

Escribano Gustavo ORLANDO

**MATERNIDAD NO DESEADA
DOS ALTERNATIVAS JURIDICAMENTE
POSIBLES**

Inciso 3º del Artículo 3º de la ley 18.987 del 17 de octubre del 2012

URUGUAY

MATERNIDAD NO DESEADA

DOS ALTERNATIVAS JURIDICAMENTE POSIBLES

Inciso 3º del Artículo 3º de la ley 18.987 del 17 de octubre del 2012

INTRODUCCIÓN.-

Uruguay, inmerso en el mundo actual cada vez más globalizado en que los problemas particulares de las personas no resultan extraños al resto de la población mundial, ha procurado adaptar su legislación a las nuevas realidades que surgen en el mundo y que sin duda tienen su correlato en nuestro país.

Ni el tamaño, ni la distancia, ni el aislamiento, ni las particularidades de un país evitan que permanezca ajeno a la evolución de la humanidad.

El advenimiento de las nuevas tecnologías que están presentes cada vez con más fuerza en la vida de las personas, la sociedad del conocimiento en la que -casi sin que lo busquemos- nos sumerge día a día Internet, ese universo virtual del que formamos parte hace que tomemos conciencia con el hecho de que nuestros problemas, interrogantes y miedos no son exclusivamente nuestros sino que son compartidos con millones de personas en el mundo.

Este teatro en el que estamos inmersos y que no es ni más ni menos que la vida misma, ha acercado a los seres humanos en todo el planeta, haciéndonos caer en la inevitable

realidad de que como personas de hecho y de derecho somos partícipes de un mundo que nos enfrenta a idénticos desafíos y realidades.

Llegamos a la conclusión finalmente, que podrá cambiar la escenografía pero la obra finalmente es la misma.

En este contexto se encuentran instalados en el debate público temas como el matrimonio igualitario, la adopción por personas del mismo sexo, la adopción homoparental y el aborto.

Se trata de temas que día a día han ido adquiriendo fuerza en la Sociedad. Y lo han hecho porque plantean problemáticas humanas importantes que afectan a hombres y mujeres en los distintos confines del mundo.

¿Y por qué se ha dado esta universalidad manifiesta referida a éstos temas? Porque se refieren a la vida de las personas, a lo más íntimo de sus sentimientos y decisiones, a la vida que intentamos construir y al futuro que queremos para cada uno de nosotros.

Estos cambios en la sociedad y en el mundo nos tocan a todos, y el mundo jurídico debe dar respuestas a situaciones que no son nuevas pero respecto de las cuales la humanidad debió esperar siglos y soportar innumerables vejámenes para alcanzar primero la comprensión, luego la aceptación y finalmente la regulación legislativa que brinde certeza y abrigo a quienes toman estos caminos.

En este universo de desafíos diversos, hemos optado por abordar el tratamiento de un tema que afecta a muchas mujeres en el mundo entero: la maternidad no deseada.

La maternidad no deseada no como un problema, sino como una situación que se instala en la mujer voluntariamente o no y frente a la cual existen dos alternativas: el aborto o la adopción.

Uruguay, inserto en este mundo total y universal, también intentó resolver la maternidad no deseada, buscando para ello soluciones auténticas y adaptadas a nuestra realidad. Quizá las soluciones que se encontraron no fueron las mejores ni los caminos los óptimos, pero el solo hecho de haber colocado estos temas en la conciencia colectiva, de haber generado un debate de todos los actores sociales y políticos en torno a este tema, hacen válidos los resultados.

PORQUÉ ANALIZAR LA MATERNIDAD DESDE UN PUNTO DE VISTA JURIDICO.

*“Se dice que hay un **embarazo no deseado** cuando una mujer queda embarazada sin quererlo. Esto puede deberse a diferentes causas: errores humanos o técnicos (olvidos, accidentes, o fallas de los métodos anticonceptivos), violación, desconocimiento o falta de información, u otras razones.*

El deseo de embarazarse es algo muy difícil de definir. Hay mujeres que pueden querer embarazarse pero no en cualquier momento o circunstancia. Otras

pueden estar indefinidamente abiertas a la posibilidad de embarazarse. Otras más pueden no plantearse siquiera el problema y pensar que sus embarazos tienen que ver con su destino o con una voluntad ajena a la suya. Hay quienes no quieren embarazarse nunca. El embarazo como resultado de una violación suele ser una situación que provoca rechazo inmediato y profundo.

Algunas personas distinguen entre el "embarazo no deseado" y el "embarazo no planeado", ya que un embarazo no planeado puede convertirse en deseado –o cuando menos aceptado- si la mujer decide, por cualquier razón, tener a la criatura. Aquí utilizaremos "embarazo no deseado" para referirnos a aquellos embarazos que no se quiere llevar a término.

Cuando se produce un embarazo no deseado, no intencionado o no planeado, la mujer se enfrenta a tres alternativas:

- 1. continuar el embarazo y quedarse con el bebé.*
- 2. Continuar el embarazo y dar el bebé en adopción.*
- 3. Interrumpir el embarazo.*

No es fácil decidirse por cualquiera de estas opciones. Las mujeres saben que de esa decisión depende su futuro, el de las criaturas y, en parte, el de las personas que las rodean.”

Fuente: De "Miradas sobre el Aborto", GIRE (Grupo de Información en Reproducción Elegida), México, 2001. www.gire.org.mx

Nuestro trabajo intentará desarrollar las dos alternativas que en Uruguay, el derecho ha previsto para tratar la maternidad no deseada: el aborto y la adopción.

El Inciso 3° del Artículo 3° de la ley 18.987 del 17 de octubre del 2012 de “Interrupción Voluntaria del Embarazo” dispone que “*El equipo interdisciplinario (que crea la Ley), actuando conjuntamente, deberá informar a la mujer de lo establecido en esta ley, de las características de la interrupción del embarazo y de los riesgos inherentes a esta práctica. Asimismo, informará sobre las alternativas al aborto provocado incluyendo los programas disponibles de apoyo social y económico, así como respecto a la posibilidad de dar su hijo en adopción.*”

Como puede advertirse, la ley prevé la Adopción como una alternativa jurídicamente regulada y posible al aborto, o sea como otra forma de resolver el embarazo no deseado.

Es esta relación entre aborto y adopción que realiza la ley, la que nos alentó a realizar un trabajo en el que pudiésemos vincular dos soluciones legales a una misma situación.

El acto de la maternidad -y consecuentemente la paternidad- no debería ser un acto casual sino un acto responsable, en el entendido que traer un ser humano al mundo, no solo es un acto de amor sino un acto de responsabilidad para con quien nace y para con el prójimo. Implica formar una persona para la vida, que sea capaz de vivir en Sociedad, de ser útil para sí mismo y para los demás y en definitiva, que tenga la posibilidad de ser feliz.

Parecería que en el mundo actual no debería existir maternidad o paternidad no deseada. Sin embargo el legislador debe ser cada vez más creativo en su objetivo de regular y mejorar la convivencia en Sociedad, encontrando caminos que amparen a aquellos en cuyo futuro no han pensado quienes los han concebido.

Nuestro derecho, desde el Código Civil, previó la Adopción como una forma de brindar al menor y aún al mayor, una familia sustituta en la que pudieran encontrar la contención y el amparo que no le puede brindar su familia biológica.

Hoy, con la promulgación de la ley 18.987 el del 17 de octubre del 2012 de “*Interrupción Voluntaria del Embarazo*”, nuestro derecho despenalizó el Aborto, encontrándose éste autorizado en las condiciones y circunstancias previstas por la ley y su decreto reglamentario.

Mientras la Adopción es un instituto socialmente aceptado, el Aborto ha despertado y despierta en las Sociedades y comunidades de todo el mundo, polémicas de todo tipo que involucran valores éticos, morales, sociales, médicos y psicológicos.

Sin duda, ninguna de estas alternativas jurídicamente posibles son las ideales frente a la maternidad, ya que lo ideal –siempre enemigo de lo posible- y hasta lo lógico sería que la maternidad siempre fuera deseada. Pero no debe perderse de vista que este fenómeno responde a realidades frente a las que nos enfrentan aquellas personas que deciden emprender un camino para el cual no están preparadas, dejando en situación de total indefensión a quienes no pueden opinar antes de venir a este mundo.

INTERRUPCION VOLUNTARIA DEL EMBARAZO O ABORTO

EL ABORTO EN EL CÓDIGO PENAL URUGUAYO Y SU DESPENALIZACIÓN.

El Código Penal Uruguayo regula el aborto en el Capítulo IV del Título XII “De los delitos contra la personalidad física y moral del hombre”. Este Capítulo fue modificado por la Ley 9.763 del 24 de enero de 1938 que penaliza el aborto consentido pero atenuando las penas y disponiendo excepciones.

El artículo 325 regulaba el aborto sancionando a la mujer que se realizara un aborto o lo consintiera, mientras que el artículo 325 bis penaliza a los terceros que colaboren en el aborto consentido de la mujer “*con actos de participación principal o secundaria*”, o sea en calidad de autores o coautores del aborto. En ambos casos el Código previó penas de prisión de 3 a 9 meses en el primer caso y de 6 a 24 meses en la segunda situación.

