

Neuquén, 30 de septiembre del año 2020-

Antes de iniciar el análisis de la presente demanda y en respeto al deseo de M. de no conocer el sexo, nombre ni dato alguno relativo al niñx¹, aclaro que me referiré a él con las iniciales "L.R.", dejando expresa constancia que los pronombres masculinos utilizados no responden a una asignación de género, sino que se utilizarán a los fines de permitir una lectura más sencilla de la sentencia.

VISTOS: los autos caratulados "N.N. S/MEDIDA DE PROTECCION EXCEPCIONAL DE NIÑOS Y ADOLESCENTES" (Expte. Nro. 125927 / 2020), que tramitan en el Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia número 2 de la Ciudad de Neuquén, a cargo de la Dra. María Gabriela Ávila, y de los cuales

RESULTA: Que en fecha 10/8/2020 se presenta la Defensora de los Derechos del Niño y el Adolescente, relatando que recientemente había nacido un niñx, hijx de L.R., y que ella en reiteradas instancias había expresado su deseo de otorgar al niñx en adopción.

Refiere que antes del nacimiento hizo saber que quería que se le practique cesárea con anestesia total y que no deseaba saber si el niñx había nacido, si estaba con vida, qué sexo sería, cuánto pesaría. Que todas las manifestaciones de voluntad fueron respetadas desde el Hospital donde dio a luz y por parte de lxs profesionales que han abordado su situación durante el nacimiento y hasta su alta hospitalaria, producida el 7 de agosto.

Agrega que M. ha expresado que no desea que el niñx permanezca en el entorno familiar, que ello le generaría a ella una grave afectación emocional, manifestando categóricamente su negativa de cualquier tipo de convocatoria a la familia de origen a efectos de evaluar a la misma para asumir el cuidado del niñx, al punto tal que ha dado su domicilio

¹ Se empleará la "x" en reemplazo de las letras "a" u "o" a los fines de evitar hacer mención al género.

en la ciudad de Neuquén, ya que su familia desconoce el embarazo y el actual nacimiento del niño.

Expresa la Defensora del Niño que, a pesar de haberle informado respecto de la normativa vigente, se ha mantenido en esa postura, solicitando que la misma sea respetada.

Solicita la incorporación del niño a un programa de Familias Solidarias dependiente del Ministerio de Desarrollo Social.

Ofrece prueba y funda en derecho.

De la documental acompañada surge lo siguiente:

Un informe psicosocial elaborado por lxs profesionales intervinientes del Hospital Heller. Allí dan cuenta que M. se encontraba cursando un embarazo a término, sin controles, y que ha expresado su voluntad de dar en adopción al niño.

Mencionan que M. habría expresado que, al momento de confirmar su embarazo, manifestó su deseo de interrumpirlo, haciendo hincapié en que ello no había sido planificado y que no se condice con el momento de la vida en la que se encuentra. Que, habiéndose constatado la edad estacional por fuera de los protocolos de acceso a la Interrupción Legal del Embarazo, se definió una estrategia alternativa.

Expresan que M. presenta un fuerte rechazo hacia su cuerpo, al embarazo, angustia, inestabilidad emocional, dificultades para dormir, para alimentarse. Que no posee ingresos propios y cursa el último año del secundario. Agregan que actualmente convive con su madre, quien desconoce la situación por expresa decisión de M. de no comunicarle a ella ni a otrx integrante de su entorno. Que ha referido no concebir la posibilidad de que su red actúe como soporte de la crianza de un niño ni que asuma el cuidado del mismo bajo ninguna circunstancia. Que M. ha expresado que, si algún integrante de su red familiar conociese la situación, actuaría como obstaculizadora de su voluntad, manifestando gran temor ante la idea de quedar excluida tanto económica como afectivamente del núcleo familiar.

Consideran lxs profesionales que de producirse lo contrario a lo solicitado por M., se estaría impactando en aspectos relevantes de su vida, sin proteger ni respetar el proyecto de vida por ella elegido.

Del informe de fecha 6 de agosto (fs. 13 Vta.), surge que M. está siendo acompañada por el equipo de ginecología, psicología y servicio social. Que luego de 48 hs. de producida la cesárea y nacimiento, M. no ha manifestado interés alguno en el niñx, que no ha hecho ninguna pregunta en torno al sexo ni a su estado de salud y mucho menos ha insinuado querer verlx. Citan de sus palabras que se siente *“aliviada y que volvió a vivir”*.

Por último, acompaña entrevista psicosocial realizada por el Equipo Interdisciplinario de la Defensoría de los Derechos del Niño y el Adolescente. De allí surge que, en relación a su historia personal, su familia es de la localidad de Allen, lugar donde reside su progenitor, hermana y abuela. Que ha referido que sus progenitores se separaron cuando ella era muy pequeña, residiendo siempre con su progenitora y hermana. Aproximadamente a sus 14 años de edad, hace 4 años, su progenitora perdió el empleo y al encontrar mejores posibilidades laborales en Añelo se mudaron a dicha localidad. Allí se encuentra finalizando sus estudios secundarios.

