



COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA



Autos: “F., M. V. S/ ABRIGO”.

Materia: familia.

Provincia: Buenos Aires.

Departamento Judicial: Azul.

Asiento: Tandil.

Tribunal: Juzgado de Familia N.º 1.

Jueza: Dra. Silvia Monserrat.

Fecha: 13 de agosto de 2020.

Sumario: en el presente fallo, la Dra. Silvia Monserrat, titular del Juzgado de Familia N.º 1 del Departamento Judicial de Azul, hizo lugar a la solicitud de adopción de una madre en respeto a su voluntad y contemplando el mejor interés de la niña por nacer, declarando la inconstitucionalidad del art. 607 *in fine* del CCCN.

Comentario realizado por:

Maríel Elizabeth Ponce

Abogada por la Universidad de Buenos Aires. Diploma de Honor. Desempeño en Derecho de Familia y Género. Curso de Posgrado Habilidades Restaurativas para la Construcción de la Paz por la Universidad Nacional de Salta. Formación en Problemáticas juveniles contemporáneas en contextos de vulnerabilidad social por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Capacitación profesional en Derechos del Niño: abordajes prácticos por la Universidad de Buenos Aires. Miembro del Instituto de Derecho de Familia del Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Lomas de Zamora.

poncemariel1986@gmail.com

 <https://orcid.org/0000-0002-3865-3520>

Recibido: 12/12/2022

Aceptado: 19/12/2022



All the contents of this electronic edition are distributed under the Creative Commons license of “Attribution- Co- sharing 4.0 International” (CC-BY-SA). Any total or partial reproduction of the material must cite its origin.

Cómo citar este artículo:

Ponce, M. E. (2022). F. M. V. S/ abrigo. *Revista de Teoría y Práctica Jurídica*, 3.

Contacto: revistajuridica@calz.org



FALLO "F., M. V. S/ABRIGO". – AGOSTO DE 2020

En la ciudad de Tandil,

I. AUTOS Y VISTOS: los de la presente causa caratulada "F., M. V. S/ ABRIGO", Expte Nro. 24997 de trámite por ante este Juzgado de Familia Nro. 1 de Tandil y de los que

II. RESULTA: que en fecha 15/05/2020 se inician los autos "F., K. S/ MATERIA A CATEGORIZAR", a partir de la presentación electrónica de la Sra. Defensora Oficial Dra. Liliana Castell quien invocando el art. 48 del CPC (ver ESCRITO - SE PRESENTA (237101949000591217), pone en conocimiento de la suscripta la situación de la Sra. K. F., quien en ese momento se encontraba internada en la Clínica Chacabuco, habiendo dado a luz el 13/05/2020 a una beba. Expone que la Sra. Fernández se puso en contacto con la Defensoría por medio de la obstetra que la atendió durante su embarazo, y que era intención de la misma entregar a su hija con fines de adopción. Asimismo, adjunta -digitalizado- de la Lic. Castresana, quien, mantuvo varios contactos telefónicos con KAREN, y determinó que esta decisión la maduró durante todo el embarazo y la tomó con intención, discernimiento y voluntad con lo que implica cada uno de sus términos. Asimismo, agrega, que habiéndole explicado las consecuencias jurídicas de su decisión le ha manifestado comprenderlas y sostenerlas de igual manera. Que, en ese estado de situación, esta Magistrada, en igual fecha dispone la inmediata intervención al S.L.P.P.D. de Tandil a fin que proceda a adoptar las medidas necesarias en el marco de la Ley 13298 y sus modif., poniendo en conocimiento de la Dirección de Niñez, Adolescencia y Familia la situación descripta. Que mediante escrito ASESOR - PRESENTA DICTAMEN (242101949000591518), el funcionario toma intervención en las actuaciones,

notificándose del estado de las mismas y lo resuelto. Asimismo, con COPIA DE ESCRITO EN PAPEL. AC. 3886/18 ART. 3 (237501949000591632), la Sra. K. F., ratifica lo actuado por su letrada patrocinante. - Que, con fecha 21/05/2020, se agrega comunicación SERVICIO LOCAL - PRESENTA INFORME (246401949000592692), poniendo en conocimiento de la suscripta en los términos del art. 35 inc. L de la Ley 13298 (texto reformado por Ley n° 14537) y Decreto Reglamentario n° 300/05, que el 18/05/2020 se adoptó una Medida de Protección Especial de Derechos respecto de M.V. F., nacida el 13/05/2020, hija de K. F.. Que, en atención a la situación de vulneración de derechos denunciada, dicha medida fue dispuesta por el plazo MÁXIMO de 180 (ciento ochenta) días, consistiendo en la permanencia de la niña en el domicilio del matrimonio B.D., quienes forman parte del Programa Familias Solidarias. -