En los artículos siguientes el Código regula el aborto causado a una mujer sin su consentimiento, en cuyos casos las penas se incrementan de 2 a 8 años de prisión; de igual manera que ante el aborto no consentido que provocare lesiones en la mujer o le causare la muerte, disponiendo penas que pueden ir hasta los 12 años de prisión dependiendo el caso.

Se prevén circunstancias agravantes y atenuantes. Agravantes son cuando el aborto se comete con violencia o dolo, o sobre una mujer menor de 18 años o incapaz. Atenuantes

y eximentes se considera cuando el aborto se comete para salvaguardar “*el propio honor*” o el de la esposa, en los casos de violación, cuando se realiza por causas graves de salud de la madre y por razones de angustia económica. En todos los casos se considera atenuante el que el aborto se realice dentro de los tres primeros meses de concepción.

La ley 18.987 en su artículo 2° despenaliza la interrupción voluntaria del embarazo, de manera que el aborto realizado en las condiciones de la ley no será penalizado, para lo cual el aborto y como presupuesto fundamental de la ley, deberá realizarse durante las primeras doce semanas de gravidez.

En efecto, este artículo dispone que la interrupción del embarazo realizada de acuerdo a la ley no está penalizada, por lo que no serán aplicables los artículos 325 y 325 bis del Código Penal.

De lo expuesto surge entonces que, si la mujer sigue los procedimientos previstos en la ley el aborto no es penalizado, pero si el mismo se realiza fuera del plazo establecido (durante las primeras doce semanas de gravidez) o en Instituciones que no sigan los procesos dispuestos, el aborto es penalizado siendo aplicable el Código Penal.

Como puede verse, la Ley 18.987 siguió el mismo concepto del Código Penal en cuanto al plazo durante el cual puede realizarse la interrupción. En el Código se considera un atenuante el realizar el aborto durante las primeras 3 meses, mientras que en la ley el aborto sólo puede realizarse legalmente durante las primeras 12 semanas de gravidez. De manera que el legislador siguió el mismo concepto del Código en cuanto al plazo durante el cual puede realizarse la interrupción, sólo que para el Código Penal es una atenuante del delito y para la ley una condición de aplicabilidad del sistema.

EL CONCEBIDO Y EL CONCEPTO DE PERSONA.

Cuando se aborda el tema del aborto, siempre se encuentra presente la discusión acerca de si hay vida desde la concepción o si ésta se da desde el nacimiento.

Desde el punto de vista jurídico entendemos que nuestro derecho resuelve la discusión definiendo quienes se consideran personas.

El Código Civil (CC) dispone que son personas todos los individuos de la especie humana. Pero, como afirma el profesor Del Campo “*El hecho de nacer con vida, de haber vivido separado del seno materno, nos pone frente a un nuevo ser humano, y, por lo tanto, a una nueva persona de derecho*”.

De manera que como expresa el Dr. Héctor Caraballo Delgado “*si vive en “vida intrauterina” no acredita la personalidad, y separado del seno materno “sin vida” nunca ha sido persona desde el punto de vista civilista*”.

El artículo 216 inciso 3° del CC establece que “*Si la criatura no ha nacido viable, esto es, de vida y haya vivido veinticuatro horas naturales*”; de manera que para constituirse en persona desde el punto de vista de la ley debe haber nacido viable y haber vivido veinticuatro horas naturales, por lo que de no reunirse ambas condiciones no puede considerarse persona para el derecho.

Este concepto es reafirmado en el artículo 835 del CC cuando dispone que “*El que no estuviera concebido al tiempo de abrirse la sucesión, o, aunque concedido, no naciera*

viable, conforme a lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 216.”, lo que reafirma el concepto expresado anteriormente.

Así, el artículo 7° de la Constitución de la República establece que *“Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida... Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieron por razón de interés general.”*.

La Constitución no consagra por lo tanto el derecho a la vida sino el derecho a ser protegido en el goce de la vida o sea a que el Estado garantice el derecho a salvaguardar la vida, y con esta, sus derechos.

Desde el punto vista del derecho internacional algunos autores han analizado si legislar afirmativamente sobre la interrupción voluntaria del embarazo no iría en contra de los Tratados que Uruguay ha firmado a nivel internacional.

Este análisis nos enfrenta a la discusión de si existe o no un derecho al aborto, basado en el estudio de los Derechos Fundamentales de la Persona Humana o “Derechos Humanos”. Vale decir, si es posible considerar al aborto como una especie de premisa a la libre disposición del cuerpo de la mujer.

En tal sentido se ha entendido: a) Que el derecho a la vida tiene una especial importancia dentro de los derechos humanos de las personas -en tanto plataforma sobre la cual reposan los demás derechos- considerando por lo tanto al aborto inaceptable, b) Otros han pretendido aplicar “la teoría del interés general” lo que supone ver al aborto como un tema de interés general, en tanto interés social, c) Sin embargo la posición más aceptada parecería ser la de considerar al aborto desde la autonomía de la voluntad de la mujer.

En general se entiende que la limitación del derecho a la vida -consagrado entre los Derechos Humanos- acepta excepciones cuando se basen en razones de interés general lo que esta consagrado en el artículo 7° de la Constitución de la República. Se sostiene que esta teoría del interés general no sería aplicable al aborto desde el punto de vista del derecho internacional, por lo que en caso de pretenderse autorizar la interrupción correspondería denunciar el Tratado lo que supone que el país se excepcionaría en tal sentido. También se ha utilizado la teoría del objetor persistente, en tanto la misma supone que un Estado podría excepcionarse de algún aspecto de un Tratado en la medida que en su país ese tema se manifieste en forma de costumbre desde antes de su previsión internacional. Esto requiere de una aceptación general y no unánime del tema a excepcionar, que en este caso sería el aborto.

En derecho internacional se sostiene que la violación de una obligación internacional por parte de una disposición nacional, genera la carga al Estado de reparar esa ilegalidad. En este caso el Estado estaría obligado por las normas internacionales al respeto de la vida, por lo que aprobar la interrupción del embarazo supondría una violación a la misma o sea una violación de las obligaciones internacionales contraídas por el país. De alguna manera esta conclusión reaviva la discusión respecto a la primacía del derecho internacional respecto al derecho nacional de cada Estado.

No obstante es claro que es la conciencia ciudadana la que debe decidir respecto de estos temas. Ni el derecho internacional ni el nacional puede imponer soluciones a temas que refieren a la conciencia colectiva.

Este, como otros temas referidos a lo más profundo del ser humano, no admiten una solución legislativa nacional ni internacional si no existe un convencimiento colectivo.

El aborto es una realidad instalada en la Sociedad independientemente de las teorías o concepciones jurídicas que el mundo académico maneje, es una realidad social que no cambiará a pesar de los muchos programas e intentos estatales que se creen para evitar la maternidad no deseada.

PRINCIPIOS APLICABLES.

Surgen de la ley cinco conceptos fundamentales que constituyen verdaderos principios que informa la ley, en tanto constituyen normas rectoras de carácter moral y ético que obligan al Estado y protegen a sus ciudadanos, todos los cuales surgen del artículo 1° de la ley.

- C. El Estado garantiza el derecho a la procreación consciente y responsable: En la medida que existe esta garantía, las mujeres pueden optar (a través de esta ley) por interrumpir su embarazo.
- D. El Estado reconoce el valor social de la maternidad. Se reconoce el valor de la maternidad como motor de la vida humana y sostén de una Nación.
- E. El Estado tutela la vida humana: Lo que no significa limitar la autonomía de la voluntad de la mujer.
- F. El Estado promueve el ejercicio pleno de los derechos sexuales y reproductivos de la población: Esto lo hará según el artículo 1 de la Ley 18.426, promoviendo políticas nacionales de salud sexual y reproductiva, diseñando programas y organizando los servicios para desarrollarlos, universalizando en el nivel primario de atención a la salud, la cobertura de salud sexual y reproductiva, garantizando su calidad y confidencialidad, y asegurando el respeto a los derechos sexuales y reproductivos de la población.
- G. La interrupción del embarazo no constituye un instrumento de control de la natalidad: en la medida que no significa ni puede significar un fin en sí mismo, sino únicamente la legislación de la autonomía de la voluntad en sede de concepción y procreación.

El decreto reglamentario número 375/2012 del 22 de noviembre del 2012, dispuso que las Instituciones de Salud, los médicos y el personal de la salud que participen en los procedimientos deberán ajustarse a los siguientes principios:

- D. Confidencialidad: En tanto se trata de decisiones que tienen que ver con la salud de la mujer, se exige la máxima discreción en el tratamiento de los temas relativos a la salud y dentro de éstos la interrupción del embarazo. Este principio está previsto en diversas normas relativas a la salud de las personas.
- E. Consentimiento Informado: Se deberá recabar el consentimiento de la mujer de acuerdo a lo previsto en el decreto 274/10 referido a consentimiento informado, por el cual se recabará el asentimiento específico de la mujer así como el asesoramiento brindado por el equipo técnico encargado de su atención.
- F. Respecto a la autonomía de la voluntad: Referido a la decisión de la mujer a fin de que pueda tomar "*decisiones libres, consientes e informadas*". En tal sentido el personal de salud deberá abstenerse de brindar a sus pacientes sus propias

convicciones en materia de aborto de manera de asegurar un tratamiento objetivo del tema. El decreto prevé que si la mujer entiende que no se le brindan las debidas garantías, puede solicitar el cambio de su prestador de salud ante la Junta Nacional de Salud.