Expresan lxs profesionales que M. ha referido no haber hablado con nadie de su familia ni amigos sobre el embarazo y el nacimiento del niñx. Todo este período lo ha ocultado. Que ha dicho: *“El tiempo de embarazo, no me miraba al espejo, por lo menos desde los tres meses. Salía de bañarme, y no me miraba porque no quería verme embarazada”* (text.). Agregan que M. quiso interrumpir el embarazo y no pudo hacerlo, que tomó pastillas, pero no funcionaron, y habiendo tomado contacto con la *Red de Socorristas*, le plantearon que ya no era posible la ILE y le ofrecieron como opción la adopción. Citan de sus palabras: *“No estaba en mis planes, en ninguno de ellos encaja el bebé, quiero seguir estudiando, mi mamá no me va a apoyar [...] Se que nadie se va a querer hacer cargo, toda mi familia espera otra cosa de mí”*.

En cuanto al progenitor del niñx, menciona que no tiene una relación de pareja estable. Que no ha realizado controles médicos, desconociendo cuándo quedó embarazada. Expresa haber tenido varias relaciones ocasionales, negando en la conversación la posibilidad de abordar tal dimensión.

Concluyen lxs profesionales que M. ha expresado sin presiones su decisión, a partir de un proceso singular y de autonomía.

En fecha 11/8 se presenta M. con patrocinio letrado, solicitando se deje sin efecto lo dispuesto en el art. 607 inc. b) del C.C.C.N. y, por lo tanto, se disponga que el niñx pueda ser cuidado provisoriamente por pretensos adoptantes, elegidos conforme el proceso de selección previsto por la legislación, por cuanto ha tomado la decisión libre e informada de que el niñx sea otorgado en adopción con anterioridad al parto, decisión que sostiene fervientemente por cuanto no tiene interés en maternar. Refiere que, no obstante ello y de así considerarlo pertinente, se compromete a ratificar la decisión luego de los 45 días.

A su vez, solicita no se aplique en el presente caso el principio establecido en el art. 595 inc. C) del mismo cuerpo normativo, no solo para garantizar y respetar sus derechos, sino también en resguardo del interés superior del niño. Solicita la declaración de inconstitucionalidad del mentado artículo en el presente caso.

Expresa que quiso interrumpir su embarazo con misoprostol cuando creía estar embarazada de 8 semanas. Con el correr de las semanas advirtió que continuaban los síntomas del embarazo, con lo cual se puso en contacto con la Colectiva Feminista "La Revuelta" para pedir ayuda. Refiere haber siempre usado métodos anticonceptivos orales y realizar controles ginecológicos en forma regular. Desconoce quién puede ser el progenitor del niñx.

Continúa relatando que cuando solicitó ayuda llevaba 33 semanas de gestación, con lo cual excedía el plazo permitido por los protocolos nacionales vigentes para interrumpir legalmente el embarazo. Que dicha noticia fue muy angustiante porque no es su deseo maternar. Que incluso el proyectarse dicha idea la lleva a pensar en el suicidio. Manifiesta: *"...era capaz de hacer cualquier cosa para sacarme eso que llevaba adentro, incluso pensé en tirarme a las vías del tren y el suicidio se presentaba como la alternativa más viable para terminar con mi embarazo. En ese momento, tanto desde la Colectiva Feminista La Revuelta como desde el hospital, se me informó la posibilidad de continuar mi gestación para dar el bebé en*

adopción, proceso éste que podría garantizar mi derecho a no maternar y a desvincularme responsablemente, decidiendo sobre mi vida y mi futuro." (text. fs. 28 Vta.).

Refiere haber solicitado expresamente no querer ver, escuchar ni saber sobre el sexo del bebé, y que siempre pidió y sigue sosteniendo que se mantenga su decisión en un marco de confidencialidad. Que nadie de su familia supo que estuvo embarazada y la única persona en la que confía es en su abuela, que piensa que abortó. Agrega que vive con su progenitora y que se niega rotundamente a saber que ese niño pueda estar en su casa. No quiere que el bebé esté cerca de ella ni de su familia.

Entiende que la interpretación estricta del art. 607 inc. b), en lo relativo al plazo de 45 días, resulta inconstitucional, ya que se le forzaría a maternar y se le obligaría a un niñx a permanecer junto a la persona gestante contra su voluntad. Sostiene que deben valorarse todos los elementos del caso, dando en guarda y/o acogimiento de manera inmediata a una familia seleccionada de la lista de aspirantes a guarda con fines adoptivos, tendiente a evitar los riesgos que acarrearía la permanencia del niñx junto a ella, dándole un lugar donde sí lo deseen.

Concluye que se le debe garantizar su decisión y –por el otro– respetar el interés superior del niñx, que en el caso se concreta con la protección y cuidado para integrarlo inmediatamente a una familia que le brindará el afecto y sustento, que no resulta posible se edifique en el seno de su familia biológica, asegurando su contención mediante aquellos que pueden y desean brindarle amor y cariño.

Ofrece prueba y funda en derecho.

En fecha 12 de agosto se hace lugar a la Medida de Protección Excepcional, se dispone la incorporación del niñx a una familia de acogimiento y se confiere vista a la Defensora de los Derechos del Niño y el Adolescente de lo peticionado por M.

El día 18 del mismo mes la Dra. Stornini evacúa la vista conferida. Allí refiere que la cuestión aquí planteada debe ser interpretada en el marco de lo normado por el art. 2 del C.C.C.N., es decir, teniendo en cuenta las palabras de la ley, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que

surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

Expresa que no hay dudas que lo más deseable es el desarrollo y crecimiento del niño junto a su familia de origen o ampliada, en tanto su sola existencia presupone la cobertura de un vínculo innato unido por el lazo sanguíneo. De allí el principio general que manda priorizar el derecho del niño a vivir y crecer con la familia de origen. Que dicha directiva cede frente a la carencia de sincronía de las necesidades del niño y su progenitora y la regla general es susceptible de ser reformulada: todo NNA tiene el derecho humano fundamental a vivir y desarrollarse en el seno de una familia, preferentemente la propia.

