

¿Adopción pre-natal?: Un Juzgado de Familia de la provincia de Corrientes resuelve otorgar una guarda provisoria condicionada al nacimiento con vida de un niño/a, a un matrimonio inscripto en el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos.

Introducción:

El presente trabajo tiene por objeto analizar dos fallos sobre un mismo expediente donde un Juzgado de Familia ubicado en la ciudad de Paso de los Libres, provincia de Corrientes, resuelve otorgar una guarda provisoria a un matrimonio inscripto en el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos de esa localidad. No obstante esto, condiciona la guarda al nacimiento con vida del niño/a y a la ratificación del consentimiento materno, en este caso, de una adolescente.

De esta manera, se intenta problematizar, despejar dudas, equívocos, ambigüedades y tergiversaciones que ha tenido su tratamiento mediático, así como exponer y evidenciar algunos interrogantes que surgen desde una mirada construida en un organismo de promoción y protección de derechos de niñas, niños y adolescentes.

La óptica elegida para organizar y analizar la información es la llamada perspectiva de derechos de niñas, niños y adolescentes. En cuanto a su propósito, parte de la necesidad de aportar información teórica y práctica para la toma de decisiones en las políticas públicas; como también contribuir a la revisión de prácticas institucionales, a la discusión en el campo académico, y a la promoción, respeto, protección, garantía y restitución de derechos de las niñas, niños y adolescentes.

Respecto a la organización del trabajo, la exposición comienza con el análisis del primer fallo, continúa con el segundo y finaliza con algunas reflexiones y consideraciones. Sin embargo, es importante destacar que esta división sólo se realiza para facilitar la lectura, entendiendo que su tratamiento debe ser abordado de manera integral, no sólo por la indivisibilidad e interdependencia de los derechos, sino principalmente, porque analiza la vulneración de derechos de una adolescente y porque su discusión visibiliza, genera, abre y reanuda debates ya

instalados en la sociedad que intentan legitimar ciertas posiciones e interpretaciones en el *campo de la protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes* (Grinberg, 2008; Ciorda y Villalta, 2010, 2012; Villalta, 2012, 2013; Barna, 2013; Ciorda, 2014; entre otros).

Primer fallo: *Del abandono estatal a la “paradoja” de la judicialización para respetar, proteger, garantizar y restituir derechos.*

El primer fallo, con fecha 27/03/2019, relata en sus considerandos que una adolescente de 17 años de edad comparece espontáneamente junto a su tía solicitando la interrupción de su embarazo -de 23 semanas y 2 días-, afirmando que es producto de una violación de su padrastro. Describe asimismo, que es madre de un niño de 2 años de edad también producto de la violación de este adulto, que las situaciones de violencia física, verbal y sexual inician a sus 13 años de edad y que su madre estaba al tanto de las situaciones relatadas, señalando que le decía “que no tenía que contar nada de esto” (p. 2). Que ante los hechos, se va de la casa materna, se encuentra alojada con su tía y quiere interrumpir su embarazo comprendiendo lo que significa. Expresa: “si sé y quiero realizármelo, no quiero tener otro nuevo bebé a la fuerza, producto de una violación” (p. 2).

Por otra parte, el fallo destaca que tras la petición, la jueza ordena una serie de estudios psicológicos, ginecológicos, obstétricos y de laboratorio y argumenta justificando, la pertinencia de la interrupción, el derecho de la adolescente a acceder a la realización de un aborto no punible, el impedimento de su castigo, la comunicación sobre su plena libertad para cambiar de decisión, como la importancia de no judicializar el acceso a este tipo de intervenciones, ni de proceder a prácticas dilatorias, barreras institucionales y/o judiciales que obstaculicen la obligación de garantizar derechos.

De esta manera, la magistrada resuelve: declarar que la petición de la adolescente se enmarca dentro de los supuestos de aborto no punible; ordenar a un hospital de la localidad que cumpla con la intervención; comunicar a la adolescente su plena libertad para cambiar de decisión; otorgar la guarda de la adolescente a la tía; prohibir el acercamiento del padrastro y remitir a la “Fiscalía de Instrucción Correccional y de Menores (...) a fin de que tome la intervención correspondiente a su competencia” (p. 10).

De este fallo, surgen algunos interrogantes sobre las obligaciones, relaciones, responsabilidades y co-responsabilidades de los diversos actores que conforman el *Sistema de Protección Integral de Derechos de niños, niñas y adolescentes* (Konterllnik, 2015). En este sentido, cabe preguntar: ¿por qué en el fallo no aparece la intervención del órgano administrativo de protección de derechos local, en el marco de la Ley Nacional Nº 26.061?; ¿qué es lo que lleva a la adolescente a comparecer espontáneamente ante la justicia?; ¿por qué la jueza ordena la realización de estudios psicológicos, ginecológicos, obstétricos y de laboratorio y judicializa la intervención?; ¿por qué integra junto al consentimiento de la adolescente, el de la asesora de menores y el suyo para justificar la decisión de la adolescente a realizarse la intervención quirúrgica?; ¿qué cuestiones diferentes o distintivas podrían haberse llevado a cabo, si la intervención hubiese sido trabajada inicialmente por el órgano administrativo de protección de derechos local?; ¿si hubiese intervenido, sería necesaria la intervención judicial? Y de ser así ¿para resolver qué cuestiones?