REQUISITOS PARA ACCEDER A LA INTERRUPCION DEL EMBARAZO.

Para poder realizarse un aborto en las condiciones previstas en la ley, deben cumplirse determinados requisitos que surgen de la Ley y del Decreto reglamentario.

Plazo dentro del cual puede realizarse el aborto. La ley establece que el aborto debe realizarse dentro de las primeras doce semanas de gravidez, salvo las excepciones previstas por ella.

Si el aborto se solicita fuera de las doce semanas de gravidez se actuará de acuerdo con lo previsto por el artículo 4.b.2 de la ley 18.426, por la cual será aplicable la normativa sanitaria acerca de la atención integral en los casos de embarazos no deseado o no aceptado, denominada “Asesoramiento para la maternidad segura, medidas de protección materna frente al aborto provocado en condiciones de riesgo.”.

Igual sistema se aplicará en caso de consulta tardía imputable a la mujer que impidan realizar el procedimiento en los plazos y condiciones previstos por la ley, o si el plazo venciera por causas imputables al Médico o a la Institución Médica siendo aplicable sanciones en este caso.

Consulta Médica.

Dentro de las doce semanas de gravidez, la mujer debe concurrir a una consulta médica con un equipo interdisciplinario integrado por ginecólogo, obstetra, asistente social y psicólogo pudiendo convocar a otros Profesionales de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 9º del Decreto 293/2010 reglamentario de la Ley 18.426 del 1º de diciembre de 2008.

Este equipo debe informar a la mujer lo dispuesto por la ley, las características del procedimiento, los riesgos de la práctica, instruyéndola de los programas existentes de apoyo social y económico, así como la alternativa de dar su hijo en adopción.

La ley busca que la mujer cuente con un ámbito de apoyo psicológico y social que contribuya a superar las causas que la conducen al aborto, así como para que disponga de la información necesaria para tomar una decisión meditada.

El decreto reglamentario se refiere en todo momento al equipo interdisciplinario, concepto que resalta en la medida de que se busca un asesoramiento integral a la mujer, ya sea desde el punto de vista físico como psicológico. Incluso la mujer podrá tener entrevistas con el equipo o con alguno de sus integrantes separadamente.

Deberá asentarse en su historia clínica el momento exacto en que comenzó el asesoramiento a la mujer por parte del equipo médico.

Período de Reflexión.

A partir de la consulta, la mujer dispone de un plazo de reflexión de cinco días vencido el cual, si la mujer persiste en la interrupción del embarazo, se coordinará el procedimiento en forma inmediata con su médico ginecólogo tratante.

Se establece que la ratificación de la solicitante se expresará por el procedimiento del consentimiento informado previsto en la Ley 18.335.

El decreto precisa aún más el momento en el cual la mujer puede manifestar su voluntad de abortar, estableciendo que a partir de la hora cero del día sexto podrá manifestar su decisión.

Constancia en la Historia Clínica de la mujer.

Tanto del comienzo del asesoramiento clínico como de la decisión adoptada por la mujer, se dejará constancia en su historia clínica.

Esto no solo es una carga que la ley pone en los médicos, sino a su vez una protección al profesional, en la medida que por mandato legal todas las consultas y entrevistas que se mantengan con la mujer deberán quedar asentadas en su historial clínico.

Brinda una absoluta certeza en cuanto a que la mujer recibió toda la información necesaria para tomar una decisión ajustada a sus necesidades, y da una total transparencia en cuanto a que se cumplieron los procedimientos dispuestos por la ley.

Esta obligación de asentar el procedimiento por escrito, es un aspecto recurrente en la ley y en el decreto, en la medida que busca lograr la mayor transparencia en el proceso que lleva a la toma de decisión de la mujer.

De esta manera se logra mantener intacta la memoria del proceso de interrupción del embarazo.

La ley prevee determinadas excepciones en aquellos casos en que la mujer pretenda interrumpir su embarazo y no cumpla con lo dispuesto por ésta. Estas excepciones son: a) cuando el embarazo signifique un grave riesgo para la salud de la mujer, b) cuando el embarazo suponga malformaciones patológicas en el feto, c) cuando el embarazo fuera producto de una violación que hubiera sido denunciada judicialmente. Se deberá dejar constancia del consentimiento informado de la mujer con asiento en su historia clínica.

CONSENTIMIENTO.

Culminado el período de reflexión, la mujer puede ratificar su decisión de realizar la interrupción del embarazo, en cuyo caso el Médico Ginecólogo realizará los ajustes necesarios para el procedimiento y determinará las técnicas a emplear considerando la disminución de riesgos y las condiciones de cada situación en particular.

La ratificación se realizará por consentimiento informado de acuerdo a lo dispuesto por la ley 18.335, por lo que se extenderá por escrito y se incorporará a la historia clínica de la mujer.

CONSENTIMIENTO DE ADOLESCENTES E INCAPACES.

El Código de la Niñez y la Adolescencia promulgado por la Ley 17.823 del 7 de setiembre del 2004 en su artículo 11 regula el derecho a la información y acceso a los servicios de salud por parte de los menores y adolescentes.

Dispone que los niños y adolescentes tienen derecho a la información sobre la salud y su acceso a ella, incluyendo esto la salud sexual y reproductiva. Esto incluye la confidencialidad debida a los menores, así como el deber de poner a su disposición las mejores formas de atención y tratamientos.

La información debida incluye información sobre su salud sexual y reproductiva, respecto a lo cual la disposición establece que se propenderá a que los menores adopten

decisiones en concurrencia con sus padres o referentes de su confianza respetando la progresiva autonomía de su voluntad.

Incluso prevee que si hubiera que adoptar medidas ante riesgos de la salud del menor y no hubiera coincidencia entre la opinión de los padres y el menor, el médico podrá solicitar la asistencia judicial debiendo el Juez competente solicitar la opinión del menor.

El artículo 7° de la ley 18.987 dispone que frente al caso de que una menor de 18 años no habilitada quiera interrumpir su embarazo deberá recabarse su consentimiento de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 11 del Código de la Niñez y la Adolescencia.

El decreto amplía el concepto disponiendo que, si bien se procurará que la menor tome una decisión en concurrencia con sus padres o referentes, se respetará en todo momento la autonomía progresiva de la adolescente. Es más, si el ginecólogo tratante o el equipo médico entiende que la menor *“puede prestar un consentimiento válido”* no podrá notificar a los padres salvo que la menor los libere del deber de guardar secreto profesional (artículo 37), de todo lo cual se dejará el debido asiento en su historia clínica bajo firma de la menor.

En caso de que no sea posible contar con el asentimiento dispuesto por el Código, el menor podrá presentarse con los antecedentes médicos producidos ante el Juez competente quien dentro de los tres días siguientes deberá resolver si el consentimiento del menor fue voluntario y espontáneo. Para ello se reunirá con la adolescente y el Ministerio Público, siendo el proceso verbal y gratuito y serán competentes los Jueces de Familia en todo el país.

Si la mujer fue declarada judicialmente incapaz, se recabará el consentimiento de su curador y la venia judicial pertinente. Se respetará el derecho de la mujer a procrear si su discapacidad no le impidiera tener descendencia.

En este caso bastará la presentación de la venia judicial que se incorporará a la historia clínica de la incapaz y se realizará el procedimiento.

DEBERES DE LAS INSTITUCIONES DE SALUD Y DE LOS MÉDICOS.

La Ley impone a las Instituciones de Salud determinadas obligaciones para su aplicación. Se trata de un conjunto de deberes con los que se buscan brindar las máximas garantías para que: a) las mujeres acceder a la información requerida para poder decidir respecto a la interrupción de su embarazo, b) esté a disposición de todas las mujeres los métodos de prevención del embarazo y c) apoyar a los médicos actuantes en los procedimientos que establece la ley.

Para ello las Instituciones de Salud deberán:

- a) Procurar la formación de equipos interdisciplinarios especializados en salud sexual y reproductiva que entiendan en todos los aspectos referidos al embarazo y su prevención, propendiendo al trabajo en equipo.
- b) Trabajar en conjunto con Organizaciones Públicas o Sociales que brinden apoyo a mujeres en casos de maternidad con dificultades económicas y sociales.

- c) Asegurar la confidencialidad de la identidad de la mujer así como de las consultas médicas realizadas y su historia clínica.
- d) Los Directores Técnicos de las Instituciones son los encargados de supervisar el cumplimiento de la ley.

En referencia a los equipos interdisciplinarios el decreto dispone que deberá actuar considerando: a) la protección de la salud integral de la mujer, b) la confidencialidad en el tratamiento de la información recabada y producida en las distintas entrevistas que sostengan con la mujer, c) que la interacción del equipo con la mujer se debe referir únicamente a los aspectos técnicos referidos al tema, por lo que especialmente dispone que los profesionales deberán abstenerse de emitir opiniones de corte moral o ético.