Que, conforme lo expuesto por los profesionales del organismo administrativo en su informe inicial del Plan Estratégico de Restitución de Derechos, M. V. permanecerá alojada con los referentes de mención, a fines de acompañar, contener y garantizar sus cuidados y necesidades elementales durante el vigente proceso. 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, con la finalidad de tomar conocimiento respecto a su posicionamiento subjetivo, ratificar su decisión, y recabar datos del progenitor de María V., 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.

- Asimismo, se destaca que no existe información en el sistema del S. L. respecto a intervenciones previas, con la joven Fernández, ni con su grupo familiar -Ver SERVICIO LOCAL - PRESENTA INFORME INICIAL P.E.R. (253301949000598584)-.

En virtud de lo expuesto, se prioriza la restitución inmediata de los derechos de la niña, a través de los distintos efectores del sistema de promoción y

protección, al tiempo que se procura el diseño de estrategias de intervención y abordaje.

Que mediante escrito ASESOR - PRESENTA DICTAMEN (247401949000599822) contesta la vista que le fuera conferida el citado funcionario, avalando se declare la legalidad de la medida adoptada, lo que así se dispone por resolución ABRIGO LEGALIZACIÓN - SE DECRETA (220001949000600004) del 12/06/2020. Que, en dicha providencia, esta Magistrada dispone MEDIDA DE NO INNOVAR en relación a la filiación paterna, al momento desconocida. Asimismo, ordena notificar a la progenitora de la niña, INSTANDOLA a que en el plazo de diez (10) días y mediante presentación electrónica formulada en el marco de lo normado por el art. 1, ap. 3° inc. b.3. Res. 10/2020 SCBA, suministre el nombre del presunto padre de M. V. y toda información que contribuya a su individualización y paradero, bajo juramento, haciéndole saber las consecuencias jurídicas que se derivan de una manifestación falsa (art[.] 583 CCC; art[.] 134 y 275 ss. y cc CP). Que, habiendo sido debidamente notificada - conf. CEDULA ELECTRONICA (232701949000600455)-, el 17/06 mediante presentación TRASLADO - CONTESTA (230701949000601029), ratifica su decisión de que su hija sea entregada en guarda con fines de adopción. Que, el 22/06/2020, en archivos adjuntos al escrito DOCUMENTACION - ACOMPAÑA (241601949000603378), el Sr. Coordinador del S.L.P.P.D. integra a los actuados copia digitalizada de la partida de nacimiento de la niña y de las actas que dan cuenta de las entrevistas celebradas con K. F. y su pareja G. R. I. Ante dicha presentación se provee resolución del 24/06/2020, en la que esta Magistrada dispone: "Siendo el origen biológico parte integrante y trascendental del derecho a la identidad, que debe protegerse se practicara prueba de ADN, con el fin de determinar o excluir la paternidad de G R. I., en relación a la niña F. M.V. A tal fin, se cítara a G R. I. y a la niña M.V. F. en la sede de este Juzgado, a efectos de procurar la toma de muestras de epitelio bucal para realizar el análisis comparativo de ADN ordenado, mediante la utilización del dispositivo

WhatmanEasiCollet (isopos) (conf. Resolución nro. 33/19, Resolución 700/17 y Protocolo Anexo, de la SCBA)". Es de destacar que, atento el actual contexto de emergencia sanitaria (pandemia COVID-19), no ha podido concretarse la medida ordenada, entendiéndose la Suscripta que ello no obsta en modo alguno al dictado de la presente, máxime tomando en consideración los recaudos adoptados conforme disposiciones siguientes.

