión es una de las lagunas del Derecho positivo argentino, porque el Código civil no ha legislado expresamente sobre la materia.

El artículo 13 de la Ley 13.252 impone al adoptado el uso del apellido del adoptante, y lo autoriza para agregar después el suyo propio.

El carácter obligatorio de esa disposición sirve para dar fijeza al patronímico y para demostrar la relación existente entre los sujetos de la adopción y la facultad otorgada al adoptado para usar el apellido de su familia exterioriza la subsistencia de esa vinculación.

Cuando los dos cónyuges son adoptantes o cuando uno de ellos adopta al hijo del otro, al adoptado corresponde usar el apellido del esposo, siguiendo los principios aplicados a los mismos problemas de la patria potestad, que se acomodan a la constitución de la familia y al *status* del adoptado.

En caso de adopción efectuada por mujer casada o viuda, el adoptado—si no es hijo del marido—debe usar el apellido de soltera de su adoptante, porque en el derecho argentino la mujer no pierde por el matrimonio el nombre de su familia, ni adquiere legalmente el de su marido, y carece, por consiguiente, del derecho de transmitirlo al adoptado, que es un extraño con relación al esposo.

29. *Régimen sucesorio*.—La creación del vínculo adoptivo repercute también en el régimen sucesorio, y la Ley ha debido determinar los efectos para reafirmar o limitar las normas que rigen las consecuencias del estado civil y de las relaciones de familia.

30. *Sucesión del adoptante*.—La total equiparación del adoptado al hijo legítimo importa conferirle el derecho de suceder al adoptante en tal carácter, porque la vocación hereditaria es el resultado del nuevo estado civil.

La Ley ha omitido repetir todas las disposiciones legales sobre la materia, debiendo entenderse entonces, que las reglas que gobiernan la

sucesión de los padres legítimos son de estricta aplicación en la sucesión del adoptante, en cuanto no haya sido expresamente exceptuado.

Este sistema convierte al adoptado en heredero *legitimario* del adoptante (arts. 3.591 y 3.593 del Código civil), con los derechos y obligaciones inherentes, y excluye a todos los parientes del causante, admitiendo solamente la concurrencia de los hijos sobrevenidos y del cónyuge del adoptante, en la proporción establecida por los artículos 3.565, 3.570 y 3.579 *ib id.*

31. *Derecho de representación.*—Los descendientes legítimos del adoptado tienen vocación para concurrir por derecho de representación a la sucesión del adoptante (art. 16).

El carácter excepcional de la norma—que se aparta de la doctrina del Código civil, en cuanto concede derecho de representación a quien no puede heredar al adoptante por derecho propio—se explica por el interés de los hijos y las razones de equidad que justifican la representación sucesoria, y su extensión se encuentra limitada únicamente por la exigencia de legitimidad impuesta a los nietos del causante *et sic in infinitum*.

32. *Sucesión de los parientes del adoptante.*—La vocación hereditaria del adoptado no alcanza a la sucesión de los parientes del adoptante, y el artículo 12, *in fine*, que niega derecho de representación, concuerda con la doctrina del Código en cuanto exige la vocación del representado a la sucesión del *de cujus*. y en este caso, no teniendo el adoptado vínculo familiar con los parientes del causante, no puede pretender derecho de representación, que a pesar de ser un llamado indirecto y condicional, atribuye un derecho propio igual al del heredero directo.

33. *Sucesión del adoptado.*—La Ley argentina ha elegido la solución más rigurosa al disponer en el artículo 16 que el adoptante no hereda *ab intestato* al adoptado con el fin de establecer un principio de resguardo moral y alejar la posibilidad que la adopción se convierta en un medio de provecho económico deleznable.

