



La declaración de situación de adoptabilidad en encrucijada: interés superior y derecho a la identidad de niños/as frente a la negativa de ejercer la maternidad. Los caminos transitados en la jurisprudencia argentina

(The declaration of adoptability situation at a crossroads: best interest and right to the identity of children in the face of the refusal to exercise motherhood. The paths traveled in Argentine jurisprudence)

OÑATI SOCIO-LEGAL SERIES, FORTHCOMING: EL DERECHO A LA VIDA FAMILIAR Y EL IMPACTO DE LA AUTONOMÍA Y EL AFECTO EN LA ADOPCIÓN. UN ESTUDIO SOCIOJURÍDICO CRÍTICO DESDE EL DERECHO COMPARADO

DOI LINK: [HTTPS://DOI.ORG/10.35295/OSLS.IISL.1939](https://doi.org/10.35295/osls.iisl.1939)

RECEIVED 12 DECEMBER 2023, ACCEPTED 22 FEBRUARY 2024, FIRST-ONLINE PUBLISHED 18 MARCH 2024

NATALIA DE LA TORRE*

Resumen

El presente trabajo indaga sobre un tema en auge en la jurisprudencia argentina: la declaración de situación de adoptabilidad de niños/as a partir de la decisión informada, meditada y autónoma de sus progenitores –generalmente mujeres que deciden no ejercer su maternidad– de dar a su hijo/a en adopción a la luz de la obligada perspectiva de género, en consonancia con los derechos de los niños y las niñas. Con ese objetivo como meta se sintetiza la regulación de la declaración judicial de la situación de adoptabilidad y la decisión autónoma de dar una hija o hijo en adopción, la excepción de que no proceda la declaración en situación de adoptabilidad en caso de que un referente de la familia de origen o ampliada esté en condiciones de hacerse cargo del cuidado del niño/a y su complementariedad con el interés superior del niño/a. A la par, se analizan críticamente los caminos transitados en la jurisprudencia argentina frente a nacimientos de niños/as luego de obstaculizar la interrupción legal del embarazo.

Palabras clave

Situación de adoptabilidad; derecho a la identidad; interrupción del embarazo; parto anónimo

* Abogada y Prof. de Filosofía (UBA). Profesora Adjunta regular de Derecho de Familia y Sucesiones, Carrera de Abogacía, Universidad Nacional de Avellaneda (UNDAV). Docente de Derecho de Familia y Sucesiones, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires (UBA). Dirección de email: delatorre.natalia@gmail.com

Abstract

This paper investigates a topic that is booming in Argentine jurisprudence: the declaration of the adoptability situation of children based on the informed, thoughtful, and autonomous decision of their parents -generally women who decide not to exercise their maternity- to give their child for adoption considering the obligatory gender perspective, in line with the rights of children. With this objective as a goal, the regulation of the judicial declaration of the situation of adoptability and the autonomous decision to give a daughter or son for adoption is synthesized, the exception being that the declaration in a situation of adoptability is not appropriate if a referent of the family of origin or extended family is able to take care of the child and its complementarity with the best interest of the child. At the same time, the paths taken in Argentine jurisprudence regarding the birth of children after hindering the legal interruption of pregnancy are critically analyzed.

Key words

Adoptability status; right to identity; interruption of pregnancy; anonymous delivery

Table of contents

1. Breves palabras introductorias	4
2. La declaración judicial de la situación de adoptabilidad y la decisión autónoma de dar una hija o hijo en adopción	5
2.1. Consideraciones generales	5
2.2. La excepción a la declaración en situación de adoptabilidad: el derecho de la niña o niño a permanecer con su familia de origen o ampliada	7
2.3. Los caminos transitados en la jurisprudencia argentina.....	7
3. Nacimiento de niños/as luego de interrupciones de embarazo obstaculizadas y declaración en situación de adoptabilidad	10
3.1. Consideraciones generales	10
3.2. ¿Inscripción sin filiación materna?	11
4. A modo de epílogo: ¿es el parto anónimo la respuesta a nacimientos luego de ILE obstaculizadas?	21
Referencias	22
Legislación	23
Jurisprudencia	24

1. Breves palabras introductorias

El presente ensayo pretende analizar y profundizar sobre un tema en auge en la jurisprudencia del derecho de las familias argentino, me refiero a la declaración de situación de adoptabilidad de niños/as –antesala obligada de su futura filiación adoptiva– a partir de la decisión informada, meditada y autónoma de sus progenitores –generalmente mujeres que deciden no ejercer su maternidad– de dar a su hijo/a en adopción.

En ese marco, es de interés indagar la casuística y los caminos transitados en la jurisprudencia argentina, con el fin de evaluar de qué modo se concilian y armonizan, por un lado, los derechos humanos que titularizan las personas menores de edad, en especial, su derecho a la identidad, su derecho de acceso a conocer sus orígenes biológicos, su derecho a ser criado/a por su familia de origen, ampliada o extensa, todo ello de conformidad con su interés superior y, por el otro, los derechos humanos de las mujeres y/o personas gestantes, en particular, su derecho a la autonomía en materia de salud sexual, reproductiva y no reproductiva, su derecho a elegir un plan de vida que no incluya el ejercicio de la maternidad y su derecho a que, en determinadas circunstancias –embarazos no deseados, abusos, entre otras– se respete su intimidad y decisión de no ejercer la maternidad y, conforme ello, no se compulse en su familia de origen o ampliada a los fines de no declarar a su hijo/a en situación de adoptabilidad.

Conforme la Real Academia Española, el vocablo “encrucijada”, elegido para el título del presente ensayo, tiene tres acepciones, a saber: “1. Lugar en donde se cruzan dos o más calles o caminos. 2. Ocasión que se aprovecha para hacer daño a alguien, emboscada, asechanza. 3. Situación difícil en que no se sabe qué conducta seguir”. Con las siguientes reflexiones brego porque las respuestas jurisprudenciales y doctrinales en torno a la decisión de una mujer de no ejercer la maternidad –desafiando los estereotipos de género aún persistentes– no perpetúen “lo que la mujer debería ser en atención a lo que la sociedad espera de ella por su condición genérica” (Juliano 2020, p. 36) y, al mismo tiempo, no violenten uno de los derechos humanos comprometidos muy especialmente en los casos de adopción como lo es el derecho a la identidad, en particular, en su faz estática relativa al derecho de acceso a conocer su origen biológico y reconstruir su biografía. En definitiva, que la encrucijada no sea ocasión que se aproveche para hacer daño ni a la mujer y/o persona gestante ni al niño/a nacido/a.

Con esta meta como norte (o como sur, por qué no) divido el presente en tres apartados.

El primero, destinado a sintetizar la regulación de la declaración judicial de la situación de adoptabilidad y la decisión autónoma de dar una hija o hijo en adopción en el ordenamiento jurídico argentino, la excepción de que no proceda la declaración en situación de adoptabilidad en caso de que un referente de la familia de origen o ampliada esté en condiciones de hacerse cargo del cuidado del niño/a – el derecho a permanecer con su familia de origen o ampliada– y su complementariedad con el interés superior del niño/a, para concluir con el análisis crítico de dos decisiones jurisdiccionales del fuero de familia.

En el siguiente apartado, dedico mi atención a un supuesto particular, el nacimiento de niños/as luego de prácticas de interrupciones de embarazo obstaculizadas y su vínculo con la declaración en situación de adoptabilidad y el derecho a la identidad a partir de

dos escenarios divergentes que se han presentado en la justicia argentina, a saber: a) interrupción del embarazo obstaculizada de una niña de 11 años de edad y nacimiento de neonata sin sobrevida y b) interrupción del embarazo obstaculizada, nacimiento con sobrevida y declaración de adoptabilidad, ¿inscripción sin filiación?

Por último, en el apartado cuarto, a modo de epílogo y a propósito del último de los escenarios referenciados en el párrafo anterior, me pregunto sobre la pertinencia de la herramienta del parto anónimo para resolver nuestra encrucijada sabiendo que esta es una figura receptada en algunos estados europeos; adelanto mi voto negativo.

2. La declaración judicial de la situación de adoptabilidad y la decisión autónoma de dar una hija o hijo en adopción

2.1. Consideraciones generales

Para empezar, conviene visibilizar sucintamente en qué contexto político social se da acogida legal al instituto de la declaración judicial en situación de adoptabilidad de niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNyA), antesala obligada de la entrega en guarda preadoptiva y al ulterior juicio de adopción.