Para avanzar en las respuestas, es necesario subrayar que la Ley Nacional Nº 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes -sancionada en el año 2005- crea el Sistema de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, reconoce sus múltiples actores (Estado, comunidad, familia y los propios niños, niñas y adolescentes) y “replantea responsabilidades y relaciones entre los jugadores, limitando el papel de unos, y fortaleciendo el de otros” (Konterllnik, 2015, p. 27). Asimismo, define sus diferentes niveles y, en cada uno de ellos, a los organismos administrativos responsables en materia de protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes. De este modo, señala que a nivel nacional es la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (SENNAF) el organismo especializado en la materia, que a nivel local lo son los órganos administrativos provinciales y de la CABA, y que a nivel federal es el Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia (COFENAF) el órgano de articulación y concertación de las políticas.

Así, tras el cambio del “paradigma tutelar”¹ al de “derechos”, son los órganos administrativos quienes intervienen y aplican las “medidas de protección integral de derechos”² ante situaciones

¹ Para profundizar sobre el tema se sugiere ver el término “Patronato” en el “Glosario del Sistema de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes” (DPPeI – SIPROID, 2018).

² Ver Art. 33-38 de la Ley Nacional Nº 26.061.

de amenaza y/o vulneración de derechos de niños, niñas y adolescentes, e incluso, quienes dictan de manera fundada las “medidas excepcionales”³ –siendo éstas de última ratio, cuando han fallado todas las otras estrategias, por el más breve tiempo posible y sólo hasta que se restituya el o los derechos vulnerados-.

Por estos motivos, llama la atención que a lo largo de los dos fallos, no se haga mención ni derivación al órgano administrativo provincial de protección integral de derechos. Es decir al Consejo Provincial de Niñez Adolescencia y Familia, previsto por Ley N° 5773/2007 y su Decreto N° 257/2008. Órgano administrativo de protección de derechos que debiera haber intervenido para escuchar a la adolescente, a la tía, como para realizar las medidas de protección de derechos necesarias, entre ellas, las tendientes a la realización del aborto no punible. Del mismo modo, tendría que haber adoptado la medida excepcional a fin de que la adolescente viva con su tía, mientras que la intervención del juzgado tendría que haberse limitado al control de la legalidad. También, la intervención de este órgano debería haber garantizado la visita al domicilio y la entrevista del grupo familiar materno, registrando la voz de la madre y de las hermanas a las que hace mención el fallo. Sobre todo dado que de su lectura, no se desprende ni la cantidad de hermanas y/o hermanos, ni sus edades, ni si continúan viviendo en la casa materna. Algo sumamente grave si se considera la amenaza y/o vulneración de derechos que implicaría la convivencia con el padrastro denunciado por la adolescente.

De esta forma, es posible inferir que la intervención del organismo administrativo de protección de derechos, en su abordaje territorial e institucional y en el marco de las acciones que debiera desplegar, ofrecería una información más precisa sobre la situación de la adolescente y los demás integrantes de su grupo familiar, al tiempo que adoptaría las “medidas de protección de derechos” y “excepcionales” necesarias.

Por otra parte, ¿qué es lo que lleva a la adolescente a comparecer espontáneamente ante la justicia? En este tema el fallo tampoco ofrece respuesta, por lo que surgen más preguntas: ¿es posible que en una provincia “pro-vida” (Decreto N° 2870/2011), que aún no cuenta con

³ Ver Art. 39-41 de la Ley Nacional N° 26.061.

protocolo de Interrupción Legal del Embarazo (ILE) ni ha adherido al protocolo del ex - Ministerio de Salud de la Nación del año 2015, una adolescente pueda ejercer su derecho a realizarse una ILE? ¿Podría ser que ante la negativa se haya acercado a la justicia? ¿Cómo fue ese tránsito? ¿Quién la asesoró? ¿Se habrá acercado previamente al organismo administrativo?

Algunas respuestas, tal vez se encuentren en una nota periodística de Mariana Carbajal:

“La provincia no implementó un protocolo de actuación en casos de abortos no punibles y con excepción de un caso que se hizo en marzo con una orden judicial en el Hospital de Santo Tomé a una niña de 13 años con retraso madurativo, no se practican interrupciones legales de embarazo en centros de salud públicos. Es más, operadores de la justicia se vanaglorian de convencer a niñas embarazadas en violaciones -o a sus madres- de llevar a término la gestación, como lo ha dicho la defensora de Pobres y Ausentes Nº 1 del Poder Judicial de la provincia, Roxana Itatí Duarte López, en relación a un caso de 2013 de una niña de 10 años: “Yo tengo contacto con la mamá de la niña, y le dije ‘vas a tener dos hijas: la de 10 y la bebé’”, contó un año atrás en Radio Sudamericana, una radio local” (Página 12, 1 de agosto de 2019).

Del mismo modo, y dado que el expediente finaliza con el otorgamiento de una guarda a postulantes a guarda con fines de adopción, Tarducci (2011) ofrece respuestas desde las dimensiones que la atraviesan, como de sus procesos, procedimientos y prácticas. Visibilizando de esta manera relaciones de poder, desigualdades económicas, sociales, políticas y culturales, desigualdades de género y de clase, maltratos, violencias, abandonos y engaños, como déficits en la oferta y acceso al derecho a la salud, escasa o nula información sobre los derechos sexuales y reproductivos, e incluso, el no respeto ante la decisión de las mujeres de realizarse abortos legales.