Dispone además determinadas obligaciones para los integrantes de los equipos médicos:

- Cumplir una función de orientación para la prevención de embarazos, informando a la mujer respecto a programas de planificación familiar.
- Entrevistarse con el progenitor para lo que debería contarse con el consentimiento de la mujer, pero en caso que la mujer no consienta en ello, el equipo médico no podrá hacerlo. Este artículo refleja la postura que ha tomado la ley respecto del progenitor, prescindiendo de él por la sola voluntad manifiesta de la mujer. Entendió la ley que cuando una mujer llega a la interrupción de su embarazo, tiene contacto con el progenitor y quiere compartir su situación con él, esto es previo a la adopción de la decisión de interrupción.
- Si la mujer acepta que se entreviste al progenitor, el equipo coordinará la misma a efectos de informarle sobre las disposiciones y alcances de la ley y del decreto. En este caso la mujer deberá liberar al equipo profesional del secreto profesional que alcanza a su estado de gravidez en este caso.
- El decreto busca garantizar que la decisión que adopte la mujer se encuentre libre de presiones de terceros. Este criterio se aplica también al equipo técnico interdisciplinario en la medida que se dispone que no deben encontrarse presentes en las entrevistas, personas ajenas al equipo.
- Se busca que la decisión que adopte la mujer se encuentre libre de cualquier tipo de vicio, por ello los profesionales intervinientes tienen el deber de abstenerse de autorizar o denegar el procedimiento, de manera que no podrá expedirse sobre la pertinente o no de la interrupción.

Respecto a los deberes de los Médicos que integren el equipo interdisciplinario se dispone que deberán:

- II. Brindar a las mujeres las herramientas necesarias para prevenir embarazos no deseados familiarizándolas con los programas de planificación familiar existentes.
- III. Dialogar con el progenitor en los casos en que éstos acepten y la mujer lo autorice.
- IV. Asegurar que la decisión de la mujer respecto a interrumpir o mantener el embarazo se encuentre libre de presiones de ningún tipo.
- V. No ejercer la función de autorizar o denegar la interrupción.

OBJECCIÓN DE CONCIENCIA.

Las Instituciones de Salud, los Médicos y el Personal de la Salud deben cumplir con los preceptos establecidos en la ley garantizando su cumplimiento.

No obstante, en aquellos casos en que las Instituciones Médicas tengan objeciones de ideario a la realización de interrupciones de embarazos, deberán proporcionar a las pacientes las garantías necesarias para que puedan acceder a la realización del aborto en las condiciones previstas.

Estas objeciones de ideario deberán ser “*preexistentes*” a la vigencia de la ley, como lo son aquellas Instituciones que por tener concepciones religiosas se ven impedidas de realizar éstas técnicas.

Estas objeciones deberán surgir de los Estatutos de la Institución y encontrarse vigentes antes de la entrada en vigencia de la ley, o al menos debe poder deducirse de ellos que están impedidas estatutariamente de realizar el procedimiento.

Para poder ampararse en esta causal las Instituciones deben demostrar ante el Ministerio de Salud que han asegurado a sus afiliadas, el acceso a los procedimientos de interrupción sin que ello signifique costo adicional. Las Instituciones deben respetar la libertad de conciencia de los médicos y del personal de salud que de ellas dependan.

Las instituciones afiliadas a la objeción de conciencia deberán realizar todas las actividades previas referidas a asistir a la mujer en su toma de decisión, derivándola a otra institución para la realización del procedimiento.

De igual manera, los médicos y el personal técnico de la salud que tengan objeciones de conciencia que les impidan realizar los procedimientos, deberán hacerlo saber a las Instituciones de Salud a las que pertenezcan.

La objeción podrá ser realizada o revocada en cualquier momento, pero si el profesional que optó por la objeción de conciencia realiza una interrupción de embarazo se entiende que la objeción fue tácitamente revocada, estando por lo tanto obligado a realizar las técnicas que dispone la ley en todas las Instituciones de Salud.

La objeción como su revocación realizada por el médico o el personal de salud lo obliga para todas las Instituciones de Salud del país.

No pueden ampararse en la objeción de conciencia aquellos casos exceptuados por la ley como aquellos que signifiquen riesgo para la salud de la madre.

La objeción manifestada por el médico, lo obliga a derivar a la paciente a otro médico de manera de asegurar su atención inmediata, esta obligación es personal. La solicitud se presentará ante la institución que se prestan los servicios profesionales. Los médicos podrán desistir a la objeción de conciencia en cualquier momento por escrito ante quien se formuló.

La norma crea una universalidad de la objeción en la medida que la misma se extiende a todas las instituciones médicas en las que presta servicios el médico. De igual manera, si se constata que un médico amparado en la objeción realiza un procedimiento de

interrupción en cualquier momento, perderá el amparo de la norma y deberá proceder en todos los casos contemplados en la ley.

AMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY.

Las disposiciones de la Ley se aplican a las ciudadanas uruguayas naturales o legales y también a las mujeres extranjeras que acrediten su residencia en el país por un plazo no menor a un año.

El decreto reglamentario de la ley respecto de las mujeres extranjeras establece que deben tener más de un año de residencia. La calidad de ciudadana legal se puede acreditar con cualquier documento expedido por la autoridad pública uruguaya de lo cual se dejará constancia en su historia clínica.

CONSENTIMIENTO INFORMADO.

Tanto la Ley como su decreto reglamentario, establecen que toda decisión de la mujer deberá presentarse por consentimiento informado, de acuerdo a lo previsto en el artículo 9 de la ley 18.331 del 11 de agosto del 2008.

Solo quedan exentas de esta obligación por motivos de urgencia o cuando por su estado de salud no sea posible, en cuyo caso se recabará el consentimiento de sus familiares mas cercanos.

El decreto define como grave riesgo para la salud de la mujer todo riesgo para la salud bio-sico-social o la vida de la mujer.

OFICINA COMPETENTE Y REGISTRO.

Se crea en el ámbito del Ministerio de Salud, una comisión que entenderá en las solicitudes de interrupción de embarazos en casos de malformaciones incompatibles con la vida extrauterina. Esta comisión deberá pronunciarse en un plazo máximo de 30 días y en caso de contarse con el consentimiento informado de la mujer, se deberá coordinar el procedimiento en forma inmediata.

En caso de violación de la mujer, con la sola exhibición de la denuncia refrendada por el Juzgado pertinente, se procederá a la interrupción.

Con la información que remitan las instituciones de salud se llevará un registro por el Ministerio de Salud, en el que deberá omitirse la identificación de la mujer respetando su anonimato.

EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y EL NOTARIO.

El consentimiento informado es regulado en nuestro derecho en la Ley 18.331 - Protección de Datos Personales y Acción de "Habeas Data"- del 11 de agosto del 2008.

Si bien se trata de una ley que refiere a los datos de las personas y los registros que contienen sus datos, no prevee la actuación notarial en ningún artículo.

La ley trata la protección de los datos personales como un derecho inherente a la persona humana amparado por la Constitución de la República. Regula el consentimiento informado como uno de los principios generales de la ley. Por aplicación de éste principio el tratamiento de los datos personales es posible cuando su titular haya prestado su *“consentimiento libre, previo, expreso e informado el que deberá documentarse”*.

El consentimiento previo no será necesario en determinados casos taxativamente enumerados, dentro de los cuales se encuentra aquel que provenga de una relación científica o profesional del titular de los datos y *“sean necesarios para su desarrollo y cumplimiento”*.

Este principio de consentimiento previo e informado se encuentra presente en toda la ley que regula la interrupción de embarazo, como herramienta jurídica válida y eficiente para formalizar la decisión de la mujer sobre un proceso de embarazo.

Sabido es, que el aborto es un tema que involucra aspectos morales, éticos y médicos que estarán presentes, probablemente, durante toda la vida de la mujer. Con esto la ley busca que en las diferentes etapas por las que debe atravesar la mujer en el camino que la pueda llevar al aborto, cuente con todos los elementos técnicos, médicos y científicos para tomar una decisión meditada y que esa decisión sea documentada en debida forma.

Es por ello que el legislador insiste con que todas las instrucciones impartidas y decisiones de la mujer se realicen mediante el procedimiento de consentimiento informado, y es allí en donde consideramos que podría haber tenido participación el Notario.

En efecto, el Notario en su calidad de fedatario, de receptor de la autonomía de la voluntad de las personas y de artífice de las formalidades que esa voluntad debe respetar, podría ser de gran ayuda a la hora de hacerla efectiva.

No en el proceso que la ley establece para llegar a la decisión, sino en la formalización de la misma.

La temática de la interrupción del embarazo involucra a diferentes actores, algunos de los cuales han coincidido con el procedimiento establecido en esta ley y otros que no. Quienes no están de acuerdo con ella esgrimen que se trata de un proceso engorroso respecto al cual no es necesario instruir a la mujer, ya que aquellas que adoptan esta decisión ya la han meditado suficientemente.

De manera que si se compartiera este criterio, bien podría formalizarse el proceso instructivo a través del Notario y desembocar luego en la interrupción. Esto podría realizarse a través de un acta de declaración, que incorporada a la historia clínica de la mujer constituiría prueba suficiente de la toma de decisión en interrumpir el embarazo y del cumplimiento de las etapas que dispone la ley.