La cláusula deroga el principio de reciprocidad que gobierna la sucesión intestada, y puede resultar totalmente injusta en ciertos casos. El absolutismo de sus términos impide toda excepción, de modo que a la sucesión del adoptado concurren únicamente sus propios parientes, cualquiera sea su grado, hasta el sexto inclusive, de la línea colateral (art. 3.585 del Código civil), y aun puede declararse vacante la

herencia, quedando excluido así el adoptante, que ni siquiera puede recuperar los bienes donados, a menos que haya tenido la precaución de reservarse expresamente la reversión de las donaciones, de acuerdo al artículo 1.841 del Código.

Más irritante todavía resulta la solución legal en caso que los bienes del adoptado provengan de la sucesión del cónyuge adoptante premuerto y a consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal; en tal supuesto el cónyuge adoptante sobreviviente será privado hasta de la mitad de los gananciales, acumulados tal vez exclusivamente por su propio esfuerzo.

La Ley ha debido evitar esas y otras soluciones injustas, que no se salvan con la sucesión testamentaria, porque el adoptado puede ser incapaz para disponer de sus bienes por acto de última voluntad.

34. *Impedimentos matrimoniales.*—La Ley argentina—siguiendo la tendencia dominante en la legislación comparada—ha hecho trascender la adopción al derecho matrimonial; y el artículo 17 reconoce, en este aspecto, las tres modalidades del parentesco legal señalado por los antiguos canonistas, creando los impedimentos derivados de la adopción.

a) El *impedimentum paternitatis legalis*, que obsta al matrimonio del adoptante con el adoptado o alguno de sus descendientes (inciso 1.º).

Esa prohibición era absoluta en Derecho romano, y en virtud del principio *adoptio enim naturam imitatur* (1) se aplicaba con igual rigidez que el *impedimentum consanguinitatis* entre padre e hija—cuyas nupcias se llamaban criminales o incestuosas—, de manera que subsistía aunque la adopción hubiese sido disuelta (2).

En algunos códigos modernos el impedimento es meramente impediente, sin embargo, y se reconoce validez al matrimonio que viola la prohibición legal, pero el vínculo adoptivo queda extinguido (artículos 1.311 y 1.771 del Código alemán, 100 y 129 del Código civil suízo y 480, inciso 4.º, del Proyecto de Reforma del Código civil argentino de 1936).

La prohibición no ha quedado circunscrita a las partes, y la norma no permite tampoco el matrimonio del adoptante con los descendientes del adoptado, y al no hacer distinción alguna entre legítimos e ilegíti-

(1) *Inst.*, l. I, tit. XI, 4.

(2) *Inst.*, l. I, tit. X, I; *Dig.*, l. XXIII, tit. II, 55, pr. y 1.

mos, funciona en todos los supuestos, porque las razones éticas que la fundan existen cualquiera sea la filiación del hijo del adoptado.

b) El *impedimentum affinitatis legalis*, que se oponé al matrimonio del adoptante con el cónyuge del adoptado, y del adoptado con con el cónyuge del adoptante (inc. 2.º), también es de origen romano, y Paulo lo había establecido en sus dos aspectos, proscribiendo al hijo adoptivo tomar por mujer a la que fué mujer de su padre adoptivo, porque tiene la condición de madrastra, y al que hubiere adoptado a un hijo, casarse con la mujer del mismo, que está en lugar de nuera (*quae nurus loco est*), porque fué en algún tiempo nuera suya (1).

c) El *impedimentum fraternitatis legalis*, que prohíbe el matrimonio de los hijos adoptivos del mismo adoptante, y del adoptado con un hijo del adoptante (incisos 3.º y 4.º), tenía mayor flexibilidad en Derecho romano, pues bastaba que la adopción hubiera sido disuelta por la emancipación para que las nupcias fuesen permitidas (2).

Esta prohibición legal—que no figura en los Códigos de Alemania, Brasil y Suiza—ha sido justamente criticada, porque si bien tiende a resguardar la moral interna de la familia, resulta peligrosa cuando el impedimento tiene carácter dirimente, y en el afán de perseguir un mal se permiten males mayores al aumentar el número de hijos ilegítimos.