Considerando estas cuestiones, resurge con mayor fortaleza la pregunta ¿por qué la jueza decide intervenir y ordena la realización de estudios psicológicos, ginecológicos, obstétricos y de laboratorio? Especialmente cuando es la propia magistrada quien argumenta justificando la pertinencia de la realización de un aborto no punible en el marco de lo regulado por el Art. 86º Inc. 2 del Código Penal de la Nación y explicitando, que el tiempo de gestación de 23 semanas y 2 días “no es óbice para la interrupción pretendida. Así lo ha entendido nuestra Corte Suprema

de Justicia en el caso “F. A. L. s/medida autosatisfactiva”⁴ (Fallo, p. 2). Por ello, a pesar de argumentar y ordenar a los agentes de un hospital local a que realicen la petición en pos de garantizar los derechos de la adolescente, judicializa a través de ese acto, una situación para la que no se requiere autorización judicial, tal como expresa paradójicamente el propio fallo. Es más, el fallo “F. A. L. s/medida autosatisfactiva” (2012), no sólo señala la obligación estatal de garantizar el acceso y realización de los abortos no punibles sino que también a que respeten ciertos estándares de calidad, entre los que se destacan el acceso a la información, la confidencialidad, la seguridad del paciente, la celeridad y la eliminación de obstáculos y barreras institucionales. Dilaciones y barreras en las que incurre la magistrada al solicitar la realización de los estudios, al judicializar la intervención y al demorar la realización de la ILE.

Por otra parte, respecto a la decisión de la adolescente a realizarse la intervención quirúrgica, la magistrada por un lado, cita la Convención sobre los Derechos del Niño, la Ley Nacional Nº 26.061 y fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para justificar su pertinencia, resaltando el interés superior del niño y su autonomía progresiva. Sin embargo por otro lado, y mencionando al nuevo Código Civil y Comercial, expresa que ante la ausencia de los progenitores, integra junto al consentimiento de la adolescente, el de la asesora de menores y el suyo. En este sentido, no hace alusión a que el propio Código también destaca el derecho de los adolescentes a decidir sobre su propio cuerpo. Su artículo 26º expresa que a partir de los 13 años de edad un adolescente puede decidir por sí, respecto a tratamientos de salud no invasivos o que no impliquen riesgos para su salud o su vida, mientras que a partir de los 16 años es considerado como un adulto para las decisiones referidas al cuidado de su cuerpo⁵. Del mismo modo, llama la atención que, a pesar de citar a la normativa internacional y nacional, no cite la legislación local sobre protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes.

Por último, cabe señalar dos cuestiones que mencionan Herrera, Deza y De la Torre (2019). La primera es el cuestionamiento a las prácticas institucionales que dilataron y no permitieron el

⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, caso “F. A. L. s/ medida autosatisfactiva” —Fallos: 335:197, AR/JUR/1682/2012. Sentencia, 13 de Marzo de 2012.

⁵ Para profundizar sobre el tema, se recomienda: Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., Lamm, E., y Fernández, S. (2015).

pleno ejercicio del derecho de la adolescente a la realización de la ILE y al hecho de que la magistrada resalte en sus considerandos y en su resolución que la adolescente “goza de plena libertad para cambiar su decisión hasta el momento mismo que se le concrete las prácticas” (Fallo, p. 5). Sobre este tema, las autoras enfatizan que:

Negar un aborto permitido por la ley, dilatar su acceso en el tiempo, o bien, desde un lugar de poder —sea sanitario o jurisdiccional—, resaltar la posibilidad de arrepentirse de ejercer un derecho, o promover como alternativa a la consulta la adopción de la vida intrauterina, configuran acciones que violan la dignidad de persona, en tanto instrumentalizan una vida —la de la usuaria, en este caso víctima de violación— al servicio de otra vida potencial (Herrera, Deza y De la Torre, 2019, p. 4).

La segunda cuestión, refiere al “silencio que cuatro años antes protagonizaron los actores de la comunidad educativa y replicaron los agentes del servicio de salud frente al primer embarazo” (p. 3). Actores que por cierto tienen responsabilidades, entre ellas las de comunicar las situaciones de amenaza y/o vulneración de derechos. Por ello, es necesario retomar las preguntas iniciales y volcar la mirada hacia el funcionamiento del Sistema de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes en la provincia, sólo así se podrá trabajar en la promoción, respeto, protección, garantía y restitución de derechos para su ejercicio y disfrute efectivo y pleno.

Segundo fallo: *El derecho a la ILE y las disputas dentro del campo de la protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes.*

Descripción del fallo

El segundo fallo, con fecha 12/07/2019, tiene organizados sus considerandos en dos partes. En la primera, la magistrada realiza lo que entiende como una breve reseña del expediente y luego relata que la adolescente se presenta nuevamente de forma espontánea ante el juzgado “para comunicar que ha sido dada de alta, luego de realizarse todos los estudios de rigor y que decide continuar con su embarazo y dar al bebé una vez que nazca en adopción” (p. 11). Expresa asimismo, que adjunta al expediente un informe psicológico del hospital en cuya entrevista la

adolescente “manifiesta que habiendo recibido información sobre las posibles consecuencias y/o riesgos de llevar a cabo un legado en este período gestacional (23 semanas) ha cambiado de opinión y libremente ha decidido continuar con su embarazo para luego darlo en adopción” (p. 11). Que ante esta situación, la magistrada y la asesora de menores escuchan a la adolescente, quien expresa que está “convencida de su decisión”, que tiene “fecha probable de parto (...) para el 13/07/2019”, que “no quiere ver al bebé al momento del nacimiento”, que “no tiene intención de dar de mamar al bebé” y que solicita que “esté la familia adoptante presente para evitar que el bebé se quede conmigo”(p.12). En el mismo sentido, y sobre el personal médico, la tía expresa “que no le pregunten el porqué de la adopción” (p. 12).