Aún cuando se sostuviera que el proceso es válido, igualmente se podría mediante un acta de declaración, recibir y formalizar válidamente la decisión de la mujer.

Incluso en dicha acta podría establecerse que se da cumplimiento a los preceptos de la ley que regula el consentimiento informado, como una forma de asentar que se dio cumplimiento con todos los pasos dispuestos y que se tomaron todas las previsiones exigidas por la ley.

ESTRUCTURAS DE LOBBY y ALGUNOS DATOS DE LA REALIDAD.

El 14 de abril del 2013 en el Diario “El Observador” de Montevideo, se publicó un reportaje al Subsecretario del Ministerio de Salud quien afirmó que a pesar de no haber cifras oficiales, desde que se legalizó el aborto se realizan por mes entre 300 y 400 abortos en todo el país aproximadamente, lo que hace un total de unos 4.000 abortos al año en una población total de tres millones de habitantes. Esta cantidad es inferior – según informó- a la que las autoridades esperaban antes de la aprobación de la ley que era de 33.000 al año.

En relación a las objeciones de conciencia formulada por los médicos ginecólogos ha sido bastante menos que en otros países de sistemas similares. En Uruguay el 30 por ciento de los médicos realizaron esta opción.

Informó también que el 20 por ciento de las mujeres que realizan la consulta al equipo interdisciplinario con fines de interrupción, desisten del procedimiento y continuaron con el embarazo.

Uruguay se convirtió en el primer país de Sudamérica y el segundo en Latinoamérica – después de Cuba- en despenalizar la interrupción del embarazo a nivel nacional. También esta permitido en Ciudad de México, Guyana y Puerto Rico.

Existen en Uruguay diversas instituciones públicas y privadas a favor y en contra del aborto que en su oportunidad realizaron gestiones ante el Parlamento Nacional y en procura de incidir en la opinión pública nacional.

Así, la organización no gubernamental “*Mujer y Salud en Uruguay (MYSU)*” ha sido una de las instituciones que ha trabajado en procura de la aprobación de una ley sobre aborto en Uruguay.

De la página WEB de ésta organización surge que:

“Mujer y Salud en Uruguay (MYSU) es una organización no gubernamental, feminista, cuya misión es la promoción y defensa de la salud y derechos sexuales y los derechos reproductivos desde una perspectiva de género

Cuenta con un staff estable y una red de profesionales e investigadores/as asociados/as a nivel nacional y regional.

Ha integrado delegaciones oficiales de Uruguay en instancias internacionales del sistema de las Naciones Unidas.

A nivel nacional integra la Comisión Asesora de Salud Sexual y Reproductiva de la Comisión Nacional de Sida / Mecanismo Coordinador País, ambas instancias en la órbita del Ministerio de Salud Pública.”

Esta organización apoya el aborto, pero se ha manifestado en contra de este proyecto - convertido posteriormente en ley- por condicionar la decisión de la mujer al cumplimiento de determinados requisitos, que a su entender, no les permiten tomar una decisión libre de presiones externas y en particular han objetado:

“... cuestionamos que sea condición para acceder a un aborto seguro dentro de las 12 semanas de gestación, que las mujeres luego de consultar con nuestro médico tratante debamos, obligatoriamente, mantener una entrevista con un equipo de salud interdisciplinario para explicar las razones por las cuales tomamos la decisión de abortar. Además, posteriormente deberemos –necesariamente- tomar 5 días para reflexionar antes de poder acceder a la interrupción. Entendemos que imponer esta condición es desconocer que las mujeres somos personas capaces de tomar decisiones éticas sobre nuestro cuerpo, nuestra sexualidad y reproducción. Las condiciones impuestas por el proyecto responden más a un paradigma de tutelaje profesional que a un reconocimiento de las mujeres como sujetos de derechos”.

Y finalmente concluyen a modo de prédica:

“ELLOS PONDRÁN LAS CONDICIONES PERO NOSOTRAS SEGUIREMOS PONIENDO NUESTROS CUERPOS Y EJERCIENDO NUESTRO DERECHO A SER MADRES CUANDO QUERAMOS, CUANTAS VECES QUERAMOS Y CON QUIEN QUERAMOS.”

ADOPCIÓN EN URUGUAY

El Inciso 3º del Artículo 3º de la ley 18.987 del 17 de octubre del 2012 de “Interrupción Voluntaria del Embarazo” dispone que *“El equipo interdisciplinario (que crea la Ley), actuando conjuntamente ... informará sobre las alternativas al aborto provocado incluyendo los programas disponibles de apoyo social y económico, así como respecto a la posibilidad de dar su hijo en adopción.”*

La Adopción es un instituto de larga data en nuestro país, encontrándose previsto en nuestro Código Civil promulgado en el año 1868.

Diversas han sido las leyes que se han dictado en la materia y que fueron transformando el instituto a lo largo del tiempo: a) Ley 7.290 del 13 de octubre de 1920 que modificaron los artículos 227 y 228 del Código Civil en sus actuales redacciones de los artículos 247 y 248; b) Ley 9.342 del 6 de abril de 1934 por la que se creó el Código del Niño; c) Ley 16.137 del 28 de setiembre de 1990 que ratificó la Convención Universal de los Derechos del Niño; d) Ley 16.603 del 19 de octubre de 1994 que reglamentó la Adopción del Código Civil; e) Ley 17.823 del 7 de setiembre de 2004 por la que se crea el Código de la Niñez y la Adolescencia, el que sustituye el Código del Niño anterior, f) Hasta la actual Ley 18.590 del 18 de setiembre de 2009 que introduce la Sección denominada de “Alternativas Familiares” con el cual se refiere a la Adopción.

Esta Sección se encuadra dentro del capítulo de la protección de los derechos de los niños o adolescentes amenazados, del maltrato y abuso y de la adopción.

No haremos referencia en este trabajo a la evolución del instituto en nuestro país, ya que nos parece más útil referirnos a la regulación de la adopción en la actualidad, con especial análisis de dos aspectos que consideramos importantes: A) la utilidad que puede esperarse del instituto así regulado con referencia al menor y adolescente, y C) la utilidad de la participación del notario en la formalización de la adopción.

PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA.-

Corresponden señalar algunos aspectos importantes dentro del régimen de adopción en Uruguay:

- En nuestro sistema se encuentra regulada la adopción plena para los menores de edad que se regula por el Código de la Niñez y la Adolescencia y la adopción simple para los mayores de edad aplicándose el régimen previsto en el Código Civil.
- En la adopción plena se excluye a texto expreso la intervención del Escribano, la que subsiste para la adopción simple.
- Judicialización del proceso de adopción siendo aplicable el proceso extraordinario.
- Fuerte intervención del Instituto de la Niñez y la Adolescencia del Uruguay (INAU), sugiriendo aquellas parejas que tienen condición de adoptabilidad.
- El INAU es el órgano estatal encargado de proponer, ejecutar y fiscalizar la política en materia de adopciones.
- Prioridad de la familia biológica (hasta el tercer grado de consanguinidad) para la inserción del niño o adolescente.
- Se procura que el menor mantenga sus vínculos filiales con su familia de origen aún cuando sea dado en adopción.
- Se crea el Registro General de Adopciones en el cual se anotarán las adopciones que se concedan.
- La ley define a la adopción como instituto de excepción que tiene por objeto garantizar al menor la inserción a una familia ingresando en calidad de hijo.
- La adopción debe realizarse por motivos justos y convenientes para el niño o adolescente.
- La sentencia que autoriza la adopción no es revisable, y solo puede anularse por fraude, dolo o colusión.
- La adopción decreta conforme al Código es irrevocable.

REGULACIÓN DE LA ADOPCIÓN EN EL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA.

Dispone la ley que el progenitor u otra persona (familiar o no) que teniendo un niño o adolescente a cargo decidan no continuar con su cuidado, deberán comunicarlo al Juez competente en materia de familia del domicilio del menor o al Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay (INAU) o en su caso al hospital donde se encuentre el menor. Esta comunicación deberá realizarla cualquier persona que conozca la circunstancia de un menor en situación de abandono.

De enterarse el Juez de una situación de este tipo deberá comunicarlo al INAU y lo mismo a la inversa, de manera que el Juez y el Instituto tengan inmediato conocimiento de los niños o adolescentes en esta situación.

Enterado el Juez deberá disponer del INAU los estudios psicológicos y sociales a efectos de poder determinar si el menor o adolescente puede ser integrado a su familia biológica, disponiendo las medidas de apoyo que considere convenientes.

En el caso que no sea posible la inserción del menor en su familia de origen se hará lugar a la separación del menor de la misma.

La ley insiste en procurar que el menor no sea institucionalizado en hogares de acogida o del INAU, mediante la integración del mismo a su familia biológica de ser posible o a un hogar sustituto en tanto se sustancia el proceso de integración o de adopción.

A todos estos efectos se deberá seguir el procedimiento extraordinario regulado por el Código General del Proceso, por el cual se deberá designar un Defensor de Oficio o un Curador al menor o adolescente, a los progenitores, a quienes se hayan encargado del cuidado del menor y si fuere posible a otros integrantes de la familia del menor hasta el tercer grado de consanguinidad.