Cuatro son los hitos normativos/judiciales que coadyuvaron a su definitiva recepción legal en el texto de la legislación civil y comercial (Ley N° 26.994, 2014) vigente en la Argentina, a saber: a) la aprobación de la Convención de los Derechos del Niño (en adelante, CDN) por el Estado Argentino (Ley N° 23.849, 1990), b) la jerarquía constitucional de la citada Convención en las condiciones de su vigencia (art. 75, inc. 23, Ley N° 24.430, 1994), c) la consagración infra constitucional de los postulados y principios de la Convención de los Derechos del Niño en el orden nacional y la creación del Sistema de Protección Integral de NNyA (Ley N° 26.061, 2005) y d) la condena al Estado Argentino emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Fornerón e Hija v Argentina* (2012).

Como señala Villalta, en pocos años se rediseñaron las coordenadas legales a partir de las cuales se había conceptualizado la infancia y su protección, y su corolario fue "(...) la sanción de un nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que armonizó, integró y potenció en un cuerpo normativo de fondo las diferentes creaciones legislativas acaecidas en esos años" (Villalta 2019, p. 77).

La regulación de las Relaciones de Familia en el Código Civil y Comercial (en adelante, CCyC), incluida la adopción, se edifican en consonancia con los postulados de la CDN y el Sistema de Protección Integral de NNyA, en especial, intentando construir vasos comunicantes y coordinados entre el accionar de los órganos administrativos y el Poder Judicial. Armonizando los plazos de uno y otro sistema y estableciendo criterios o parámetros que permitan definir/resolver, en cada caso, hasta cuándo/cómo/dónde trabajar con la familia de origen o ampliada y en qué momento es necesario dar paso a otras figuras alternativas de cuidado, entre ellas, la adopción.

La declaración en situación de adoptabilidad entonces es la culminación de un proceso en el cual el Estado –con una intervención mixta, administrativa/judicial– confirma que un/a NNyA no puede continuar al cuidado de sus progenitores, parientes o miembros de su familia ampliada, por encontrarse insatisfechas sus necesidades biopsicosociales,

y de allí que, en beneficio de éste/a, sea propicio insertarse en otro núcleo familiar (Otero y Videtta 2021, p. 266).

En este marco, el CCyC en su artículo 607 visibiliza 3 escenarios diferentes que pueden dar lugar a la declaración en situación de adoptabilidad de un NNyA, a saber:

- a) los casos de niños/as sin filiación establecida o con progenitores fallecidos y siempre que se hayan agotado las herramientas de búsqueda de familia de origen o ampliada que debe instrumentar el órgano administrativo –todo ello en un plazo máximo de treinta días, prorrogables por igual plazo siempre que tal decisión se encuentre fundada;
- b) la decisión libre e informada de dar un/a hijo/a en adopción;
- c) el cumplimiento del plazo de las medidas excepcionales dispuestas por el órgano administrativo y con el pertinente control de legalidad judicial sin que sea posible la restitución del/la NNyA a su familia de origen o ampliada. (plazo máximo de 180 días).

Como adelantara, uno de los supuestos que habilita a la justicia a declarar la situación de adoptabilidad de un/a niño/a, seleccionar una familia del Registro Único de Adoptantes y dar inicio al camino de la filiación adoptiva es el previsto en el inc. b del art. 607 que expresa, “La declaración judicial de la situación de adoptabilidad se dicta si: (...) 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”.

Varias son las aristas que encierra el texto y su puesta en acto por los/as operadores/as jurídicos y no jurídicos/as del sistema mixto administrativo/judicial, incluyendo muchas veces al sistema de salud, en especial, cuando los embarazos son resultado de un abuso sexual a niñas, adolescentes y mujeres adultas, y a la declaración en situación de adoptabilidad la antecede una obstrucción estatal de la interrupción del embarazo, escenario este último que retomaremos más adelante.

A los fines del presente ensayo, interesa puntualizar una observación de índole práctica que ha traído cierta confusión a la hora de su implementación, en especial, en los primeros tiempos de vigencia del CCyC: el fin del plazo de 45 días es resguardar que el consentimiento de dar un/a hijo/a en adopción no esté viciado por la situación de vulnerabilidad que puede atravesar la mujer en su posparto. Ahora bien, ello no obliga a la mujer a maternar durante esos cuarenta y cinco días, siendo hábil la petición y toma de medida de protección temporal –familia de acogimiento, solidaria, etc.– respecto del/la niño/a hasta tanto transcurra el plazo legal, si es que así lo desea/manifiesta la mujer.

Como bien lo ha explicitado el Tribunal Supremo español en una ya antigua sentencia del 21 de septiembre de 1999, “[l]as razones de esta cautela legal, se explican por la necesidad de garantizar la concurrencia plena de las facultades esenciales de libertad y conciencia en la madre biológica, para calibrar y ponderar detenida y serenamente la abdicación del ejercicio de la maternidad con la cesión en adopción del niño” (STS 5672/1999).

2.2. *La excepción a la declaración en situación de adoptabilidad: el derecho de la niña o niño a permanecer con su familia de origen o ampliada*

Ahora bien, el mismo artículo 607 que hace audible el derecho de no ejercer la maternidad de la mujer, otorgando el consentimiento para que el/la niño/a sea integrado a otra familia vía adopción, cierra con un llamado en clave no ya de autodeterminación sino de bienestar: “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”.

Extremos estos –autodeterminación de la mujer y bienestar del/la niño/a– que muchas veces aparecen visibilizados por las/los jueces/zas como conflictivos y sin posibilidad de armonización (Llobet 2020, p. 8).

De esta forma, ante el supuesto de una mujer que irrumpe y corporiza con su decisión la ruptura del binomio presentado como natural y esencialista “madre-hijo/a”, el interés superior del NNyA se reduce a su necesidad y consecuente derecho a crecer y desarrollarse en el núcleo de su familia de origen, lo que implica un proceso de descontextualización y universalización de las necesidades de ese/a niño/a o adolescente particular (Llobet 2014, p. 372) y, al mismo tiempo, una vulneración y puesta en jaque de la decisión de la mujer de no ejercer la maternidad.

2.3. *Los caminos transitados en la jurisprudencia argentina*

Si bien han sido varias las decisiones jurisdiccionales dictadas en vigencia del CCyC que han resuelto la declaración judicial de la situación de adoptabilidad de un niño/a al poco tiempo de nacido/a,¹ armonizando el derecho a la identidad de la persona menor de edad, su interés superior y la decisión autónoma de no ejercer la maternidad, a los fines de este ensayo interesa ejemplificarlas seleccionando dos de estos precedentes.

En primer lugar, siguiendo un orden cronológico ascendente, cabe traer a colación una resolución judicial oriunda de la ciudad de Tandil, provincia de Buenos Aires del 13 de agosto de 2020 (*F., M.V. s /Abrigo*, 2020). Los antecedentes del caso son los siguientes. El 15/05/2020 se inician los autos *F., K. s/ Materia a categorizar*, a partir de la presentación electrónica de la Sra. Defensora Oficial. Expone que el 13/05/2020 la Sra. F. había dado a luz a una beba. Que la Sra. F. se puso en contacto con la Defensoría por medio de la obstetra que la atendió durante su embarazo, y que era su intención entregar a su hija con fines de adopción. El 15/05/2020 la magistrada dispone la inmediata intervención al sistema de protección integral de Tandil. El 18/05/2020 se adopta una medida de protección especial de derechos respecto de M.V.F., nacida el 13/05/2020, la medida fue dispuesta por el plazo máximo de 180 días, consistiendo en la permanencia de la niña en el domicilio del matrimonio B.D., quienes forman parte del Programa Familias Solidarias. Mientras tanto, y en relación a las estrategias a implementarse, comunican que se convocará a la joven K.F. en pos de mantener entrevista en este Servicio Local, tomar conocimiento respecto a su posicionamiento subjetivo, ratificar su decisión, y recabar datos del progenitor de la niña, e integrantes de la familia ampliada. Esto último, a fines de evaluar a los miembros de la familia materna y paterna, teniendo en cuenta la implicancia y posicionamiento, respecto al estado de situación actual de la niña. En

¹ Para un análisis más amplio de estos decisorios se recomienda compulsar: Herrera *et al.* 2022.

relación con la pareja de la Sra. F., la Magistrada dispone la realización de prueba de ADN respecto de G. R. I. (prueba que no se puede realizar por la pandemia de COVID 19 y las medidas de aislamiento). No obstante, la madre está convencida que no es el padre porque en esa época estaban distanciados, desconociendo quién es el progenitor. El 06/07/2020, el servicio local presenta informe de conclusión de plan estratégico y solicita se declare el estado de adoptabilidad, la progenitora, ni la familia extensa (citados) se presentan.