La enumeración de los impedimentos es taxativa, y el concepto tiene un sentido restrictivo, desde que siendo el matrimonio una institución jurídica arreglada a la naturaleza humana, la facultad de contraerlo es un derecho personal innato, que sólo puede ser negado o condicionado en aquellos justos casos establecidos por la Ley positiva.

El nuevo Derecho canónico se acomoda al Derecho civil de cada una de las comunidades políticas, y renunciando a un concepto fijo de adopción y de parentesco legal, acepta el concepto, extensión y forma de obligar de acuerdo a los respectivos derechos estatales, cuyas normas sobre el *impedimentum cognationis legalis* resultan, en consecuencia de Derecho eclesiástico, según los cánones 1.059 y 1.080 del *Codex Juris Canonici* de 1917, que admiten el reverso y donde la Ley civil no reconozca el impedimento, tampoco lo reconoce la Ley canónica.

35 *Carácter prohibitivo.*—Los impedimentos derivados de la adopción son simplemente prohibitivos o impeditivos y no causan la

(1) Dig., l. XXIII, tit. I, 14 pr. y 1.

(2) Inst., l. I, tit. X, 2; Dig., l. I, tit. VII, 23, y l. XXIII, tit. II, 17, pr. y 1.

nulidad del matrimonio, porque en el Derecho argentino no hay otros casos de nulidad matrimonial que los de los artículos 84 y 85 de la Ley 2.393 y los que pudieran establecerse por leyes especiales (1), y la de adopción no ha fijado esa sanción.

36. *Situación de los esposos en orden a la adopción.*—Corresponde determinar la situación de los cónyuges en orden a la adopción y establecer el grado de incompatibilidad existente entre esas situaciones.

El problema no se planteará cuando se produzca la revocación de la adopción, pero esa solución puede surgir únicamente, en principio, al llegar el adoptado a su mayoría (art. 18, incisos b y c).

En el matrimonio del adoptante con la menor adoptada, debe privar el vínculo conyugal para extinguir la adopción, porque son situaciones incompatibles, desde que no se puede ser padre y esposo al mismo tiempo, y es imposible que los frutos de esa unión sean a la vez hijos y hermanos de la madre, quien en la sucesión del adoptante debería heredar en el carácter de esposa y de hija del causante. Para evitar tanta anomalía sólo queda un camino, que a pesar de no estar indicado en la Ley es la única solución digna: la revocación de pleno derecho de la adopción, que no puede ser discutida por falta de norma expresa, cuando se advierte que hay otras situaciones que exigen la misma solución, porque la adopción no coexiste con la legitimación, y debe considerarse revocada la adopción del hijo natural que después es legitimado por el matrimonio del adoptante.

Los matrimonios celebrados con los *impedimenta affinitatis legalis* y *fraternitatis legalis* no causan necesariamente la revocación del vínculo adoptivo por no haber efectiva y real incompatibilidad de efectos; el primer caso presupone la muerte de alguno de los sujetos de la adopción, y entonces desaparecen los inconvenientes inmediatos que impedían la subsistencia de la adopción en la unión del adoptante y del adoptado; en el segundo, la ausencia de parentesco entre los cónyuges permite mantener dos situaciones que no se repugnan.

REVOCACIÓN.

37. *Causas.*—La revocación es una figura inaplicable en las relaciones de familia y excepcionalmente admitida en la adopción, por

(1) *Cons. Rev. del Instituto de Derecho civil de la Universidad Nacional de Tucumán*, t. I, núm. 3 (en prensa).

motivos muy particulares que no amenguan su naturaleza institucional. El estado de filiación es irrevocable porque se basa en un vínculo natural, mientras que el estado de hijo adoptivo, constituido por un acto del Poder público, puede resultar contrario a los fines perseguidos, y desapareciendo su razón de ser debe aceptarse la posibilidad de poner fin a esa relación, sin que exista el peligro social que justifica la indisolubilidad del matrimonio.