Este amparo a los integrantes de la familia del menor hasta el tercer grado de consanguinidad, se apoya en la concepción de la ley por la cual se deben realizar todos los esfuerzos a fin de que el menor o adolescente permanezca integrado a su familia biológica, por lo cual se participa a los abuelos, hermanos y tíos del menor o adolescente.

En sede judicial, la competencia la tienen los Jueces Letrados de Familia o quienes hagan sus veces, siendo competentes los del domicilio de residencia del menor o adolescente.

Un aspecto importante que a texto expreso prevé la ley, es que la sentencia que disponga la separación definitiva de la familia de origen del menor, dispondrá también la pérdida de la patria potestad de sus padres biológicos.

Un menor o adolescente se considera en condición de adoptabilidad cuando: a) no sea posible su integración a su familia de origen ni a otros miembros de ella hasta el tercer grado de consanguinidad, b) ya sea porque existió una ruptura del vínculo afectivo o porque esta no tiene posibilidades de encargarse del menor, c) y cuando se encuentra expuesta la salud mental, física, emocional o espiritual del menor que no hagan posible su protección integral.

Decretada la condición de adoptabilidad del menor se le da inmediata participación al Equipo Técnico de Adopciones que funciona en la órbita del INAU, el que se encargará de las medidas iniciales para la inserción adoptiva del menor de todo lo cual se deberá ir dando progresiva cuenta al Juez competente. El Juez podrá apartarse de la elección que realice el INAU a través del Equipo Técnico en forma fundada, lo que podrá ser apelado por el INAU.

Se establecen tres presupuesto importantes:

- La nulidad absoluta de toda adopción que se realice en incumplimiento a lo dispuesto en el Código, por lo que sólo se podrá acceder a la adopción de menores siguiendo este régimen.
- Se prohíbe la entrega en régimen de guarda de menores o tenencia con fines de adopción mediante escritura pública.

Respecto a la elección de los adoptantes, se deberá tener en cuenta:

- A) Que ofrezcan al menor una adecuada red familiar.
- B) De existir hermanos del menor, se priorizará su integración en forma conjunta.
- C) De considerarse por parte del Equipo Técnico que el adoptante no es adecuado para la integración del menor deberá comunicarlo al Juez competente.
- D) El INAU es el encargado de proveer a los menores de hogares adoptivos adecuados para la integración y desarrollo del menor, pudiendo disponer alternativamente de hogares de acogida.

Los menores de dos años no podrán permanecer en establecimientos de internación institucional por más de cuarenta y cinco días. Respecto de los niños desde dos a siete años no podrán permanecer en estos institutos por más de noventa días. Nada dispone la ley en cuanto a los menores de más de siete años de edad, por lo cual se entiende que estos sí podrán permanecer en institutos de internación sin establecer plazos máximos. No resultan claros los motivos por los cuales se estableció en siete años la edad a partir de la cual no se estableció límite para la institucionalización de un menor, pero seguramente tenga que ver con la edad a partir de la cual resulta más difícil insertar a un menor en un hogar adoptivo.

En cuanto al consentimiento para la adopción se dispone que no tendrá validez si refiere a niños recién nacidos o dentro de los treinta días de nacidos.

Si los padres de un niño concebido no desearan conservarlo, deberán comunicarlo al Juez competente; de igual manera el consentimiento dado por los familiares para dar al menor en adopción deberá realizarse ante el Juez competente. Dispone la ley que el INAU contará con programas sociales adecuados tendientes a informar a los padres del menor a efectos de propender a que el menor permanezca en su familia de origen.

En cuanto a las familias adoptivas, el órgano competente es el INAU para la selección y asignación de familias a través del Registro de Adopciones.

En aquellos casos en que el menor mantenga vínculos con familiares que sean beneficiosos para su desarrollo humano y en caso de adopción de esos menores, deberá asegurarse que esa relación con su familia continúe, lo que no vulnerará los derechos que el adoptado tenga en su familia adoptiva ya que la adopción es plena. En estos casos se regulará un régimen de visitas que podrá ser de común acuerdo o determinado por el Juez competente.

Se permite la adopción del hijo del cónyuge, siempre que el menor haya perdido contacto con su progenitor y el cónyuge consienta en la adopción.

Los menores entregados en tenencia para su adopción, pueden ser adoptados siempre que: a) los padres biológicos hayan perdido la patria potestad; b) el menor se encuentre por lo menos un año en tenencia de la familia que pretende adoptarlo, c) el menor preste su consentimiento, o el defensor de oficio en caso de menores que no puedan manifestarse, d) que el adoptante tenga no menos de 25 años de edad con 15 años más que el menor adoptado, límites que pueden modificarse a criterio del Juez, e) en caso de concubinos deben tener al menos cuatro años de vida en común de manera que pueda ésta transformarse en unión concubinaria declarada judicialmente.

En caso de menores que posean bienes y de cambiarse el nombre de éstos, deberá agregarse en los documentos a efectos de dejar las constancias correspondientes y efectuar los asientos en los Registros Públicos.

De tratarse de una adopción de menores con capacidades diferentes, el Estado asegurará su atención integral aún después de alcanzar la mayoría de edad.

Una vez decretada la adopción, se anotará un testimonio de la Sentencia en el Registro de Estado Civil como hijo inscripto fuera de término, no haciéndose mención alguna de la adopción en la partida de nacimiento del menor, pudiéndose dar diferentes situaciones:

- Si los adoptantes son casados se inscribirá al menor como hijo habido dentro del matrimonio, realizándose la anotación pertinente en la libreta de organización de la familia como un hijo más.
- Si los adoptantes no fueran casados, se inscribirá como un hijo reconocido por los mismos.
- Si el adoptante fuera viudo o ex-concubino de una persona fallecida y la tenencia hubiera sido otorgada a ambos concubinos, se inscribirá al menor como hijo de esa unión si así hubiese sido su voluntad.

Formalizada la adopción se disolverán los vínculos que unían al menor o adolescente a su familia de origen, salvo en lo que tiene con los impedimentos dirimentes para el matrimonio y del derecho que asiste al menor de mantener contacto con su familia de origen o parte de ésta. La sustitución de la familia de origen por la adoptiva se hará constar en el acta de inscripción.

La adopción así concedida tiene efectos constitutivos sobre el estado civil del menor, reputándose en adelante con los mismo derechos y deberes como si hubiese nacido de los adoptantes.

ADOPCION INTERNACIONAL y POR PAREJAS DEL MISMO SEXO.-

La adopción internacional se regulará conforme a lo que dispone el Código salvo la existencia de Convenios Internacionales que lo regulen, considerando tales aquellas que se lleven a cabo cuando quien solicita la adopción tiene domicilio o residencia habitual en otro país.

No obstante y aunque se autoriza la adopción internacional, el órgano regulador procurará la elección de familias que vivan en el territorio nacional.

Tiene como particularidad que los postulantes a adoptantes deberán comparecer ante el Juez personalmente, no siendo posible que comparezcan representados por apoderado. De igual manera que la salida del país deberá hacerse siempre con uno de los adoptantes.

Siempre intervendrá el INAU, quien presentará a la Sede Judicial un informe respecto de los postulantes y podrán acceder a ella cónyuges con uniones matrimoniales superiores a cuatro años.

La adopción sólo se concederá con postulantes que vivan en países que tengan una legislación similar a la nuestra en materia de adopción y protección de menores. En todos los casos los postulantes deberán convivir con el niño en el país durante un lapso mínimo de seis meses.

Los postulantes deberán presentar la documentación necesaria a fin de acreditar aptitudes físicas, morales y psicológicas que los hagan aptos para la adopción del menor.

Los niños adoptados bajo estas condiciones mantienen la nacionalidad uruguaya aún cuando adquieran la nacionalidad de los adoptantes.

El día 10 de abril del corriente año se aprobó por el Parlamento Nacional la ley denominada de “matrimonio igualitario” que regula el matrimonio entre personas del mismo sexo. De reciente aprobación, no ha sido aún estudiada en profundidad al momento de realizar éste trabajo, no obstante de su lectura no hemos encontrado normas que introduzcan modificaciones al sistema.

La ley de “matrimonio igualitario” modifica el artículo 83 del Código Civil al disponer que el matrimonio es la unión permanente entre dos personas de igual o distinto sexo, con lo cual redefine al matrimonio. No en los términos del significado gramatical de la palabra sino en cuanto al significado jurídico que el legislador le da al instituto, de manera que para la ley uruguaya el matrimonio es aquel vínculo entre personas de igual o diferente sexo.

Por lo tanto el hecho de que los postulantes a adoptantes sean del mismo sexo, no puede significar obstáculo alguno para acceder a una adopción. Y esto porque la ley autoriza la adopción por personas solteras, unidas en concubinato y casadas en matrimonio, y como al tenor de la ley el matrimonio puede ser de personas del mismo sexo, nada impide que un matrimonio en personas de un mismo sexo puedan acceder a una adopción, siendo aplicable por lo tanto el régimen general.

