

**Esc. Dr. Enrique AREZO PIRIZ**

**FILIACION Y ADOPCION**

**Sumario:**

**I.- ANTECEDENTES DEL TEMA EN CUESTION**

**II.- LEGISLACION URUGUAYA**

**LA NUEVA ADOPCION DESDE LA LEY DE 18 DE SETIEMBRE DE 2009**

**III.- PONENCIAS ACERCA DEL TEMA EN ESTUDIO**

- I -

**ANTECEDENTES DEL TEMA EN CUESTION**

**SUMARIO.**

**1.- La familia. 2.- El vínculo familiar. 3.- Evolución del vínculo familiar. 4.- Causas de la mutación del derecho de familia. a) Cambio en las funciones socio-económicas. b) Avances médicos y biológicos. c) El transexualismo y la esperanza de vida. d) La incorporación de la mujer al mundo del trabajo. e) Los factores filosófico-ideológicos. f) Debilitamiento del matrimonio y acercamiento a las uniones no matrimoniales. 5.- Avances médicos y biológicos. 6.- El transexualismo y la esperanza de vida. 7.- La incorporación de la mujer al mundo del trabajo. 8.- Los factores filosófico-ideológicos. 9.- Debilitamiento del matrimonio y acercamiento a las uniones no matrimoniales. 10.-Estado actual de la familia. La adopción. 11.- Filiación y adopción.**

**1.- La familia.** La familia, es una noción de la cual cada uno conoce instintivamente el contenido, puede definirse jurídicamente como un grupo de personas que están vinculadas entre ellas por vínculos fundados sobre el matrimonio, la unión concubinaria y la filiación. La simple afeción, aún con vida en común no alcanza para configurarla. La familia es una realidad *sociológica, económica y jurídica* <sup>(1)</sup>. Desde el punto de vista *sociológico*, la unidad que forma la familia se encuentra en todas las sociedades, aún en aquellas cuyos grupos son menos estructurados <sup>(2)</sup>. Siempre que la sociedad **evoluciona**, la autoridad del Estado interviene para tomar a su cargo la seguridad de los individuos, de manera tal, que la defensa originariamente a cargo de la familia cesa de ser su obligación y se asiste, así, a la diseminación de la familia, aún

---

<sup>(1)</sup> Conf.: BÉNAVENT, Alain: "Droit Civil – la famille" (Paris, Librairies de la Cour de Casation, 2000, pág. 3).

<sup>(2)</sup> AREZO PIRIZ, Enrique: "Concubinatio" (Mdeo., Dirección General de Extensión Universitaria, División Publicaciones y Ediciones, Tomo I, págs. 15 y 23, 1980).

cuando el vínculo de unión que aquella ha creado sigue siendo muy fuerte. Desde el punto de vista *económico* la familia constituye una unidad de producción. Lo que el individuo aislado podría lograr difícilmente, el grupo familiar lo obtiene de manera más eficaz. Ello se ve, no tanto en el sector del trabajo asalariado, sino en las actividades artesanales o liberales y, en especial, en el trabajo agrícola. Desde el punto de vista *jurídico*, la existencia de la familia es universalmente reconocida, aunque no llega a constituir una personalidad moral.

**2.- El vínculo familiar.** El vínculo familiar puede resultar de una doble naturaleza: puede ser el *matrimonio* o la *filiación*, es decir, un vínculo de sangre. Se denomina parentesco el vínculo que resulta de la sangre y afinidad, el vínculo emergente del matrimonio. La filiación puede resultar del matrimonio, de ahí el nombre de legítimo o el que no resulta del matrimonio designado como natural (téngase presente lo que establece el último inciso del art. 28 del 'Código de la Niñez y la Adolescencia que vincula al primero con los hijos procedentes de matrimonio y a los segundos como no procedentes de matrimonio). Igualmente el vínculo familiar puede resultar de un vínculo artificial, se la denomina filiación *adoptiva*.

**3.- Evolución del vínculo familiar.** Desde los tiempos de la antigua 'Roma se vio un predominio del poder del pater familias. Pero, lentamente, el concepto evoluciona y se va imponiéndole concepto de familia-*domus*. Pero es en el siglo XX donde la evolución es más marcada en beneficio del hogar. Tenemos, como ejemplo, las leyes que organizaron el bien de familia (ley N° 9.770 de 5 de mayo de 1938 y N° 15.597 de 19 de julio de 1984) y la que equiparó los derechos sucesorios de la filiación legítima y natural (ley N° 15.855 de 20 de marzo de 1987). Pero al final del siglo XX y ya entrado el actual continúa la evolución del derecho familiar, ahora en beneficio de la libertad individual. Es así que asistimos la declinación del matrimonio y el auge del divorcio. Hace veinticinco años 7 de cada 10 niños uruguayos eran hijos de padres casados entre sí, hoy son una franca minoría. En 1985 hubo en todo el país 22.276 matrimonios y veinte años después fueron casi la mitad, sólo 13.123. Las mujeres también se han unido al desarrollo de las uniones libres con respecto al matrimonio, mientras en 1993 eran sólo el 12 % hoy son el 30 %. Estos factores están determinados por los índices de pobreza, ya que las parejas más pobres optan por vivir juntos sin casarse. El incremento de las uniones libres ha llevado al legislador a sancionar la ley N° 18.246 de 27 de diciembre de 2007 sobre uniones concubinarias. Paralelamente a esta evolución tenemos en materia jurisdiccional la creación de la judicatura de familia a partir de la década de 1980 (Tribunales de Familia y de Tribunales de Apelaciones de Familia). En los siguientes Parágrafos se examinarán las principales causas generales de las transformaciones del derecho de familia.

**4.- Causas de las mutaciones del derecho de familia: a) Cambios en las funciones socio-económicas de la familia.** Ente las principales causas de las mutaciones del derecho de familia, podemos aludir, en primer lugar a los cambios en las funciones socio-económicas de la familia. Muchas funciones eran cumplidas antes por la familia que era normalmente más extensa, asumidas ahora por el Estado u otras organizaciones sociales o económicas. Ello puede apreciarse en la función educativa, sobre todo en lo relativo a la instrucción desde muy corta edad; con la funciones asistenciales y de protección asumidas ambas por el Estado u organismos de carácter público. De las funciones *macrosociales* de la familia le quedan las funciones personales y *microsociales*: la conyugal, parental y fraternal. La familia todavía,

desempeña, en este aspecto, funciones de primer orden, respecto a las cuales es prácticamente insustituible.

**5.- b) Avances médicos y biológicos.** En segundo lugar, los avances médico y biológicos, especialmente en lo referente a la función reproductiva. Tales adelantos han permitido disociar el aumento de los medios anticonceptivos, es decir, la sexualidad de la reproducción. A su vez, el desarrollo de las modernas técnicas de reproducción asistida han separado reproducción de sexualidad. El matrimonio puede aparecer como ejercicio procreativo o no procreativo de la sexualidad, así como procreación desligada de la sexualidad. Siempre ha sido posible la sexualidad sin reproducción; pero hoy tenemos procreación sin sexualidad.

**6.- c) El transexualismo y la esperanza de vida.** En tercer término tenemos el transexualismo o cambio de sexo, no sólo en sus aspectos superficiales, sociales o de actitudes de comportamiento (homosexualidad), sino también en sus aspectos morfológicos y fisiológicos que dan al transexual un aspecto físico similar al sexo al que desea pertenecer. De esta manera, algo que algunas décadas atrás aparecía como indisponible a la voluntad humana; el sexo al que se pertenece, aparece sometido a la voluntad del hombre aún en su aspecto morfológico, aunque tal disponibilidad no es completa, en cuanto no hay posibilidad conocida de alterar el sexo genético o cromosómico. Encuarto lugar, puede aludirse, también, a la esperanza de vida, por una parte y a la disminución de la mortalidad infantil por otro <sup>(3)</sup>. Estos elementos contribuyen a la reducción del número y tamaño de las familias, en cuanto son necesaria menos familias y menos hijos para el relevo generacional.

**7.- d) La incorporación de la mujer al mundo del trabajo.** En quinto lugar se puede aludir a la incorporación de la mujer al mundo del trabajo. Esto ha llevado a una menor dependencia de la familia del marido, lo que unido a factores ideológicos determina una modificación de la estructura interna de la familia tanto en los roles socio-familiares, cada vez menos dependientes de uno u otro sexo, como el reparto de poderes, facultades y deberes. Ya la mujer no puede dedicarse, primordialmente, a la atención de los integrantes de la familia. A la mujer el matrimonio le parece menos necesario y reducido a su dimensión puramente afectivo-sentimental.

**8.- Los factores filosófico-ideológicos.** Desde estas nuevas perspectivas la familia no habrá de depender de factores objetivos y naturales, sino de elementos de valoración subjetiva de los individuos y de los Estados. El positivismo y el individualismo liberal han llevado a una toma de posición claramente voluntarista de la familia y de los roles que tradicionalmente se le asignaban a lo que se agrega la neutralidad del Estado respecto a la estructura interna de la familia. Se evolucionó, así, hacia una concepción de la familia *contractual* de fundación no necesariamente matrimonial de estructura igualitaria y configuración plural, subordinada a la satisfacción de los intereses particulares de sus componentes. Es lo que se designa como “*subjetivización*” del derecho de familia.

---

<sup>(3)</sup> Por supuesto que estos últimos elementos aluden, principalmente, a los países del primer mundo o a los que, como Uruguay, tienen características sociológicas que los aproximan a aquellos. No se podría extender a los extensos territorios de África y Asia cuyos índices no son tan optimistas.

**9.- f) Debilitamiento del matrimonio y acercamiento a las uniones no matrimoniales.** Como consecuencia de lo expuesto precedentemente acerca del debilitamiento del matrimonio, en los países de cultura jurídica occidental, ha habido un acercamiento del matrimonio con las uniones no matrimoniales. Estas comenzaron, principalmente, en el ámbito de la seguridad social (vivienda) y derechos sucesorios y también en lo relativo a los hijos comunes hasta afectar el derecho de fondo de ambas uniones. Las uniones no matrimoniales y homosexuales son una forma diferente al matrimonio de organizar las mismas relaciones. Ello apareja que la diferencias entre matrimonio y uniones no matrimoniales se vayan progresivamente diluyendo al extremo de que se habla de la agonía del matrimonio legal, al que se lo ve como un acto de conformismo social, carente de contenido preciso, concreto y estricto.

**10.- El Estado ante la actual situación de la familia. La adopción.** Desde que la procreación, el sostén y educación de la prole y su progresiva socialización posibilitan la conservación de la sociedad, el Estado no puede ignorar el cumplimiento de tales funciones. Es por ello que la reglamentación de la misma adopción está en medio de estos problemas. Si el deber del Estado es defender la renovación generacional de los integrantes de la sociedad no alcanzamos a comprender cómo se compadece esta idea con facilitar el acceso al aborto (despenalizándolo hasta la décimo segunda semana de gestación), especialmente en países, como Uruguay, donde tenemos, prácticamente, la misma población que hace cincuenta años y según opinión de sus autoridades en pocos años más, al seguridad social no podrá sostenerse como al presente para la falta, principalmente, de relevo generacional.

**11.- Filiación y adopción.** La filiación conoce en el derecho occidental dos grandes vertientes: la procedente de los padres que engendraron al hijo, es decir, están vinculados a éste por un vínculo biológico y la de aquellos que lo recibieron, por un hecho voluntario, un vínculo artificial, que designamos, en un sentido amplio, como adopción. Estas dos figuras propias del derecho de familia no se aproximan solamente por la identidad de sus efectos. Que el fundamento de la filiación sea ubicado en el hecho biológico de la procreación o en la voluntad de sus padres, tiene, siempre por finalidad, el bien, el interés y la felicidad del niño <sup>(4)</sup> y es, precisamente, en nombre de este interés personal que, progresivamente, se ha ido eliminando toda diferencia en cuanto a los derechos procedentes de la filiación legítima como natural y a buscar asimilar los derechos de los adoptantes plenos a aquellos derechos. A continuación se hará referencia a la actual legislación uruguaya en materia de adopción de menores de edad <sup>(5)</sup>.

---

<sup>(4)</sup> HUET-WEILLER, Danièle, LABRUSSE, Catherine y VAN CAMELBEKE, Micheline: “La Filiation” (Paris, Librairies Techniques (LITEC), Librairie de la Cour de Casation, pág. VIII, N° III).

<sup>(5)</sup> Trabajo del autor precedido por la Revista Uruguaya de Derecho de Familia (Año XIX, N° 22, Octubre de 2010, págs. 138 a 159).

**LEGISLACION URUGUAYA**

**LA NUEVA ADOPCION DESDE LA LEY  
N° 18.590 DE 18 DE SETIEMBRE DE 2009**

**SUMARIO:**

**Sección I. Introducción a la Adopción** (Parágrafos Nos. 12 a 17). **Sección II. Evolución de nuestra legislación en materia de adopción** (Parágrafos Nos. 18 a 20). **Sección III. Análisis de la ley N° 18.590 de 18 de setiembre de 2009** (Parágrafos Nos. 21 a 31). **Sección IV. Caracteres generales de la ley N° 18.590** (Parágrafos Nos. 32 a 33). **Sección V. De los requisitos para adoptar y ser adoptado** (Parágrafos Nos. 34 a 35). **Sección VI. De la sentencia, inscripción y algunas ulterioridades** (Parágrafos Nos. 36 a 39). **Sección VII. Efectos de la adopción** (Parágrafos Nos. 40 a 43). **Sección VIII. De la ley N° 18.590 y el notariado** (Parágrafos Nos. 44 a 45). **Sección IX. Principales diferencias de la ley N° 18.590 introducidas en materia de adopción (plena)** (Parágrafos Nos. 46 a 51). **Sección X. Consideraciones generales sobre la ley N° 18.590** (Parágrafos Nos. 51 a 55)..

**Sección I**

**Introducción a la adopción,**

**12.-** La promulgación de la ley N° 18.590 de 18 de setiembre de 2009, que sustituyó diversas disposiciones del Código de la Niñez y la Adolescencia (en adelante C.N.A.), tales como, los numerales 9) y 10) del art. 27, el art. 36 y los arts. 132 a 160 y que ha introducido muy importantes transformaciones en la regulación de los institutos de la adopción y de la legitimación adoptiva, con especial referencia a los menores de edad que aspiramos a esclarecer con este trabajo.