Refiere que se trata de una preferencia de orden imperativo que puede ser válidamente desplazada por el interés superior del niño y su derecho a vivir en familia. De allí que el régimen normativo prevea excepciones, como es la decisión de los progenitores de que su hijo sea dado en adopción.

Considera que debe efectuarse una ponderación de las normas en juego y que la decisión a adoptar debe tener como eje rector, el interés superior del niño.

Concluye que, atento la complejidad de la situación, amerita producir otros elementos probatorios, como una pericia psicológica, a los fines de que se pueda evaluar el modo en que esta realidad impactará en la construcción subjetiva del niño, y se pregunta: frente al entorno en el que crecerá el niño ¿podrá construir su subjetividad en forma sana? ¿es conveniente al interés superior del niño evaluar a la familia biológica?

No pudiendo dar respuestas a dichas preguntas, solicita se practique la pericia psicológica oportunamente peticionada.

El día 20 se celebra audiencia con M. y su abogada, en presencia de la Lic. Lucía Durán, asistente social del Hospital Heller. En dicha audiencia se hace lugar al pedido de informe peticionado por la Defensora del Niño y se remiten las actuaciones al Equipo Interdisciplinario para la realización de la pericia mencionada.

El día 26 se agrega informe psicodiagnóstico, en el cual se ratifica todo lo ya descrito anteriormente. De ello se confiere nueva vista a la Defensora del Niño.

El día 31 dictamina nuevamente y considera que, siendo que el informe es una entrevista que se llevó a cabo mediante videollamada, puede darnos elementos para resolver la medida cautelar, mas no la cuestión de fondo.

De ello se confiere traslado al Equipo Interdisciplinario. El día 4 de septiembre, teniendo en cuenta que en autos se ha realizado un planteo de inconstitucionalidad, se confiere vista al Ministerio Público Fiscal, quien dictamina el día 18.

El Dr. Pablo Vignaroli, fiscal jefe, realiza un análisis del caso y concluye que, habiéndose cumplido con los recaudos exigidos por la ley y sobre todo a la luz de la aplicación del interés superior del niño, debe declararse la inconstitucionalidad de la última parte del art. 607 del C.C.C.N., deviniendo inaplicable dicho artículo y el 595 inc. c) del mismo cuerpo normativo.

El 23 de Septiembre la Lic. Ceballos aclara los puntos que fueran objetados por la Defensora de los Derechos del Niño en relación a la pericia psicológica. Producido ello, ésta última dictamina en forma definitiva el día 24, en consonancia con lo manifestado por el Ministerio Fiscal, y considera debe declararse la inconstitucionalidad de los arts. 607 última parte y 595 inc. c) del C.C.C.N. en el presente caso.

El día 24 se llama a autos para sentencia.

CONSIDERANDO: La resolución de la situación que aquí se nos plantea demanda una interpretación y consecuente ponderación de derechos convencionales-constitucionales que se encuentran en colisión: por un lado, el derecho de M. a elegir libremente su deseo de no maternar² y que se respete su decisión de no indagar en su familia extensa la posibilidad de permanencia del niñx en su familia de origen y, por el otro, el derecho del niñx

² Art. 1, 2, 3, 4, 5, 12 de la CEDAW, aprobada por ley 23.179 en el año 1985 e incorporada a nuestra Constitución Nacional en el año 1994 (art. 75 inc. 22); art. 607 inc. b) del C.C.C.N..

a permanecer en ella, salvo que tal decisión no sea respetuosa de su interés superior³.

A fin de dar un orden conceptual al análisis del presente caso, cabe hacernos tres preguntas que nos guiarán en su desarrollo:

- 1) Ante la colisión de los derechos descritos, ¿cual de ellos debe prevalecer?
- 2) La solución adoptada, ¿Es respetuosa del Interés Superior del Niño?
- 3) La prohibición de declarar el estado de adoptabilidad antes del vencimiento de los 45 días de producido el nacimiento ¿debe interpretarse en términos absolutos?

1) Ante la colisión de los derechos descritos, ¿cual de ellos debe prevalecer?

En primer lugar y como fuera sucintamente dicho, debemos analizar y ponderar el conflicto y colisión de los principios convencionales-constitucionales que se produce en el presente caso.

Cabe entonces hacer una primera aclaración introductoria, cuya explicación ha sido ya desarrollada por el Dr. Andrés Gil Domínguez: La diferencia entre los principios y las reglas quizás sea una de las respuestas conceptuales más elaboradas que intenta explicar el carácter abierto de los derechos, al diferenciarlo de las normas cerradas a efectos de ofrecer una respuesta a la determinación de un derecho o la colisión de los mismos mediante un mecanismo de la ponderación⁴ y el principio de proporcionalidad.

La textura abierta de los derechos trae aparejada dos situaciones distintas que pueden presentarse en el plano de la realidad: por un lado, la determinación de un derecho que consiste en verificar si un determinado

³ arts. 3, 5, 8, 9, 18, 20, 21, 37 y 40. de la CDN.; Arts. 595 inc. c), 607 incs. a), b) y parte final y art. 706 del C.C.C.N.; art. 3 de la ley 26.061 y art. 4 de la ley 2302.