Esta nueva ley sí regula lo que tiene ver con el nombre disponiendo que:

- A) En caso de adopciones por parte de parejas heterosexuales, el menor sustituirá sus apellidos por el paterno primero y el materno luego, pudiendo alterar el orden en caso de mutuo acuerdo entre los padres adoptantes.
- B) Tratándose de parejas homosexuales, el menor sustituirá sus apellidos por los de los padres adoptantes en el orden que ellos decidan, y de no mediar acuerdo por sorteo realizado por el Juez que autorizó la adopción.
- C) Si el menor fue adoptado por una sola persona sólo sustituirá uno de sus apellidos, siguiendo las reglas anteriores.
- D) Si el adoptado fuera adolescente podrá acordar con sus padres adoptantes mantener uno ambos apellidos de nacimiento.
- E) La sentencia que determine la adopción establecerá los apellidos que llevará el menor o adolescente.
- F) Se procurará mantener uno de los nombres con que fue inscripto.
- G) De sobrevenir hermanos, éstos serán inscriptos con el mismo orden de apellidos que para el primero.

Encuestas realizadas en Uruguay respecto a la aceptación de la adopción homoparental (la realizada sólo por el hombre).

Encuesta. Encuestadora “Equipos Moris”. Setiembre de 2009:
53% de los uruguayos se opone a adopción homoparental
39% la apoya

Encuestadora “Interconsult”. Año 2008:
49% se oponía a la adopción homoparental
35% la apoyaba

El Observatorio de Montevideo, Año 2007:
62% se oponía a la adopción homoparental
38% la aprobaba

Consultora “Reseach Uruguay”. Año 2005.
62% se oponía a la adopción homoparental
38% la aprobaba

De manera que la evolución del fenómeno indica una mayor aceptación de la adopción homoparental con el transcurso del tiempo, siendo de los jóvenes el apoyo mayoritario (51%).-

CONTROL DE LAS ADOPCIONES.-

El control en materia de adopciones está a cargo del INAU quien podrá convenir con instituciones privadas las que deberán ser sin fines de lucro.

Para ello se dispone que en cada institución existirá un Equipo Técnico que se encargará de: a) realizar un estudio técnico de los postulantes que deseen adoptar, asesorándolos respecto a la adopción y evaluando sus condiciones para acceder al instituto, b) llevará un registro de los postulantes, seleccionando las parejas en cada caso concreto, c) deberá respetarse estrictamente el orden que surja de la inscripción en el Registro, el que sólo podrá alterarse ante solicitud fundada del menor, d) asesorar al Juez toda vez que lo solicite, e) procurar y velar por la óptima integración del menor a su familia adoptante, f) asesorar a la familia de origen del menor adoptado en el transcurso del proceso de adopción.

En el Registro se establecerán los datos del menor adoptado, los de la familia adoptante así como de sus progenitores y familiares consanguíneos, y el Juzgado ante el cual se tramitó la adopción.

Los datos del registro serán reservados y solo tendrán acceso el menor adoptado y los terceros, sólo mediante orden judicial que lo autorice. Esto, porque todo menor tiene derecho a conocer su condición de adoptado así como su origen.

A partir de los quince años de edad el menor tiene derecho a conocer los datos del registro así como los datos de su familia de origen, en lo que tendrán que colaborar los padres adoptivos y el INAU, obligación que se extiende aún para el caso de que el menor desee revincularse con su familia de origen. En tal sentido el Juez competente

tiene la obligación de autorizar la exhibición del expediente judicial a requerimiento del menor, lo que podrá negar si el menor no ha cumplido los quince años de edad.

El expediente judicial en todo caso es reservado y sólo se autorizará su consulta: a) cuando sea necesario por razones médicas en beneficio del menor y con previo consentimiento del adoptado que haya alcanzado la mayoría de edad, b) ante investigaciones judiciales que justifiquen invadir la intimidad del adoptado. Se requerirá resolución judicial fundada.

UTILIDAD DEL INSTITUTO REGULADO.

Estudiado el instituto en nuestra legislación actual, cabe preguntarse que utilidad es dable esperar para cada una de las partes involucradas y para la Sociedad en general, y adelantamos que somos escépticos en tal sentido por diversas razones que expondremos.

1. Entendemos que la adopción debería constituirse en un instituto de suma utilidad en la sociedad actual. Más allá de las evaluaciones que cada uno pueda hacer respecto a los motivos que llevan a las personas a procrear seres humanos de los que después no están dispuestos a hacerse cargo, lo cierto es que el número de niños en esa situación aumenta a nivel mundial.

2. Y esto sucede aún en sociedades que cuentan con instrumentos para evitarlo. La interrupción del embarazo es una alternativa jurídicamente válida para no traer personas al mundo de las cuales después sus progenitores no estarán dispuestos a encargarse, cumpliendo con los deberes y obligaciones que en materia de patria potestad disponen las leyes vigentes. Pero frente al caso que los progenitores no estén dispuestos a tomar tan drástica decisión -la que muchas veces sólo recae en poder de la madre- tienen el instituto de la adopción, como alternativa no solo posible sino humana, para procurar que otras personas cumplan con los deberes y obligaciones que les hubieran correspondido a ellos.

3. Lamentablemente el mal uso de los instrumentos jurídicos en el mundo, lleva a que la sociedad a través del cuerpo legislativo, brinde las seguridades para que el instituto cumpla con las funciones para las cuales fue creado. Los abusos que se han registrado en materia de adopciones ilegales, el enriquecimiento arbitrario del que se han beneficiado personas y empresas que lucran con las adopciones y los menores, y un contralor estatal que nunca es suficiente ni eficaz, han llevado a que las Convenciones Internacionales y las legislaciones nacionales fueran en extremo rigurosas a la hora de legislar sobre la adopción y la interrupción del embarazo.

4. Así, la regulación que tiene la adopción en nuestro derecho consideramos que es sumamente contundente en velar por los derechos del niño y de la familia de origen, y deja en un segundo plano a la familia adoptante. Si bien la defensa y custodia de los derechos del menor es correcta, nos parece excesivo el cuidado respecto de los derechos de los padres y sumamente ligera la regulación de derechos que asiste a los adoptantes.

5. Si bien pueden existir diversos motivos por los cuales los progenitores pueden decidir dar su hijo en adopción, lo cierto es que no deja de ser un acto de irresponsabilidad moral y social, y este tipo de conductas debe tener una consecuencia jurídica y no solo

la pérdida de la patria potestad. Éste es un resultado lógico al abandono desde el momento en que los progenitores deciden que no pueden o no quieren cuidar del menor.

6. En cualquier proceso de adopción el menor o adolescente deberían ser el objetivo a preservar por ser el único integrante del proceso que no tiene voz ni voto y respecto a cuya vida están decidiendo terceras personas. Y en ese proceso complejo por el cual un menor debe integrarse a una familia en la que no nació, la ley debería hacer de esa mutación un transe más benévolo. Es así que no podemos ver en qué puede beneficiar al menor continuar los vínculos con su familia parental, haciendo más lento y complejo el proceso de integración a su nueva familia. Sin duda debe asistir al menor la posibilidad de tomar contacto con sus orígenes si así lo desea, pero si lo desea, y no que sea una relación obligatoria y respecto a lo cual el menor no podrá decidir. De manera que si la ley autoriza consultar al menor en algunos aspectos, entendemos que este sería un aspecto más sobre el cual habría que consultarlo llegada la edad para ello, o asistirlo si voluntariamente lo solicita.

7. La adopción, más que un acto conveniente es un acto de amor, por lo tanto ese vínculo obligatorio que la ley crea resulta un obstáculo para los padres adoptantes y aún para el menor.

PARTICIPACIÓN DEL NOTARIO.

El trámite de adopción se encuentra excesivamente judicializado. Obviamente la intención de la ley fue brindar las máximas garantías para todas las partes involucradas, pero tiene un inconveniente que es común a todos los sistemas judiciales y es la excesiva lentitud de las decisiones. Si a esto sumamos la muy importante participación que la ley otorga al Instituto del Menor y el Adolescente (INAU) -que por ser estatal también debe cumplir con ciertos tiempos generalmente lentos- tenemos que cuando el proceso de adopción finalmente termine, el menor debe haber pasado por una serie de etapas engorrosas, con excesivas demoras y seguramente traumáticas que no benefician al menor ni al adolescente.

En tal sentido nos complace compartir íntegramente el sentir del Profesor Escribano Enrique Arezo Píriz, quien en un párrafo de su trabajo “La nueva adopción desde la ley N° 18.590” dice: *“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 (artículo 7, numeral 1, Convención). Pero, también entendemos que sería muy útil a los niños y adolescentes favorecer la adopción, agilitando su tramitación, que en esta ley número 18.590 se dificulta.”*

Es en este punto en donde la participación del Escribano parecería ser conveniente. En materia de adopción de mayores de edad se aplica el régimen previsto en el Código Civil, y este dispone en el artículo 248 que la adopción deberá ser hecha en Escritura Pública, aceptada por el adoptado o sus representantes legales e inscrita en el Registro respectivo. Sin embargo el régimen actual para la adopción plena prohíbe a texto expreso la entrega en guarda o tenencia con fines de adopción en escritura pública.