Que en fecha 06/07/2020, el SERVICIO LOCAL - PRESENTA INFORME DE CONCLUSION P.E.R. (240401949000608427), solicitando se declare el estado de desamparo y adoptabilidad de M. V. F.,. Todo ello, habiendo vencido el plazo en el cual K. F. podría haber realizado las presentaciones pertinentes en relación a su hija, considerando la postura asumida por el presunto progenitor, la ausencia de la abuela materna frente a la citación efectuada, destacando que ningún integrante de la familia ampliada de la Sra. F. o el Sr. I. se comunicó ni se acercó a este Organismo en pos de tomar conocimiento respecto al estado de situación de la niña. La suma de dichas circunstancias, lleva a los profesionales intervinientes a sostener que la niña no cuenta al día de la fecha con adultos responsables capaces de ejercer su cuidado y protección. - Que, consecuentemente, por Resolución del 08/07/2020 se dispuso citar tanto a la progenitora como al presunto progenitor a la audiencia prevista por el art. 12 de Ley 14528, en concordancia con los arts. 607 y ss. del CCCN. Que, encontrándose ambos debidamente notificados -conf. CÉDULA ELECTRÓNICA (237101949000609361) y CEDULA DILIGENCIADA - ACOMPAÑA (233501949000611364), no se presentan a las mismas, dejándose constancia de la incomparecencia -Ver AUDIENCIA ART 12 LEY 14528 - ACTA (230101949000611208) y AUDIENCIA ART 12 LEY 14528 - ACTA (239201949000611197)- Que, sin perjuicio de ello y por las consideraciones efectuadas en Resolución AUDIENCIA ART 12 LEY 14528 - SE FIJA (235801949000611492), esta Magistrada decide reiterar la citación al Sr. I., haciéndole saber que en caso de incomparecencia injustificada se considerará

que el requerido no tiene interés en ejercer su eventual responsabilidad parental en relación a la niña, correspondiendo declarar la situación de adoptabilidad de M.V. F. Nuevamente el Sr. I. no concurre pese a encontrarse notificado. - Que, en fecha 31/07/2020 contesta la vista que le fuera conferida la Asesoría de Incapaces, -ver ASESOR - PRESENTA DICTAMEN (238401949000616661)- y solicita se Decrete el estado de adoptabilidad de F., M. V., el que implica la privación de la responsabilidad parental. Se notifique oportunamente a la progenitora y al presunto progenitor de la niña, en beneficio del derecho de defensa en juicio. Se oficie a Asesoría Pericial de Azul a los efectos de fijar turno para realizar la correspondiente pericia de ADN. Oportunamente y firme y consentida la sentencia, se disponga oficiar al REUNA, a fin de que remitan las personas y/o familias inscriptas para que se proceda a evaluarlas y consecuentemente vincularlas a familias, en aras de una pronta desinstitucionalización. Se ponga en conocimiento del organismo administrativo que pese al cese de la medida excepcional bajo el carácter de medida de abrigo, atento la institucionalización de la niña corresponde continuar con el seguimiento de su situación mientras se mantenga vigente dicho carácter y hasta tanto se pueda consolidar su vinculación con familia de pretensos adoptantes, debiendo garantizar el sostenimiento de los derechos básicos de la niña e informando en autos respecto de su evolución con la periodicidad que V.S. determine. Ello sin perjuicio, que dicho seguimiento pueda contar con la participación conjunta del E.T.I. del Juzgado, quienes de modo paralelo se encontrarán abocados a trabajar los procesos de vinculación entre la niña y los aspirantes a guarda preadoptiva. Que, en virtud del estado procesal de la causa, habiéndose dado cumplimiento a todos los recaudos legales, el día 03/08/2020 se dispone llamar autos para dictar sentencia.

III. CONSIDERANDO:

3.1. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD, LA PERSPECTIVA DE GÉNERO,

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DIFUSO: "... el respeto por las personas incorpora al menos dos convicciones éticas: primera, que los individuos deberían ser tratados como entes autónomos, y segunda, que las personas cuya autonomía está disminuida deben ser objeto de protección". Se entiende por ente autónomo derecho, norma y/o disposición que ataña al ejercicio de sus derechos al individuo "capaz de deliberar sobre sus propios objetivos personales y actuar bajo la dirección de esta deliberación", y que su elección, "... designa un cono de luz dentro del cual un sujeto, en un especial ámbito de su propia existencia, goza de poderes particulares. ... la autonomía se presenta como plato de una balanza que cada sistema se esfuerza por mantener en equilibrio con el peso de la tutela de los intereses sobre- individuales... Desde esta perspectiva amplia, de algún modo, la autonomía se identifica con la libertad" Hooft, Pedro Bioética y derechos humanos. Temas y casos, Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 7 y ss citada por Minyersky N. en "El impacto del proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación en instituciones del derecho de familia".