En la segunda parte, la magistrada argumenta el fallo indicando que la situación “requiere un tratamiento especial (...) que concilie el derecho de la joven madre con el de la persona por nacer” (p. 12). Para ello, destaca una serie de acciones e interpretaciones que se enumeran a continuación:

En *primer lugar*, realiza una interpretación sobre el plazo que establece el artículo 607, Inc. b) del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (2015), que expresa que uno de los supuestos para declarar la situación de adoptabilidad de un niño/a es si los padres tomaron la decisión libre e informada de que el niño o niña sea adoptado luego de los 45 días de producido el nacimiento. En este caso, entiende que dado “que el embarazo se concreta producto de un abuso intrafamiliar” (p. 12), la madre puede manifestar su decisión sobre la adopción “durante el proceso de gestación del niño por nacer” (p. 12). Todo ello, para no “forzar la maternidad, obligando al niño a permanecer junto a su madre, contra su voluntad, durante el plazo previsto (45 días desde el nacimiento) para recién posibilitar optar (...) por (...) la adopción” (p. 12-13). De esta manera, interpreta que este plazo “debería ser ratificado pero no excluyente, posibilitando que al momento del nacimiento del niño, éste pueda ser ahijado provisoriamente por pretendidos adoptantes elegidos conforme el proceso de selección previsto por la legislación, condicionado por supuesto al nacimiento con vida del niño y a la ratificación de la decisión materna luego de los 45 días del alumbramiento” (p. 13).

En *segundo lugar*, subraya una postura de la Dra. Aida Kemelmajer para profundizar su argumento sobre la manifestación y su plazo válido:

En este sentido, coincido y comparto, ante el complejo y excepcional supuesto que se presenta, la postura sostenida por la Dra. Aida Kemelmajer, en cuanto a que las causas fuentes de situaciones para el dictado de la declaración de adoptabilidad, no son excluyentes, pueden presentarse tanto de manera concatenada como no, previendo en el ejemplo citado, la situación que hoy se plantea, al decir “tampoco es siempre así, de este modo, una madre puede estar decidida a dar a su hijo en adopción, por ejemplo, ante una violación y no será necesario trabajar con la madre para que el niño permanezca con ella y tampoco para que haya referentes afectivos que puedan hacerse cargo del cuidado del niño, por lo tanto, no sería necesario dejar transcurrir 180 días como lo establece el mismo artículo en el inciso c...”. (p. 13).

En *tercer lugar*, la magistrada remarca que la “autonomía de la voluntad” (p. 13) de la adolescente “ha sido expresada con anterioridad al parto, sostenida continuamente con convicción y desinterés ante la justicia (...) garantizando la escucha en cada oportunidad que ha requerido” (p. 13).

En *cuarto*, señala que debe ponderar “el interés superior del niño por nacer que atiende su reconocimiento como persona, defendiendo los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo, y en este recorrido, corresponde decidir, como *medida cautelar que asegure el superior interés del niño por nacer, la guarda y/o acogimiento inmediato al nacimiento por una familia seleccionada de la lista de aspirantes a guarda con fines adoptivos*” (p. 14).

En *quinto*, la magistrada vuelve a destacar que “Se trata de una **medida urgente** tendiente a evitar los riesgos que acarrearía la permanencia del niño junto a su madre por el plazo que estipula la legislación, en contra de su voluntad” (p. 14). Situación a la que añade el “peligro de un posible abandono o entrega ilícita en guarda de hecho a terceros” (p. 14).

En *sexto lugar*, refuerza su argumentación con la palabra de la asesora de menores, quien también se expresa en el mismo sentido “...habida cuenta de la indeclinable posición de la progenitora de no generar lazo afectivo con el niño por nacer; sugiero a V.S. convocar a las familias que estuvieran inscriptas en el R.U.A...” (p. 15).

Por último, y para finalizar esta “conciliación”, expresa que seleccionó “previo dictamen favorable de la Asesora de Menores” (p. 16) a un matrimonio inscripto en el Registro Único de Aspirantes a guarda con fines adoptivos de esa localidad, respetando la prelación y “primordialmente respetando el interés superior del niño por nacer” (p. 17).

Es por estas cuestiones, que la magistrada resuelve “OTORGAR, con carácter, urgente y condicionada a la ratificación del consentimiento materno conforme el plazo estipulado por el art. 607 inc. b) C.C.C.; el CUIDADO PERSONAL PROVISORIO inmediato al nacimiento con vida del niño/a (...) al matrimonio (...) para desempeñar el rol de guardadores provisorios” (p. 17). Al tiempo, que “HACE SABER a la joven XXXXX que goza de plena libertad para cambiar su decisión desde el momento mismo del nacimiento del niño, o en caso de mantenerse firme, hasta ratificarla luego de los cuarenta y cinco días posteriores al nacimiento” (p. 18).