La revocación por vía de acción puede efectuarse exclusivamente por la correspondiente sentencia judicial, habiéndose tratado de soslayar en esa forma los inconvenientes de otras soluciones, que no se hubieran compatido con la naturaleza jurídica de la institución.

El artículo 18 de la Ley 13.252 enumera las causales de revocación, que pueden enunciarse así:

- 1.^a Indignidad de los sujetos de la adopción.
- 2.^a Negativa injustificada a la prestación de alimentos.
- 3.^a Impugnación justificada del adoptado.
- 4.^a Acuerdo de partes

38. a) *Indignidad de los sujetos de la adopción.*—El inciso 1.º del artículo 18 remite esta causal a los casos de indignidad para suceder; de manera que su hermenéutica y aplicación no puede ofrecer dificultad alguna en atención al carácter taxativo de la enumeración legal, que impide incluir en esta norma otros supuestos que los que establecen los artículos 3.291 a 3.296 del Código civil.

39. b) *Negativa injustificada a la prestación de alimentos.*—El vínculo adoptivo implica la obligación alimentaria impuesta al padre y al hijo legítimo por razones de solidaridad familiar (artículos 265, 266 y 367 *ib id*), y aplicable por equiparación de situaciones a los sujetos de la adopción.

De acuerdo a los principios comunes, el adoptante sólo puede fundar su incumplimiento en las causas de cesación que menciona el artículo 373, y toda otra negativa que, por consiguiente, no tiene justificación legal, permite la extinción del vínculo adoptivo, por constituir la cabal demostración que la relación psicológica de filiación no se funda ya en el afecto y el sentimiento, que son los presupuestos necesarios de la adopción.

40. c) *Impugnación justificada del adoptado.*—La Ley ha dejado librada al prudente arbitrio judicial la valoración de los motivos que justifiquen la revocación de la adopción, pedida por el adoptado.

No obstante la vaguedad de los términos—que equivalen a los *justos motivos* del Código suizo (art. 269) o a los *motivos graves* de la Ley francesa (art. 367 del Código Napoleón, reformado por el Decreto-ley de 29 de julio de 1939)—el intérprete encuentra la pauta de su labor al recordar que la institución tiende fundamentalmente a la protección de los menores; de manera que cuando es gravemente desventajosa para el adoptado, el mismo órgano del Estado que ha formado el vínculo debe proceder a disolverlo.

No es posible, entonces, sistematizar esas causas, pero dentro del concepto señalado deben incluirse las que producen las pérdidas de la patria potestad o de su ejercicio (arts. 307 y 308 del Código civil) y aun el incumplimiento de los deberes impuestos al adoptante; la exigencia legal se satisface con la existencia de motivos suficientes a juicio del juzgador, porque sería sumamente injusto que el adoptado disuelva el vínculo al llegar a su mayoría, después de haber sido mantenido, educado e instruido por el adoptante, y una vez que ha conseguido cierta posición.

Este derecho debe ser ejercido dentro del término de un año siguiente a la mayoría del adoptado: y después de transcurrido ese lapso—que entraña la caducidad de la acción—, la revocación puede demandarse únicamente por razones de indignidad y por negativa injustificada a la prestación de alimentos.

41. d) *Acuerdo de partes*.—La amplia libertad de los sujetos de la adopción para dejar sin efecto el vínculo por simple acuerdo de voluntad, modificando *ad libitum* el estado civil y creando perturbaciones en la familia, atenta contra la permanencia de la relación, y ésta causal—que se justifica en la concepción contractual pura (arts. 1.770 del Código civil alemán y 374 del de Brasil)—es completamente extraña al concepto institucional de la adopción, que ha sido parcialmente sacrificado por respeto a la autonomía de la voluntad, sin que pueda invocarse para su inclusión que la adopción se realizó durante la minoridad del adoptado, porque la seriedad de la institución exige que sus efectos cesen solamente por causa grave.