**13.-** La ley mencionada derogó la legitimación adoptiva y la sustituyó por la adopción “plena”, pero con muy interesantes diferencias con relación a la legitimación adoptiva anterior. Por ejemplo, se amplió el elenco de los adoptantes y se permite, en la nueva ley, adoptar plenamente, o sea, legítimo adoptar, a una persona soltera, incluso puede ser un homosexual sin compañero/a y a una pareja de unidos concubinariamente (art. 141, literal A), desvinculando así, la adopción plena de toda referencia con la filiación legítima, a diferencia del régimen del C.N.A. que sólo la permitía a los “cónyuges” (art. 145, num. 1° y art. 148, inc. 1° C.N.A. ley N° 17.823 de 7 de setiembre de 2004) y que conservaba, en general, la regulación tradicional de la legitimación adoptiva que venía desde la ley N° 10.674 de 20 de noviembre de 1945, a la que se le habían introducido importantes ampliaciones, tales como el decreto ley N° 14.759 de 5 de enero de 1978 que permitió la legitimación adoptiva a favor del hijo natural reconocido de uno de los legitimantes y la ley N° 16.108 de 4 de abril de 1990 que la permite al progenitor legítimo divorciado con su nuevo cónyuge cuando el ex cónyuge ha abandonado a su hijo.

14.- Se ha insistido en que nuestra ley matriz de legitimación adoptiva (Nº 10.674 de 20 de noviembre de 1945), conoció su origen en el decreto-ley francés de 29 de julio de 1939, corregida por la ley de 8 de agosto de 1941 <sup>(6)</sup>. Sin embargo, este instituto, como su muy próximo: la adopción, hunde sus raíces en la más remota antigüedad. Se fundó, especialmente, en una razón religiosa: en la necesidad de conservar el culto doméstico a los dioses familiares, en particular, ello se hizo sentir entre los romanos, entre los cuales la extinción de ese culto era una especie de deshonra. No pudiendo aquél continuar más que por los hijos varones nacidos “*ex justis nuptiis*”, la familia civil corría el peligro de extinguirse y entonces la adopción se imponía como una necesidad <sup>(7)</sup>. A ello se suma una razón política, mediante la abrogación se transfería del patriciado a la plebe y a la inversa, permitiendo, de esta manera, alcanzar las magistraturas que, antes, estaban cerradas por razón de la clase social.

15.- En Roma, la adopción considerada en su amplia acepción, contenía dos figuras jurídicas diversas: la abrogación y la adopción. La primera recaía, en un primer momento, sólo sobre las personas libres, los “*sui juris*”; en cambio, la adopción recaía sobre los “*alieni juris*” <sup>(8)</sup>. La adopción, en sentido amplio, es una institución de derecho civil, cuyo efecto es establecer entre dos personas relaciones análogas a las que crean las “*justae nuptias*” entre el hijo y el jefe de familia. En el derecho clásico, el adoptado sale de su familia civil, perdiendo sus antiguos derechos de agnación, para conservar únicamente la calidad de cognado, aunque entrando en la familia civil del padre adoptante, que éste adquiere la patria potestad y cambia su nombre. Bajo Justiniano, en el año 530, permitió que el adoptado continuara perteneciendo a su familia de origen, es la adopción “menos plena”. El adoptado debe ser mayor que el adoptado, ya que la adopción es un símil de la vida normal, como mínimo diez y ocho años. Las mujeres al carecer de la autoridad paterna, naturalmente, no pueden adoptar, pero sí pueden ser adoptadas, al igual que los impúberes.

16.- La adopción propiamente dicha, requería la intervención del poder público, pero ésta era puramente pasiva. El procedimiento de la adopción constaba de dos etapas: la primera, consistía en las ceremonias que tenían por fin extinguir la patria potestad del padre de sangre y la segunda, en las operaciones que hacían nacer la patria potestad en el padre adoptante. Todo lo cual era sumamente complicado. Bajo Justiniano se aligeran los requisitos de la adopción, sustituyéndolas por una simple acta ante Juez competente, donde constaba el consentimiento del adoptante y del adoptado, sea mayor o menor. Con este emperador aparece la adopción “*minus*”, que se acerca a nuestra actual adopción simple, donde el adoptado conserva sus derechos en la familia de origen y

---

<sup>(6)</sup> Conf.; CESTAU, Saúl D.: “Familia y Derecho de Familia” (Mdeo., 3ra. edic. F.C.U., Tomo II, Nº 131, Pág. 194).

<sup>(7)</sup> Conf.: PETIT, Eugenio: “Tratado Elemental de Derecho Romano” (México, Ed. Nacional, 1963, pág. 113).

<sup>(8)</sup> En el derecho romano, en particular, en el período clásico (siglos I y II de nuestra era), las personas en relación con su familia se dividían en: “*sui juris*” (varones mayores de edad y no sometidos a patria potestad, y no dementes), dependían de ellas mismas y “*alieni juris*” que estaban sometidos a la autoridad de un jefe. Este era el “*paterfamilias*” y en la que la patria potestad era perpetua. La mujer casada “*con manus*”, quedaba bajo el dominio del pater, ocupaba el lugar de un hijo (“*filius familiae loco*”). (Ver del autor: “Reseña de los Derechos Sucesorios de Cónyuge Supérstite en la Legislación Comparada: Roma, Francia, Italia, Alemania, España” (Mdeo., 1975).

adquiere derechos sucesorios en la familia adoptante y donde conserva los peculios castrense y cuasicastrense y la adopción “*plena*”, que seguía los senderos del anterior derecho: cambio de nombre, familia, etc.<sup>(9)</sup>.

17.- Desaparecidas las razones religiosas con la extinción del paganismo y las políticas con la modificación de la estructura civil de la sociedad, la adopción se fue extinguiendo paulatinamente. Con la revolución de fines del siglo XVIII reaparece dado que permite igualar las fortunas. Pero recién por obra del Código Civil y de las ideas del mismo Napoleón hace, la adopción, su reaparición legislativa. Pero tiene exigencias muy severas. Con respecto al adoptante: debían tener, uno u otro sexo, más de cincuenta años, carecer de hijos o descendientes, tener quince años más que el adoptado, gozar de buena reputación a juicio del tribunal, haber cuidado al adoptado durante su menor edad seis años por lo menos y ningún cónyuge podía adoptar sin el consentimiento del otro. Con respecto al adoptado se requería: que fuera mayor de edad y el consentimiento de los padres si no había cumplido los veinticinco años; si era mayor requerir el consejo de aquéllos. La ley de 19 de junio de 1923 introduce severos cambios en el régimen de la adopción del Código Civil anterior, permitiendo adoptar cualquiera sea la edad del adoptado. En cuanto al adoptante se baja la edad de cincuenta a cuarenta años y siempre tener quince más que el adoptado y no tener hijos ni descendientes. Actualmente en Francia existe la adopción plena, nuestra ex legitimación adoptiva y la adopción simple que es nuestra anterior adopción, a secas (Ley N° 66-500 de 11 de julio de 1966, suplementada por las leyes de 22 de setiembre de 1976 y de 5 de julio de 1996). Este régimen reposa, esencialmente, sobre dos tipos de adopción, según sea el grado de integración que se ha entendido perseguir con respecto a la familia adoptiva: la adopción plena (“*plénière*”), integración total haciendo desaparecer todo trazo de la filiación biológica, y la adopción simple (“*simple*”), integración menos extendida que se agrega a la filiación biológica <sup>(10)</sup>.

## Sección II

### Evolución de nuestra legislación en materia de adopción

18.- Con referencia al estadio del pensamiento anterior al primitivo Código Civil de 1867, el mismo era de casi indiferencia respecto a la adopción, siguiendo la evolución general del pensamiento europeo y especialmente francés hasta la revolución y a la que se hizo referencia en el Parágrafo anterior. En el informe de la Comisión de Codificación de 1867, que recogería el texto del C. Civil en los arts. 223 a 231, redactada por el propio Dr. Tristán Narvaja, en el párrafo I, se lee: “El proyecto mantiene la adopción, y lo mismo hace en el suyo el respetable jurisconsulto brasileño señor Freitas. La adopción será innecesaria, será indiferente, pero no podemos conceder que sea perjudicial ni que deba suprimirse. Supóngasele despojada del interés y de los grandes efectos que producía en Roma: ¿es o no verdad que puede producir algunos? y entonces, ¿por qué abolir lo que sin causar daño puede en un caso ser útil?. Las instituciones se recomiendan por su historia pero no todas las veces a expensas de su pasado; la razón histórica abandona con frecuencia muchas de sus obras; la justicia es

---

<sup>(9)</sup> Conf.: ODDO, Julio Armando: “La Adopción” (Mdeo., 1943, Imp. Moderna, N° 6, pág. 19-20).

<sup>(10)</sup> Conf.: BÉNAVENT, Alain: “Droit Civil. La Familla” (París, 2000, ed. Lib. de la Cour de Casation, N° 575, pág. 481).

una razón de siempre, y nunca desampara las creaciones del derecho. A la objeción que suele hacerse de que la adopción no está en nuestras costumbres, se ha anticipado a contestar un ilustre orador francés, observando la diferencia esencial que hay entre las leyes imperativas y las de simple facultad. “Cuando, dice, se quiere dictar leyes puramente preceptivas, entonces conviene en cuando sea posible, ver los hombres tales como son. Mas no debemos ser tan rigurosos que aquellas otras leyes que no son más que facultativas, ya que podemos mirar a los hombres tales como deberían ser, complaciéndonos con la idea de que de esta suerte los conduciremos mejor al término a que se desea llegar. Semejantes leyes deben ser miradas como las compañeras de las costumbres, y lejos de aumentar su corrupción, como pretenden algunos de los que no han meditado en la diferencia que acabo de hacer, las mejoras y purifican””.

**19.-** Por la ley N° 7.290 de 13 de octubre de 1920 se modificaron los arts. 227 y 228 de la redacción primitiva del Código Civil o sea los actuales arts. 247, donde impuso el consentimiento del adoptado mayor de edad o si era un incapaz el de su representantes legales y 248 en el que dispuso que la adopción debe necesariamente ser hecha en escritura pública y creó el Registro General de Adopciones a cargo de la Dirección General del Registro de Estado Civil. Por la ley N° 9.342 de 6 de abril de 1934 (Código del Niño), en los arts. 156 a 172 reglamentó el instituto de la adopción e incrementó considerablemente el número de adopciones. Uno de los problemas que planteó el nuevo Código es el de si seguían vigentes las disposiciones del Código Civil o si habían sido sustituidas íntegramente por el Código del Niño. Los escribanos Oddo y Cestau <sup>(1)</sup> se adhieren a esta última posición y fue la seguida en la práctica, antes de la ley N° 16.603 de 19 de octubre de 1994, que dispuso el retorno de la normatividad de la adopción, nuevamente, al Código Civil.

**20.-** El 28 de setiembre de 1990 se promulgada la ley N° 16.137 que ratificó la Convención Universal de Derechos del Niño (en adelante Convención). que habrá de incidir en las medidas de reforma contenidas en la ley N° 18.590. Se puede aludir – entre otras - al derecho del niño desde que nace, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por éstos (art. 7º, num. 1) Convención); a la preservación de la identidad, incluida la nacionalidad, nombre y relaciones familiares, (art. 8º, num. 1) Convención); el derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular (art. 9º, num. 3, Convención); dar oportunidad al niño de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, sea directamente, sea a través de un representante (art. 12, num. 2), Convención); reconocimiento del sistema de adopción cuidando que el interés superior del niño sea la consideración primordial (art. 21, ab initio, Convención), etc. No todas estas reglas, en opinión del legislador de 2009 fueron tenidas en cuenta en oportunidad de sancionar el Código de la Niñez y la Adolescencia (en adelante C.N.A.), especialmente lo relativo a las formas de adopción que se mantuvieron las de la legislación anterior: adopción y legitimación adoptiva. La ley N° 16.603 de 19 de octubre de 1994 en sus arts. 243 a 251 reglamentó la antigua adopción, siguiendo los pasos del Código del Niño. Posteriormente, con la sanción del C.N.A., se dispuso en el Capítulo IX, párrafo IV “De la Adopción” la coexistencia de los institutos paralelos con referencia a los niños y adolescentes, como había sido desde 1945: la adopción que se le agrega el término “simple” o adopción “abierta”, que es la anterior adopción, a secas (arts. 135 a 143) y la legitimación adoptiva (arts. 144 a 149), a los que se añade la regulación de la adopción

---

(1) ODDO, Julio Armando: Op. cit., N° 22, pág. 97 y CESTAU, Saúl D.: Op. cit., N° 111, pág. 166.



internacional (arts. 150 a 159) y, finalmente, en el art. 160 C.N.A. que crea el “Registro General de Adopciones”, éste reformado por el art. 3º que da nueva redacción al art. 159 del mismo Código, ya que, de acuerdo a la Exposición de Motivos de la ley en examen “el Registro de Adopciones actual no asegura la preservación y acceso a los datos mínimos imprescindibles de la historia de vida de la persona afectada, ya que en él no se incorporan los datos de la familia de origen...”

### Sección III

#### **Análisis de la ley N° 18.590 de 18 de setiembre de 2009**

21.- Aunque el nueva ley N° 18.590 no esté exenta de algunas dificultades interpretativas en atención a los términos utilizados en su texto, debemos comenzar por precisar el alcance de la reforma sobre el C.N.A. El art. 1º del C.N.A. en cuanto al ámbito de alcance de éste dispone que “es de aplicación a todos los seres humanos menores de diez y ocho años de edad” y, por lo mismo, la ley que se comenta sólo es aplicable a dichos menores, ya que, tanto en su art. 1º, donde sustituye los numerales 9) y 10) del art. 27 C.N.A. por el único numeral 9) relativo al nombre en la adopción, como en el art. 2º en el que sustituye el art. 36 C.N.A., con relación a la tenencia por terceros, y finalmente el art. 3º donde sustituye los arts. 132 a 160 C.N.A., que es el art. medular de la nueva ley; todas sus disposiciones, menos el art. 4º (derecho transitorio), hacen alusión al C.N.A.. En otras palabras, en nuestra opinión, la reforma al régimen de la adopción sólo es aplicable a los menores de diez y ocho años, continuando, por lo mismo, íntegramente vigente la normatividad relativa a los mayores de edad que se siguen gobernando por las disposiciones del Código Civil, en lo que les resulten aplicables <sup>(12)</sup> (arts. 243 a 251) <sup>(13)</sup>.