Por su parte la CSJ en un fallo histórico "Bahamondez, Marcelo, CSJ 1993/04/06", en el voto en disidencia de los Dres. Belluscio y Petracchi, refiriéndose precisamente a la libertad y la autonomía de la persona, decía "... Que, por cierto, la libertad de una persona adulta de tomar las decisiones fundamentales que le conciernen a ella directamente, puede ser válidamente limitada en aquellos casos en que exista algún interés público relevante en juego y que la restricción al derecho individual sea la única forma de tutelar dicho interés..." Tal punto de vista desconoce, precisamente, que la base de tal norma "...es la base misma de la libertad moderna, o sea, la autonomía de la conciencia y la voluntad personal, la convicción según la cual es exigencia elemental de la ética que los actos dignos de méritos se realicen fundados en la libre, incoacta creencia del sujeto en los valores que lo determinan..." (caso "Ponzetti de Balbín", cit., voto concurrente del juez Petracchi, consid. 19, p. 1941) en

Bahamondez, Marcelo, CSJ 1993/04/06, publicado en L. L., 1993-D, 130, con nota de Néstor Pedro Sagüés - DJ, 1993-2-499 - ED, 153-254. Ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos que: "El concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana"... (La autonomía de la voluntad en el derecho de familia argentino Aída Kemelmajer de Carlucci. Libro Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea, 1º edición pág. 3 Infojus). Por su parte, esta autonomía de la voluntad, tampoco es ajena de poder enmarcarse en el Derecho de Familia "Así como cada individuo goza de su derecho a la autodeterminación en cada una de sus decisiones personales. La familia conforma una faceta más en la vida de las personas, y no queda exenta de esa autonomía de la voluntad." Minyersky N., obra citada, pag. 80. "la autonomía, se entiende en un sentido muy concreto, como la capacidad de actuar con conocimiento de causa y sin coacción externa". Este principio de autonomía impregna la vida de las personas en distintos ámbitos: en el ámbito de su persona, en el ámbito de su familia y en el ámbito de su voluntad de convertirse o no en madre o padre. Hooft, Pedro Bioética y derechos humanos. Temas y casos, Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 7 y ss Citada por Minyersky N. en "El impacto del proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación en instituciones del derecho de familia" Continúa diciendo Minyersky "El estudio de la maternidad/paternidad se ha corrido completamente del eje de la biología hacia el de la voluntad como el elemento central para la creación de vínculos filiatorios. Esta voluntad procreacional es diferente de la voluntad parental, en tanto mientras en la primera el fin último es la procreación (más relacionado con las ciencias biológicas), en la segunda su finalidad es la de ahijar, convertirse en madre/padre. La voluntad parental no se limita a tener o no tener

un hijo, sino que también abarca la decisión de cómo y cuándo tenerlo, o cómo y cuándo no tenerlo." Cada caso es único en si mismo, pero es evidente, que hay quienes teniendo voluntad procreacional carecen de voluntad parental, y quienes no logrando concretar su voluntad procreacional, poseen suficiente voluntad parental para poder concretarla con hijos o hijas que no han parido. Eva Giberti dice que para quienes parten del concepto ideológico de considerar a la "maternidad» como función o actividad natural, y por extensión, inapelable", aquellas mujeres al "no acatar la convivencia y manutención del niño la encuadraría en el ámbito del conflicto" y en consecuencia se las denomina "Madres en conflicto" ... "Este modelo es paradigmático del rechazo y temor que surgen al enfrentarse con la mujer que le dice No a la permanencia consigo de la criatura que ha parido..." "Desde una perspectiva biológica la madre es el ser vivo que desde el momento de la fecundación asume esta condición, el cuerpo de la madre desde ese momento, poseerá características diferentes a las que mantenía antes de la concepción..."