Análisis del fallo

El segundo fallo, también pone en evidencia la ausencia de la intervención del órgano administrativo de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes, la judicialización del caso y la presencia de diversas acciones y/o prácticas institucionales, que dentro del Sistema de Protección Integral de Derechos, no parecen encaminarse a la promoción, respeto, protección, garantía y restitución de derechos sino a legitimar ciertas posiciones y/o interpretaciones en este *campo* (Bourdieu, 1999; Barna, 2013; entre otros).

En este sentido, también es importante remarcar la asimetría de poder entre los agentes institucionales y la adolescente y su familia –en este caso su tía- (Grinberg, 2008; Vianna, 2010; Villalta y Ciorda, 2010 y 2012; Villalta, 2013; entre otros); la construcción y disputa de “moralidades” que atraviesan las intervenciones (Howell, 1997; Vianna, 2010); el rol de los registros burocráticos en donde se enuncian (Barna, 2014) y cómo, a partir de ello, “se traman, legitiman y justifican sus acciones” (Ciorda y Villalta, 2012, p. 455).

Enunciadas estas cuestiones, cabría preguntarse sobre varios puntos descriptos en la primera parte del fallo. En este sentido, ¿será casual que la adolescente se presenta ante el juzgado,

nuevamente de forma espontánea 11 semanas después del primer fallo, y que la magistrada resuelve el día anterior a la fecha probable de parto? Por otra parte, ¿por qué motivo la adolescente fue dada de alta, si sólo fue a realizarse los estudios requeridos por la magistrada para realizarse la ILE? Del mismo modo, y tal como se destacó para el primer fallo, ¿qué motivos llevaron a la adolescente a cambiar de decisión? ¿Cómo fue la intervención de los agentes del ámbito de la salud? ¿Qué otros agentes y/o actores participaron de la intervención y en la decisión de continuar con el embarazo y manifestarse en favor de la adopción?

De esta manera, se hace necesario profundizar sobre el cambio en la decisión, analizando el rol de los profesionales del ámbito de la salud y de sus prácticas, en el marco del sistema de protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes. Al mismo tiempo, es preciso indagar en la articulación existente entre este ámbito y el judicial, para observar si restringen o garantizan derechos y de qué modos.

La segunda parte del fallo complejiza su argumentación. Es que allí, la magistrada -y en apoyo de la asesora de menores- construye, registra y justifica un camino que se desplaza progresivamente desde el respeto, protección, promoción y garantía de los derechos de la adolescente y en particular de las prácticas destinadas a garantizar el derecho a la realización de una ILE, y se encamina hacia una discusión que incluye a las nociones y alcances de la categoría de niño/a, a los plazos para declarar la situación de adoptabilidad, a las diferencias entre la declaración y la manifestación legal sobre la adopción, a los espacios destinados al cuidado, a los procedimientos sobre la adopción, e incluso, a la adopción pre-natal. ¿Cuáles son los pasos que traza para ello?:

En primer lugar, la magistrada cambia su forma de nominar a la adolescente. Así, y a pesar de no existir ningún nacimiento, pasa a ser nombrada como “joven madre”.

En segundo lugar, introduce el concepto de “persona por nacer” o de “niño por nacer” (p. 12) para poder realizar una “conciliación de derechos”. Sin embargo, y tal como señala Herrera, Deza y De la Torre (2019), en el nuevo Código Civil y Comercial sólo se considera persona a aquella que nace con vida. Es decir, “si no nace con vida, se considera que la persona nunca existió” (p. 6). En este sentido, no es posible hablar de “persona por nacer”, de “niño por nacer”, ni de una “conciliación de derechos”, en tanto “los derechos y obligaciones del concebido o implantado en

la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida” (Herrera, Deza y De la Torre, 2019, p. 6). De la misma manera, es erróneo el concepto de “interés superior del niño por nacer”, y por consiguiente, realizar una ponderación del mismo para conciliar derechos.

En tercer lugar, la magistrada y la asesora de menores expresan la importancia de que esta “persona por nacer” “pueda ser ahijado provisoriamente por pretensos adoptantes elegidos conforme el proceso de selección previsto por la legislación” (p. 13). Todo ello, a pesar que el Código Civil y Comercial de la Nación es claro, cuando sólo contempla la adopción como institución jurídica para aquellas personas –nacidas con vida- que se encuentren con situación de adoptabilidad declarada. Situación que asimismo, requiere la previa intervención y solicitud del órgano administrativo de protección de derechos. Por estas cuestiones, tampoco es correcta la afirmación sobre “el proceso de selección previsto por la legislación”, en tanto la selección de postulantes a guarda con fines adoptivos -inscritos en los respectivos registros- se realiza de manera posterior a que se decrete la situación de adoptabilidad de un niño, niña y/o adolescente.

En cuarto lugar, y en íntima relación con el punto anterior, la magistrada continúa la construcción de su argumentación y se apoya en una de las partes del proceso de adopción para las tareas de cuidado, es decir, en los postulantes a guarda con fines adoptivos inscritos en el registro único de postulantes a guarda con fines de adopción. De esta manera, ante el posible nacimiento, no prevé utilizar las formas de cuidado alternativo establecidas por el sistema de protección, como las familias de acogimiento y los hogares convivenciales. E incluso cuando expresa la posibilidad de acogimiento en una familia, lo hace condicionado a que sea “*por una familia seleccionada de la lista de aspirantes a guarda con fines adoptivos*” (p. 14).