⁴ Montealegre, Eduardo (coordinador), *La ponderación en el derecho*, Bogotá, Universidad externado de Colombia, 2008.

supuesto de hecho se subsume en el campo conceptual delimitado por un derecho fundamental y el derecho humano -sin que se observe en dicha situación ninguna antinomia o controversia entre derechos-, a partir de lo cual, una persona titulariza un derecho oponible frente al Estado y los demás particulares. Por el otro, la colisión, en donde existen dos o más derechos fundamentales y humanos que se encuentran en una situación de tensión que derivará en la prevalencia de uno respecto de otro -según las circunstancias del caso concreto- luego de haberse realizado el respectivo juicio de ponderación, sin que esto implique que el derecho prevalecido desaparezca de la faz normativa, sino por el contrario, subsiste a la espera de otra determinación o colisión para volver a actuar. En ambos supuestos, existe una necesidad ineludible de argumentar constitucionalmente, y esto implica dar razones suficientes de los resultados a los que se arriba.

La determinación o concretización consiste en posibilitar el ejercicio de un derecho respecto de un supuesto de hecho que pretende ser subsumido en su contenido, y para ello, se aplican como vectores interpretativos el principio *pro persona*, el principio de progresividad y no regresividad, el principio de universalidad e interdependencia de los derechos y el derecho a la no discriminación.

Entonces, la ponderación no es una “conciliación” ni supone encontrar un punto de equilibrio entre los principios, sino que consiste en la aplicación parcial o el sacrificio parcial de uno de ellos (uno se aplica, el otro se descarta). Es por ello que la colisión no se resuelve definitivamente, puesto que la solución solamente vale para el caso concreto⁵.

Cabe recordar que todo principio -como todo derecho- puede ser limitado de manera razonable⁶, ya que no hay derechos absolutos.

Es así entonces que corresponde evaluar ahora los derechos en pugna en el presente caso:

⁵ Andrés Gil Domínguez, *A 30 Años de la Convención Sobre los Derechos del Niño*, “El Interés Superior del Niño”, pags. 24-26; edición 2020; Guastini, Riccardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Madrid, Trotta, 2008, p. 88.

⁶ Art. 28 de la Constitución Nacional.

M. ha señalado enfáticamente su deseo de que no se indague en la búsqueda de su familia a los fines de evaluar la posibilidad de permanencia del niño en ella.

En repetidas oportunidades ha señalado que no es su deseo materno y que considera que su familia no sería un buen entorno de crecimiento y desarrollo, a lo cual se le agrega el total desconocimiento de dato alguno sobre la filiación paterna, habiendo ya vencido el plazo previsto por el art. 607 inc. a) del C.C.C.N. Considera que lo más beneficioso para el niño es la búsqueda de una familia que lo desee y espere con amor y contención.

Claro que su decisión es irrefutable en lo que a su deseo de no materno respecta, pero ello debe ser analizado a la luz de otros principios que se encuentran en conflicto.

Como punta de pie inicial, el art. 594 del C.C.C.N. comienza con una definición: establece que la adopción es una figura tendiente a que todo niño que no puede vivir en su familia de origen o ampliada, pueda hacerlo en otra familia de manera permanente y estable, viendo satisfecho, de este modo, su derecho humano a tener y vivir en familia.

Así, el art. 594 del C.C.C.N. coloca a los niños y adolescentes en el centro de la escena y afirma que la adopción tiende a proteger su derecho a vivir y desarrollarse en una familia que le procure satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, siempre y cuando ellas no puedan ser proporcionadas por la familia de origen.

El art. 595, por su parte, explica los principios constitucionales-convencionales centrales que sostienen y estructuran la regulación de la adopción: entre ellas, claro, el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada (inc. c).

La preservación del vínculo familiar de origen es uno de los principios básicos, a tal punto que el C.C.C.N. establece expresamente la prohibición de declarar a un niño en situación de adoptabilidad si algún

familiar o referente afectivo ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado en el interés de éste"^{7, 8}.

Ya ha dicho la Corte IDH: *"Además, es pertinente recordar que la familia a la que toda niña y niño tiene derecho es, principalmente, a su familia biológica, incluyendo a los familiares más cercanos, la cual debe brindar la protección a la niña y al niño y, a su vez, debe ser objeto primordialmente de medidas de protección por parte del Estado. No obstante, la Corte recuerda que no existe un modelo único de familia. Por ello, la definición no debe restringirse por la noción tradicional de pareja y sus hijos, pues también pueden ser titulares del derecho a la vida familiar otros parientes, como los tíos, primos y abuelos, para enumerar solo algunos miembros posibles de la familia extensa, siempre que tengan lazos cercanos personales... Es por ello que el Estado tiene la obligación de determinar en cada caso la constitución del núcleo familiar de la niña o del niño... La corte utilizará en un sentido amplio el término "progenitores" de la niña o del niño y, por lo tanto, son titulares de la protección a la familia acordada en los artículos 17 de la Convención y VI de la Declaración Americana. En igual sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha sostenido que el término "familia" debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida o, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad, según establezca la costumbre local"*⁹.

Ahora bien, como fuera descripto al inicio de este análisis, no podemos perder de vista que los principios del derecho deben ser entendidos como tales. A diferencia de lo que acontece con las reglas, aquellos no pueden interpretarse como directrices estancas, rígidas e inmutables, sino que funcionan como guías básicas que admiten su flexibilización cuando las circunstancias así lo ameritan, siempre y cuando dicha solución sea la más armónica y respetuosa de los intereses en pugna. En definitiva, es la ley la que

⁷ Art. 607 in fine del C.C.C.N.