42. *Juicio de revocación*.—A falta de normas expresas y de otros principios aplicables debe seguirse el trámite del juicio ordinario, por demanda iniciada ante el Juez del domicilio del adoptante, cuando la acción es promovida durante la minoridad del adoptado, y si hubiere llegado a su mayoría, rigen las reglas procesales comunes, que esta-

blecen la competencia del Juez del domicilio del demandado: *actor sequitur forum rei*.

El Ministerio Fiscal es parte en este juicio que va a extinguir el vínculo paterno-filial; mas, sin embargo, no tiene calidad para demandar la revocación, por las mismas razones que los juicios de divorcio o de desconocimiento de la paternidad no pueden ser iniciados por el Fiscal, y a pesar que la causa afecta al orden público, la acción está reservada a los sujetos de la adopción, y excepcionalmente a sus herederos.

43. *Efectos de la revocación.*—La sentencia constitutiva que causa el cambio de estado hace cesar todos los efectos de la adopción, desde el nombre del adoptado hasta la vocación sucesoria; desaparece la relación paterno-filial con todas sus consecuencias y desaparece, por consiguiente, la obligación alimentaria recíproca y la patria potestad.

El pronunciamiento judicial con autoridad de cosa juzgada obra normalmente *ex nunc*, y sus efectos empiezan desde la fecha de la sentencia (art. 19), salvo cuando la acción se transmite a los herederos o cuando ellos continúan la demanda interpuesta por el causante, y en tales supuestos debe admitirse necesariamente que los efectos de la sentencia de revocación se retrotraen a la fecha de la muerte o de la demanda, en su caso, so pena de llegar a soluciones ilógicas, especialmente en cuanto se refiere a la sucesión del adoptante.

NULIDAD.

44. *Clasificación de las nulidades.*—El acto jurídico que pone en movimiento la institución de la adopción es susceptible de carecer de algún requisito substancial, o de estar afectado por un vicio congénito que produce o puede producir su nulidad.

Según el artículo 20, las disposiciones comunes del Código civil sobre nulidad de los actos jurídicos son aplicables a la adopción, pero crea un régimen especial complementario para los casos de mayor gravedad, de manera que la adopción tiene un sistema de nulidad propio, y puede ser atacada, además, por las causales establecidas en el Código civil.

La norma legal distingue únicamente la nulidad absoluta y relativa, y aunque esa dicotomía atiende diferentes aspectos—porque en el primer caso protege el interés público que se halla especialmente afectado, y en

el segundo, busca la defensa del interés privado, porque los preceptos violados lesionan principalmente intereses individuales y las exigencias emitidas no atañen a la esencia del acto—, en la adopción, la acción se dirige siempre a tutelar intereses superiores conexos con el estado de familia, y la distinción encuentra su fundamento más importante en la *legitimitas ad causam*, y según enseña CICU, en la nulidad absoluta el vicio es tal, que el interés superior exige que en todo caso la adopción sea anulada, a cuyo fin la acción se concede con amplitud; mientras que en la relativa, el interés superior a la anulación no subsiste sino en cuanto concurre con los intereses de determinadas personas, a quienes se otorga exclusivamente el ejercicio de la acción (1).

45. *Nulidad absoluta*.—El inciso 1.º del artículo 20 enumera los casos de nulidad absoluta que se incurre por violación de los requisitos formales o de algunos preceptos relativos a los sujetos de la adopción.

1.º *Vicios de forma*.—La violación de ciertos requisitos formales exigidos por la Ley al acto constitutivo causa la nulidad absoluta de la adopción, correspondiendo destacar como supuestos típicos:

- a) Sentencia de adopción pronunciada por Juez incompetente.
- b) Inobservancia de la obligación del cumplimiento previo de los deberes de la paternidad.

Toda otra nulidad absoluta en virtud del régimen especial debe ser completamente descartada, porque en la interpretación lógica y sistemática de la Ley no es admisible que la adopción quede sin efecto por el incumplimiento de algunos preceptos formales, que si bien interesan al orden público en cuanto se refieren al estado de las personas, su violación no afecta substancialmente la validez del vínculo, y en el conflicto que se plantea debe privar la subsistencia de la adopción.