En este contexto, llamada a resolver, la jueza declara la inconstitucionalidad de la última parte del art. 607: "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"– por contraponerse al "interés superior del niño", y porque condicionar la voluntad autónoma de la madre de dar su hija en adopción es contrario a la perspectiva de género y al interés superior del niño. Para así resolver, se destacan los siguientes fundamentos:

- Las tensiones entonces parecieran quedar enmarcadas entre la autonomía de la voluntad de la madre, quien, en pleno ejercicio de su responsabilidad parental, inclusive antes de que su hijo/hija nazca, toma la decisión libre de darlo en adopción y el derecho de ese niño/niña a vivir en su familia de origen.
- Por lo tanto, es en ese marco argumental que estoy convencida que respetar la voluntad de la madre, sin otros condicionamientos que aquellos que garantizan el "interés superior del niño", tomada en el marco de todos los componentes de los actos jurídicos: discernimiento, intención y libertad, es tomar decisiones con perspectiva de género.
- ¿Qué sentido tendría entonces aceptar "la autonomía de la voluntad" de dar un hijo, hija en adopción, si luego, igual la someteríamos a la convivencia permanente con ese hijo/a cuya maternidad no desea ejercer?
- Mantener el acatamiento total a la normativa importaría juzgar la conducta de una mujer, que ha tomado su decisión, y que no debe, a nadie en este mundo, darle cuenta de la misma. No estoy, no estuve, ni estaré en sus zapatos, y mi obligación como Magistrada es respetarla, como mujer y como madre, no imponerle el calvario de tener que convivir con su hija, o bien alejarse de su propia familia, precisamente para no hacerlo.

De este modo, más allá de no compartir la declaración de inconstitucionalidad del art. 607, aspecto crítico que desarrollaré al sintetizar el siguiente precedente y que aplica también a este supuesto, considero que estas decisiones resuelven acertadamente la encrucijada entre el derecho a la identidad de la persona nacida –inscripción con filiación materna y derecho de acceso a conocer sus orígenes biológicos–, interés superior y decisión autónoma de una mujer que decide no ejercer la maternidad.

El segundo precedente que interesa analizar proviene de la provincia de Neuquén de fecha 30 de septiembre de 2020 (*N.N. s/ Medida de Protección Excepcional*, 2020). En este caso, en el marco de una medida de protección excepcional de NNyA, la jueza debe resolver la petición de inconstitucionalidad, entre otras normas, del artículo 607 del CCyC que manda a compulsar la posibilidad de permanencia del/la niño/a en la familia

de origen o ampliada antes de declarar la situación de adoptabilidad, pese a la decisión informada y autónoma de la mujer de dar al niño o a la niña en adopción.

La plataforma fáctica del caso es la siguiente. Una joven embarazada, de 18 años, hace saber en reiteradas oportunidades en el ámbito sanitario, luego en el administrativo y el judicial, su decisión de dar al/la niño/a en adopción, solicitando se le practique una cesárea con anestesia total, que no deseaba conocer si el/la niño/a nacía con vida, el sexo, ni el peso al nacer, agregando que desconoce quién es el progenitor y que no desea que el/la niño/a permanezca en su entorno familiar, pues ello le generaría una grave afectación emocional –nadie en su familia sabe de su embarazo, excepto su abuela que está convencida que se realizó un aborto, algo que intentó pero que no dio resultados por lo avanzado del embarazo–, manifestando su categórica negativa a cualquier tipo de convocatoria a la familia de origen a efectos de evaluar si su madre/padre/hermana/abuela pueden asumir el cuidado del niño o de la niña. De acuerdo con estas manifestaciones, con posterioridad al nacimiento el/la niño/a es alojado/a en una familia solidaria, luego, a solicitud de la Defensora del Niño se solicitan diversos informes pisco-sociales que convaliden la petición de la joven, lo que produjo que, al momento de resolver el caso, el plazo de 45 días a contar desde el nacimiento estuviera cumplido, volviendo la joven a ratificar su decisión de no ser madre.

En este contexto, a la hora de resolver, la magistrada inicia su razonamiento con un interrogante que evidencia una concepción no conciliadora entre los derechos de infancia y los derechos de las mujeres que, si bien no se traduce luego en su fundamentación, reaparece en su resolución pues declara inconstitucional dos artículos del CCyC:

La resolución de la situación que aquí se 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 materner 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 a permanecer en ella, salvo que tal decisión no sea respetuosa de su interés superior. (...) Ante la colisión de derechos, ¿cuál de ellos debe prevalecer?

Pasando luego a imaginar/indagar las consecuencias que tendría para la vida de la joven y el/la niño/a la posibilidad de que referentes de su familia biológica se hagan cargo de su cuidado:

¿No estaríamos obligándola –directa o indirectamente– a materner? O, en su defecto ¿No sería ello una clara invitación a retirarse del domicilio y hasta de su localidad para así poder proyectar la vida que ella desea? ¿Cómo seguiría la vida de M. frente a sus amigos y familia frente a dicha situación? ¿Podría el niñx desarrollarse en un ambiente sano en el marco de dichas circunstancias?

Para concluir, como adelanté, con la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 595 inc. c)² y 607 parte final del CCyC, puesto que, en el caso particular, considera que esas normas no superan la prueba de constitucionalidad-convencionalidad en vigencia.

² Artículo 595.- Principios generales. La adopción se rige por los siguientes principios: a) el interés superior del niño; b) el respeto por el derecho a la identidad; c) el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada; d) la preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos

Si bien desde un enfoque conciliador entre los derechos de la joven y el/la niño/a es acertada la decisión de declarar la situación de adoptabilidad a los fines de integrar al/la niño/a en una familia distinta a la de origen, la declaración de inconstitucionalidad de la parte final del 607 del CCyC no se condice con esta visión componedora de derechos. En otras palabras, es el propio texto final de la norma: “tal pedido es considerado adecuado al interés de éste” – el que habilita una decisión como la que aquí se analiza puesto que, si conforme lo expresado por la jueza, mantener al niño o a la niña en su familia de origen no es conteste con su interés superior, bastaba con ello para declarar su situación de adoptabilidad sin necesidad de declaración de inconstitucionalidad alguna.

3. Nacimiento de niños/as luego de interrupciones de embarazo obstaculizadas y declaración en situación de adoptabilidad

3.1. Consideraciones generales

Antes de adentrarnos en el análisis de dos situaciones que se han presentado en la jurisprudencia argentina, conviene sintetizar, muy brevemente, de qué modo se regula el acceso a la interrupción del embarazo, diferenciando el acceso a la interrupción legal del embarazo (ILE) por causales, despenalizado en Argentina desde el año 1921 en que se sanciona el Código Penal, del acceso a la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) hasta la semana 14 de gestación, legalizado recién a principios del 2021 con la publicación en el boletín oficial de la Ley 27.610, nominada ley de “Acceso a la Interrupción Voluntaria del embarazo”.

Esta ley reconoce el derecho de las mujeres y personas con otras identidades de género con capacidad de gestar a: a) Decidir la interrupción del embarazo de conformidad con lo establecido en la ley; b) Requerir y acceder a la atención de la interrupción del embarazo en los servicios del sistema de salud, de conformidad con lo establecido en la ley; c) Requerir y recibir atención postaborto en los servicios del sistema de salud, sin perjuicio de que la decisión de abortar hubiera sido contraria a los casos legalmente habilitados de conformidad con la ley; d) Prevenir los embarazos no intencionales mediante el acceso a información, educación sexual integral y a métodos anticonceptivos eficaces. (art. 2).

Asimismo, dispone, que las mujeres y personas con otras identidades de género con capacidad de gestar tienen derecho a decidir y acceder a la interrupción de su embarazo hasta la semana catorce (14), inclusive, del proceso gestacional (IVE).

Fuera del plazo dispuesto en el párrafo anterior, y sin plazo alguno, la persona gestante tiene derecho a decidir y acceder a la interrupción de su embarazo solo en las siguientes situaciones: a) si el embarazo fuere resultado de una violación, con el requerimiento y la declaración jurada pertinente de la persona gestante, ante el personal de salud interviniente. En los casos de niñas menores de trece (13) años, la declaración jurada no será requerida; b) si estuviere en peligro la vida o la salud integral de la mujer o persona gestante. (art. 4).

jurídicos entre los hermanos, excepto razones debidamente fundadas; e) el derecho a conocer los orígenes; f) el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los diez años.

Aclaradas sucintamente las dos opciones reconocidas por ley –IVE e ILE– pasamos a analizar dos casos que comprometen al último supuesto, es decir, a la interrupción legal del embarazo por la causal del inc. a), embarazos resultado de una violación o abuso sexual.

3.2. *¿Inscripción sin filiación materna?*

En particular, interesa analizar críticamente dos decisiones jurisdiccionales provenientes, por orden cronológico ascendente, de la provincia de Tucumán y de Córdoba, con el fin de profundizar sobre una figura no receptada en el ordenamiento jurídico argentino; me refiero al denominado parto anónimo, regulado, con diferentes matices, en países tales como Francia,³ Italia⁴ y Alemania,⁵ entre otros.