22.- A manera de introducción creemos que la intención del legislador de 2009 fue la de sustituir la anterior legitimación adoptiva por la nueva adopción plena y que, en definitiva, eliminó la adopción simple o abierta de los menores de edad. “Queda pendiente, asimismo – continúa la referida Exposición de Motivos – revisar los actuales modelos de adopción, de forma que se superen las discriminaciones negativas vigentes, basadas en aspectos formales y no en las condiciones reales de vida y convivencia de los adoptados”. En efecto, el art. 138, inc. 2º, parte final, dispone: “todas las adopciones serán plenas” y se alude a los menores de diez y ocho años ya que, como se dijera en el Parágrafo anterior, la reforma sólo es una sustitución de artículos del C.N.A. y por lo mismo sólo se aplica a éste. A su vez, esta ley modificó la designación del párrafo III al

---

<sup>(12)</sup> Entre las disposiciones de la adopción del Código Civil que se refieren a menores y que están por lo mismo derogadas por la ley N° 18.590 de 18 de setiembre de 2009, podemos señalar, principalmente: consentimiento de los representantes legales (art. 247, incs. 3º y 4º) y parte del inc. 1º del art. 248 y sobre patria potestad (art. 249, incs. 2º y 3º).

<sup>(13)</sup> En la ley comentada sólo encontramos una norma aplicable a los mayores de edad. Es el art. 145 que refiere a los niños o adolescentes con capacidad diferente, donde surge que el Estado asegurará la atención integral de los mismos en forma gratuita, “derecho que se mantendrá cualquiera sea la edad de la persona adoptada”.

sustituir “De los hogares de cuidado” que lucía en el C.N.A. anterior por “Alternativas familiares”.

**23.-** La nueva ley en examen desarrolla cuatro puntos con gran énfasis: a) la injerencia del poder público (Juzgado Letrado de Familia y el INAU) en todo lo relativo a la adopción plena, y b) la preocupación de que sea la misma familia biológica o de origen u otros familiares a cargo de los menores la que se ocupe de los mismos, y con preferencia a los adoptantes, procurando siempre evitar la institucionalización de los menores y c) procurar la integración familiar mediante un minucioso sistema de selección de adoptantes plenos, y d) la sustitución del secreto en la adopción plena por procurar la permanencia de la vinculación del niño o adolescente con su familia de origen <sup>(14)</sup>.

**24.-** Con respecto al primer punto señalado en el Parágrafo anterior, esto es, la injerencia del poder público, a través de los Juzgados Letrados de Familia, en Montevideo, o quien haga sus veces en el interior, con competencia común o de urgencia y del Instituto de la Niñez y la Adolescencia del Uruguay (en adelante INAU), aunque no totalmente nuevo en nuestro sistema se puede apreciar su incremento, en el art. 132 donde un progenitor, familiar o no, que estando a cargo de un niño o niña <sup>(15)</sup> decida no continuar con su cuidado debe comunicarlo “previamente” a los indicados Juzgado e Instituto y, en su caso, al servicio hospitalario donde se encuentre el niño o niña (inc.1º) y la misma obligación rige para quienes reciban a un niño de quienes no hayan dado cumplimiento a dicha obligación (inc. 2º). Si tuviere noticias el servicio hospitalario lo comunicará al Juzgado indicado y al INAU (inc. 3º), el que adoptará las medidas de atención inmediatas comunicando su situación al juez, quien procurará mantener al niño, niña o adolescente en su familia de origen (inc. 4º), debiéndose seguir las normas del proceso cautelar del C.G.P. (inc. 5º) (ver Parágrafo N° 28).

**25.-** El juzgado de familia si no pudiere mantener al niño en su familia de origen, dará lugar a la separación, disponiendo su inserción familiar, procurando evitar la institucionalización y prefiriendo los hogares que le permitan salvaguardar los vínculos afectivos, estableciendo un orden decreciente de hogares de acogida seleccionados por el INAU (art.133). Todo lo cual se hará según las reglas del proceso extraordinario, debiéndose escuchar al niño o adolescente, sus progenitores y a quienes estuvieron hasta

---

<sup>(14)</sup> En la Exposición de Motivos de la que será la ley N° 18.590 (Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores (2º Período Ordinario de la XLVI Legislatura, del 6 de setiembre de 2006), se indican las medidas propuestas: a) Exigir aviso previo al Tribunal, al INAU o a la Maternidad actuante de la familia de origen de no continuar con el cuidado del niño, obligación impuesta a quienes se desvinculan del niño como a quienes lo reciben o intervienen, sea como profesionales o trabajadores de instituciones que intermedian en el tema. b) Eliminar toda forma de entrega de niños en guarda con fines de adopción a través de escritura pública; c) Se obstaculiza la adopción que no es precedida de un proceso judicialmente controlado. d) Se eliminan las adopciones por escritura pública (Nota: se alude a los menores de edad, subsiste en los mayores). e) La selección de los adoptantes se asigna a un equipo especializado del INAU, eliminándose la posible intermediación de agencias privadas. f) se simplifica el procedimiento de separación de un niño de su familia y posterior inserción familiar, que tiene como alternativa la adopción, sustituyéndose el procedimiento extraordinario por el proceso cautelar, y g) se prohíbe la institucionalización de niños o niñas de menos de dos años de edad por más de cuarenta y cinco días.

<sup>(15)</sup> Desde que el mismo C.N.A. en el art. 1º, inc. 3º dispone que “Siempre que este Código se refiere a niños y adolescentes comprende ambos géneros”, creemos que es innecesario reiterar “o niña” luego de “niño”. Es por ello que evitaremos, en este trabajo, la indicada reiteración, en el entendido, claro está, que desde que decimos solamente niño se incluye también a la niñas.

la fecha encargados de su cuidado y, de ser posibles, otros miembros de su familia hasta el tercer grado de consanguinidad (hasta sus bisabuelos e hijos, tíos y sobrinos), siendo competente el juzgado de familia, o quien haga sus veces correspondiente a la residencia del niño o adolescente (art. 133.1, inc. 2º), que es diferente del competente para disponer la adopción que es el del domicilio del adoptante (art. 142, num. 1) <sup>(16)</sup>.

**26.-** Para poder admitirse la adopción el Juez competente tendrá que tener por acreditada la adoptabilidad <sup>(17)</sup> fundándose en la ruptura o grave deterioro de los vínculos afectivos con los progenitores y otros miembros de la familia de origen. La resolución de inserción del niño o adolescente es privativa del INAU, quien deberá informar al tribunal lo actuado, detallando el proceso de decisión y los fundamentos de su resolución, así como toda circunstancia superviniente hasta la sentencia de adopción definitiva (art. 133.2, incs. 2º y 3º). El tribunal podrá apartarse, por motivos fundados, de la selección del INAU, siendo la resolución judicial apelable por este organismo (inc. 4º). Será nula toda selección de familia adoptante que no cumpla lo dispuesto en el inc. 4º, (inc. 5º). El INAU sólo podrá disponer la tenencia con fines de adopción de acuerdo al art. 133.1 ya relacionado en el Parágrafo anterior. En otras palabras la adopción sólo procederá si el niño o adolescente no conserva vínculo afectivos, no sólo con sus mismos progenitores, sino con su familia de origen, lo que sólo será posible luego de un juicio extraordinario que, en los hechos, con su apelación y diversas incidencias que puedan plantearse, tendrá una duración de varios años.

**27.-** El INAU deberá proveer al niño o adolescente de hogares adecuados en su propia familia o en otras con fines de adopción seleccionadas por el INAU cuando estén dadas las condiciones para su adoptabilidad (nota 17) indicada en el art. 133.2 (art. 134). El consentimiento para darlo en adopción deberá hacerse ante el Juez, con el asesoramiento necesario y conocimiento de las consecuencias que ello implica (art. 135, inc. 2º). El INAU deberá desarrollar programas de asesoramiento y apoyo cuando sus progenitores o familiares indiquen que desean dar en adopción al niño o adolescente (inc. 5º). Es el INAU el único órgano competente para seleccionar y asignar familias adoptivas dispone el art. 136, inc. 2º <sup>(18)</sup>. Queremos hacer notar la diversidad de formas

---

---

<sup>(16)</sup> Aprobamos la preocupación del legislador por mantener, en lo posible, al hijo en su familia de origen, desde que es muy cierto que el Estado es un mal tutor (Art. 7º, num. 1) Convención). Pero, también entendemos que sería muy útil a los niños y adolescentes favorecer la adopción, agilizando su tramitación, que en esta ley N° 18.590 se ve dificultada, como se verá en el próximo Parágrafo.

<sup>(17)</sup> La ley utiliza en el art. 133.2, inc. 1º el neologismo “adoptabilidad” y que no está recogido por el Diccionario de la Real Academia (22ª edición, 2001). Es recogido, sin embargo, en la obra de Eva Giberti: “Adopción Siglo XXI” (Ed. Sudamericana, Bs. Aires, 2010).

<sup>(18)</sup> Téngase presente que el art. 133.1, inc. 1º ley N° 18.590 en cuanto dispone que “para determinar si corresponde decretar la separación definitiva del niño, niña o adolescente de su familia de origen y su inserción en una familia alternativa con fines de adopción se seguirá el proceso extraordinario regulado por el Código General del Proceso...”, el que, por supuesto, culminará con una sentencia que decidirá acerca de la separación con fines de adopción y que es de resorte exclusivo del magistrado, que es ajeno al INAU. La asignación del adoptado a su familia adoptante es, pues, de resorte jurisdiccional y no administrativo. A su vez, el artículo que gobierna el procedimiento de la adopción, el 142.1, dispone que es el voluntario (arts. 402 y ss. C.G.P.) y, en caso de mediar oposición, el proceso será el extraordinario (art. 142.2). Todo ello sin perjuicio de las atribuciones del INAU en lo referente a medidas provisionales (art. 132, inc. 4º) y en lo relativo a la inserción familiar de niños (art. 133). Por supuesto que para la asignación de familias adoptivas el órgano único es el INAU, pero todo ello, sin perjuicio de la sentencia

procesales empleadas en esta ley. Puede ser el proceso cautelar para la adopción de medidas provisionales respecto al menor en estado de abandono (arts. 311 y ss. C.G.P., art. 132, inc. 5°); el proceso extraordinario para resolver la separación definitiva del niño o adolescente de su familia de origen y su inserción en una familia alternativa con fines de adopción (arts. 346 y 347 C.G.P., art. 133.1, inc. 1°). Igualmente se aplicarán las reglas del procedimiento extraordinario para regular la preservación de los vínculos personales y afectivos con la familia de origen y el régimen de visitas (art. 133.1, inc. 3°), a los juicios de anulación de las adopciones (art. 156) y si hubiere oposición a la adopción (art. 142, num. 2). Finalmente, el proceso voluntario para resolver sobre la adopción (arts. 402 y ss. C.G.P., art. 142, 1). Pensamos que esta diversidad procesal puede significar una dificultad práctica en la aplicación de la ley. Basta un ejemplo, un adoptante tiene familiares con los que tiene “vínculos altamente significativos y favorables a su desarrollo integral” y la adopción se hizo obligándose el o los adoptantes plenos a respetar ese vínculo (art. 138, inc. 1°). Y luego de un tiempo el o los adoptantes se niegan a permitir las visitas. En este caso, los familiares, o el mismo adoptado con un curador especial, deberán promover un proceso (que puede ser de larga duración) para que se les reconozca su derecho <sup>(19)</sup>.

**28.-** El segundo punto mencionado en el precedente Parágrafo N° 33, es la preocupación de que sea la misma familia biológica o de origen u otros familiares a cargo de los menores los que se ocupen de los mismos con preferencia a los adoptantes. Ello resulta del contexto de la ley. Lo podemos apreciar en el texto del art. 132, inc. 1° en cuanto impone a los progenitores u otra persona, familiar o no, que estando a cargo de un niño y que no desee continuar con su cuidado debe comunicarlo como se indicó en el precedente Parágrafo N° 34. En el inc. 4° del art. 132 se indica que el juez deberá adoptar las medidas de atención inmediatas, solicitando información respecto a las posibilidades de mantener el niño o adolescente en su familia de origen y que, en caso afirmativo, ordenará las medidas de apoyo familiar necesarias para asegurar ese vínculo filial.

**29.-** El juez deberá determinar, por el procedimiento extraordinario, la separación definitiva del niño o adolescente de su familia de origen, procurará evitar la institucionalización del niño o adolescente, debiendo designarles defensor o curador si correspondiere y escucharlo como a sus progenitores y a quienes estuvieron a su cuidado (nota 22), así como, de ser posible, a otros integrantes de su familia (art.133.1, inc. 1°). Como puede apreciarse desde la vigencia de esta ley que se comenta, la separación definitiva del niño o adolescente deberá resolverse por el proceso

---

---

del juez en materia de integración de los menores en tenencia con fines de adopción y en el mismo proceso de adopción (art. 142, num. 1) .

<sup>(19)</sup> Ciertamente como la ley no prevé las medidas a adoptar por los involucrados cuando se incumpla el régimen de visitas con la familia de origen, entendemos que las medidas procesales sólo se aplicarían en el caso de que se lo hubiera resuelto así en el proceso voluntario, eventualmente contencioso (extraordinario) promovido con fines de adopción (art. 133.1, inc. 3°), pero ¿cómo resolver en el caso de incumplimiento de lo pactado y resuelto en la sentencia de adopción respecto al régimen de visitas en una o en varias oportunidades?. El punto no es de fácil solución. Nos parece que se debe recurrir el mismo tribunal que decretó el régimen de visitas el que podrá “adecuar o, en su caso, suspenderlas cuando se modifiquen los supuestos legales que dieron lugar al régimen de visitas” (art. 146, in fine). De existir un incumplimiento culpable por parte, v.g.: de los padres adoptantes, creemos que se deberá recurrir, inevitablemente, al proceso extraordinario (art. 156) para obtener, si el incumplimiento doloso es grave, la misma anulación de la adopción (art. 147, inc. final).

extraordinario, y podría darse la situación de no tener, todavía, en muchos casos, así lo estimamos, a la vista ningún aspirante a adoptante, pero, en cualquier caso procurando evitar la institucionalización (art. 133). Ello puede llevar, apelación incluida, varios años de duración. A ello debe agregarse lo dispuesto en los incs. 2º, 3º y 4º del art. 134 en cuanto dispone de diversos plazos máximos de internación en atención a la edad del niño. Hasta los dos años = cuarenta y cinco días; desde los dos años hasta los siete años = noventa días. No hay previsión legal para el caso de que el menor tenga más de siete años <sup>(20)</sup>. La ley procura, también, preservar los vínculos personales y afectivos con la familia de origen, en cuyo caso, la adopción sólo se admitirá si los adoptantes se obligan al respeto y preservación de ese vínculo (art. 138). También debe observarse que si los adoptantes aceptaron la preservación del vínculo deberán acordar un régimen de visitas con los integrantes de la familia de origen (art. 146). No alcanzamos a apreciar que si se inscribe al niño o adolescente como hijo inscripto fuera de término (art. 147, inc. 1º) sea compatible con lo antes comentado,- en términos generales-, lo que disponen los arts. 138 y 146, desde que la adopción plena procura la incorporación del hijo adoptivo como un hijo más de la familia adoptante. En fin desde que se eliminó el secreto de la adopción plena y se lo sustituyó por un equipo multidisciplinario que tiene, entre otros, por cometido “orientar y acompañar el proceso de integración familiar”, y “supervisar el cumplimiento del derecho al conocimiento de su origen e identidad” (art. 158, lit. E), que es exactamente lo contrario al régimen anterior, e igualmente en el lit. G) de este art. se dispone que se deberá orientar y apoyar a los adoptados, adoptantes e integrantes de la familia de origen “en el proceso de conocimiento y acercamiento de las mismas”, no puede sorprender estos nuevos aspectos <sup>(21)</sup>. La experiencia dirá si esta reforma es lo que necesitaba nuestra sociedad. Sobre esto volveremos en los Parágrafos Nos. **41** y **43**.