⁸ Marisa Herrera; *A 30 Años de la Convención Sobre los Derechos del Niño*; El Derecho a la Identidad de los Niños, Niñas y Adolescentes; Edición 2020. Pag. 847.

⁹ Corte IDH, 19/08/2014, Opinión Consultiva 21 "Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o necesidad de protección internacional".

debe adaptarse al caso particular y no el caso particular el que deba adaptarse a la ley.

Claro está que el análisis de la presente situación no puede -ni debe- escapar a las circunstancias socio-culturales que imperan: y es que el género como tal, concebido como una construcción histórico-cultural que prescribe determinadas formas de pensar, sentir y ser para hombres y mujeres, es siempre un referente, una especie de concreción socio-histórica que se juega en la cotidianeidad consciente y la más de las veces inconsciente, pero siempre con consecuencias: lo femenino y lo masculino son no solo construcciones sociales, sino también filtro cultural, constitución subjetiva e interpretación genérica del mundo.

En general las distintas explicaciones coinciden en la existencia de dos constantes históricas como elementos determinantes en la construcción social de la feminidad: una de ellas, lo que Bourdieu denomina el cuerpo de la mujer como capital simbólico, en tanto objeto de apropiación y deseo, como cuerpo para el otro. Por otra parte, la mujer/madre -con independencia de si lo es-, siempre al servicio y cuidado de los demás,

Para Lagarde (1997), históricamente la feminidad está atravesada por una dimensión óptica de ser para otros. Esta condición remite a la mujer a una permanente incompletitud y la ubica al servicio de una ética de cuidados, encargada de dar, preservar, proteger y reproducir la vida. Los demás siempre tendrán prioridad sobre ella vehiculizando su ser femenino en la postergación de sí misma. Así, entonces, se construye su identidad en función de esta relación de servidumbre, sometimiento y dominio históricamente dados¹⁰.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha precisado una doble concepción del derecho a la igualdad y a la no discriminación: una relacionada con la prohibición de diferencia de trato arbitraria; y otra relacionada con la obligación de crear condiciones de igualdad real y efectiva frente a grupos que han sido históricamente excluidos

¹⁰ Manuel Martínez-Herrera; *La constricción de la feminidad: la mujer como sujeto de la historia y como sujeto de deseo*; Escuela de Psicología, Universidad de Costa Rica, año 2007, p. 87-89.

y se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados¹¹. Es decir, el sistema interamericano no sólo recoge una noción formal de igualdad, limitada a prohibir diferencias de trato irrazonables, caprichosas o arbitrarias, sino que avanza hacia un concepto de igualdad material o estructural que parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población requieren la adopción de medidas de diversa naturaleza que busquen la equiparación en el acceso a derechos y a la igualdad de oportunidades¹².

A su vez, ya la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en un fallo de fecha 27/11/1998¹³, se ha expedido sobre la importancia del "proyecto de vida", al cual hace mención M. Allí la Corte asocia el concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. Se trata de opciones que el ser humano, en cuanto libre, escoge entre una multitud de posibilidades existenciales. La opción u opciones que la persona elige son aquéllas que le han de permitir, como apunta el fallo, a "conducir su vida y alcanzar el destino que se propone".¹⁴ En otros términos, la Corte estima que en el "proyecto de vida" está en juego nada menos que el destino del ser humano; es decir, lo que libremente ha decidido ser y hacer de su vida.

En cuanto a las opciones o posibilidades existenciales, la Corte precisa que ellas son "la garantía de la libertad". Por ello, no puede concebirse que una persona sea verdaderamente libre "si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación"¹⁵. La opción u opciones que la persona elige para determinar aquello que decide ser en el futuro constituyen el ingrediente de su "proyecto de vida". El "proyecto de vida"

¹¹ IDH, demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Atala Riffo e hijas vs Chile, párrafo 80.

¹² CIDH, Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección, informe noviembre 2017.

¹³ "Loayza Tamayo Vs. Perú"

¹⁴ Párrafo 148 de la sentencia.

¹⁵ Párrafo 148 de la sentencia.

representa la máxima aspiración del ser humano, lo que él decide ser en la vida¹⁶.

Esta interpretación se halla directamente ligada con la protección al derecho a la libertad y seguridad personales, reconocido por el art. 4 inc. c) de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer¹⁷. Dicha previsión no solo comprende que ninguna mujer puede verse privada de la libertad salvo por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), y con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (aspecto formal)¹⁸; sino además, el derecho de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona. Encierra la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia conforme a sus propias opciones y convicciones^{19, 20}.

Es entonces que debemos valorar los deseos de M. desde esta perspectiva, sin que ello implique ir en detrimento de los derechos de L.R., encontrando así la solución más pacífica para el caso concreto²¹.

Resoluciones en situaciones similares

Veamos ahora cómo se ha resuelto en situaciones análogas a la presente:

Recientemente el Juzgado Civil, Comercial, Minería, Sucesiones y Familia número 9 de San Antonio Oeste²² ha tramitado una causa similar, en la

¹⁶ Carlos Fernández Sessarego; *El Daño al "Proyecto de Vida" en una reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*; p. 455.

¹⁷ Convención de Belem Do Pará.

¹⁸ Corte IDH, 1999, (Niños de la Calle), op. cit. Párrafo 142.

¹⁹ Corte IDH, 2012 (Caso Artavia Murillo y Otros), op. cit. párrafo 135.

²⁰ Guía para la aplicación de la Convención de Belem Do Pará, emitida por la Organización de los Estados Americanos, 2014.