3.2.1. Juzgado en lo Civil en Familia y Sucesiones de 5° Nominación de Tucumán, Argentina, 19/03/2019, T.A.S. s/ Especiales

El caso se inicia a instancias de la Directora General del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la provincia de Tucumán quien, al recibir el Informe Estadístico de la nacida viva (certificado de nacimiento), confeccionado en ocasión de la práctica quirúrgica de Interrupción Legal de Embarazo, producto de un abuso sexual intrafamiliar (art. 86, inc. 2, CP, sustituido por Ley 27.610, 2021), solicitada clínicamente por la niña T.A.S., de 11 años de edad, y por su progenitora, requiere la intervención de la judicatura con el fin de definir y ordenar la modalidad de inscripción del nacimiento (partida de nacimiento) y de la defunción de la neonata (partida de defunción), teniendo en consideración las particulares características que rodearon su nacimiento.

Para comprender en toda su dimensión los alcances y las implicancias personales, políticas y sociales de este caso –conocido en los medios de comunicación como el caso “Lucía”, nombre ficticio elegido por las organizaciones de mujeres y DDHH para

³ Para un estudio crítico de la regulación del parto anónimo en el sistema francés se recomienda compulsar: Kemelmajer de Carlucci (2004).

⁴ Para un análisis sobre el alcance de la regulación de esta figura en el derecho italiano, se recomienda compulsar: Toscano (2022).

⁵ Cabe destacar que, en el caso de Alemania, el parto no es anónimo sino confidencial: “(en) el parto confidencial, la mujer revela su verdadera identidad solo una vez al consejero responsable en un centro de consejería de embarazo. El consultor está legalmente obligado a guardar secreto. La mujer embarazada luego elige un seudónimo para sí misma y también puede elegir el nombre de pila del niño. El consejero registra la información sobre la identidad de la mujer embarazada en una prueba de origen, que se envía en un sobre cerrado a la Oficina Federal de Tareas de la Familia y la Sociedad Civil (BAFzA) después del nacimiento del niño y se guarda allí de forma segura. A la edad de 16 años, el niño tiene derecho a ver los datos personales de la madre (nombre, fecha de nacimiento, dirección) en la Oficina Federal para las Funciones de la Familia y la Sociedad Civil. Sólo el propio niño puede ejercer este derecho. De esta manera, el procedimiento de parto confidencial crea un equilibrio entre las necesidades de la mujer y el niño. Si la madre se siente en peligro por la divulgación de sus datos, puede solicitar mantener su anonimato a partir del cumpleaños número 15 del niño. La mujer puede explicar sus preocupaciones a un centro de asesoramiento sobre embarazo bajo su seudónimo. En este caso, el niño inicialmente no recibiría ninguna información sobre su filiación, pero puede acudir a un tribunal de familia. Luego, el tribunal de familia examina si el interés de la madre en continuar manteniendo su identidad en secreto debido a los temidos peligros para la vida, las extremidades, la salud, la libertad personal o intereses similares dignos de protección supera el interés del niño en conocer su filiación. La identidad de la mujer permanece protegida durante el proceso en curso”. Información disponible en Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend 2023 (Traducción propia).

respetar el derecho a la intimidad de la niña víctima de abuso– es necesario acercar al lector(a) algunos detalles que preceden a este decisorio.

Lucía había ido a vivir con su abuela y sus hermanas, luego de que la pareja de su madre abusara de sus hermanas mayores. En el verano de 2019, la madre de Lucía denunció el abuso del que había sido víctima su hija menor, cometido por la pareja de la abuela de la niña,⁶ y solicitó la interrupción legal del embarazo (ILE). El sistema de salud público y el Poder Ejecutivo locales dilataron por diversos medios el acceso a la ILE (Gramaglio 2020).

Cabe destacar que el hospital tuvo que ser intimado por la jueza de Familia para que se practique la ILE. El 27 de febrero, con 23 semanas de gestación, se realizó una microcesárea a la niña por su estado de salud; la neonata nacida falleció a los pocos días.⁷

Con este telón de fondo nuevamente la jueza de Familia es requerida, esta vez no por las organizaciones de mujeres y de DDHH, sino por la funcionaria del ámbito registral, a los fines de resolver la encrucijada en torno a la inscripción de nacimiento y defunción de la neonata fallecida.

¿Cuál es la respuesta registral más adecuada desde una articulación entre la perspectiva de género y de niñez en el presente caso? La jueza considera que, en este caso y por las circunstancias particulares que lo han rodeado, la solución que mejor responde al interés superior de la niña, en atención al fallecimiento casi inmediato de la neonata, es la inscripción de la partida de nacimiento y posterior defunción sin asignación de maternidad –vínculo filial– con Lucía, de tan solo 11 años. Para así resolver, entre sus fundamentos se destaca:

En el caso que nos ocupa, ese Interés Superior de la niña T.A.S. debe resguardarse no sólo desde la faz de la Salud Pública (...), sino también y fundamentalmente desde la faz administrativa: *a fin de evitar la revulneración de los derechos de la niña* en tanto haber resultado víctima de un delito infamante con una de las secuelas más lacerantes para su edad y grado de madurez. En tal sentido, *entre las medidas administrativas que deben considerarse de estricto e ineludible cumplimiento se encuentra la de inscribir el nacimiento y posterior defunción de la neonata que sobrevino a partir de la práctica quirúrgica de I.L.E. a la que fuera sometida la niña*. Dichas inscripciones, si bien deben reflejar instrumentalmente el nacimiento de la neonata y su posterior deceso, *no deben contener dato alguno que implique o del que pueda surgir vinculación de maternidad alguna respecto a la niña T.A.S.* [El destacado es propio]

(...) *bajo ningún concepto dichas inscripciones registrales deben vulnerar los derechos y la reserva de intimidad que la víctima del caso (T. A. S.) tiene derecho a que le sean tutelados.* [El destacado es propio]

Para concluir que, en casos como estos, la legislación prevé una solución adecuada en el art. 65 del CCyC, que establece lo siguiente: “Apellido de persona menor de edad sin filiación determinada. La persona menor de edad sin filiación determinada debe ser

⁶ El 14 de febrero de 2020, la pareja de la abuela, Eliseo Víctor Amaya, de 66 años, fue condenado en un juicio abreviado a 18 años de prisión por la Sala V de la Cámara Penal de Tucumán.

⁷ La médica y el médico que realizaron la práctica fueron denunciados penalmente, el Ministerio Público Fiscal impulsó la investigación y los acusó de homicidio agravado; atravesando un proceso judicial de más de un año hasta que finalmente a fines de 2021 la justicia los absolvió.

anotada por el oficial del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas con el apellido que está usando, o en su defecto, con un apellido común”.

De este modo, la jueza ordena la inscripción registral del nacimiento y defunción bajo el nombre de pila “E.”, debiendo adicionarse un apellido común que complete su denominación en el Registro Civil. Decisión que se comparte por entender que, la inscripción de nacimiento y posterior defunción sin indicación de la existencia de vínculo filial entre una niña de 11 años y una neonata con supervivencia de pocos días, es conteste con el derecho a la protección de la vida privada de la niña Lucía (art. 16, CDN), es una decisión fundada en la evaluación y la consideración de su situación de extrema vulnerabilidad, su derecho a la salud en sentido integral y su derecho a ser oída, en particular, en relación con su decisión de no ser madre y de interrumpir ese embarazo producto de un abuso sexual, y la determinación de su interés superior (art. 3, CDN).

Cabe preguntarse qué impacto tuvo en esta decisión –y en la consideración positiva recientemente expuesta– el hecho de que la niña nacida no haya sobrevivido más que unos pocos días. ¿Y cuánto ha influido el hecho de que el conflicto trate sobre el vínculo maternofilial de una niña de tan solo 11 años víctima de un abuso sexual? Considero que ambos extremos –fallecimiento de la neonata y edad y vulnerabilidad de la persona gestante– han sido determinantes, en tanto, la decisión solo tuvo repercusión en una de las niñas puesto que la neonata supervivió, insisto, apenas unos días y, en función de esta situación particular, el interés superior de Lucía era el único a ser atendido y considerado en forma primordial.

El caso que se sintetiza a continuación permitirá advertir, con mayor claridad, cómo la condición de ser una niña de 11 años, habiendo sufrido abuso por parte de un familiar, en un contexto de una ILE obstaculizada por los/as efectores/as estatales, y el fallecimiento posterior y casi inmediato de la neonata, han sido factores determinantes que con justeza y razón inclinan la balanza en favor de la inscripción sin filiación materna.

Ahora bien, la pregunta deviene obligada: ¿puede esta solución individual postularse como regla para toda inscripción de nacimiento que tenga como antesala una interrupción legal del embarazo obstaculizada?