**30.-** El tercer punto que planteábamos en el precedente Parágrafo N° **23**, es el relativo a que se procura la integración familiar mediante un minucioso sistema de selección de los adoptantes plenos. Esta tarea se encomienda como único organismo al INAU y al Registro General de Adopciones (art. 136, inc. 2º). Comenzando desde antes de iniciarse el procedimiento propiamente dicho de adopción, en la etapa previa, es decir, como señala eufémicamente el art. 133, inc. 1º, cuando el menor no se lo puede mantener en su familia de origen, es decir, es un menor abandonado, se establece un orden preferencial de inserción en una familia para su adopción seleccionada por el INAU: primero, en hogar de acogida, segundo, tenencia por terceros, con o sin finalidad de adopción (art. 36 C.N.A., texto dado por el art. 2º de la ley en examen) y, finalmente, a un hogar institucional que “ofrezca garantías para su adecuado desarrollo” (art. 33, in fine) <sup>(22)</sup>. El INAU es encargado preceptivamente de la resolución judicial de inserción

---

<sup>(20)</sup> Téngase presente lo que dispone el art. 4º, lit. B) de la ley N° 18.590 con referencia a que el INAU dispondrá del plazo de gracia de dos años contados desde la vigencia de esta ley, para adoptar medidas que permitan efectivizarla en forma progresiva para todos los niños o niñas menores de siete años de edad. ¿Y qué ocurre con los mayores de esa edad?

<sup>(21)</sup> CESTAU, Saúl D.: Op. y edic. cit., (N° 148, págs. 217-218) dice, con referencia al régimen de la legitimación adoptiva que “es secreta y buena parte del éxito alcanzado entre nosotros, por dicho instituto, se atribuye al secreto en que se la lleva a cabo”

<sup>(22)</sup> De acuerdo a lo que es de público conocimiento, el INAU en la actualidad, sea por carencia de medios presupuestales, sea por su propia ineficacia funcional, o por ambas, hasta donde sabemos, carece de lugares adecuados donde albergar niños o adolescentes que requieren internación “que ofrezca garantías para su adecuado desarrollo”, sin perjuicio del plazo de dos años referido en la nota 20. Sin embargo, las constantes noticias de tentativas de fugas o de consumación de éstas, desarreglos en el interior de los mismos institutos (incendio de colchones, roturas del mobiliario, insuficiencia de los

adoptiva de un niño, a través de un equipo interdisciplinario (art. 132.2, inc. 2º) que deberá respetar el orden de inscripción de los posibles padres adoptantes ante la solicitud judicial cuando el niño o adolescente esté en condiciones de ser adoptado, orden que podrá ser alterado por necesidades del niño o adolescente debidamente fundada. Siempre el menor deberá ser oído preceptivamente <sup>(23)</sup>, dispuesto, entre otras, en el procedimiento de separación definitiva de la familia de origen y su inserción en una familia con fines de adopción (art. 133.1) y en la alteración del orden de prioridad de la inscripción de los aspirantes a padre o padres adoptivos (art. 158, lit. D), inc. 2º) <sup>(24)</sup>.

**31.-** Con referencia al último punto planteado en el precedente Parágrafo N° 25, es la sustitución del secreto en la adopción plena por procurar la vinculación del niño o adolescente con su familia de origen. Ello puede apreciarse en el art. 132, inc. 4º, donde frente a un niño o adolescente en estado de abandono por su familia de origen o, como blandamente dice la ley, “de no resultar posible mantener al niño, niña o adolescente en su familia de origen”, el INAU “ordenará las medidas de apoyo familiar que se requieran para asegurar la permanencia de este vínculo filial”. No tendrá validez el consentimiento que se otorgue para la separación del hijo que está por nacer o dentro de los treinta días de su nacimiento (art. 135, inc. 1º) y “sólo será válido si ha sido dado en presencia del juez con el asesoramiento necesario y en conocimiento de las consecuencias que ello implica” (art. 135, inc. 2º). El actual legislador no ha ocultado su preferencia porque el adoptado tenga derecho a conocer su condición de tal a la más temprana edad, dentro de lo que sea aconsejado a los padres, en cada caso concreto (art. 160), regulando el ejercicio del derecho de conocer su historia personal y su familia de origen en el art. 160.1. Sin duda que el régimen de secreto previsto en la ley N° 10.674 de 20 de noviembre de 1945 era ya imposible de mantener si el menor había ingresado, con edad suficiente y con pleno uso de razón, a una familia legítimo adoptante, incluso podía ser un menor de diez y ocho años de estado civil casado y con hijos, en cuyo caso

---

---

medios de contención de los desmanes de niños y adolescentes, inacabables reincidencias, problemas con los funcionarios, etc.), no pueden dejar de preocupar sobre el destino de tantos menores encomendados al INAU. Se podrá decir que eso ocurre, en general, con los niños o adolescentes sometidos a medidas de privación de libertad. Admitimos que es muy probable que así sea. Pero las persistentes denuncias públicas de desajustes internos (por decirlo benignamente) del INAU, no permiten ser optimistas a este respecto. El legislador, en esta y otras leyes por el estilo, parecería dirigirse a legislar para los ángeles y para el estado idílico de la situación de un país ideal, que no es, por cierto, el nuestro, y como si la simple enunciación de textos legales, supusiera que la cruda realidad se debiera amoldar a ellos. Las leyes deben aplicarse a los hechos que las determinan y compadecerse de los elementos que los generan en la sociedad real. De lo contrario, la ley corre el peligro de convertirse, en breve plazo, en letra muerta. Debemos destacar, sin embargo de lo dicho, que, últimamente, las fugas de menores se ha reducido sensiblemente.

<sup>(23)</sup> Cuando la ley habla de que los niños o adolescentes deben ser oídos preceptivamente, estimamos que deja librado al operario del derecho la determinación de cual es la edad mínima para que el menor deba ser escuchado, lo cual ofrece un escenario por demás variable en atención a las diferentes circunstancias de cada caso, sea por la edad del niño o adolescente, sea por el criterio propio del juez o del funcionario del INAU. Todo ello en aplicación del art. 12, num. 2) Convención. En defecto de escuchar al niño, niña o adolescente se deberá escuchar a sus progenitores y a las personas que hasta la fecha se han encargado de su cuidado, así como – si fuera posible – a otros integrantes de la familia hasta el tercer grado de consanguinidad (art. 133.1, inc. 1º ley N° 18.5090).

<sup>(24)</sup> Esta ley habla, casi siempre, de padres adoptivos (o adoptantes) o de familia alternativa con fines de adopción, pareciendo que no prevé que puede existir adopción plena por una persona no casada, o sea, soltera, viuda o divorciada (art. 141, lit. A). Ese habrá de generar algunas dificultades en materia de inscripción del hijo adoptivo en el Registro de Estado Civil que se examinarán oportunamente (Parágrafo N° 26).

había que modificar los apellidos de todos, al igual si eran hijos naturales reconocidos. Pero esa no era la situación general. Creemos que el secreto que se podía mantener, por ejemplo, por haberse iniciado la tenencia o guarda con pocos años de edad, podía ser. En no pocos casos - más beneficioso para el niño, niña o adolescente que hacerle conocer su verdadero origen - especialmente en el caso de que el adoptado ha sido realmente incorporado a la nueva familia y se sintiera plenamente identificado con ella. Por supuesto que ello sólo sería imaginable si el menor tuviera una familia de origen que no conociera quiénes eran los legítimo adoptantes, hoy adoptantes plenos. En fin, es una situación psicológicamente muy opinable <sup>(25)</sup>. Insistimos que no desconocemos los textos de los arts. 7º y 8º de la Convención, especialmente en cuanto se reconoce los derechos del niño, “en la medida de lo posible, de conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos” y “a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas” con los que coincidimos totalmente. Solamente queremos llamar la atención que luego de reconocer ambos derechos, la Convención, en nuestra opinión suaviza su rigor, desde que alude a que deben someterse a la legislación nacional. Sobre este punto habremos de volver en los Parágrafos N° 42 y 43.

#### Sección IV

#### Caracteres Generales de la ley N° 18.590

32.- Con referencia a los aspectos generales de la nueva ley de adopción “plena” de menores de edad al aludir al concepto y definición de la adopción en el art. 137 se expresa así: “La adopción de niños, niñas y adolescentes es un instituto de excepción, que tiene por finalidad garantizar el derecho del niño, niña o adolescente a la vida familiar, ingresando en calidad de hijo, con todos los derechos de tal, a una nueva familia”. Haciendo a un lado la definición que se la comparte íntegramente, queremos destacar la grave expresión contenida al inicio del texto legal: “La adopción ... es un instituto de excepción...”. ¿Qué alcance debe darle el intérprete a esta expresión legislativa?. Cuando una norma es excepcional se desprenden dos consecuencias: a) el texto es de interpretación estricta y b) no puede extenderse su alcance recurriendo a la analogía, es decir, no es admisible en una norma excepcional, la interpretación por analogía <sup>(26)</sup>, con las precisiones que se formulan al pie.

---

<sup>(25)</sup> No desconocemos “el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas” (art. 8º Convención) (Parágrafo N° 9). Pero es un derecho que debe ejercitarse “de conformidad con la ley”, la que, entendemos, puede adaptarse a las características culturales de cada país. Igualmente el art. 7º que reconoce el derecho del niño “desde que nace a un nombre y a adquirir una nacionalidad y, “en la medida de lo posible” (comillas del autor), a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”, deben ser aplicados “de conformidad con la legislación nacional” (art. 7º, num. 2) Convención). Y esta expresa remisión de la Convención a la ley nacional, nos permite ampliar la interpretación de estos derechos y albergar, en los casos en que se lo entienda conveniente al interés superior del niño, situaciones que se aparten, racional y justamente, de un criterio piedeletrista de los textos referidos.

<sup>(26)</sup> La teoría clásica derivada de algunos textos romanos indica que las normas de derecho singular o excepcional no son susceptibles de aplicación analógica, ya que, estando dictadas para casos determinados, no se pueden extender a casos diversos, para los cuales ha de regir la ley general o derecho común. Pero, siguiendo a CASTAN TOBENAS, José: “Teoría de la Aplicación e Investigación del Derecho” (Madrid, ed. Reus, pág. 330), más modernamente se admite que las disposiciones excepcionales

**33.-** Igualmente cabe destacar lo que establece el art. 133.1, inc. 4º que, luego de disponer las reglas que gobiernan el procedimiento y la separación definitiva del menor de su familia de origen y su inserción en una familia alternativa con fines de adopción por el procedimiento extraordinario establece que : “la sentencia que acoja la separación definitiva de la familia de origen, dispondrá la pérdida de la patria potestad si el niño, niña o adolescente se encuentra sometido a la misma”. Esto introduce una serie de diferencias con el régimen de pérdida de la patria potestad común por causal (arts. 284 y ss. C. Civil), entre ellas: a) se indican, en general, las causales taxativas de pérdida de la patria potestad, tanto de pleno derecho como a instancia de parte (arts. 184 y 285 C. Civil), en la ley N°. 18.590 la causal es genérica: basta la declaración de sentencia de separación definitiva de su familia de origen <sup>(27)</sup>; y, b) en el régimen general se puede rehabilitar el ejercicio de la patria potestad (art. 292 C. Civil) con excepción del numeral 7º del art. 285 C. Civil (abandono culpable) que sólo se la admitirá en forma excepcional. En la ley N° 18.590, desde que la adopción no es revisable, sólo anulable (art. 147, inc. final) no podrá tener lugar, normalmente, la rehabilitación <sup>(28)</sup>.

## Sección V

---

no excluyen en absoluto el procedimiento analógico en tanto en cuanto la *ratio* del tratamiento excepcional corresponda al caso no regulado. Creemos revalidables para nuestro derecho las enseñanzas de este Maestro, pero siempre que exista identidad de situaciones entre el caso regulado y el no regulado.

<sup>(27)</sup> Puede darse el caso de que los progenitores que tienen la patria potestad sobre el niño, niña o adolescente incurran en cualquiera de las causales de pérdida de la patria potestad - especialmente las causales de los numerales 6º (costumbres depravadas o escandalosas, ebriedad habitual, malos tratamientos o abandono de su deberes, pudieren comprometer la salud, la seguridad o la moralidad de sus hijos, aun cuando estos hechos no cayeren bajo la ley penal) y 7º (si se comprobare en forma irrefragable que durante un año han hecho abandono culpable de los deberes inherentes a su condición de tales, no prestando a sus hijos los cuidados y atenciones que les deben), y sin perjuicio de las demás causales - pero los abuelos del menor, por ejemplo, se ocupan de ellos y suplen la conducta o abandono de sus padres y así les permitan salvaguardar los vínculos afectivos con su familia de origen, no se dará el supuesto para decretar la separación definitiva de la familia de origen y con ella la pérdida de la patria potestad que le es aneja (art. 133.1, inc. 4º), pero los padres serán pasibles de perder la patria potestad de acuerdo al régimen general del Código Civil (arts. 284 y 285).