Es necesario pensar «ser madre» mucho más allá de la biología. Los hechos biológicos de la reproducción son de una naturalidad inapelable... No obstante, la categoría madre, al igual que la categoría mujer es una construcción cultural" MOORE, Henrietta L. Antropología y feminismo. Madrid: Cátedra, 2009. Va de suyo entonces que desde la perspectiva de género no todas las mujeres tienen naturalmente la voluntad parental, aun cuando, pudieran, por las circunstancias de la vida tener voluntad procreacional, veamos por ejemplo el caso de las madres gestantes de hijos ajenos. Eva Giberti también es clara al decir que no es "madre abandonica" aquella que confía en el Sistema de promoción y protección de los Derechos del Niño, "cuando en realidad no existe tal abandono sino depositación de la criatura en manos de instituciones estatales destinadas a protegerlo (Giberti, E. 2003).

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. Si tenemos en cuenta que no podemos hablar de familia, sino de familias, es también discutible a que familia nos referiremos cuando hablamos de la "familia de origen". Para quienes extienden el concepto, y van más allá del padre y la madre, la familia de origen abarcaría a todos aquellos que los unen lazos de consanguinidad, pero en mi concepto de familia, no es la consanguinidad, ni la Ley la que define quienes integran o no la familia, sino las relaciones socio-afectivas; y creo también que si quienes consideran que garantizar la permanencia de un niño, niña o adolescente en su familia de origen lo es en función de su identidad, la misma no sólo se construye por las relaciones consanguíneas, sino por la interacción existente en cada miembro que va generando una identidad dinámica. Y entre ese niño o niña cuya madre ha decidido dar su hijo en adopción, incluso en algunos casos hasta escondiendo el embarazo a su familia, no ha construido aún lazo alguno, y lo único que lo une a esa "familia de origen" son sus lazos de sangre: sus patrones genéticos.

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.

"La perspectiva de género ofrece la posibilidad de analizar las normas y las prácticas desde otro ángulo y nos ofrece herramientas para correr el velo de la igualdad formal pudiendo ver lo que hay detrás, esa igualdad que llamamos real, muy diferente a la declamada. Nos conduce a interpretar la Ley desde una visión dinámica que tiene en cuenta precisamente el carácter evolutivo de los derechos humanos y sus principios de progresividad pro homine..." María Elena Barbagelata DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES. DEFENDER Y

JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/10/doctrina45889.pdf>

¿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? De una forma u otra estas mujeres, de seguirse esta normativa, terminarían siendo forzadas a la maternidad. "...Optar por entregar la guarda a un referente afectivo en contra de la voluntad de los progenitores de darlo en adopción es muy grave, porque la guarda no genera parentesco, ni crea obligación alimentaria idéntica a la filiatoria, ni establece derechos sucesorios, por ello la decisión que deje de lado la voluntad materna de entregar al niño en adopción para ponerlo bajo guarda de un mero "referente afectivo" no pariente, que ni lo adopta, ni asume obligaciones de tutor, debe ser específicamente fundada..." (La Adopción en el Código Civil y Comercial de la Nación. Graciela Medina. <https://ccycn.congreso.gob.ar/.../pdfs/085>), o en su caso en una nueva decisión la que implicaría apartarse de ese miembro de la familia a quien se le habría otorgado la guarda o la tutela de su hija. La CDN dispone que los Estados tienen la obligación de atender al interés superior del niño como consideración primordial en la adopción de cualquier política que <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/10/doctrina45889.pdf> los afecte (artículo 3 inciso 1). La Corte IDH ha sostenido que "... este principio regulador de la normativa de los derechos de las niñas y los niños se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades.

En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere 'cuidados especiales', y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir

'medidas especiales de protección'" (Corte IDH, caso "AtalaRiffo y Niñas vs. Chile", sentencia del 24 de febrero de 2012, Serie C N° 239, párr. 108). Ha dicho el DrPettigiani en su voto en C. 118.781 "A., O.E.s/ Incidente" que, "Al evaluar y determinar el interés superior de un niño debe tenerse en cuenta la obligación del Estado de asegurarles la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar. Los términos "protección" y "cuidado" también deben interpretarse en un sentido amplio, ya que su objetivo no se expresa con una fórmula limitada o negativa, sino en relación con el ideal amplio de garantizar el "bienestar" y el desarrollo del niño (conf. ONU, Comité..., cit., párr. 71). El bienestar del niño, en un sentido amplio, abarca sus necesidades materiales, físicas, educativas, culturales, espirituales y emocionales básicas, así como su necesidad de afecto, seguridad, pertenencia, estabilidad y proyección." Y en su voto el Dr. De Lázzari nos ha recordado que:" La "identidad" del niño se forma con un conjunto de elementos que incluye sus vínculos de sangre y también su historia, sus relaciones en el afecto, su cultura, sus experiencias vitales, el camino de su crecimiento, en definitiva, su "circunstancia".