3.2.2. Juzgado de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y de Género de 5° nominación, Córdoba, Argentina, 16/12/2022, Z., M.P. s/ *Control de legalidad* (Ley 9944 – Art. 56)

En esta oportunidad, la causa la inicia también una funcionaria pública pero esta vez no del Registro Civil sino de la Dirección de Asuntos Legales de la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia de la Ciudad de Córdoba, con el fin de que se declare la situación de adoptabilidad de una niña nacida en septiembre de 2022 como consecuencia de una ILE practicada en la semana 32 de gestación a petición de una joven ya adulta.

En otras palabras, el pedido de la funcionaria no se vincula a la necesidad de dilucidar la forma de inscripción de un nacimiento y posterior defunción, puesto que la niña nacida luego de obstaculizar una ILE (encuadrada en la causal de abuso sexual) se encontraba en perfecto estado de salud y ya había sido inscripta en el Registro Civil como hija de la mujer que la había gestado. Lo que debía resolver la justicia, en esta oportunidad, era la declaración de adoptabilidad de la niña –para su posterior inserción en una familia adoptiva– en función de que la madre biológica, en el marco de su

autonomía de la voluntad había decidido no ejercer la maternidad, así como no brindar datos de contacto de su familia extensa “a fin de que los mismos no sean notificados de su situación ni considerados como alternativa familiar de cuidado para la recién nacida”.

Para responder a esta solicitud, que remarcamos no incluía la rectificación de la inscripción de nacimiento y filiación materna ya ocurrida, la jueza divide su análisis en tres considerandos temáticos, a saber:

- a) análisis de la configuración de una medida de tercer nivel –en otros términos, de una medida excepcional por la cual se decide separar preventiva y temporalmente a un niño o niña de su entorno familiar–.
- b) procedencia de la declaración en situación de adoptabilidad.
- c) control de convencionalidad. Inaplicabilidad del art. 565 del Código Civil y Comercial que regula la determinación legal de la maternidad conforme certificado de parto e identidad del nacido/a.

En relación con el primer tópico –si el presente caso configura o no una medida excepcional o de tercer nivel– la magistrada considera que el caso no ha configurado una medida excepcional, “toda vez que no ha operado una privación de un NNA de su centro de vida o familiar”. Agregando “toda vez que no coexiste entre la mujer gestante y la pequeña una relación de afectividad familiar, extremo que deviene inaplicable lo previsto por la normativa en materia de infancia relativo a la protección de la vida familiar”. Para concluir que, “el espíritu de la Ley Nacional 27.610 importa *priorizar la autonomía de la mujer y su derecho a decidir libremente la interrupción de su embarazo* por encima de la voluntad de cualquier otra persona o miembros del grupo familiar que pudieran sentirse vulnerados” (el destacado corresponde al original).

Primer gran yerro de la jueza, la ley 27.610 prioriza la autonomía de la mujer a decidir la interrupción del embarazo, pero no en cualquier escenario, en otras palabras, esa autonomía –como todo derecho– no es de carácter absoluto.

Por empezar, la autonomía tiene un límite que resulta del propio texto de la 27.610: la interrupción voluntaria del embarazo sin expresión de causales (IVE) solo se habilita hasta la semana 14 de gestación, sobrepasado ese plazo la mujer y/o persona gestante sólo tiene derecho a acceder a la interrupción del embarazo si este es resultado de una violación o si está en peligro su vida o su salud integral.

De esta forma, los/as legisladores/as argentinos/as, al regular la interrupción del embarazo han tenido en consideración la noción de gradualidad, en tanto a mayor desarrollo del feto mayor es su protección y menor es el grado de autonomía que se le reconoce a la mujer para decidir la no consecución de un embarazo. Ello en línea con lo dispuesto por la Corte IDH en su sentencia *Artavia Murillo y otros* contra Costa Rica del 28/11/2012 cuando afirma que el art. 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos protege la vida en general desde la concepción, puntualizando que “en general” significa que resulta lícito permitir el aborto. Con mayor precisión, que “es posible concluir de las palabras ‘en general’ que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo” (párrafo 264).

Por ello, para perforar el plazo previsto –14 semanas– y acceder al aborto sin plazo el ordenamiento jurídico argentino prevé un sistema de causales que se justifican no solo en resguardo del derecho de la mujer y/o persona gestante a decidir no continuar su embarazo, sino que pivotean otros derechos tales como, el derecho a su salud, su vida, su integridad –entre otros derechos involucrados– pero siempre frente a un feto o nasciturus, es decir, frente a una persona no nacida.

De lo hasta aquí expuesto, surge el siguiente interrogante: ¿frente a una persona nacida se puede sostener que el ordenamiento jurídico argentino priorice la autonomía de la mujer de manera absoluta por sobre los derechos del niño o niña, en especial, anulando su derecho a la identidad, en su faceta estática, incluido en ella el derecho a conocer sus orígenes? Sostengo que la respuesta negativa se impone. En especial, porque existen respuestas alternativas que, como los casos ya analizados de declaración en estado de adoptabilidad sin compulsar en la familia biológica o ampliada por petición de la mujer o persona gestante, no vulneran o eliminan de forma absoluta derechos humanos de ninguna de las partes involucradas, garantizando tanto el derecho a no ser madre como el derecho del niño o la niña a su identidad. En otras palabras, de conformidad con el principio de razonabilidad (arts. 28 y 33 de la Constitución Nacional Argentina, Ley 24.430, 1994), una solución que pondere de manera adecuada los derechos o intereses en pugna, sin excluir o eliminar derechos de nadie, siempre será una respuesta más satisfactoria.

A lo anterior, se suma otra razón de peso para desvirtuar la afirmación de la jueza en torno al espíritu de la ley 27.610 y su priorización absoluta del derecho de autonomía de la mujer y/o persona con capacidad de gestar, la propia ley, en su artículo 3 sobre el marco constitucional, refiere que sus disposiciones se enmarcan en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional:

los tratados de derechos humanos ratificados por la República Argentina, en especial la Declaración Universal de Derechos Humanos, *la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés) y su Protocolo Facultativo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer ‘Convención de Belém do Pará’, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *la Convención sobre los Derechos del Niño* y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, en virtud de la protección que otorgan a los derechos sexuales y reproductivos, a la dignidad, a la vida, a la autonomía, a la salud, a la educación, a la integridad, a la diversidad corporal, a la identidad de género, a la diversidad étnico-cultural, *a la privacidad*, a la libertad de creencias y pensamientos, a la información, a gozar de los beneficios de los avances científicos, a la igualdad real de oportunidades, *a la no discriminación y a una vida libre de violencias*. [El destacado es propio]

En atención a ello, en presencia de un vis a vis (mujer – niño/a nacido/a), la protección debida, entre otros, al derecho a la privacidad y el derecho a la no discriminación no solo recaen sobre el sujeto mujer o persona con capacidad de gestar sino también en un niño o niña, que, por su sola condición de persona menor de edad, además, tiene un plus de protección especial y diferencial respecto de la persona adulta (arts. 19 Convención Americana de Derechos Humanos, Ley N° 23.054, 1984; arts. 3, 7 y 8 CDN).

Por último, cabe destacar un aspecto no problematizado por la jueza en su sentencia: ¿por qué se llega a un estadio de embarazo tan avanzado? Pregunta que debiera haber sido el punto obligado de partida. En definitiva, una judicatura activa y comprometida con su rol de agente de prevención exigía, entre otras medidas, convocar a los/as responsables del sistema de salud provincial, entre otros/as, a trabajar sobre este extremo con el fin de que estas historias no se repitan.

Asimismo, debemos recordar que, si bien el sistema de causales no prevé plazos legales, existe un límite que es el que impone la viabilidad extrauterina del feto, “momento en que ya no se realiza un aborto, sino una inducción al parto, que impone al personal de salud la realización de las maniobras necesarias para favorecer la supervivencia, de acuerdo con los principios de beneficencia y no maleficencia” (Herrera *et al.* 2021, p. 261).