<sup>(28)</sup> Este trabajo que aspira, a lo más, a ser una mera aproximación al conocimiento que la ley N° 18.590 introdujo en el tema de la adopción en el Código de la Niñez y la Adolescencia (C.N.A.), en el derecho interno, y ha dejado, deliberadamente de lado, el examen particular de la adopción internacional. Sin embargo, queremos hacer alguna alusión a disposiciones en esta materia. aún cuando las diferencias son muy pocas. 1) El art. 149, inc. 2º, que reitera lo previsto en el art. 150, inc. 2º C.N.A., define la adopción internacional al disponer que “Se considera adopción internacional a la que se lleva a cabo por personas con domicilio o residencia habitual en un país diferente del domicilio o residencia habitual del niño, niña o adolescente”. 2) El art. 150, que repite el art. 151 C. N.A. de preferencia, a la ubicación de los adoptados, a quienes vivan dentro del territorio nacional. 3) La competencia judicial (art. 151, inc. 1º) es igual a la del C.N.A. (art. 155). La comparecencia a la audiencia es preceptivamente personal y se excluye la representación por apoderado (arts. 151, incs. 2º y 3º y 155, inc. 2º y 3º C.N.A.). 4) Es muy importante que la nueva ley conserve que sólo podrán ser adoptantes los cónyuges (no los concubinos), cuya unión haya durado cuatro años (arts. 152, inc. 2º y 153, inc. 1º y 153, inc. 1º C.N.A.) 5) La residencia y convivencia con el adoptado es de seis meses pudiendo ser reducido (art. 153 y 153, inc. 3º C.N.A.). 6) Siempre debe intervenir el INAU. Pero existe una diferencia, en el C.N.A. (art. 152, inc. 2º), donde la falta de presentación en plazo del INAU se lo tendría por aceptación. La nueva ley no contiene esta disposición (art. 152, inc. 1º), lo que creemos es un error ya que favorece la indolencia burocrática del INAU. 7) Con respecto a la nacionalidad del adoptado se conservan iguales previsiones (arts. 155 nueva ley y 155 C.N.A.). Por cierto que esto sólo recibirá aplicación si el Estado Parte donde pase a vivir el adoptado, admite la doble nacionalidad.



## De los requisitos para adoptar y ser adoptado

34.- Las condiciones que la nueva ley reclama en los adoptantes son más amplias que las que se requerían en el C.N.A., se los expondrá en forma comparativa: Primero: (*estado civil de los adoptantes*). En el régimen anterior se exigen que los legitimantes (hoy adoptantes plenos) estén o hayan estado unidos en matrimonio siempre en este último caso cuando medie conformidad de ambos y cuando la guarda o tenencia del menor hubiera comenzado durante el matrimonio y se completara después de disuelto el vínculo legal. Igualmente se admitía la legitimación adoptiva de niños o adolescentes abandonado por uno de sus progenitores legítimos, cuando fuere solicitada por el padre o madre que haya mantenido la patria potestad, conjuntamente con el cónyuge con el que contrajo nuevo matrimonio (art. 144, num. 1), lit. B) C.N.A.. Hoy, en cambio, pueden ser legitimantes adoptivos tanto un soltero como una pareja de cónyuges o concubinos (art. 141, lit. A), con la salvedad de que ex cónyuges divorciados o ex concubinos podrán ser adoptantes siempre que medie la conformidad de ambos y cuando la tenencia del niño, niña o adolescente hubiera comenzado durante el matrimonio y concubinato y se completara después de la disolución de éste <sup>(29)</sup>. Y desde que se admite la declaración de unión concubinaria de homosexuales, éstos, tanto individual como concubinos podrán adoptar niños, niñas o adolescentes (nota 24). Se amplió la adopción del hijo del cónyuge que ahora alcanza al concubino, pero se sustituyó el abandono por “la pérdida de todo vínculo con el otro progenitor (art. 139). En el siguiente Parágrafo N° 26, se examinará la situación que crea la adopción, en el caso de este artículo, del hijo habido dentro del matrimonio y adoptado por el concubino del progenitor que continúa en el ejercicio de la patria potestad. Segundo: (*duración del matrimonio y del concubinato*): en el sistema del C.N.A. se requerían cuatro años de duración del matrimonio (art. 145, num. 1), inc. 1º) y facultando al juez a rebajarlos (art. 145, num. 1) inc. 2º). En la ley comentada se conserva el mismo plazo, añadiéndose el concubinato, en ambos casos con vida en común (art. 140, inc. final), pero no se faculta, como antes, al juez a rebajar el término de cuatro años, como sí lo hace con respecto a la edad (art. 140, lit. D). Tercero: (*edad mínima de los adoptante*). Los legítimo adoptantes debían tener una edad no inferior a los veinticinco años (art. 145, inc. 1º C.N.A.). En la nueva edad se conserva la misma edad (art. 140, lit. D). Cuarto: (*diferencia de edad entre adoptante/s y adoptado*). En el C.N.A. se exigía quince años más que el adoptado, pudiendo el juez rebajarla hasta el límite que admita razonablemente que el adoptado pueda ser hijo de los adoptantes (art. 145, num. 1 y 2). En la ley N° 18.590, el art. 140, lit. D) conserva el mismo régimen. Quinto: (*guarda mínima del adoptado*). En el

---

<sup>(29)</sup> En la nueva ley N° 18.590 se habla de concubinos, a secas (arts. 139, inc. 1º y 141, lit. A) y B) y no de unidos concubinariamente de conformidad con la ley N° 18.246 de 27 de diciembre de 2007. Parecería que bastaría invocar el concubinato simple, para poder ser adoptante pleno. Creemos que este razonamiento debe ser ajustado. La adopción plena requiere que el menor reciba cierta seguridad en su nueva situación. El art. 143, como el originario art. 2º, inc. 2º de la ley N° 10.674 de 20 de noviembre de 1945, dispone: “La adopción sólo se otorgará por justos motivos y existiendo conveniencia para el niño, niña o adolescente”. Además, el inc. 2º del lit. D) del art. 140 de la nueva ley exige que el concubinato compute al menos cuatro años de vida en común. Lógicamente no se requiere la declaración de unión concubinaria (la que reclama un mínimo de cinco años de vida en común, además de otros caracteres). En el proceso de inserción familiar de niños (arts. 133.1 y 133.2) deberá probarse el plazo mínimo de cuatro años de vida en común de los concubinos y también de los cónyuges, desde que puede existir matrimonio sin vida en común.

régimen del C.N.A. se exigía un término no inferior a un año (art. 145, num. 1). En la nueva ley se conserva igual término (art. 140, lit. B), añadiendo que (dicha tenencia) “sea en condiciones favorables a su desarrollo integral”.

35.- En cuanto a las condiciones reclamadas en los adoptados, son: Primero: (*edad máxima*). En el régimen del C.N.A. eran los diez y ocho años (art. 1º, inc. 1º); en el actual régimen es la misma edad (art. 140, inc. 1º). Segundo: (*diferencia de edad*). El adoptado debe tener quince años menos que los adoptantes, pudiendo, igual que antes, el juez rebajar esa diferencia hasta un límite que admita razonablemente que aquél puede ser hijo de los adoptantes y que, en general, se entiende la pubertad legal (catorce y doce años el varón y la mujer, respectivamente) (art. 145, num. 1) y 2). Actualmente el régimen es igual (art. 139, lit. D). Tercero: (*edad mínima del adoptado*). Un año que es término mínimo de la tenencia (art. 145, num. 1). Igual sistema rige actualmente (art.140 lit. B).Sin embargo, debe tenerse presente que dado el carácter preceptivo del proceso extraordinario de separación definitiva del niño, niña o adolescente y sin contar con otras incidencias que se puedan generar, por parte del INAU, u otros, la sentencia de adopción nunca habrá de pronunciarse antes de los tres o cuatro años, por lo que la edad mínima para ser adoptado será, sin duda mucho mayor al año.

## Sección VI

### **De la sentencia, inscripción y algunas ulterioridades**

36.- El trámite es igual al régimen del C.N.A., es decir, es el proceso voluntario y en caso de oposición se seguirá el proceso extraordinario, con el mismo sistema probatorio y escuchando, antes de la sentencia, al Ministerio Público (art. 146, num. 1), 2) y 4) y ley N° 18.590, art. 142). No hemos visto en la nueva ley, como tampoco en el C.N.A., una norma relativa a la adoptabilidad de un niño, niña o adolescente que haya sido, previamente, adoptado simplemente, por los mismos peticionantes, lo que sí hacía la ley N° 10.674 en su art. 5º. Se trata de una norma de derecho intermedio desde que la ley N° 18.590 eliminó la adopción simple de los menores de diez y ocho años. Sin embargo, creemos que es posible transformar, digámoslo así, la adopción simple de un adoptado en la adopción plena, previos los trámites ante el INAU y con la intervención de la justicia letrada de familia en Montevideo o quien haga sus veces, en el interior. Se funda esta posición en que la adopción plena es un instituto que da mayores seguridades al niño, niña o adolescente, superando al régimen de la adopción simple anterior y que, además, existen justos motivos y conveniencia para el niño, niña o adolescente (art 143, inc. 1º), que son las condiciones de admisibilidad de la adopción (Parágrafo N° 27).

37.- El trámite culmina con la sentencia que hace lugar a la adopción, o la rechaza, y con el testimonio de ésta que la autoriza, la parte solicitante efectuará la inscripción del niño, niña o adolescente en la Dirección General del Registro de Estado Civil como hijo inscripto fuera de término (art. 147, inc. 1º ley N° 18.590). Se reproduce el texto que viene del art. 2º, inc. 2º de la ley N° 10.674 de 20 de noviembre de 1945. Desde que pueden adoptar personas no unidas en matrimonio, tales como solteros o concubinos, y siendo el matrimonio la única fuente de legitimidad de nuestro derecho de familia es claro que debió eliminarse la palabra “legítimo” luego de “hijo” que lució hasta hoy. Y eso plantea alguna cuestión que no es de fácil solución. Supongamos un

hijo legítimo, esto es, habido dentro del matrimonio cuyo padre perdió, con respecto a este hijo, todo vínculo, como dice el nuevo texto (art. 139, inc. 1º y no abandono como decía el C.N.A. (art. 144, num. 1) lit. B) y es adoptado por el concubino de la madre, la que continúa en el ejercicio de la patria potestad. Esta adopción sólo podrá llevarse a cabo una sola vez (art. 144, num. 1) lit. B), inc. 2º C.N.A. y ahora art. 139, inc. 2º). El nuevo texto legal nos permite visualizar dos problemas: a) si la pérdida de todo vínculo con el otro progenitor, en el ejemplo, el padre se debe establecer siguiendo la regulación de los arts. 284 y 285 C. Civil, relativos a la pérdida de la patria potestad y de acuerdo al proceso extraordinario (art. 291 ídem Código), o es de libre apreciación por el INAU y luego por el magistrado que debe conocer en el proceso de separación definitiva e inserción del niño, niña o adolescente en una familia alternativa con fines de adopción y que no están limitados por las causales taxativas del texto civil. Desde que existe un mismo régimen procesal en ambos casos (arts. 291 C. Civil y 133.1, inc. 1º ley Nº 18.590) y dada la amplitud del nuevo texto legal que eliminó el “abandono” del art. 144, num. 1), lit. B) C.N.A. creemos preferible la segunda posición. b) Como la madre, que no pierde su calidad de legítima - (de ahí que no nos convenza la expresión de la nueva ley de que “quien ejerce la patria potestad sobre el niño, niña o adolescente adoptado por su pareja continuará en su ejercicio” (art. 139, inc. 2º, in fine), lo que es cierto, pero eso responde a que la madre (en el ejemplo) no perdió el ejercicio de la patria potestad legítima sobre su menor hijo, sino que su legitimidad sigue inalterada) - se unió en concubinato y el concubinario es el solicitante de la adopción. Si la sentencia ordena la inscripción como hijo del éste, debe ser inscripto como hijo reconocido por el (30) (art. 147, inc. 4º ley Nº 18.590) y de ahí resultaría que el adoptado tendría una doble filiación: legítima respecto a su madre de origen y natural reconocida respecto a su padre adoptante. Estimamos que ello configuraría una verdadera anomalía en el régimen de la filiación de los hijos habidos dentro del matrimonio (“legítimos”) que siempre tienen igual filiación, tanto paterna como materna. No es lo mismo con referencia a los hijos habidos fuera del matrimonio (“naturales”) ya que si no medió reconocimiento, al menos, por parte del padre o de la madre,- que pueden hacerlo separadamente, o no hacerlo ninguno de ellos nunca-, el hijo no tendrá el estatuto de hijo natural reconocido, será un hijo de filiación desconocida (31). Si el concubino adoptante se casa con la madre legítima del menor, entendemos que se operaría una legitimación por subsiguiente matrimonio de sus padres, aunque sólo uno es natural, aplicando por analogía el art. 228 C. Civil. Estimamos,- no sin graves reservas-, que en casos como el que se acaba de referir, se debe preferir la filiación legítima sobre la natural, por entender que aquella es más calificada atento al interés superior del niño (nota 32). En fin, creemos que estamos frente a una inadvertencia del legislador que no le dio solución a la cuestión planteada.

---

(30) En el inciso final del art. 28 C.N.A. se expresa: “Entiéndese, en todo el ordenamiento jurídico, las expresiones “hijo legítimo” e “hijo natural” como “hijo habido dentro del matrimonio” e “hijo habido fuera del matrimonio”, respectivamente. Pero la ley, así lo interpretamos, se limita a ofrecer una alternativa de expresión y no impone la sustitución de las expresiones “legítimo” y “natural”. Además, el hijo natural o “habido fuera del matrimonio” puede ser reconocido, o no. Es, precisamente, en previsión de que falte el reconocimiento originario, digámoslo así, que la nueva ley le atribuye a la adopción la calidad de una forma de reconocimiento, por parte del adoptante.

(31) La filiación es el lazo jurídico existente entre el padre y la madre y el hijo (CESTAU: Op. cit. tomo II, Nº 2, pág. 6). En la filiación natural o de los “hijos habidos fuera del matrimonio” necesariamente existe reconocimiento de uno al menos de los dos padres. De no existir reconocimiento alguno no puede existir lazo jurídico entre cualquiera de sus progenitores biológicos y el hijo engendrado. Es por ello que decimos que el hijo carece de filiación o, lo que es lo mismo, es de filiación desconocida.