²¹ Arts. 1 y 2 del C.C.C.N.

²² "Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia – SAO (E.A.) S/ Medida de Protección de Derechos (f)" Expte. 8719-2020-CAV; 30/3/2020.

cual se ha intimado a la Secretaría de Estado de Niñez, Adolescencia y Familia -SENAF SAO- a que acredite el acto administrativo de la medida excepcional, y a dar cumplimiento con lo dispuesto en el art. 607 inc. a), indagar sobre la familia de origen y/o ampliada materna y paterna de la niña. Dicha sentencia ha sido recurrida (cuestionada) por el SENAF, por lo cual la Cámara de Apelaciones se ha expedido, revocando la sentencia de grado.

Allí ha argumentado que la medida que había tomado el organismo proteccional se encontraba dentro de sus facultades y ámbito de competencia como autoridad administrativa de aplicación, luego de haber evaluado la misma -a partir del trabajo interdisciplinario de distintos organismos de salud y del SENAF-, como la mejor alternativa de acuerdo a las circunstancias del caso, que preserva y garantiza los derechos humanos de la niña E. y también respeta los de su progenitora. Consideraron que, frente a la decisión libre, clara e informada de la madre de que la niña sea adoptada, así como de no dar noticia a sus familiares respecto de su embarazo primero y luego del nacimiento, debe tener una valoración como expresión de voluntad de la progenitora, no pudiendo obligarse a A.I.A. a ir en su contra, correspondiendo que ello sea respetado por los organismos proteccionales y judiciales. Que a ello se le sumaba la falta de información acerca de la identidad del progenitor y que, dada la convivencia de la progenitora con su familia de origen, tampoco puede darse la guarda de la niña a su grupo familiar o ampliado, habida cuenta que quien en definitiva hubiese ejercido su cuidado hubiera sido la propia madre, dado el contexto que la rodea, y quien ya había expresado decididamente acerca de su deseo de no ver a la niña ni tener contacto.

Considero resulta acertada la solución de segunda instancia, pues no resulta admisible la intromisión contra la voluntad expresada a lo largo del tiempo por la progenitora de no querer ejercer el maternaje, más aún teniendo en consideración las circunstancias particulares de dicho caso.

Similar situación afrontamos ahora: M. actualmente reside en Añelo y junto con su progenitora. En definitiva, si considerásemos que debe prevalecer el derecho de L.R. al agotamiento de la búsqueda de familia de origen y ampliada, ¿No estaríamos obligando indirectamente a M. a

maternar? ¿No es ello una clara repetición del patrón del Estado tutelar, que se inmiscuye en la vida de los particulares para signarles así la forma en que deben proyectar su individualidad? Considero que entrometerme en una decisión tan íntima y personal sería una verdadera torpeza e imprudencia jurídico-estatal.

En este orden de ideas, juega un papel fundamental el principio de la autonomía de la persona, el cual veda toda actuación estatal que procure la instrumentalización de la persona, es decir, que la convierta en un medio para fines ajenos a la elección sobre su propia vida, su cuerpo y el desarrollo pleno de su personalidad, dentro de los límites que impone la Convención de los Derechos Humanos²³.

Otros países

En países como Francia, Italia, Bélgica, Austria y Luxemburgo se encuentra previsto un instituto jurídico conocido como “parto anónimo” (“*accouchement sous le secret*” en Francia) que es, en esencia, la facultad que tiene la madre²⁴ de dar a su hijo en adopción, sin identificarse o manteniendo la reserva de su identidad al momento del parto. A pedido de ella, el hospital que registra el nacimiento omite consignar el nombre de la madre, y el hijo es entregado a un organismo estadual para luego comenzar con el proceso de adopción. Si bien en tal supuesto se enfrentan el derecho de la madre a la libertad de poder renunciar a la maternidad y el derecho del hijo a conocer su origen biológico, cuyo conflicto excede el marco de este proceso, si considero resulta aplicable en lo que respecta al derecho del niño a vivir en su familia de origen y al agotamiento de la búsqueda de familia extensa.

Los fundamentos básicos de dicho instituto son los siguientes: evita el aborto y el infanticidio, favorece la salud del niño y de la persona

²³ Opinión Consultiva 24/2017, p. 45.

²⁴ Así lo prevé la legislación francesa. A la luz de los nuevos paradigmas, la palabra “mujer” debiera sustituirse por la de “persona gestante”. Ley 26.743.

gestante, facilita la adopción, porque el niño queda en situación de adoptabilidad desde el mismo momento del nacimiento.²⁵

En el año 2013, en el caso "Odièvre V. France", por diez votos contra siete, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entendió que el sistema francés del parto anónimo no vulnera el derecho a la vida íntima previsto en el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, en razón de que el país ha valorado los distintos intereses y derechos en juego, no excediéndose en el margen de apreciación que le corresponde al legislar.²⁶

El deber de agotar las medidas tendientes a la permanencia en la familia de origen frente a un desprendimiento de la persona gestante expresado antes del parto es una cuestión delicada: "*Los operadores jurídicos llevarán a cabo esa tarea cuidando de no incurrir en injerencias indebidas en ámbitos privativos de la libertad de la parturienta*"²⁷.

Es por todos los motivos expuestos que entiendo que, en la presente situación, debe prevalecer el derecho de M. a elegir libremente su deseo de no maternar²⁸ y que se respete su decisión de no indagar en su familia extensa la posibilidad de permanencia del niño en su familia de origen.