En relación con el segundo tópico analizado por la magistrada, es decir, si procede o no la declaración en situación de adoptabilidad de la niña nacida, la respuesta es afirmativa. No obstante, nuevamente, el foco de la argumentación se concentra en que en el presente no existe una decisión de la madre –en realidad el punto de la jueza es, “no hay madre”– de dar a su hija en adopción (art. 607, inc. b del CCyC), sino la manifestación de una mujer de practicarse una ILE, afirmando que

ante el vacío de normativas o protocolos en casos donde los niños y niñas poseen sobrevivida ante una interrupción legal del embarazo (ILE) tanto desde el nosocomio como también desde los restantes operadores intervinientes se ha abordado el caso en cumplimiento a la manda legal del Art. 607 inc. “b” del Cód. Civ. y Com. de la Nación, asemejando esa expresión de interrupción de embarazo formulada por la Sra. M. M. Z. con una manifestación de desprendimiento materno. Es menester señalar enfáticamente que representan dos escenarios absolutamente disímiles. Por ello, reitero deviene necesario e imperioso diferenciar la manifestación de voluntad formulada por la Sra. M.M.Z. de practicarse una interrupción legal de su embarazo (ILE) en los términos del Art. 4 inc. a) de la Ley Nacional 27.610, con una expresión de voluntad libre e informada de poner a disposición a la niña con fines adoptivos.

Pero su argumentación y decisión no concluyen allí. Una vez resuelta la declaración en situación de adoptabilidad de la niña, en el último punto de su considerando –control de convencionalidad: inaplicabilidad del art. 565 CCyC–, avanza más y, sin requerimiento de parte, introduce un debate, ajeno a la función de la jurisdicción sino propio del Poder Legislativo Nacional, a saber: si procede, en casos de nacimientos de niños/as a partir de ILE obstaculizadas, recurrir al parto anónimo. Pregunta que la magistrada responde afirmativamente pese a que –necesario es remarcarlo– contraria la legislación vigente, no cuenta con apoyatura en la doctrina nacional, no existe una demanda en este sentido de grupos y organizaciones de mujeres y personas con capacidad de gestar, ni existen proyectos de ley presentados en esa línea en el Honorable Congreso de la Nación argentino.

Los fundamentos para declarar inaplicable el art. 565⁸ del CCyC en la parte que refiere a la determinación de la maternidad son los siguientes:

⁸ Artículo 565.- Principio general. En la filiación por naturaleza, la maternidad se establece con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. La inscripción debe realizarse a petición de quien presenta un certificado del médico, obstétrica o agente de salud si corresponde, que atendió el parto de la mujer a quien se atribuye la maternidad del nacido. Esta inscripción debe ser notificada a la madre, excepto que sea ella

- A modo ejemplificativo, destaco que Francia representa el ejemplo paradigmático del parto anónimo, en razón de hacer depender la determinación de la maternidad no matrimonial de la voluntad de la madre y consecuentemente permitir que no quede registro de la identidad de la mujer en el Hospital donde dio a luz. Por su parte, Italia, representa otra jurisdicción europea que reconoce el anonimato —con mayor amplitud que la francesa— la posibilidad que la mujer parturienta se acoja al anonimato sobre su maternidad. En ese país, la maternidad —no matrimonial— requiere de un reconocimiento voluntario a fin su inscripción, brindando la posibilidad que la mujer dé a luz en el completo anonimato, sin que su identidad conste en el parte médico de asistencia al parto.
- En opinión del juez europeo, “esto constituyó un paso acertado del estado en un intento por equilibrar la vida privada de la madre como el derecho a la información del hijo, pues refuerza la posibilidad de levantar el secreto a la identidad facilitando la búsqueda de la verdad biológica. Se permite la reversibilidad del anonimato a reserva del consentimiento de la madre y la demanda del hijo (...) la legislación francesa pretende alcanzar equilibrio y proporcionalidad que en el concreto se obtiene brindándole información no identificadora a la demandante y preservando el anonimato de la mujer que da a luz (...)” (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de fecha 12/02/2003, (*Odievre c Francia*)).
- (...) ¿no se debiera procurar en casos como el presente (Ley Nacional 27.610) una aplicación legal distinta —más profunda— y armoniosa de todos los preceptos normativos vigentes a fin de proporcionar la respuesta más justa y adecuada al justiciable?
- Resulta ilógico, hasta roza lo incomprensible, que la inscripción registral haya avanzado por encima de los derechos de una mujer, creándose un vínculo jurídico entre la Sra. M.M.Z. con la niña M.P.Z., cuando la misma expresara fehaciente e indubitadamente aun antes de que la misma naciera —munida de los resguardos del caso— su firme consentimiento de someterse a una interrupción voluntaria de su embarazo (ILE). Por otra parte, no se vislumbran fisuras ni ambivalencias en el proceso llevado adelante en el Hospital Materno Neonatal en la persona de aquella, no obstante ello a la fecha obra un acta de nacimiento rubricada con su nombre y el de la niña, y además un DNI que así lo acredita. En el presente, no solo la aplicación dogmática de los textos legales sino también la ausencia de protocolos específicos ha ido más allá de la voluntad de la persona, avasallándola y con ello ligándola jurídicamente a la niña en cuestión.

Para concluir:

Esa inscripción registral, como las acciones desplegadas a consecuencia de ese acto jurídico vulneran sus derechos a la integridad física, psíquica y emocional, a la libertad,

quien la solicita o que quien denuncia el nacimiento sea su cónyuge. Si se carece del certificado mencionado en el párrafo anterior, la inscripción de la maternidad por naturaleza debe realizarse conforme a las disposiciones contenidas en los ordenamientos relativos al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

sexualidad, muchos de ellos de raigambre constitucional por devenir de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer. (CEDAW)

Sobre estos fundamentos caben algunas consideraciones críticas y aclaraciones.

En primer lugar, advertir sobre el uso parcial de los decisorios del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) por parte de la magistrada, en tanto, aun siguiendo los lineamientos del referido Tribunal en torno a la viabilidad del parto anónimo que, vale remarcar, no son obligatorios para el territorio argentino, su sentencia no condice con aquellos puesto que, justamente, hay una arista que luce completamente ausente en las consideraciones de la jueza: como compatibilizar este tipo de decisiones con el derecho a la identidad de la persona nacida y su derecho de acceso a conocer sus orígenes biológicos.

En este sentido, cabe destacar que en relación al TEDH, tanto en el precedente citado por la jueza argentina (Caso *Odièvre v Francia*, del 13 de febrero de 2003), como en otro posterior que culmina con una condena al Estado italiano por violación del art. 8.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Caso *Godelli v Italia*, 18 de marzo de 2013), el nudo problemático resulta ser cómo armonizar equilibradamente el derecho a la identidad de las personas nacidas, en especial, el derecho a conocer sus orígenes biológicos, con la figura del parto anónimo en aquellos países que la reconocen. En el segundo de los precedentes referidos, sobre esta tensión, el Tribunal Europeo señala:

La Corte debe considerar si, en el presente caso, se ha logrado un justo equilibrio en la ponderación de derechos e intereses contrapuestos, a saber, por un lado, el del solicitante a conocer sus orígenes y, por el otro, el de la madre a permanecer en el anonimato. (Parágrafo 66, traducción propia)

En el presente caso, la Corte observa que, contrariamente a la situación del caso *Odièvre*, la demandante no tuvo acceso a ninguna información sobre su madre y su familia biológica que le permitiera establecer algunas raíces de su historia respetando la preservación de los intereses de terceros. (...) la demandante se enfrentó a una negativa absoluta y definitiva de acceder a sus orígenes personales. (Parágrafo 68, traducción propia)

En el presente caso, la Corte advierte que, si la madre biológica ha decidido permanecer en el anonimato, la legislación italiana no da ninguna posibilidad al niño adoptado y no reconocido al nacer para solicitar el acceso a información no identificable de sus orígenes, o la reversibilidad del secreto. En estas circunstancias, el Tribunal considera que Italia no ha buscado establecer un equilibrio y proporcionalidad entre los intereses de las partes interesadas y, por lo tanto, ha excedido el margen de apreciación que se le debe conceder. (Parágrafo 71, traducción propia)

En segundo lugar, interesa destacar lo que se consideran falencias de la parte resolutive de la sentencia de la magistrada argentina en cuanto expresa: “Declarar la inaplicabilidad del art. 565 del CCyCN en la parte que dice: Determinación de la Maternidad: “... En la filiación por naturaleza, la maternidad se establece con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido (...)”. Comuníquese ese extremo al Sr. Director del Registro Civil de esa Ciudad a sus efectos”. ¿Cuáles serían esos efectos? Se rectifica la partida originaria, se ordena la inscripción de la niña sin filiación alguna, y, en relación con su nombre y apellido, por ejemplo, qué se resuelve. ¿Queda en facultad del Registro Civil definir el nombre –por ejemplo, manteniendo el asignado al momento del nacimiento, inscripción y filiación– y el apellido? Interrogantes que la sentencia no

despeja, en atención o como consecuencia lógica del sesgo en torno al derecho a la identidad de la persona nacida.