**38.-** Debe observarse que la nueva ley en examen conservó las condiciones de admisibilidad de la adopción que venían desde la ley de 1945 (arts. 2º, inc. 2º ley N° 10.674 y 147, inc. 1º C.N.A.) en su art. 143, inc. 1º, esto es, “la adopción sólo se otorgará por justos motivos y existiendo conveniencia para el niño, niña o adolescente”. Igualmente subsiste la previsión para el caso de que se pretendan adoptar dos o más niños, niñas o adolescentes simultáneamente, de al menos ciento ochenta días entre sus respectivos nacimientos (ex art. 2º, inc. 13 ley N° 10.674 y art. 143, inc. 2º ley N° 18.590). En el nuevo art. 144 se reproduce el antiguo art. 7º con una sencilla modificación en la parte final que no altera su sentido jurídico (ex art. 147, inc. 2º C.N.A.). Con respecto a la adopción de hermanos biológicos conocidos en igual condición, la ley dispone que debe procurarse su integración familiar en forma conjunta. Reproduce el texto del art. 144, lit. B), num. 3) del C.N.A. en forma prácticamente literal. Para ello será necesario, creemos que es obvio, la conformidad con los adoptantes que pueden no encontrarse siempre, especialmente por razones económicas, entre otras, en condición de insertar un miembro más a su familia. Sin embargo, compartimos el sentido de la disposición.

**39.-** Con respecto al consentimiento para la adopción, la ley N° 18.590 ha incrementado los contralores del mismo y que no existían en el C.N.A.. En efecto, el nuevo art. 135 no da validez al consentimiento que se otorgue para la separación del hijo que está por nacer o dentro de los treinta días de su nacimiento (inc. 1º). Es una forma de aventar a los que buscan mujeres embarazadas en situaciones económicas difíciles para procurarse un hijo para, luego, colocarlo en régimen de adopción y, además, no basta el consentimiento de los progenitores, sino que se requiere, también, del de éstos el de otros familiares (la ley no dice hasta que grado de parentesco, aunque creemos que se podría aplicar, por analogía, el art. 133.1, inc. 1º, parte final y limitarla hasta el tercer grado de consanguinidad) que para ser válido deberá darse en presencia del juez con el asesoramiento necesario y en conocimiento de las consecuencias que ello implica (art. 135, inc. 2º). La exigencia de que presten su consentimiento para la adopción “otros familiares” puede generar ingentes dificultades. Supongamos uno de los progenitores, la madre, por ejemplo, indica tener seis hermanos, con lo que se debería recabar el consentimiento de todos ellos para recién estimar como válido el consentimiento para dar en adopción, aunque no exista trato alguno con los hermanos de la madre, la que puede ignorar sus respectivos paraderos, lo que llevaría el asunto a una situación muy difícil. La situación tendría salida: si ninguno de sus progenitores desean tenerlo deberán comunicarlo al juez competente que procederá de acuerdo a los arts. 132 a 134 de la ley N° 18.590 (Parágrafos Nos. **24, 25, 26, 27 y 28**). Con respecto a la intervención de otros familiares diversos de sus progenitores, el art. 133.1, inc. 1º dispone, al decir, “si fuera posible” un menor rigor en la consulta a ellos.

## **Sección VII**

### **Efectos de la adopción**

**40.-** Lo primero que debe hacerse notar es que la adopción no tiene efectos retroactivos, sin perjuicio de lo establecido en el art. 4º de la ley N° 18.590. El art. 148, inc. 1º con relación a los efectos de la adopción dispone que “Realizada la adopción los

vínculos de filiación anterior del niño, niña o adolescente se sustituirán por los vínculos de filiación adoptivos a todos sus efectos”. Se exceptúan los impedimentos previstos en el art. 91 C. Civil (dirimientes) y el derecho de mantener vínculos regulares con su familia de origen o parte de ella (arts. 138 y 146). Deberá hacerse constar dicha sustitución en el acta de inscripción original. ¿Cuándo queda realizada la adopción?. ¿Cuándo queda ejecutoriada la sentencia que la acoge o cuando queda inscrita en el Registro del Estado Civil?. Aunque la ley, siguiendo a sus precedentes, no lo disponga la ley de modo expreso, entendemos, con la práctica unanimidad de nuestra doctrina y jurisprudencia, que el estado de adoptado nace con la inscripción de la sentencia en el indicado Registro. En efecto, el inciso 3º del vigente art. 148 que reproduce, casi a la letra, el anterior art. 4º de la ley N° 10.674 de 20 de noviembre de 1945 y, a su vez, el art. 149, num. 2, inc. 2º C.N.A. dispone: “La adopción tendrá efectos constitutivos sobre el estado civil del niño, niña o adolescente objeto de la misma, quien se reputará en adelante con los mismos derechos y deberes que si hubiera nacido del o de los adoptantes”. Las consecuencias de la conclusión de la anterior filiación <sup>(32)</sup> son por demás importantes.

**41.-** Los efectos que se procuran alcanzar legalmente se manifiestan en la firmeza procesal que tiene la sentencia. El art. 147, inc. final ley N° 18.590 dispone que “La sentencia que autoriza la adopción no es revisable (artículo 405.1 del Código General del Proceso): no obstante podrá reclamarse su anulación (artículos 114 y concordantes del Código General del Proceso y artículo 157 de este Código)”. En cuanto a que la sentencia no es revisable, la remisión se hace a una disposición que establece el principio opuesto con referencia a la eficacia de las sentencias dictadas en un proceso voluntario como es el de promoción de la adopción (art. 142, num. 1) nueva ley). También, entendemos, que no es susceptible del recurso de revisión (arts. 281 a 292 C.G.P.). A su vez, el nuevo art. 148, inc. 3º dispone que “La adopción es irrevocable”. A diferencia del régimen de la adopción simple o abierta del Código Civil que admitía su revocación por motivos graves, el régimen no es así en la ley N° 18.590. La irrevocabilidad de la legitimación adoptiva la disponía el inciso 6º de la ley N° 10.674 y se mantuvo a través del tiempo (art. 149, num. 2) C.N.A.), que la recoge el nuevo texto legal.

**42.-** En cuanto al secreto de la adopción y a su tramitación estaba establecido en el art. 6º de la ley N° 10.674 y en el C.N.A. se mantuvo la reserva de la tramitación con respecto a terceros, no así al niño o adolescente interesado quien tendrá derecho a acceder al expediente y a sus antecedentes cuando tuviere diez y ocho años de edad (art. 146, num. 3º) (hoy art. 160.1, inc. 3º). El secreto de la legitimación adoptiva (hoy adopción plena) fue elogiado por la doctrina en la materia. “La legitimación adoptiva es secreta,-dice CESTAU <sup>(33)</sup> y buena parte del éxito alcanzado, entre nosotros, por dicho instituto se atribuye al secreto en que se la lleva a cabo. Con el secreto se persiguen, fundamentalmente, dos finalidades: a) que el menor no se entere de su verdadero origen, evitándole, con ello, complejos de inferioridad y, b) que los terceros no se enteren del verdadero origen del niño legitimado, alejando el peligro de extorsiones, en el futuro, por parte de esos terceros”. Paulatinamente, el pensamiento en la materia fue evolucionando en sentido favorable a la publicidad de la legitimación adoptiva y que

---

<sup>(32)</sup> Este punto ya fue objeto de un amplio examen en el trabajo del autor: “Porción Conyugal” (Mdeo, edit. A.E.U., 5ª edic. 2010, N° 77, nota 395, pags. 317-318).

<sup>(33)</sup> CESTAU, Saúl D.: Op. cit., tomo II, N° 148, pág. 217-218. (Ver nota 15).

hoy es la adopción plena de la ley N° 18.590. Todavía en el año 2004 en el que promulgó el C.N.A. se lo conservaba con respecto a terceros no así respecto al propio legítimo adoptado. En el año 2009 en que se promulgó esta nueva ley de adopción plena no sólo no existe mención alguna al secreto o a la reserva de la tramitación respecto de terceros, sino que el conocimiento del origen e identidad del adoptado ya había sido elevado a la categoría de derecho por el art. 8° de la Convención, es por ello que se encomienda a todos los servicios o instituciones que desarrollen programas de adopción que deberán tener equipos multidisciplinarios cuyo cometido, entre otros, el de "...supervisar el derecho al conocimiento de su origen e identidad" (art. 158, lit. E) y los arts. 160 que dispone que "el adoptado tiene derecho a conocer su condición de tal, a la más temprana edad... y 161.1 que refieren al acceso a datos y expedientes relativos a la familia de origen y al proceso de adopción. Por cierto que el derecho de los terceros no es ilimitado. El art. 160.2 (Derecho a la intimidad), restringe los casos en que los terceros puede acceder al expediente y que son dos: a) por razones de orden médico cuando sea necesario conocer el origen del adoptado, requiriéndose, en todo caso, su consentimiento, o, la de los descendientes si fueren los beneficiarios de la investigación médica antedicha y b) cuando en una investigación judicial, aún en contra de la voluntad del adoptado, sea necesario develar el origen como elemento de prueba.

43.- No deseamos, ni mucho menos, ingresar en el debatido tema del secreto respecto de terceros en la adopción plena. Sin duda que ya el Código del Niño de 1934 consignaba "Todo niño tiene derecho a saber quiénes son sus padres" (art. 173), lo cual no impidió que el legislador al introducir la legitimación adoptiva en 1945, impusiera la reserva en su tramitación, como quedó dicho al principio del Parágrafo anterior. Parecería que el criterio del C.N.A. al distinguir, en esta materia, los terceros del mismo legítimo adoptado, permitía salvaguardar los dos principios que gobiernan este delicado tema: a) la protección respecto a la indebida injerencia de terceros en la vida privada de los adoptados plenamente y en sus familiares, y b) el derecho de éstos, a partir de los diez y ocho años, a conocer el expediente judicial y los antecedentes administrativos que lo ilustrarían sobre su identidad y origen. Pero esto último habría de suceder si el adoptado conoce su origen o, al menos, tiene fundadas sospechas de que no es hijo de quienes aparecen como tales. En todo caso, si los adoptantes plenos, aunque pudiendo preservar el secreto de la filiación, desean, ya sea por su propia iniciativa o por consejo de especialistas en la materia, que la misma sea conocida siempre podrían hacerla pública. Pero con la nueva ley N° 18.590, que siguió, literalmente, el art. 8° de la Convención, esto es prácticamente imposible, desde que, la adopción es un instituto de excepción y sólo procederá cuando "se ha producido la ruptura o grave deterioro de los vínculos afectivos con los progenitores y otros miembros de la familia" (art. 133.2, inc. 1°). En fin, este tema no forma parte, plenamente, del examen jurídico de la nueva adopción plena.

## **Sección VIII**

### **La ley N° 18.590 y el notariado**

44.- La nueva ley N° 18.590 de 18 de setiembre de 2009 ha incidido, sin duda alguna, en el ejercicio de la profesión de escribano público. En primer lugar, al desaparecer la adopción simple que en el régimen originario debía hacerse siempre en escritura pública. Así fue hasta la vigencia del C.N.A. (2004) que cometió a la

judicatura la resolución de la adopción simple, expresión que el legislador utilizó, por única vez, en el acápite de la misma y siguiendo las reglas del procedimiento extraordinario (art. 136, num. 3), inc. 4º). Ciertamente que el C.N.A. conservó la forma notarial de la adopción en el art. 140 al admitir, expresamente, el procedimiento de adopción ante escribano público. Pero dado el escaso número de adopciones simples, o a secas, que se producían en el país, no puede decirse que se haya resentido la labor profesional en demasía.

45.- Otra mención al notariado lo constituye el texto del art. 133.2, inc. 7º, donde se consigna esta norma: “Prohíbese la entrega en guarda o en tenencia con fines de adopción mediante escritura pública”. Esta disposición está referida, claro está, a la adopción plena que inaugura la ley N° 18.590 de 18 de setiembre de 2009. Una lectura más afinada del texto legal indica que la prohibición de la escritura pública es para la tenencia “con fines de adopción” exclusivamente, pero no habría tal prohibición cuando la entrega es sin fines de adopción, es decir, cuando tenga por finalidad el interés superior del niño, niña o adolescente (nuevo art. 36 del C.N.A., dado por el art. 2º de la ley en estudio). Pero igualmente debe tenerse en cuenta la intervención preventiva del INAU y del Juzgado Letrado de Familia con competencia de urgencia en materia de Familia para conocer en las medidas provisionales cuando su progenitor u otra persona, familiar o no, no continúan con el cuidado del niño, niña o adolescente (art. 132, inc. 1º). En otras palabras, con escritura pública, o sin ella, no es posible, en la nueva ley, la entrega de un menor a terceros. Creemos que la intervención del escribano en una materia donde puede no haber conflicto de intereses, desde que se trata de un profesional técnico en la materia, es una grave falla en esta ley que debe ser corregida.

## Sección IX

### **Principales diferencias que la ley N° 18.590 introdujo en materia de adopción (plena)**

46.- Las principales diferencias que introdujo la ley N° 18.590 en materia de adopción con referencia al régimen anterior, son: en primer lugar, - previo a todo trámite relativo a la adopción-, de la preceptiva intervención, tanto administrativa (INAU), como jurisdiccional (tribunal de Familia, en Montevideo, o quien haga sus veces en el interior) con competencia normal o de urgencia, cuando se constate que hay un menor abandonado, o, como dice la ley N° 18.590, eufémicamente, “cuando no sea posible mantener al niño, niña o adolescente en su familia de origen”. En segundo lugar, disponiendo la competencia para conocer en lo relativo a la separación provisoria del niño o adolescente (art. 132, inc. 1º) como definitiva (art. 131.1, inc. 1º), que es el Juzgado Letrado de Familia que corresponda a la residencia habitual del niño, niña o adolescente o de la simple residencia de éstos, como, alternativamente, señalan las disposiciones relacionadas <sup>(34)</sup>.

---

<sup>(34)</sup> El juez competente para decretar la separación definitiva del niño o adolescente de su familia de origen y su inserción con fines de adopción en una familia alternativa no tiene porque ser el mismo juez que resuelva la adopción que es el del domicilio del adoptante (art. 142, num.1).