2) La solución adoptada, ¿Es respetuosa del Interés Superior del Niño?

Este principio de raigambre convencional-constitucional, invocado en los arts. 9, 18, 20, 21, 37 y 40 de la Convención de los Derechos del Niño, se encuentra definido por el art. 3 de la ley 26.061: "*A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos por esta ley. Debiéndose respetar: a) Su condición de sujeto de*

²⁵ Kemelmajer de Carlucci, Aida; *Origen biológico – Derecho a Conocer; Cita online 0003/014287*

²⁶ Poisson-Drocourt, Elisabeth, *accouchement sous X. Conflit entre père par le sang et adoptants potentiels*", en Recueil Dalloz, n. 43, 2003, p. 2910.

²⁷ Marisa Herrera – Gustavo Caramelo – Sebastián Picasso; *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*; comentario al art. 607, p. 393.

²⁸ Art. 1, 2, 3, 4, 5, 12 de la CEDAW, aprobada por ley 23.179 en el año 1985 e incorporada a nuestra Constitución Nacional en el año 1994 (art. 75 inc. 22); art. 607 inc. b) del C.C.C.N..

derecho; b) el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) el respeto pleno de su desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) el equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) su centro de vida... Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses legítimos, prevalecerán los primeros".

En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha definido al interés superior del niño como una "pauta de hermenéutica constitucional y principio rector para la solución de los derechos en pugna, que deberá ser determinado en lo que hace a su contenido en cada caso concreto"²⁹. "Proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los conflictos en los que están involucrados menores, debiendo tenerse en consideración aquella solución que les resulte de mayor beneficio"³⁰.

En el presente caso, no podemos perder de vista que M. ha referido que vive con su progenitora y que se niega rotundamente a saber que ese niñx pueda estar en su casa. No quiere que el bebé esté cerca de ella ni de su familia.

Sostuvo que "deben valorarse todos los elementos del caso, dando en guarda y/o acogimiento de manera inmediata a una familia seleccionada de la lista de aspirantes a guarda con fines adoptivos, tendiente a evitar los riesgos que acarrearía la permanencia del niño junto a su parte, y dándole al niño un lugar donde sí lo deseen."

Concluye que se le debe garantizar su decisión y –por el otro– respetar el interés superior del niño, que en el caso se concreta con la protección y cuidado para integrarlo inmediatamente a una familia que le brindará el afecto y sustento, que no resulta posible se edifique en el seno de su familia biológica, asegurando su contención mediante aquellos que pueden y desean brindarle amor y cariño. Citando sus palabras: "Yo siento que si hay una familia que lo quiera, yo no lo quiero, nunca lo quise, nunca lo

²⁹ CSJN. Fallos: 330:167

³⁰ Fallos: 324:975

busqué, quise interrumpir el embarazo y no pude. Que otra familia pueda dale afectiva y económicamente lo que yo no puedo darle hoy. En mi casa no va a ser un bebé querido, yo prefiero mil veces la adopción. Quiero que ese bebé tenga una vida mejor, le van a dar todo el amor incondicional que yo no le puedo dar, una escolaridad, un cumpleaños. Nadie de mi familia va a hacerlo, y yo no puedo."

Para evacuar este punto, invito a proyectar lo que sucedería si resolviésemos desoyendo el pedido de M. e indagando en su familia de origen.

No podemos iniciar el análisis presumiendo que, con el solo hecho de indagar, buscar, informar, proponer y trabajar con su familia de origen, ya nos encontraríamos en condiciones certeras de otorgar el cuidado del niño a algún integrante de su familia. Pues claro, ello debe prevalecer siempre y cuando dicha decisión sea respetuosa de su interés superior.

¿Qué implicaría indagar en dicha potencial posibilidad?

Pues para ello sí debemos partir de la base que estaríamos frente a una intromisión Estatal en los deseos de M., yendo en contra de su voluntad manifiesta.

A su vez, estaríamos quebrantando definitivamente la paz e intimidad familiar, pues en base a su deseo, M. no le ha comunicado a nadie de su familia -ni amigos- sobre su embarazo. Con tan solo imaginar lo que sucedería si fuese el Estado quien comunique dicha circunstancia, no merece mayor análisis el impacto negativo que ello produciría.

No podemos perder de vista que la familia vive actualmente en la localidad de Añelo, de no más de 3000 habitantes, y junto con su progenitora. ¿No estaríamos obligándola -directa o indirectamente- a maternar? ¿cómo seguiría la vida de M. frente a sus amigos y familia frente a dicha situación?

¿Podría el niño desarrollarse en un ambiente sano en el marco de dichas circunstancias? Considero definitivamente que no.

¿Quién mejor que M. para determinar si el desarrollo del niño en el seno de su familia redundaría en su mayor beneficio?

Coincido plenamente en lo dictaminado por la Defensora de los Derechos del Niño y el Adolescente en cuanto a que otorgar a un hijx en adopción es una clara demostración de amor, pues busca dar una solución ecuánime al deseo de lxs progenitores de decidir libremente sobre su proyecto de vida y, por el otro lado, el brindar a los niños, niñas y adolescentes la protección y derecho que merecen a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales (art. 594 del C.C.C.N.).

No podemos omitir que es la propia Convención de los Derechos del Niño la que nos impone que nada de lo dispuesto en su cuerpo normativo puede afectar a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en el derecho de un estado parte o bien en el derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado.³¹

Es por ello que entiendo que la resolución adoptada en el presente caso, es la más respetuosa del interés superior del niñx.