Otro gran yerro de la parte resolutive, que torna contradictoria la decisión, aparece, en el punto I del resuelvo, en tanto, se indica que, se “[d]eclara la adoptabilidad de la niña M.P.Z., (...) nacida el 11 de agosto del año dos mil veintidós, hija de la Sra. M.M.Z., (...) en virtud de lo normado por el art. 607 inc. ‘b’ del CCyC”. Entonces nos preguntamos, finalmente, la mujer, ¿decide dar a su hija en adopción o no?, ¿por qué en los considerandos se sostiene que el caso no se corresponde con ninguno de los supuestos del art. 607 y luego se concluye en el resuelvo que la declaración en situación de adoptabilidad encuadra en el inc. b del referido artículo? Nuevamente preguntas que no hacen más que visibilizar las contradicciones que encierra la presente decisión jurisdiccional y lo errado de recurrir a una figura no contemplada en el derecho argentino. Figura que se encuentra reñida con el amplio desarrollo del derecho a la identidad en un país como la Argentina, signado por la desaparición forzada de personas en la última dictadura cívico-militar y la apropiación de niños/as nacidos/as en cautiverio.

Como lo ha señalado la Corte IDH en el caso *María y otros v Argentina* (2023):⁹ “La identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social”. Añadiendo: “De esta forma, la identidad, si bien no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, entraña una importancia especial durante la niñez”. Para culminar destacando que la violación de este derecho a la identidad, además, influye en otros derechos –en el caso particular de la Corte, el niño Mariano no pudo ser oído por el Tribunal porque no conoce su historia –no sabe quién es su madre biológica– y no se consideró conforme su interés superior hacérselo saber en el marco de un proceso jurisdiccional sin el debido acompañamiento psicológico.

En este marco, volviendo sobre el análisis crítico de la sentencia del juzgado cordobés, me pregunto: ¿Por qué conculcar de tal modo el derecho a la identidad de la niña, hasta el punto de siquiera considerarlo, si se podía llegar a una misma solución –con idénticos

⁹ El caso se relaciona a la presunta responsabilidad internacional del Estado en el marco del proceso administrativo y judicial de guarda y adopción del niño “Mariano” en perjuicio del propio niño, su madre “María” y de la madre de “María”; quien al momento del nacimiento de su hijo tenía 13 años de edad. La Corte IDH determina que: “El Estado es responsable por la violación a los derechos a la integridad personal, a la vida familiar, a la protección a la familia y a los derechos de la niñez, reconocidos por los artículos 5, 11.2, 17 y 19 en relación con el artículo 1.1, todos de la Convención Americana en perjuicio de María. Asimismo, es responsable de la violación a los derechos a la vida familiar, a la protección a la familia, a la identidad y a los derechos de la niñez, reconocidos por los artículos 11.2, 17 y 19 en relación con el artículo 1.1, todos de la Convención Americana, en perjuicio de Mariano. También, es responsable de la violación de los derechos a la vida familiar y a la protección a la familia, garantizados por los artículos 11.2 y 17, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de la madre de María, en los términos de los párrafos 82 a 114 de esta Sentencia”. Asimismo, encuentra al Estado responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial y el Estado es responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial y por la violación al derecho a la igualdad y no discriminación reconocidos por los artículos 1 y 24 de la Convención Americana en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento y por el artículo 7 a) de la Convención de Belém do Pará en perjuicio de María.

efectos prácticos– recurriendo a la normativa vigente tal como vimos en las respuestas jurisdiccionales analizadas en el apartado 2 del presente trabajo? En esta línea, cabe recordar que, en el caso de las adopciones plenas –tipo adoptivo aplicable en estos escenarios, art. 625, inc. c, CCyC¹⁰– la partida original de nacimiento –en la que figura la madre biológica– queda reservada e inmovilizada en el Registro Civil solo a los efectos de asegurar el derecho de acceso a conocer los orígenes de los/as NNyA adoptados/as, expidiéndose, una vez dictada la sentencia de adopción, una nueva partida de nacimiento solo consignando los datos filiatorios de los progenitores adoptivos.¹¹

Más aún, ¿cómo se concilia este decisorio con la posibilidad reconocida por el ordenamiento jurídico de que la persona adoptada acceda a su derecho a conocer los orígenes (art. 596 CCyC), y más aún, reclame su emplazamiento filial biológico, sin desvirtuar el adoptivo, a los fines de su derecho alimentario y sucesorio (arts. 624 y 628¹² CCyC)? Téngase presente que, si el día de mañana, la niña declarada en este decisorio en situación de adoptabilidad es emplazada en una familia adoptiva en carácter pleno, el artículo 624 del CCyC la habilita, pese a la irrevocabilidad de la adopción plena, a entablar un reclamo filial a su padre y madre biológicos: “La adopción plena es irrevocable. La acción de filiación del adoptado contra sus progenitores o el reconocimiento son admisibles sólo a los efectos de posibilitar los derechos alimentarios y sucesorios del adoptado, sin alterar los otros efectos de la adopción”. En el mismo sentido, nótese que el artículo 596 del CCyC no sólo reconoce su derecho de acceso a conocer sus orígenes biológicos –acceso al expediente administrativo, judicial, etc.– sino incluso le otorga a la persona adoptada la facultad para iniciar una acción autónoma a los fines de conocer sus orígenes.

Por último, párrafo aparte merece el punto V de la parte resolutoria de la sentencia bajo análisis, “Instar a los operadores intervinientes en la temática, tanto del Ministerio de Salud de la provincia, como también los Registros Civiles a adecuar sus normativas y procedimientos en aras de formalizar las inscripciones registrales en otros términos que eviten a la postre generar escenarios de revictimización para las mujeres y personas con otras capacidades de gestar”. Sobre este aspecto se destaca la falta de competencia de los órganos llamados a intervenir para regular una cuestión que es resorte federal y no provincial o local y, más importante aún, que es competencia exclusiva del poder democrático por excelencia, el Poder Legislativo o Parlamentario Nacional (según la organización de cada país). Ni la judicatura, ni el Ministerio de Salud local, ni los Registros Civiles son autoridades con facultades para resolver si procede aceptar

¹⁰ “Artículo 625.- Pautas para el otorgamiento de la adopción plena. La adopción plena se debe otorgar, preferentemente, cuando se trate de niños, niñas o adolescentes huérfanos de padre y madre que no tengan filiación establecida. También puede otorgarse la adopción plena en los siguientes supuestos: a) cuando se haya declarado al niño, niña o adolescente en situación de adoptabilidad; b) cuando sean hijos de padres privados de la responsabilidad parental; c) cuando los progenitores hayan manifestado ante el juez su decisión libre e informada de dar a su hijo en adopción.”

¹¹ “Artículo 559.- Certificado de nacimiento. El Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas sólo debe expedir certificados de nacimiento que sean redactados en forma tal que de ellos no resulte si la persona ha nacido o no durante el matrimonio, por técnicas de reproducción humana asistida, o ha sido adoptada.”

¹² “Artículo 628.- Acción de filiación o reconocimiento posterior a la adopción. Después de acordada la adopción simple se admite el ejercicio por el adoptado de la acción de filiación contra sus progenitores, y el reconocimiento del adoptado. Ninguna de estas situaciones debe alterar los efectos de la adopción establecidos en el artículo 627.”

normativamente el “parto anónimo”; en todo caso el llamado de atención debería estar dirigido a los efectores de salud con el fin de indagar por qué razón se obstaculiza una práctica reglada por ley como es la interrupción del embarazo.

4. A modo de epílogo: ¿es el parto anónimo la respuesta a nacimientos luego de ILE obstaculizadas?

A la luz de lo analizado a lo largo del presente ensayo es dable preguntarnos, a modo de epílogo, si, para los casos de niños/as que poseen sobrevida luego de una obstaculización de la interrupción legal del embarazo, se requiere receptor, en el ordenamiento jurídico argentino, la figura del parto anónimo o confidencial.