**47.-** En tercer lugar, la ley N° 18.590 introdujo,- previo a la inserción del niño o adolescente en una familia alternativa con fines de adopción-, seguir los trámites del proceso extraordinario a fin de decretar la separación definitiva del menor de su familia de origen (art. 133.1, inc. 1°). Se eliminó la intervención del Escribano al desaparecer la adopción simple de los menores de edad (Parágrafo N° 44). La conservación de la vinculación del niño o adolescente en su familia de origen, como ya se dijera, es una de las preocupaciones fundamentales del legislador de 2009, que siguió el texto del art. 7° num. 1) de la Convención. De esta manera desaparecen las entregas de niños o adolescentes, especialmente los primeros, con finalidades de adopción que pudieran hacer los mismos progenitores u otras personas que reciban a aquéllos <sup>(35)</sup>. En cuarto lugar y para asegurar el cumplimiento de lo dicho antes, “el INAU sólo podrá disponer la integración familiar de niños, niñas o adolescentes en régimen de tenencia con fines de adopción” de conformidad a lo dispuesto más arriba en este Parágrafo (art. 133.2., inc. 6°) y, además, la nueva ley prohíbe dar trámite a solicitudes de adopción que no hayan dado cumplimiento a las “obligaciones y procedimientos” predeterminados (art. 136, inc. 1°) y fulmina con la nulidad todo apartamiento en la forma de seleccionar la familia adoptante (art. 133.2, inc. 5°). Por su parte, se prevé que el INAU es el único órgano competente para la selección y asignación de las familias adoptantes (adoptivas dice la ley) (art. 136, inc. 2°).

**48.-** En quinto término, la nueva ley introduce una nueva forma genérica de pérdida de la patria potestad que desde que se acoja la separación definitiva de la familia de origen, “dispondrá la pérdida de la patria potestad” (art. 133.1, inc. 4°). Esta norma establece un sistema diverso al régimen general en la materia que se gobierna por las causales de los arts. 284 y 285 C. Civil (Parágrafo N° 33). También la nueva ley dispone que la adopción “es un instituto de excepción” (art. 137), sobre esta cuestión nos remitimos a lo ya, sintéticamente dicho, en el precedente Parágrafo N° 32.

**49.-** Muy importante es que la legitimación adoptiva o antes, también conocida en nuestra doctrina, por adopción plena haya sustituido, tratándose de menores de diez y ocho años, a la adopción del Código Civil, también conocida como adopción simple o abierta (art. 138, inc. 2°). La ley dice: “... todas las adopciones serán plenas”. Pero como se trata de normas reformadas del C.N.A. no la vemos aplicables a quienes no están gobernados por las normas de éste. A pesar de que pudiera llegar a pensarse otra cosa, estamos convencidos de que sólo han sido derogadas las normas de adopción común con relación a los menores de diez y ocho años. Otra diferencia con respecto al régimen del C.N.A. es la eliminación de la reserva del trámite de la adopción plena, que se conservaba con relación a los terceros. El tema fue examinado en los precedentes Parágrafos Nos. 42 y 43.

**50.-** Quizá, desde el punto de vista práctico, una de las diferencias más interesantes de la ley N° 18.590 es lo que tiene que ver con las personas que pueden ser adoptantes, a los que se hizo referencia en el pasado Parágrafo N° 34, numeral primero. La ampliación del elenco de los posibles adoptantes plenos puede ofrecer graves reservas tratándose de homosexuales, con o sin pareja concubinaria. La delicada cuestión de la adopción por parte de homosexuales, ya la examinamos oportunamente

---

<sup>(35)</sup> “Entre los abusos que se cometen figuran el secuestro y la venta de niños y niñas, la intimidación de los

padres y el pago de sobornos” (Del informe de UNICEF sobre la Convención de La Haya sobre adopción internacional).



(<sup>36</sup>). Opinamos que el punto es álgidamente opinable. Nuestro legislador, siguiendo el itinerario ya iniciado con anterioridad o en forma concomitante (ley N° 18.246 de 27 de diciembre de 2007, de unión concubinaria, ley N° 18.620 de 25 de octubre de 2009, de derecho a la identidad de género y al cambio de nombre y sexo en documentos identificatorios), ha patrocinado el necesario respeto por la homosexualidad y la permite con respecto a la adopción. Pero todavía no se ha evaluado su real alcance con respecto al interés superior de los niños y adolescentes criados bajo uno sólo o, muy especialmente, una pareja homosexual que, entendemos, son respecto a quienes debe dirigirse, principalmente, la preocupación del legislador y no tanto a dar satisfacción a la natural apetencia de descendencia de los homosexuales.

**51.-** Otra diferencia, y no menor, que introduce la ley N° 18.590, coincidente con su preocupación de conservar, en lo posible, los vínculos con la familia de origen del niño o adolescente es la de imponer a los adoptantes, siempre que éstos lo acepten, “el respeto y preservación de ese vínculo” y acordar con ellos el régimen de visitas. Ya se lo examinó en el precedente Parágrafo N° 29. Creemos que esto habrá de significar, en los hechos, una dificultad para que sean aceptados los niños o adolescentes en el régimen de adopción de la nueva ley. En fin, todo habrá de resolverse siempre que el o los padres adoptantes acepten que sus nuevos hijos conserven sus vínculos afectivos con su familia de origen (u otros integrantes de su familia ampliada, más allá de los abuelos y tíos, es decir, tíos abuelos, primos hermanos, etc., art. 138, inc. 1°) y el régimen de visitas que deberá acordarse entre ellos (art. 146).

## **Sección X**

### **Consideraciones generales sobre la nueva ley N° 18.590**

**52.-** Estimamos como muy prematuro hacer una evaluación de esta nueva ley y su incidencia dentro del contexto del derecho de familia, en general. Ya mencionamos en el precedente Parágrafo N° 23, las finalidades principales, pero no únicas, que nos parece que persiguió el legislador con esta nueva normatividad de la anterior legitimación adoptiva, hoy, simplemente adopción de menores de diez y ocho años, o adopción plena (<sup>37</sup>). Sin duda que la nueva ley plantea cuestiones que no escapan a lo muy discutible, tales como permitir la adopción plena a una sola persona, con lo que el adoptado tendrá la calidad de hijo “habido fuera del matrimonio” o natural, cuando antes, quizá, tenía la calidad de legítimo o “habido dentro del matrimonio” (art. 28, inc.

---

(<sup>36</sup>) Del autor: “Perspectivas del Derecho de Familia” en Rev. Urug. de Derecho de Familia N° 19, (Mdeo,

F.C.U., 2006, págs. 111 y ss. especialmente Parágrafos Nos. 93 a 95, págs. 133-134). En aquella oportunidad, siguiendo el criterio de los proyectos nacionales en la materia no nos mostrábamos propicios a su admisión expresa, (v.g.: art. 10, inc. 1° proyecto presentado el 14 de marzo de 2005) siguiendo lo que ya habíamos adelantado en “La Solución Legislativa del Concubinatio” (Mdeo., ed. 2005, N° 253, pág. 114).

(<sup>37</sup>) Estimamos que la denominación que corresponde dar a esta ley es la de adopción plena, que es la actual orientación que se sigue en el derecho de familia. Pero no debe llevarnos a confusión alguna. La legitimación adoptiva que rigió hasta 2009 es, hoy, la adopción plena y sólo resulta aplicable a los menores de diez y ocho años

4º C.N.A.), que es una denominación que resulta más calificada <sup>(38)</sup>, en la opinión general. Por otra parte, al atribuirse a una sola persona la plenitud de los derechos filiatorios, se está pasando por alto a la familia normalmente constituida, sea matrimoniada o unida en concubinato <sup>(39)</sup>.

**53.-** Otra cuestión que ya fue examinada es la relativa a la admisión de la adopción plena con relación a los homosexuales (Parágrafo N° 39). Estimamos, como ya lo dijimos antes, que el punto es álgidamente discutible. Existen dos puntos de vista muy disímiles a este respecto. La casi totalidad de las legislaciones latinoamericanas no admiten la adopción plena por parte de uno sólo o de una pareja homosexual., como, en cambio, lo hacen, en general, las europeas. Nuestro legislador, siguiendo la línea de progresivo reconocimiento de los derechos de los homosexuales y que ya se los mencionó en el mismo Parágrafo citado antes, les da amplia cabida, contrariando el criterio seguido en la proyección de los mismos antecedentes seguidos con anterioridad a la sanción de la ley N° 18.590.

**54.-** Otro aspecto de la ley en examen que ofrece un perfil que es ampliamente discutido es el relativo a la eliminación o al mantenimiento de la reserva en la tramitación de la adopción plena, con respecto a los terceros. El maestro CESTAU <sup>(40)</sup> examina algunas hipótesis en las que la conservación del secreto se hace imposible o se ve amenazado en virtud de algún indicio revelador de lo ocurrido y salvo algunos casos que todavía subsisten, es muy claro que no es posible mantener, en los hechos, el secreto absoluto sobre la legitimación adoptiva, hoy adopción plena. Y, creemos que ciertamente, es mucho más traumatizante y perjudicial al derecho del adoptado que se entere de su origen, ya sea, o por la versión maliciosa de un vecino o de un pariente, o ya sea, por un compañero de clase que se lo grite en un recreo. Es para evitar situaciones como la antes dichas u otras similares, que, modernamente, se ha indicado como muy conveniente que los mismos adoptantes, previa la preparación del caso con respecto al adoptado, le indique su verdadero origen, evitando que se configuren situaciones verdaderamente angustiosas como las antes dichas. También creemos, sin duda alguna, que existe un derecho a conocer el propio origen y la identidad del adoptado <sup>(41)</sup>. Pero creemos más conveniente a las expectativas de la familia adoptante que insertó al nuevo miembro como un hijo más y que adoptó las medidas necesarias para conservar el secreto en el entorno y, a su vez, a la serenidad que conlleva sentirse

---

<sup>(38)</sup> No queremos que se nos enrostre que tenemos prejuicios respecto a la familia natural sobre la legítima. Pero nos parece indudable que, en la consideración de nuestra población, en general, es más estimada la filiación legítima (“hijo habido dentro del matrimonio”) que la natural (“hijo habido fuera del matrimonio”) (art. 28, inc. 4º C.N.A.).

<sup>(39)</sup> Nuestro legislador de 2009 fue mucho más amplio en el régimen de la adopción interna que en la internacional. Ya vimos que en la adopción interna se admite que el adoptante puede ser una sola persona o una pareja de concubinos, en ambos casos, puede o pueden ser homosexuales. En la adopción internacional, se siguió el criterio anterior y sólo pueden adoptar dos cónyuges (nota 23).

<sup>(40)</sup> CESTAU, Saúl D.: Op. y tomo cit., N° 149, págs. 219-220.

<sup>(41)</sup> Téngase presente lo dicho acerca de la Convención, relativo a los arts. 7º y 8º, principalmente.

Estimamos, ante los textos explícitos de la Convención, que esta cuestión ha sido resuelta negativamente, en el sentido de postergar el secreto en la tramitación frente al derecho a la identidad, aunque no en todos los casos (nota 20).

uno más de la familia adoptante, el criterio que seguía en esta materia el C.N.A., en su art. 146, num. 3) que distinguía, con relación a la reserva de la tramitación de la adopción plena, entonces llamada legitimación adoptiva, entre los terceros, frente a quienes aquélla era reservada y el adoptado que siempre tenía derecho a acceder a los antecedentes al llegar a los diez y ocho años de edad para conocer su origen e identidad biológica, lo que, en general, ha sido conservado en la nueva ley. Todo sin perjuicio, como quedó dicho (Parágrafo Nos. **42** y **43**), de que en todos los casos los padres adoptantes son libres de optar por informar al adoptado sobre su origen e identidad. Por cierto que, sabiamente, el legislador previó los casos en que los terceros pueden tener acceso al trámite de la adopción plena y los que se hizo referencia en la parte final del Parágrafo N° **42**.

**55.-** Hubiéramos preferido que en la nueva regulación de la adopción plena el legislador hubiera procurado reafirmar los derechos de los padres adoptantes y de sus familiares (ascendientes, hermanos, etc.) sobre el nuevo miembro de la familia y desplazar, si así puede decirse, a la familia de origen que abandona a su hijo o pariente. El preceptivo proceso extraordinario para decidir la separación definitiva de los padres abandonantes y su inserción en otra con fines de adopción, nos parece una ritualidad excesiva, sobre todo cuando es obvio que nadie se interesa por la suerte del pequeño. Y la naturaleza clara del abandono lo puede obtener el INAU, creemos, que con facilidad. De ello debería dar cuenta al tribunal competente quien resolvería, sin más trámite, la adopción. Pero nuestro legislador siguió otra senda, consignando que la adopción es un instituto de excepción (art. 137), que, por lo mismo, no goza de la preferencia del legislador <sup>(42)</sup>. En cambio, al simplificar los trámites, y no complicarlos, se alienta la difusión de la adopción plena. Pero la obsesiva idea de preservar los derechos de la familia de origen a ultranza, - a pesar de que ésta abandonó, como dijéramos antes, por razones especialmente económicas o por no querer afrontar nuevas responsabilidades al nuevo vástago-, no parecen compadecerse de la realidad. Es cierto que siempre es preferible que el niño o adolescente se desarrolle en el medio familiar que lo procreó y el legislador debe alentar este camino, de conformidad con el multicitado art. 7° de la Convención, pero no siempre puede ser así y mantener los vínculos con una familia que no lo quiere ni lo desea, o no lo puede mantener, a pesar de la ayuda que pueda recibir del Estado, no parece ser lo más conveniente para el interés superior del niño o adolescente y que el legislador nacional debe aplicar aquellos derechos de conformidad con su legislación nacional (Nota 20).

**56.-** Como decíamos al abrir este Capítulo (Parágrafo N° **52**) es todavía prematuro abrir un juicio, siquiera aproximado, a lo que habrá de ser el alcance y las bondades de la reforma a nuestro sistema de la ex legitimación adoptiva, hoy adopción plena. Las anteriores consideraciones son fruto exclusivo de las opiniones del autor y, por cierto, que son opinables en muchos aspectos, como quedó reiteradamente dicho en este trabajo. Sólo deseamos contribuir al conocimiento de la reforma que trajo aparejada,

---

---

<sup>(42)</sup> En la misma Convención no se hace referencia alguna al disfavor legislativo con respecto a la adopción.

El art. 21, alude a la adopción interna como a la internacional, y no habla de que la adopción sea un régimen de excepción, como lo hace nuestro art. 137 ley N° 18.590.

**PROPUESTAS ACERCA DEL TEMA EN ESTUDIO**

**1<sup>a</sup>.**- Aprovechando la oportunidad del XXVII Congreso Internacional del Notariado y el Tema I “Reflexiones del Notariado sobre el derecho de familia y sucesiones frente a las nuevas relaciones sociales” se estima muy conveniente reflexionar sobre la exclusión del escribano en lo atinente a la adopción plena de menores de edad. En una materia de cierta complejidad donde debe buscarse eliminar todas las dificultades burocráticas que obstan a su concreción, la intervención de un profesional técnico que puede obviar algunas trabas en esta materia debe ser cuidadosamente atendida y dar cabida al escribano en algunos aspectos de la nueva ley y, en ningún caso, su eliminación sistemática.