3) La prohibición de declarar el Estado de adoptabilidad antes del vencimiento de los 45 días de producido el nacimiento ¿debe interpretarse en términos absolutos?

Sin perjuicio de que, una vez firme esta sentencia, este planteo devendrá abstracto como consecuencia de los pasos procesales que no podemos omitir, considero no puedo dejar de pronunciarme sobre el pedido expreso de M. en relación a su deseo de no aguardar el tiempo previsto por nuestra norma.

Se advierte que su principal argumento en este sentido ha sido que, si se desoyera su planteo, se la estaría forzando a maternar, obligando a un niñx a permanecer junto a otra persona contra su voluntad.

Ello en modo alguno puede suceder, pues el plazo establecido en el art. 607 inc. b) no puede nunca implicar la obligación en la progenitora

³¹ Art. 41.

de permanecer junto al niño hasta tanto el tiempo sea cumplido. Como ha sucedido en este caso, inmediatamente luego de haberse producido el nacimiento, el niño ingresa a una "familia solidaria" perteneciente al Ministerio de Desarrollo Social, hasta tanto su situación jurídica sea resuelta.

El recaudo del tiempo se vincula con los desajustes emocionales que provoca el embarazo y el parto en la persona gestante, conocido como puerperio.

Ahora bien, si de los antecedentes respecto de la gestación y el trabajo previo surge que la voluntad materna tiene soporte en la decisión libre de quien la emite, como así surge de los reiterados informes remitidos por el equipo técnico del Hospital, lo dicho por M. en su demanda y en la audiencia llevada a cabo, como así también de los informes psicológicos obrantes en autos, no cabe analizar la norma bajo un rigorismo formal de tal envergadura.

Si bien es cierto que ello responde a un derecho que a ella le asiste, si ya ha manifestado en reiteradas oportunidades su deseo de que dicho plazo no sea respetado, incluso mucho antes de que el nacimiento se produzca, una interpretación armónica de las normas evaluadas a la luz de los artículos 1 y 2 de nuestro Código Civil y Comercial nos exige apartarnos de la literalidad de las palabras y, como fuera ya dicho, debe ser analizado en concordancia con la situación que se presenta en el caso particular.

Palabras finales

Paula Fredes ha dicho que el patriarcado con la figura del "padre de familia" ha sido parcialmente superado por la democratización de las relaciones familiares. En consecuencia, el rol de los jueces y juezas ha cambiado, ya que se ve permanentemente confrontado por la constitucionalización del derecho privado, que lo obliga a abandonar, al momento de resolver, el modelo de la subsunción normativa, y debe recurrir a la ponderación de todo el sistema y subsistemas normativos que interactúan y se complementan en lo que los autores han llamado "el diálogo de fuentes" (arts. 1, 2 y 3 del Código Civil y Comercial).

Citando sus palabras: *“Actualmente, se requiere un juez creativo para poder dar solución a una sociedad que avanza a pasos agigantados en la conquista de sus derechos. Un juez especializado y proactivo para dar respuesta a los cambios familiares, a las nuevas formas de familias, a las nuevas individualidades, que lo enfrentan a renovados desafíos. Un juez que no se refugie en las formas, que vele por las garantías del debido proceso y se esmere no solo por la efectividad de sus sentencias, sino por encontrar fórmulas conciliatorias que les permitan a las partes resolver por sí sus conflictos familiares en los que se mezclan, casi sin poder distinguirse, el derecho y la interdisciplina”*³².

La interpretación progresiva de los Derechos Humanos nos demanda su lectura a la luz de las circunstancias y de los contextos, tanto jurídicos como políticos, sociales y culturales.

La vida no cabe en una norma jurídica, ni la tarea del intérprete es tal que baste con acotarla al supuesto legal, que -por definición- debe ser de tal amplitud que admita los matices de cada caso³³.

Por los motivos expuestos, **FALLO:**

- 1) DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD de los arts. 595 inc. c) y 607 parte final del Código Civil y Comercial de la Nación, puesto que, en el caso particular, esas normas no superan el test de constitucionalidad-convencionalidad en vigencia, alterando el principio de progresividad y proporcionalidad expresamente receptado en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en los que nuestro país es parte integrante³⁴.
- 2) Declarar el Estado de Adoptabilidad de L.R., D.N.I. con todos los efectos que tal declaración importa.

³² Paula Fredes, *A 30 Años de la Convención Sobre los Derechos del Niño “LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y EL CAMINO HACIA LA COPARENTALIDAD COMO DERECHO HUMANO*; Edición 2020, pag. 680.

³³ Marisa Herrera – Gustavo Caramelo – Sebastián Picasso; *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*; comentario al art. 607, p. 393.

³⁴ art. 28 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional

- 3) Firme que se encuentre la presente, requiérase al Registro Único de Adoptantes que remita, en un plazo de cinco (5) días, una nómina conformada por tres (3) pretensos adoptantes.
- 4) Regular los honorarios de la Dra. María Angelica Acosta Meza, patrocinante letrada de M. en la suma de once mil ochocientos pesos (\$11.800).
- 5) Notifíquese electrónicamente a la Defensora de los Derechos del Niño y el Adolescente, a la peticionante, a la Subsecretaría de Familia, al Ministerio Público Fiscal y al Registro Único de Adoptantes mediante la remisión de las actuaciones a su público despacho.

I.B

Dra. María Gabriela Ávila

Juez

Notifiqué electrónicamente.

Ignacio Benavides

Prosecretario