La respuesta es negativa y doy mis razones:

- El parto anónimo, como herramienta, tiene su génesis en el intento de detener los abortos, es decir, evitar tanto las IVE como las ILE, razón por la cual resulta contradictorio justificar su regulación en consonancia con sostener el acceso seguro y expedito a la interrupción del embarazo.
- El parto anónimo se ha justificado también como respuesta para reducir la mortalidad materna y las condiciones de salud de la mujer o persona gestante pero en el marco de una cosmovisión que no compartimos puesto que, en primer lugar, se cimienta en una premisa patriarcal y moralista: el embarazo de una mujer no casada es estigmatizante, razón por la cual, para evitar “vergüenza” la mujer no acude al sistema de salud y tiene a su hijo/a en condiciones insalubres tanto para ella como para el/la niño/a.
- Como contracara, el Estado argentino, a la par que ha reconocido el derecho a la IVE y la ILE (Ley 27.610, 2021), ha sancionado lo que se ha dado en conocer como el Plan 1000 días (Ley 27.611, 2021) cuyo objeto es, justamente, fortalecer el cuidado integral de la salud y la vida de las mujeres y otras personas gestantes, y de los niños y las niñas en la primera infancia, en cumplimiento de los compromisos asumidos por el Estado en materia de salud pública y derechos humanos de las mujeres y personas con otras identidades de género con capacidad de gestar, y de sus hijos e hijas, con el fin de reducir la mortalidad, la mal nutrición y la desnutrición, proteger y estimular los vínculos tempranos, el desarrollo físico y emocional y la salud de manera integral, y prevenir la violencia, preocupándose en la misma norma de respetar el derecho a la identidad de los niños/as nacidos/as.
- En línea con lo sostenido hace tiempo atrás por la maestra argentina Aida Kemelmajer (2004), el parto anónimo, “termina generando una desigualdad intolerable entre hombre y mujer: la acción de paternidad siempre es viable; también es posible conocer, saber quién ha sido el padre de cualquier persona; por el contrario, tratándose de la madre, la mujer tiene el privilegio no sólo de impedir el establecimiento de un vínculo jurídico, sino de poner una barrera infranqueable a la posibilidad de ser conocida por la persona que ella misma engendró y trajo al mundo”.

Frente a este última argumentación podrían contraargumentarnos que justamente el problema es que en estos casos –ILE obstaculizada, con antecedente de abuso sexual– la

mujer ni engendró ni trajo al mundo a ese niño/a por propia decisión, primero porque fue violentada por un hombre, segundo, porque hubo una obstaculización de acceso a la ILE –la mayoría de las veces asociado a las resistencias al aborto de distintos efectores/as de salud, en otros casos, debido a las deficiencias en la educación sexual integral y el conocimiento tardío de mujeres, generalmente jóvenes, sobre la condición de embarazo, y en otros casos mujeres que están atravesando situaciones de violencia–.

Ahora bien, incluso considerando estas situaciones, ¿la mejor respuesta que tiene un Estado para brindar frente a estos conflictos es conculcar el derecho a la identidad del niño/a nacido/a, receptando el parto anónimo? La respuesta negativa se impone; por el contrario, la más acorde con la obligada perspectiva de género y de derecho de niños y niñas es que el Estado, como lo sostuvimos en la lucha por la legalización del aborto en argentina, garantice: “Educación sexual para decidir, anticonceptivos para no abortar y aborto legal –y expedito– para no morir”.

Una interrupción del embarazo “jamás implica el nacimiento de un recién nacido vivo. Por definición el aborto es la expulsión de un embrión/feto muerto” (Carbajal 2023). Razón por la cual, no hay un vacío legal por completar, sino un incumplimiento de la ley que denunciar e investigar y una obstrucción de derechos de niñas, adolescentes, mujeres y personas con capacidad de gestar que erradicar. Este debiera ser el compromiso y el objetivo de la justicia en general, y de la justicia de familia en particular. No olvidemos que, obstaculizar interrupciones de embarazos es ejercer violencia obstétrica, no hay niños/as nacidos de ILE tardías sino abortos denegados y embarazos forzados.

Referencias

- Carbajal, M., 2023. Las nuevas líneas de obstrucción de derechos de niñas en Tucumán. *Página 12* [en línea], 8 de noviembre. Disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/614191-las-nuevas-lineas-de-obstruccion-de-derechos-de-ninas-en-tuc>
- Gramaglio, L., 2020. *Lucía, el símbolo de los embarazos infantiles forzados en Argentina* [en línea]. Lima: Cladem. Disponible en: <https://cladem.org/archivos/biblioteca/Articulos%20de%20diplomado/Luc%C3%ADa,%20el%20s%C3%ADmbolo%20de%20los%20embarazos%20infantiles%20forzados%20en%20Argentina%20%20LUCIANA%20BEL%C3%89N%20GRAMAGLIO..pdf>
- Herrera, M., de la Torre, N., y Beguiristain, C.D., 2022. *Declaración en situación de adoptabilidad - Decisión autónoma de no maternar e interés superior del niño: ¿Tensión o articulación?*. Santa Fe. Rubinzal online: 701/2022.
- Herrera, M., Gil Domínguez, A., y Hopp, C., 2021. *Acceso a la interrupción voluntaria del embarazo, Ley 27.610. Atención y Cuidado integral de la salud durante el embarazo y la primera infancia, Ley 26.711*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- Juliano, D., 2020. Feminismos y derecho penal, una relación penosa. *En*: D. Daich y C. Varela, eds., *Los feminismos en la encrucijada del punitivismo*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Biblos.

- Kemelmajer de Carlucci, A., 2004. El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación (a propósito de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 13/2/2003, en el caso *Odièvre v. France*). *Revista Derecho de Familia*, n° 26, p. 77 y ss.
- Llobet, V., 2014. Reflexiones Sobre Un Malentendido: producción de necesidades infantiles. *Psicología em Estudo, Maringá* [en línea], 19(3), 369–380.
<https://doi.org/10.1590/1413-73722222501>
- Llobet, V., 2020. Tensiones entre derechos de las mujeres y protección de la niñez. *Revista Estudos Feministas* [en línea], 28(3). Disponible en:
<https://doi.org/10.1590/1806-9584-2020v28n365412>
- Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, 2023. *Die vertrauliche Geburt* [en línea]. Folleto informativo. 20 de julio. Disponible en:
<https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/service/publikationen/die-vertrauliche-geburt-80950>
- Otero, M.F., y Videtta, C., 2021. *Adopciones. Un modelo psicojurídico para los procesos adoptivos. Análisis, acciones y propuestas concretas*. Ciudad de Buenos Aires: Noveduc.
- Toscano, G., 2022. Primeras Reflexiones sobre el parto anónimo en el orden jurídico italiano. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n° 17 bis, 738–755.
- Villalta, C., 2019. La Convención sobre los Derechos del Niño en perspectiva. Temporalidades, disputas y desafíos en el proceso de construcción de los sistemas de protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes en Argentina. En: M. Herrera, A. Gil Domínguez y L. Giosa, eds., *A 30 años de la Convención sobre los Derechos del Niño Avances, críticas y desafíos*. Madrid: Ediar, 67–86.

Legislación

- Ley N° 23.054. Aprobación de la Convención Americana de Derechos Humanos [en línea]. 1 de marzo de 1984. Disponible en:
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/28152/norma.htm>.
- Ley N° 23.849. Apruébase la Convención sobre los Derechos del Niño [en línea]. 16 de octubre de 1990. Disponible en:
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/249/norma.htm>
- Ley N° 26.061. Ley de Protección Integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes [en línea]. 21 de octubre de 2005. Disponible en:
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/texact.htm>
- Ley N° 26.994. Código Civil y Comercial de la Nación [en línea]. 8 de octubre de 2014. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/texact.htm>

Ley N° 27.610. Acceso a la Interrupción Voluntaria del embarazo [en línea]. 15 de enero de 2021. Disponible en:

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/345000-349999/346231/norma.htm>

Ley N° 27.611. Ley nacional de atención y cuidado integral de la salud durante el embarazo y la primera infancia [en línea]. 15 de enero de 2021. Disponible en:

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/345000-349999/346233/norma.htm>

Ley N° 24.430. Constitución Nacional Argentina. 15 de diciembre de 1994. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

Jurisprudencia

Artavia Murillo y otros (Fertilización in Vitro) v Costa Rica [en línea]. Corte IDH (2012).

Disponible en:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

F., M.V. s/ Abrigo. Juzgado de Familia N° 1 de Tandil, provincia de Buenos Aires (2020).

Cita: TR LALEY AR/JUR/34437/2020.

Fornerón e Hija v Argentina [en línea]. Corte IDH. (2012). Disponible en:

https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf

Godelli v Italia [en línea]. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2013). Disponible

en: <http://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-113332%22>

María y Otros v Argentina [en línea]. Corte IDH. (2023). Disponible en:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_494_esp.pdf

N.N. s/ Medida de Protección Excepcional de Niños y Adolescentes. Juzgado de Familia, e Familia, Niñez y Adolescencia N° 2 de la Ciudad de Neuquén. (2020). Cita: TR LALEY AR/JUR/81917/2020.

Odièvre v Francia [en línea]. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2003). Disponible

en: <https://hudoc.echr.coe.int/spa#%22itemid%22:%22001-60935%22>

STS 5672/1999. Tribunal Supremo. Madrid. España. Sala Civil. (1999).

T.A.S. s/ Especiales. Juzgado en lo Civil en Familia y Sucesiones de 5° Nominación de Tucumán. (2019). Cita: TR LALEY AR/JUR/2505/2019.

Z., M.P. s/ Control de legalidad (Ley 9944 – Art. 56). Juzgado de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y de Género de 5° nominación, Córdoba. (2022). Cita: TR LALEY AR/JUR/190571/2022.