**2<sup>a</sup>.**-Se estima como opuesto a la difusión de la adopción plena la multiplicidad de procedimientos administrativos o judiciales para llevarla a cabo. A fin de facilitar la utilización de la adopción plena debe procurarse eliminar las complicaciones que ya sea la administración o la justicia pueden hacer problemática llegar a culminar la adopción plena.

**3<sup>a</sup>.**- Desde que es admitido en el derecho positivo uruguayo la declaración judicial de unión concubinaria entre personas del mismo sexo y éstas pueden, singularmente o en pareja, recurrir a la adopción el encargado de su autorización deben consultar, especialmente, el superior interés del menor para concretar la adopción plena.

**4<sup>a</sup>.**- Dado que la nueva ley ha eliminado la adopción simple,- en la que el menor seguía perteneciendo a su familia de origen y que podía ser revocable por motivos graves-, solo puede ser adoptado plenamente y con una sentencia irrevocable, en la cual el menor debe reproducir, en lo posible, la familia natural debe procurarse que lo adopte una pareja, aún de homosexuales, pero no una persona singular, cualquiera sea la opción sexual de éste.

**5<sup>a</sup>.**- Con respecto a la reserva de la adopción plena, punto muy polémico, creemos como más conveniente al interés superior del menor, no admitir el criterio, siempre, de descubrir el origen del adoptado pleno, sino el criterio expuesto en los Parágrafos Nos. **42** y **43** seguido por el Código de la Niñez y la Adolescencia, que lo mantuvo, en principio, respecto a los terceros, no así al adoptado que al llegar a los diez y ocho años podía acceder al expediente.

## **FILIACION Y ADOPCION**

**Esc. Enrique Arezo Píriz**

### **SINTESIS DEL INFORME**

**1.-** El trabajo presentado aspira a tres finalidades primordiales. La primera exponer una ligera referencia al derecho de familia en general y a los elementos que inciden en su transformación. La segunda, hace referencia a la legislación que, en materia de adopción plena, se ha promulgado en Uruguay con la ley N° 18.590 de 18 de setiembre de 2009 y se cierra, en tercer término, con las propuestas que se creen de recibo en nuestra futura legislación en materia de adopción.

**2.-** Con referencia a la primera finalidad expuesta, se ha formulado una escueta exposición aludiendo a la familia, al vínculo familiar y a su evolución, así como a los cambios que han influido en los últimos años en las persistentes transformaciones del derecho de familia, en general y en Uruguay de manera particular. Se ha relacionado una noción jurídicamente sencilla de la familia y del vínculo familiar así como a su evolución, especialmente en Uruguay, en lo que va del presente siglo.

**3.-** Se han examinado, igualmente, dentro de las causas de mutación del derecho de familia el declinar de las funciones macroeconómicas de la familia, Las funciones macroeconómicas de la familia (trabajo, vivienda, etc.). han quedado reducidas a las funciones microeconómicas (afecto, parentesco, etc.), respecto a las cuales el papel de la familia es prácticamente insustituible.

**4.-** Se ha aludido a los cambios socio-económicos de la familia, a los avances médicos y biológicos donde se observa que siempre ha sido posible la sexualidad sin procreación, pero hoy tenemos procreación sin sexualidad. También se examinó, entre los cambios de las funciones de la familia, al transexualismo, no sólo en las costumbres (formas de actuar, homosexualidad), sino en la propia morfología. También se ha aludido al aumento de la esperanza de vida y a la disminución de la mortalidad infantil que hacen necesarias menos familias para el relevo generacional.

**5.-** A las indicadas causas de la mutación del derecho de familia se añade, en nuestra opinión, la incorporación de la mujer al mundo del trabajo, ya que esto la hace menos dependiente del otro sexo y obliga a un reparto de los poderes, facultades y deberes. La mujer ya no puede dedicarse a la atención de los integrantes de la familia y eso hace menos necesario el matrimonio que, a la mujer, le parece reducido a su dimensión afectivo-sentimental. A estas se suman los factores filosófico-ideológicos que han llevado a una toma de posición claramente voluntarista de la familia. Es lo que se designa como “subjetivización” del derecho de familia.

**6.-** Finalmente se alude al debilitamiento del matrimonio y a su acercamiento a las uniones no matrimoniales, al extremo de que ha llegado a hablarse de la agonía del matrimonio legal. Como la cuestión de la adopción está en medio de estos problemas, el Estado tiene que velar por ella, especialmente en la adopción plena de menores de edad.

**7.-** En la segunda parte de este informe se alude a la legislación positiva sobre la adopción plena de menores de edad en Uruguay, por la ley de 2009 antes citada. Constituye la parte central de este informe y en su sumario se comprende la amplitud de su tratamiento en este trabajo. Por supuesto que dicha normatividad no está exenta de críticas que ya se expresan en su exposición y con las que se vinculan las ponencias al tema en estudio.

**8.-** En la evolución de la adopción en Uruguay tradicionalmente admitió dos formas: la simple o abierta que podía alcanzar a los menores y a los mayores de edad, que no destruía los lazos con la familia de origen y era revocable por razones graves. Y la legitimación adoptiva o adopción plena que era irrevocable. Este sistema fue el seguido aún bajo la vigencia del código de la Niñez y la Adolescencia (ley N° 17.823 de 7 de setiembre de 2004).

**9.-** La última ley de 2009 eliminó la adopción simple o abierta respecto a los menores de diez y ocho años que sólo son susceptibles de ser adoptados plenamente y que derogó el deber de secreto de la antes legitimación adoptiva, hoy adopción plena y reafirmó los derechos del Estado, en su fiscalización, a través de la judicatura de familia y del Instituto del Menor y Adolescentes del Uruguay (INAU).

**10.-** La nueva ley que se examina desarrolla cuatro puntos con gran énfasis: a) la injerencia del poder público (Tribunales Letrados de Familia y el Instituto de la Niñez y la Adolescencia del Uruguay – INAU) en todo lo relativo a la adopción plena; b) la preocupación que se la misma familia biológica o de origen y otros familiares a cargo de los menores la que se ocupe de los mismos y, con preferencia a los adoptantes, procurando siempre evitar la institucionalización de los menores, eliminando toda forma de entrega de niños con fines de adopción a través de la escritura pública c) procurar la integración familiar mediante un minucioso sistema de selección de adoptantes plenos, obstaculizando la adopción que no es precedida de un proceso judicialmente controlado y, d) la eliminación del secreto en la adopción plena para procurar la permanencia de la vinculación del niño o adolescente con su familia de origen.

**11.-** Con respecto al primer punto señalado en el Parágrafo anterior, aunque no totalmente nuevo en Uruguay se puede apreciar su incremento donde se dispone que un progenitor, familiar o no, que estando a cargo de un niño o niña decida no continuar con su cuidado debe comunicarlo “previamente” al indicado Tribunal o al INAU o, en su caso, al servicio hospitalario donde se encuentre el menor, la misma obligación rige para quienes reciban un niño respecto al cual no se haya dado cumplimiento a dicha obligación. El Tribunal o el INAU, adoptarán las medidas inmediatas, dando cuenta al Tribunal correspondiente de la residencia del menor, quien procurará mantenerlo con su familia de origen, siguiéndose las reglas de proceso cautelar del Código General del Proceso.

**12.-** Si el Tribunal no pudiere mantener al niño en su familia de origen, hará lugar a la separación y dispondrá su inserción familiar, procurando evitar la institucionalización del mismo, todo lo cual se hará según las reglas de proceso extraordinario, debiéndose escuchar al niño o adolescente, sus progenitores o a quienes estuvieron hasta la fecha encargados de su cuidado.

**13.-** En cuanto al trámite judicial de la adopción plena es el proceso voluntario y en el caso de mediar oposición el proceso extraordinario con el mismo sistema probatorio escuchando antes al Ministerio Público. Con el testimonio de la sentencia de adopción la parte solicitante efectuará la inscripción del adoptado en la Dirección General del Registro de Estado Civil como hijo inscripto fuera de término. Estimamos que el estado de “adoptado” nace con la inscripción de la sentencia en el indicado Registro.

**14.-** Con referencia al tercer punto de este informe se alude a diversas propuestas que nos merece la ley de adopción vigente desde 2009. Ellas son: 1ª) la conveniencia de que el escribano, técnico en derecho e imparcial por su investidura, intervenga, en forma más activa en lo referente a la adopción plena de menores de edad y no puede ser excluido sistemáticamente. 2ª) Además, ello facilita lo propuesto en segundo lugar, o sea, evitar las complicaciones burocráticas que hacen problemático llegar a culminar el proceso de adopción.

**15.-** 3ª) Con respecto a la tercera propuesta se sugiere que desde que un homosexual puede adoptar plenamente aún en forma singular se contemple, especialmente, el interés superior del niño para autorizarla. 4ª) Así como la cuarta propuesta que es procurar que la adopción plena, que es irrevocable, sea dada a una pareja, aún de homosexuales, y no a un adoptante singular. 5ª) Igualmente, con respecto a la reserva sea establecida con relación a los terceros, pero abierta al mismo adoptado luego de los diez y ocho años.

----- o o o -----

## **BIBLIOGRAFIA**

### **LIBROS**

**AREZO PIRIZ, Enrique:** “Concubinato” (2 tomos), (Montevideo, Imp. de la Universidad, 1980).

**AREZO PIRIZ, Enrique;** “La Solución Legislativa del Concubinato” (Montevideo, edit. C. Pérez, 2005).

**AREZO PIRIZ, Enrique;** “Unión Concubinaria” (Montevideo, edic. A.E.U. 4ª edic. 2011).

**AREZO PIRIZ, Enrique:** “Porción conyugal” (Montevideo, edic. A.E.U., 5ª edic. 2010).

**BENAVENT, Alain:** “Droit Civil. La Famille” (París, Lib. Cour de Cassation, 2000).

**CASTAN TOBEÑAS, José:** “Teoría de la Aplicación e Integración del Derecho” (Madrid, ed. Reus, 1947)

**CARBONNIER, Jean:** “Droit Civil”, tomo 2 “La Famille” (14ª edic. Presses Universitaires de France, 1991).

**CARBONNIER, Jean:** “Derecho Flexible” (trad. 1ª edic. francesa por Díez Picazo, edit. Tecnos, Madrid).

**CESTAU, Saúl D.:** “Derecho de Familia y Familia” (2 tomos, Montevideo, 3ª edic. 1989).

**CHRISTENSEN, Roberto:** “La Adopción” (Buenos Aires, 1953).

**CLAVERIA GONZALBEZ:** “Hacia una nueva concepción del matrimonio”, (Bs. Aires, La Ley, 1983-2)

**FOURASTIE, Jean:** “La Grande Métamorphose du XX Siègle” (Presses Universitaires de France, París, 1961).

**GIBERTI, Eva:** “Adopción Siglo XXI” (Buenos Aires, edit. Sudamericana, 2010).

**HUET-WEILLR, Danièle, LABRUSSE, Catherine y VAN CAMELBEKE, Micheline:** “La Filiation” (París, Librairies Techniques (LITEC), s/f).

**LACRUZ BERDEJO:** “Elementos de Derecho Civil” (Tomo IV, 10, reimpresión actualizada de la 38 edición, edit. J.M.Bosch, Barcelona, 1990).

**MARTINEZ de AGUIRRE, Carlos:** “Diagnóstico sobre el Derecho de Familia” (edic. Rialp S.A., Madrid, 1996)

**NAVARRO VALLS:** “Matrimonio y Derecho” (edic. Tecnos, Madrid, 1994).

**ODDO, Julio Armando:** “La Adopción”, (Montevideo, 1943).

**PETIT, Eugenio:** “Tratado Elemental de Derecho Romano” (México, edic. Nacional, 1963).

**RUSSELL, Beltrand:** “Vieja y Nueva Moral Sexual” (Buenos Aires, 1936).

**SANJURJO, Fernando José:** “La Adopción” (Buenos Aires, 1947).

**VAZQUEZ RODRIGUEZ:** “La Familia Futura” (Salamanca, 1985).

**VILADRICH:** “Agonía del Matrimonio Legal” (28ª edic. Pamplona, Eunsa, 1989).



## REVISTAS

**AREZO PIRIZ, Enrique:** “Manipulación Genética y Derecho de Familia” en “Derecho de Familia y Genética” (Montevideo, Edic. Fundación de Cultura Universitaria, 1990).

**AREZO PIRIZ, Enrique:** “Perspectivas del Derecho de Familia” en “Rev. Urug. de Derecho de Familia” N° 19, (Mdeo, Edic. Fondo de Cultura Universitaria, 2006).

**AREZO PIRIZ, Enrique;** “La Nueva Adopción desde la Ley N° 18.590 de 18 de Setiembre de 2009” en “Rev. Urug. de Derecho de Familia” N° 22 (Mdeo. Edit. Fondo de Cultura Universitaria, 2010).

**BARTHELET:** “Quand le Droit Civil se desengage de la famille”, en “Políticas de Familia” (Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 1993).

**CABELA, Wanda:** “El cambio familiar en Uruguay: una breve reseña de las tendencias recientes” (Diario “El País”, 13 de noviembre de 2005, pág. 2).

**GLENDON:** “La transformation des rapports entre l’Etat et la famille dans l’évolution actuelle du Droit aux Etats-Unis” en “Famille, Droit et Changement social dans les sociétés contemporaines” (Bruxelles-París, 1978).

**LACRUZ BERDEJO:** “Contingencias y Permanencias”, en “Estudios de Deusto”, vol. XXXIV/2 (Julio-Diciembre 1981

**LACRUZ BERDEJO:** “Convivencia more uxorio: estipulaciones y presunciones”. Asoc. Prof. Der. Civil en “Centenario del Código Civil” (Madrid, Ceura, 1990).

Asoc. Prof. Der. Civil en “Centenario del Código Civil” (Madrid, Ceura, 1990).

**REHINSTEIN:** The Family and the Law”, cap. I (“Introducción”) del vol. IV (“Persons Family Siefek,”) de la International Encyclopedia of Comparative Law (Tubingen, The Hague, París, J.C.B. Mohr, Paul Moutonil (1974).

**MALAUURIE:** “La Famille” (en Malaurie-Aynes, Droit Civil, Cuyás, 1992).

**RUBELLIN-DEVICHI:** “Analyse introductive” en “Les concubinages, Approche socio-juridique”, París, CNRS, 1986).

**TRABUCCHI, Alberto:** “Morte della Famiglia o Famiglia senza Famiglia”, Rev. Dir. Privato, 1981.