No obstante existen en el proceso diversos tipos de consentimientos y controles que bien podrían ser realizados por el Notario. No solo daría más celeridad al proceso en su totalidad, sino que brindaría las debidas garantías. Así, el acto por el cual los

progenitores deciden dar al menor en adopción podría realizarse en un acta de declaración que presentada en el expediente respectivo evitaría demoras.

En el proceso previsto en el Código Civil la adopción se instrumentó en escritura pública dado que el adoptante es mayor de edad y por lo tanto con la legitimación suficiente para consentir. Tratándose de menores de edad obviamente esto no es posible, pero nada obstaría a que el Instituto del Menor y el Adolescente (INAU), habilitado para ello por ley, pudiera prestar el consentimiento para la adopción hecha en escritura pública, la que posteriormente sería homologada judicialmente.

Si bien el proceso judicial parece brindar mayores garantías por tratarse del máximo órgano jurisdiccional del país, el proceso de la adopción está en manos del Instituto del Menor y el Adolescente (INAU). La determinación de la calidad de menor en situación de adoptabilidad, el control respecto de si el adoptante reúne las condiciones de tal que exige la ley, la supervisión del proceso de integración del menor a la familia adoptiva, todas estas actividades las realiza el Instituto, por lo tanto bien podría ser éste quien otorgara la escritura de adopción.

En el sistema actual esta propuesta es totalmente inviable. Una modificación en tal sentido supondría un cambio de concepción en la regulación del instituto, la que no tiene adeptos en el mundo legislativo nacional. No obstante lo cual y a la luz de la importancia que entendemos podría adquirir esta figura jurídica en una Sociedad cada vez más compleja y pauperizada, la propuesta que se expone redundaría en beneficio del menor.

RECOMENDACIONES.

Aborto.

Recomendamos que las declaraciones que deban efectuarse en el proceso de información se realicen mediante actas de declaraciones ante Notario Público.

Como afirman algunos actores sociales la decisión de proceder al aborto podría o quizá debería quedar librado a la voluntad de la mujer, y ante esta alternativa que manejan las organizaciones feministas en su totalidad, el acta notarial resulta un instrumento ideal para recabar la voluntad de la mujer dispuesta a la interrupción.

Pero aún cuando no se llegue a un proceso de interrupción tan libre como el que plantean estas Organizaciones, hemos visto que la ley dispone el procedimiento del consentimiento informado para asegurarse que la mujer comprendió los riesgos morales y físicos que implica tal decisión, por lo que entendemos que también en este sentido la declaración por acta notarial sería de gran utilidad.

Adopción.

En el actual sistema de la adopción plena prevista en Código de la Niñez y la Adolescencia las declaraciones que deben recabarse podrían realizarse a través de actas notariales de declaración. Lo que refiere a: a) la decisión de dar al menor en adopción por parte de los progenitores o quienes tengan su guarda, b) la voluntad de quienes decidan adoptar, c) así como el compromiso firme de quienes dan en adopción de respetar y facilitar la inserción del menor a su familia adoptiva. Esto no sólo daría una mayor agilidad a un proceso que por el solo hecho de ser judicial es largo y engorroso, sino que dotaría al sistema de una transparencia y seguridad idéntica que aquella que se pretende alcanzar con el proceso judicial.

Pero en un estadio más avanzado del pensamiento en el que nos imaginamos una adopción controlada por el Instituto Nacional del Menor y el Adolescente en su función de salvaguarda y custodia de los derechos de los niños y adolescentes, entendemos que debería propiciarse la adopción por Escritura Pública. Como lo hemos expuesto anteriormente, siendo la adopción un proceso que tiene una raíz humana y social, velar por el bienestar de los menores es lo correcto, pero no se debería permitir que, en procura de atender a ese bienestar se pierdan años de la vida del menor en hogares sustitutos, o en hogares institucionales o en el seno de una familia que, aunque biológica, no desea hacerse cargo del menor. Si es cierto que los primeros años de los seres humanos son los más importantes para su desarrollo afectivo, intelectual y físico, se debería apuntar a no perder ni un solo día en la meta de alcanzar su mejor y máximo desarrollo humano.

CONCLUSIONES.-

En el mundo del deber ser la maternidad debería ser una de las mayores felicidades de la mujer en su vida, sin embargo en el ámbito del ser no siempre lo es.

Las angustias económicas, la sorpresa por la no planificación, el que el embarazo se postergue cada vez más en la vida de una persona por que quiere alcanzar determinadas metas, el cambio que se produce en los valores de la Sociedad, son motivos suficientes para que la maternidad no deseada sea un problema latente en los Estados que debe ser resueltos en beneficio de aquellos que no piden venir a éste mundo.

La legislación uruguaya, a través de las leyes que hemos comentado, ha dado solución a este problema a través de la interrupción del embarazo no deseado y la adopción.

Sin duda las leyes podrían ser perfectibles -toda ley lo es- pero tal vez el mérito más importante que nos interesa resaltar es que la Sociedad y el Estado como tales se hayan dado la oportunidad de abordar estos temas.

No es necesario abundar en cuanto a las discrepancias y a las diferentes concepciones filosóficas, morales, éticas y jurídicas que siempre enfrentan estos temas.

Pero el mero hecho de haberse atrevido a confrontar ideas, a intercambiar concepciones, a poner el tema sobre la mesa del debate público y social, es más que válido para resaltar el esfuerzo que significan estas leyes.

En nuestra calidad de Notarios, nos hubiese gustado tener una mayor participación a la hora de considerar la regulación de los institutos, pero no fue así.

En honor a la verdad es justo decir que el notariado no debe asombrarse de ser ignorado en situaciones en las que, por el contrario, entendemos seríamos de enorme utilidad.

Va entonces nuestra prédica en pos de insistir en la participación cada vez más activa del Escribano en materia de Familia.

URUGUAY
MATERNIDAD NO DESEADA
DOS ALTERNATIVAS JURIDICAMENTE POSIBLES

1. INTRODUCCIÓN

2. PORQUÉ ANALIZAR LA MATERNIDAD DESDE UN PUNTO DE VISTA JURIDICO

3. INTERRUPCION VOLUNTARIA DEL EMBARAZO O ABORTO

- EL ABORTO EN EL CÓDIGO PENAL URUGUAYO Y SU DESPENALIZACIÓN
- EL CONCEBIDO Y EL CONCEPTO DE PERSONAS
- PRINCIPIOS APLICABLES
- REQUISITOS PARA ACCEDER A LA INTERRUPCION DEL EMBARAZO
 - . Plazo dentro del cual puede realizarse el aborto
 - . Consulta Médica
 - . Período de Reflexión
 - . Constancia en la Historia Clínica de la mujer
- CONSENTIMIENTO
- CONSENTIMIENTO DE ADOLESCENTES E INCAPACES
- DEBERES DE LAS INSTITUCIONES DE SALUD Y DE LOS MÉDICOS
- OBJECIÓN DE CONCIENCIA
- AMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY
- CONSENTIMIENTO INFORMADO
- OFICINA COMPETENTE Y REGISTRO
- EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y EL NOTARIO
- ESTRUCTURAS DE LOBBY y ALGUNOS DATOS DE LA REALIDAD

4. ADOPCIÓN EN EL URUGUAY

- PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA
- REGULACIÓN DE LA ADOPCIÓN EN EL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA
- ADOPCION INTERNACIONAL y POR PAREJAS DEL MISMO SEXO
 - . Encuestas realizadas respecto a la aceptación de la adopción homoparental
- CONTROL DE LAS ADOPCIONES
- UTILIDAD DEL INSTITUTO REGULADO
- PARTICIPACIÓN DEL NOTARIO

5. RECOMENDACIONES

- ABORTO
- ADOPCION

6. CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFIA

1. - Delitos contra la persona.
Dr. Héctor Caraballo Delgado.

Estudios de la parte especial del Derecho Penal Uruguayo.
Tomo 1. Montevideo. Ingranusi. 1999.

- Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas internacionales de la legalización del aborto en el Uruguay.

Dr. Pablo Sandonato.

Revista Uruguaya de Derecho de Familia.

Volúmen N° 5, número 18, Setiembre del 2005.

- La mujer en el Derecho de Familia.

Dr. Roberto José Praga Lista.

Revista Uruguaya de Derecho de Familia.

Volúmen N° 6, número 7, año 1992.

- La nueva adopción desde la ley 18.590 de 18 de setiembre de 2009.

Dr. Esc. Enrique Arezo Piriz.

Revista Uruguaya de Derecho de Familia.

Volúmen N° 22, Octubre de 2010.

- Adopción. Nuevo Régimen Ley 18.590.

Dra. Mabel Rivero de Arhanchet.

Esc. Beatriz Ramos.

Fundación de Cultura Universitaria. Abril de 2010.

- Régimen de la Adopción luego de la reforma del Código del Niño.

Dra. Mabel Rivero de Arhanchet.

Anuario de la Defensa Pública.

Número 1, año 2011.

- Manual de Derecho de Familia.

Dra. María Inés Varela De Motta.

Fundación de Cultura Universitaria.

Montevideo, 1998, 2da edición.

- Proyecto de Ley sobre Matrimonio Igualitario.

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