En quinto lugar, y a pesar que la magistrada otorga una guarda personal provisoria y no una pre-adoptiva, el camino parece extenderse hacia la adopción prenatal. Es que la magistrada realiza una interpretación sobre el plazo previsto en el Código Civil y Comercial para que los progenitores se manifiesten sobre la adopción, y acto seguido, une esta interpretación a:

-la posibilidad de que esta “persona por nacer” nazca con vida;

-que la adolescente, ahora posicionada en el rol de “madre”, ratifique su decisión en el plazo previsto por el Código, es decir, después de los 45 días de producido el nacimiento y;

-su decisión como jueza, de nombrar como guardadores provisorios a un matrimonio inscripto en el registro único de postulantes a guarda con fines adoptivos de esa localidad.

Respecto a la interpretación sobre el plazo previsto en el Código Civil y Comercial para que los progenitores se manifiesten sobre la adopción, cabe destacar que su artículo 607, Inc. b) expresa que uno de los supuestos para declarar la situación de adoptabilidad de un niño/a es si los padres tomaron la decisión libre e informada de que el niño o niña sea adoptado luego de los 45 días de producido el nacimiento. Pero en este caso, la magistrada entiende que dado “que el embarazo se concreta producto de un abuso intrafamiliar” (p. 12) la madre puede manifestar su decisión sobre la adopción “durante el proceso de gestación del niño por nacer” (p. 12). Todo ello, para no “forzar la maternidad, obligando al niño a permanecer junto a su madre, contra su voluntad, durante el plazo previsto” (p. 12). Así, diferencia entre la manifestación de su decisión -que entiende que en este caso podría darse durante el embarazo- de la ratificación de la misma, necesaria para cumplimentar su interpretación sobre el plazo previsto en el Código Civil y Comercial⁶.

Por otra parte, y para reforzar su argumento, la magistrada cita a la Dra. Kemelmajer quien expresa que ante casos de violación no aplicaría el Art. 607, Inc. c). Pero el problema es que compara su argumento, referido al Art. 607, Inc. b), con la afirmación de la Dra. Kemelmajer referida al Art. 607, Inc. c)⁷. En este sentido, mientras que el plazo del Art. 607, Inc. c) refiere a los

⁶ Basset (2009) señala que el fallo diferencia en este sentido entre la *declaración de la decisión de dar en adopción* y la *manifestación de dar en adopción*.

⁷ “ARTICULO 607.- Supuestos. La declaración judicial de la situación de adoptabilidad se dicta si:

a) un niño, niña o adolescente no tiene filiación establecida o sus padres han fallecido, y se ha agotado la búsqueda de familiares de origen por parte del organismo administrativo competente en un plazo máximo de treinta días, prorrogables por un plazo igual sólo por razón fundada;

b) los padres tomaron la decisión libre e informada de que el niño o niña sea adoptado. Esta manifestación es válida sólo si se produce después de los cuarenta y cinco días de producido el nacimiento;

c) las medidas excepcionales tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada, no han dado resultado en un plazo máximo de ciento ochenta días. Vencido el plazo máximo sin revertirse las causas que motivaron la medida, el organismo administrativo de protección de derechos del niño, niña o adolescente que tomó la decisión debe dictaminar inmediatamente sobre la situación de adoptabilidad. Dicho dictamen se debe comunicar al juez interviniente dentro del plazo de veinticuatro horas.

90 días prorrogables por otros 90 días para lograr que el niño, niña y/o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada, el plazo del Art. 607, Inc. b) está ligado, tal como expresa el “Código Civil y Comercial de la Nación comentado” (2015) al puerperio:

“En función del aporte de otras ciencias, la ley toma en consideración un período temporal —que fija en 45 días— para que la manifestación de voluntad sea considerada como prestada libremente.

Este recaudo se vincula con (...) el (...) puerperio. Si bien no todas lo padecen, lo cierto es que la regla legal tiene un sentido preventivo” (Caramelo, Picasso y Herrera, 2015, p. 393).

Por este motivo, la resolución parece entonces omitir y/o restar importancia a “los desajustes emocionales que provoca el embarazo y el parto” (Caramelo, Picasso y Herrera, 2015, p. 393), y con ello, a que la decisión sobre la adopción -para que sea válida- se manifieste tras el nacimiento y se ratifique después de los 45 días de producido.

Por último, cabe preguntarse entonces: ¿por qué es necesario que la adolescente manifieste su decisión sobre la adopción de forma previa a un posible nacimiento si con posterioridad a éste debe ser ratificado? ¿Es posible referirse a la “autonomía de la voluntad” de la adolescente, cuando el propio fallo da cuenta de la existencia de dilaciones y barreras institucionales y judiciales que le impidieron la realización de la ILE? ¿Por qué la magistrada expresa que “se trata de una **medida urgente** tendiente a evitar los riesgos que acarrearía la permanencia del niño junto a su madre” (p. 14) si en todo momento la adolescente realizó todos los procedimientos institucionales exigidos por la magistrada e incluso se presentó ante la justicia espontáneamente? ¿Qué le hace suponer a la magistrada que de otra manera se “fuerza la maternidad”? ¿Acaso el propio Sistema de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes no prevé formas de cuidado alternativo como el acogimiento familiar o los hogares convivenciales? Y en este sentido ¿por qué decide seleccionar a una familia del registro de adoptantes para la guarda, incluso de forma previa al nacimiento con vida de un niño/a? En vez de dar intervención al órgano administrativo quién -previa evaluación y de forma posterior al nacimiento- posiblemente optaría

La declaración judicial de la situación de adoptabilidad no puede ser dictada si algún familiar o referente afectivo del niño, niña o adolescente ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado al interés de éste. El juez debe resolver sobre la situación de adoptabilidad en el plazo máximo de noventa días” (Art. 607, Código Civil y Comercial).

por una familia de acogimiento o un hogar convivencial, por lo menos hasta tanto se cumpla con el plazo previsto en el Código Civil y Comercial.