Esos casos pueden referirse a diversas situaciones:

- a) Falta de llamamiento a juicio de los representantes legales del menor y del Ministerio Público, porque en ese caso la nulidad es simplemente procesal, y debe ser reclamada en el curso del litigio por vía de recurso o de incidente.
- b) Falta de audiencia del adoptado si fuere mayor de diez años, porque la Ley no exige el consentimiento del menor.

c) Ineptitud del adoptante o inconveniencia de la adopción, por tratarse de cuestiones que corresponden al prudente arbitrio del Juez.

2.º *Violación de los preceptos relativos a los sujetos de la adop-*

(1) *La filiazione*, pág. 200, núm. 157. Torino, 1939.

ción.—Los apartados *b* y *c* del inciso 1.º del artículo 20 establecen la nulidad absoluta por violación de los preceptos relativos a la edad máxima del adoptado y a la diferencia de edad con el adoptante, y la sanción encuentra su fundamento en los fines mismos de la institución.

46. *Otros casos de nulidad absoluta.*—Sin pretender agotar el tema de la nulidad absoluta resultante de los principios generales, conviene señalar ciertos aspectos de este régimen que guardan especial relación con el sistema de la adopción, porque existen algunas condiciones legales cuya inobservancia produce la misma sanción.

a) Pluralidad de adoptantes.—La transgresión de la norma que prohíbe la adopción por más de una persona, salvo que los adoptantes sean cónyuges, exige perentoriamente la cesación del nuevo vínculo, que no tiene razón de ser, y constituye un acto prohibitivo por la Ley (artículo 1.044 del Código civil).

b) Prohibición de adoptar al hermano.—La violación de este precepto, ya se considere la cuestión bajo el aspecto del artículo 1.044 citado, ya bajo la faz de la incapacidad del derecho (art. 1.043 *ib id*), siempre estaría comprendida dentro del caso de actos nulos por ilicitud.

47. *Caracteres de la nulidad absoluta.*—Los caracteres típicos de la nulidad absoluta se refieren a la declaración de oficio, a la *legitimitas ad causam*, a la inconfirmabilidad y a la prescripción.

1.º En virtud del artículo 1.047 del Código civil, aplicable a falta de norma expresa que establezca un régimen especial, la nulidad absoluta debe ser declarada por el Juez, aun sin petición de parte cuando aparece manifiesta, o sea cuando *prima facie* resulta del acto mismo, sin necesidad de una investigación de hecho.

2.º El mismo texto legal permite alegar la nulidad a todos los que tengan interés en hacerlo, excepto al que ejecutó el acto sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba, porque nadie puede invocar su mala fe o su torpeza. El Ministerio Fiscal también debe pedirla en interés de la moral y de la Ley.

3.º La adopción que adolece de nulidad absoluta no puede adquirir validez *ab initio* por medio de la confirmación, que constituye, en esencia, la renuncia a la acción de nulidad, porque para su procedencia se requiere que haya desaparecido el vicio (art. 1.060 del Código civil), y no es posible cumplir esa condición en los diferentes casos señalados.

4.º La acción es imprescriptible por la naturaleza de los vicios, que son de carácter perpetuo, y por lo mismo que las causas que inva-

lidan el vínculo afectan al orden público. Además, si no cabe confirmación expresa, admitir la prescripción de la acción sería reconocer la tácita confirmación del acto por el simple transcurso del tiempo.

48. *Nulidad relativa.*—Los casos de nulidad relativa específicamente contemplados en la Ley se refieren a la violación de preceptos relativos al adoptante y a la ausencia o vicios del consentimiento.

1.º En el primer supuesto—inexistencia de descendientes—el carácter relativo de la nulidad se explica en cuanto la adopción lesiona particularmente a los descendientes del adoptante, a quienes corresponde en forma exclusiva el derecho de ejercer la acción.