Por todo lo enunciado, las respuestas a estas y otras preguntas, parecen encaminarse más a disputar sentidos, alcances y posicionamientos dentro del campo, que a respetar, proteger, promover y garantizar los derechos de niñas, niños y adolescentes.

Consideraciones finales:

Los fallos analizados evidencian la necesidad de seguir trabajando, en conjunto con todos los actores y en todos los niveles, en el fortalecimiento del Sistema de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. Del mismo modo, si bien destacan la importancia de la normativa y de los precedentes judiciales en la exigibilidad de los derechos, también demuestran que con ellos no basta.

En este sentido, se considera prioritario avanzar en la definición de protocolos de actuación conjuntos, en la revisión de prácticas institucionales, en el conocimiento y aplicación de las responsabilidades y corresponsabilidades que le competen a cada actor, en la necesidad de seguir promoviendo la articulación de las políticas y procedimientos, en la utilización de espacios institucionales para la discusión y definición de los planes, políticas, programas y proyectos, en la capacitación de los funcionarios, agentes institucionales y de la ciudadanía, en la transparencia, rendición de cuentas y participación de todos los implicados e interesados, como en todas aquellas cuestiones que hagan a la transversalidad del *enfoque de derechos dentro del ciclo de las políticas* (Pautassi, 2012).

Asimismo, y dada la necesaria especialización para el trabajo con niñas, niños y adolescentes, es fundamental el lugar que ocupen y disputer los organismos de protección, en vistas al respeto, protección, promoción y garantía de todos los derechos de niñas, niños y adolescentes, sin discriminación, para su ejercicio y disfrute efectivo y pleno.

Por otra parte, los fallos también visibilizan los sentidos, alcances, disputas y posicionamientos dentro del campo, principalmente respecto a la categoría de niño/a, a los plazos sobre los

supuestos para declarar la situación de adoptabilidad, a las diferencias entre la declaración y la manifestación legal sobre la adopción, a los espacios destinados al cuidado, a los procedimientos sobre la adopción e incluso, a la adopción pre-natal. Por este motivo, se hace necesario generar diversos canales de participación como espacios de discusión e información para avanzar en consensos que garanticen la efectividad de los derechos. No debemos olvidarnos que los equilibrios en materia de derechos son transitorios (Danani, 2017), en tanto se encuentran en continua disputa.

Por último, y respecto a las múltiples prácticas y barreras institucionales que impiden a mujeres, adolescentes y niñas acceder a su derecho a la realización de una ILE, cabe cerrar con una frase de Tarducci (2011) que desnaturaliza su rol como madres y visibiliza, entre otras cuestiones, las relaciones de poder y las desigualdades e inequidades económicas, sociales, políticas y culturales, que atraviesan la adopción, sus procesos, procedimientos y prácticas, así la autora señala: “*Se prefiere situar a la maternidad como anhelo universal de todas las mujeres, anhelo que sólo es puesto en duda por condiciones de vida de una extrema necesidad, olvidando que la reproducción es un espacio de lucha*” (p. 7).

Referencias bibliográficas:

- Barna, A. (2014). “No hay como la palabra escrita para defender lo que uno hace”: Usos de la producción documental en la gestión cotidiana de la niñez en el municipio de La Matanza. *Revista Intersecciones en Antropología*, N° 15, pp. 153-165. Buenos Aires: Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires.
- Barna, A. (2013). Los derechos del niño. Un campo en disputa. En *Boletín de Antropología y Educación* (pp. 21-25). Año 4 – N° 5.
- Basset, U. (2019). Declaración prenatal de la intención de dar en adopción al hijo. Examen de viabilidad y estudio de impacto en el derecho argentino. Publicado en *La Ley*, AÑO LXXXIII N° 168, pp. 1; 8-11. Buenos Aires, Argentina. 9 de septiembre de 2019.
- Bourdieu, P. (1999). *Meditaciones pascalianas*. Barcelona, Anagrama.
- Caramelo, G., Picasso, S. y Herrera, M. (2015). *Código Civil y Comercial comentado. TOMO II. Libro Segundo. Artículos 401 a 723*. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus.