2.º La sanción por violación de los preceptos sobre edad mínima del adoptante—que debe extenderse también a los cónyuges que no llevan el tiempo de vida matrimonial requerido—puede ser demandada por el propio adoptado, y los terceros interesados, herederos del adoptante que fuesen excluidos de la sucesión por el adoptado.

3.º Para la validez del vínculo el consentimiento exigido por la Ley debe estar exento de vicios—error, dolo o violencia (*vis absoluta y vis compulsiva*)—y emanar de una *voluntad sana y manifestada*. Están legitimados para obrar las personas cuyo consentimiento se ha omitido o se encuentra afectado por vicios que lo invalidan, y sus herederos.

La adopción del pupilo, realizada por el tutor sin que hayan sido aprobadas sus cuentas y pagado el saldo, adolece de nulidad relativa, porque el objeto principal del acto no está prohibido, y únicamente se impide la formación del vínculo sin el cumplimiento previo de esos requisitos; el tutor y el curador, en su caso, resultan así relativamente incapaces en cuanto al acto (art. 1 042 del Código civil), y la sanción sólo puede ser perseguida por el pupilo por haber sido establecida para proteger sus intereses.

49. *Caracteres.*—1.º La nulidad relativa no puede ser declarada de oficio (art. 1.048, íb id), y el Juez únicamente debe pronunciarla cuando media acción o excepción deducida por quien tiene derecho a alegarla.

2.º La Ley confiere ese derecho a aquellas personas en cuyo beneficio se ha establecido la sanción (art. 1.048 cit.), que son las que resultan agraviadas o lesionadas por la adopción, debiendo excluirse siempre al autor del vicio, porque se busca la protección del indefenso, de la víctima del error, de las maniobras dolorosas o de la presión ejercida

sobre su persona o sobre su conciencia (art. 1.049 del Código civil).

3.º La adopción que adolece de nulidad relativa puede confirmarse (art. 1.059, íb id) por quien goza del derecho de hacer anular el acto, una vez que ha desaparecido el vicio o deficiencia que lo afectaba.

4.º La acción de nulidad derivada de la violación de los preceptos sobre la exigencia de edad mínima e inexistencia de descendientes del adoptante presenta cierta analogía con la impugnación de la legitimación (arts. 320 y 321 del Código civil), a la que se aplica la prescripción bienal del artículo 4.029 íb id, porque para atacar la legitimación se ataca el reconocimiento. En ambos supuestos se trata de hacer caer el estado de hijo legítimo, y analógicamente debe aplicarse el mismo término a esta acción de nulidad de la adopción, contado desde que el adoptado llegue a su mayor edad. Cuando la acción es ejercida por terceros, interesados también, debe aplicarse la prescripción del artículo 4.029 citado, contando los dos años desde la apertura de la sucesión o desde que se cause el perjuicio.

La acción por vicios del consentimiento prescribe a los dos años, según el artículo 4.030 del Código civil, que rige sin distinción para todos los actos jurídicos realizados por error, dolo o violencia, sin excluir el matrimonio.

50. *Inscripción.*—El artículo 21 de la Ley exige la inscripción de la adopción, su revocación o nulidad en el Registro de Estado civil, y a tales fines el Juez debe remitir copia de la sentencia que constituye un acto del estado modificador del *status* del adoptado.

HORACIO L. POVIÑA.

Profesor titular de Derecho civil del Instituto
de Derecho Civil de la Universidad Nacional
de Tucumán.

Información sobre el Derecho Argentino

El Instituto de Derecho Civil de la Universidad Nacional de Tucumán ofrece sus servicios a los hombres de ciencia extranjeros para facilitarles los datos que soliciten sobre el Derecho, jurisprudencia y ciencia jurídica de la República Argentina, dadas las dificultades que existen para el conocimiento del Derecho extranjero, su interpretación judicial y su exposición científica.

La correspondencia debe dirigirse al Instituto de Derecho Civil de la Universidad Nacional de Tucumán, calle 25 de Mayo, 471, Tucumán, República Argentina.