- Carbajal, M. (1 de agosto de 2019). A propósito del fallo judicial que admitió una adopción prenatal. Una niña invisible. *Página 12*, Sección Sociedad. Recuperado de: <https://www.pagina12.com.ar/209588-una-nina-invisible>
- Ciordia, C. (2014). *El tránsito institucional y la producción de niños adoptables: una etnografía de la gestión de la infancia y las familias*. (Tesis de Doctorado en Ciencias Antropológicas). Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires.
- Ciordia, C. y Villalta, C. (2012). Procedimientos judiciales y administrativos de adopción de niños. Confrontación de sentidos en la configuración de un “medio familiar adecuado”. *Etnográfica*, 16 (3), pp. 435-460. Lisboa.
- Ciordia, C. y Villalta, C. (2010). Cuando la gestión de la infancia tiene por meta la adopción. Los procedimientos jurídico-burocráticos en torno a las transferencias de responsabilidad sobre los niños. *27ª Reunião Brasileira de Antropologia. Brasil Plural: Conhecimentos, Saberes Tradicionais e Direitos à Diversidade*. Asociación Brasileña de Antopología. Belém, Brasil.
- Danani, C. (2017). Políticas sociales universales: una buena idea sin sujeto. Consideraciones sobre la pobreza y las políticas sociales. *Revista Sociedad*, (37), 77-94.
- Dirección de Políticas Públicas e Investigación – Observatorio del Sistema de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (2016). *El derecho de los niños, niñas y adolescentes a la participación y su inclusión en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: Consejo de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes del GCABA. Recuperado de: https://www.buenosaires.gob.ar/sites/gcaba/files/el_derecho_de_los_ninos_ninas_y_a_dolescentes_a_la_participacion_2017.pdf
- Dirección de Políticas Públicas e Investigación – Observatorio del Sistema de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (2018). *Glosario del Sistema de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. 3ª Edición*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: Consejo de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes del GCABA. Recuperado de: https://www.buenosaires.gob.ar/sites/gcaba/files/glosario_siproid_ed2018_version_final.pdf
- Grinberg, J. (2008). Transformaciones en el tratamiento de la niñez en riesgo. Reflexiones sobre un dispositivo de protección a la infancia en la Ciudad de Buenos Aires. En *Cuadernos de Antropología Social* N° 27 (pp. 155–174). Buenos Aires, Facultad de Filosofía y Letras – UBA.
- Herrera, M; Deza, S. y De la Torre, N. (2019). ¿Un fallo “revolucionario” o una contraofensiva frente a la consolidación de los derechos humanos en clave de género? Publicado en *La Ley*, AÑO LXXXIII N° 168, pp. 1-8. Buenos Aires, Argentina. 9 de septiembre de 2019.
- Howell, S. (1997). Introduction. En Signe Howell (org.), *The Ethnography of Moralities*. Londres y Nueva York, Routledge, 1-22

- Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., Lamm, E., y Fernández, S. (2015). *El principio de autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial. Algunas reglas para su aplicación*. Recuperado de: <http://www.saij.gob.ar/principio-autonomiaprogresiva-codigo-civil-comercial-algunas-reglas-para-su-aplicacion-principioautonomia-progresiva-codigo-civil-comercial-algunas-reglas-para-su-aplicacionnv12411-2015-08-18/123456789-0abc-114-21ti-lpssedadevon>
- Konterllnik, I. (2015). Sistemas de protección integral de derechos en provincias y municipios. En Irene Konterllnik y Cristina Fraccia, *Infancia: transitando nuevos caminos: lecturas y propuestas en torno a la Ley de Protección Integral de los derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*. (1ª ed.). (pp. 23-77). Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: Biblos (Investigaciones y ensayos).
- Pautassi, L. (2012). Enfoque de derechos y políticas sociales. Interrelaciones necesarias. En María Eugenia Danieli y Mariela del Valle Messi, *Sistemas de protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes: recorridos y perspectivas desde el Estado y la sociedad civil*. (pp. 13-42) - 1a ed. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba.
- Tarducci, M. (2011). Las “buenas” y las “malas” madres de la adopción. En Felitti, Karina (comp.) *Madres no hay una sola. Experiencias de la maternidad en la Argentina actual*. Buenos Aires, CICCUS.
- Vianna, A. (2010). “Derechos, moralidades y desigualdades. Consideraciones a partir de procesos de guarda de niños”. En Carla Villalta (comp.), *Infancia, Justicia y Derechos Humanos*. Bernal: Universidad Nacional de Quilmes Editorial, p. 21-72.
- Villalta, C. (2013). Un campo de investigación. Las técnicas de gestión y los dispositivos jurídico-burocráticos destinados a la infancia pobre en la Argentina. *Civitas*, 13 (2), pp. 235-258. Porto Alegre, Brasil.
- Villalta, C. (2012). “Haciendo padres”: Entre listas y registros. De la discrecionalidad a la elección profesionalizada. *Scripta Nova Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*. Vol. XVI, Nº 395 (16), Universidad de Barcelona. Barcelona, España. Recuperado de: <http://www.ub.edu/geocrit/sn/sn-395/sn-395-16.htm>

Referencias normativas:

- Convención sobre los Derechos del Niño (1989). Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (2012). Caso “F. A. L. s/ medida autosatisfactiva” —Fallos: 335:197, AR/ JUR/1682/2012-. Sentencia, 13 de Marzo de 2012.
- Ley Nacional Nº 26.994 (2014). Código Civil y Comercial de la Nación. Sancionada: Octubre 1 de 2014. Promulgada: Octubre 7 de 2014.
- Ley Nacional Nº 26.061 (2005). De Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Sancionada el 28/09/2005. Promulgada de Hecho el 21/10/2005.

Ley N° 5773 (2007). Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Gobierno de la provincia de Corrientes. Sancionada: 09/05/2007.Publicada: 15/06/2007.

Decreto N° 2870 (2011). Declara a la provincia de Corrientes Pro Vida. Gobierno de la provincia de Corrientes. Firma: 2/12/2011.