Nos ha recordado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Almonacid Arellano y otros vs. Chile", que: "El Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana." (párr. 124, CIDH, "Almonacid Arellano vs. Chile", sentencia del 6 de septiembre del año 2006. "El parámetro del control difuso de convencionalidad no sólo comprende la Convención ADH, sino también Protocolos adicionales de la misma, así como otros instrumentos internacionales que han sido motivo de integración al corpus iuris interamericano por parte de la jurisprudencia de la Corte IDH"

voto del Juez Ad Hoc Eduardo Ferrer Mac Gregor en "Caso "Cabrera García y Montiel Flores Vs. México", Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones y Costas, del 26 de noviembre de 2010, Serie C, Nº 220, párr. 47. "El concepto de "corpus iuris en materia de niñez" se refiere al conjunto de normas fundamentales que se encuentran vinculadas con el fin de garantizar los derechos humanos de los mismos y se encuentra conformado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos distintos (Tratados, Convenios, Resoluciones y Declaraciones) así como por las decisiones adoptadas por los órganos de derechos humanos internacionales. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "La Infancia y sus derechos en el sistema interamericano de protección de derechos humanos", 2º Edición; OE/Ser. L.N/11.133, doc.34, 29/10/2008, párr. 39 "De lo expuesto se puede concluir, que el Estado Nacional Argentino al suscribir y ratificar la Convención se comprometió frente a la Comunidad Internacional, a tomar todas aquellas medidas que sean necesarias para favorecer el pleno uso y ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Por tal motivo, es que será tarea del Poder Judicial, como parte integrante de uno de los poderes del Estado del Sistema Democrático que gobierna, de la implementación de aquellas medidas adecuadas para fortalecer el cumplimiento de su derecho a la vida familiar, con control jurisdiccional (arts. 9º, 18, 20 CDN y concs) que permita garantizar el desarrollo del niño dentro de lo que la Convención tuvo en miras, y no obstaculizar el desarrollo de tan reconocido derecho." L. G. M. s/CONTROL DE LEGALIDAD - LEY 26.061, 15 de julio del 2016, Dra. Myriam M. Cataldi. Y estoy convencida que, en el marco de la presente situación fáctica, el mejor interés de M. V., es aquel que ha sido elegido por su propia madre: la posibilidad de acceder a una familia adoptiva, por lo que entiendo que la disposición del art. 607 in fine del CCyC que dispone la siguiente manda: "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." debe ser considerado anti-convencional precisamente por ser contrario a ese interés superior que debo garantizar.

3.2 LAS ACTUACIONES REALIZADAS, LAS CONSTANCIAS PROBATORIAS: Ahora bien, habiendo ya marcado posición en cuanto al marco teórico jurídico, USO OFICIAL - JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA PROVINCIA DE BUENOS AIRES PODER JUDICIAL A-1 es necesario analizar las circunstancias fácticas que rodean la situación de M.V. F., y en esa faena la primera actitud a evaluar es la de su progenitora Sra. K. F. quien decide entregar a su hija en adopción, resultando ello el pódromo de la presente y causa eficiente de las medidas que han de resolverse. K. F. recurre a la Defensoría Oficial,(ver ESCRITO - SE PRESENTA (237101949000591217)) a fin de realizar legalmente la entrega de su hija -en ese momento por nacer- en guarda con fines de adopción; ha expresado y sostenido en el tiempo, ya en sus presentaciones con patrocinio letrado, cuanto frente a los profesionales del S.L.P.P.D., su decisión voluntaria, libre, informada y formal en relación a que M. V. sea adoptada -supuesto regulado por el inc. b del art. 607 CCC- habiéndose cumplido además con los plazos previstos por la normativa especial.

Tengo presente, que la mera declaración (aludida) es por si sola insuficiente, no es autónoma ni tampoco "per se" decisiva para producir la ruptura vincular, ya que, para ello se exige la intervención judicial, quedando sujetos al examen de esta Magistrada, si se ha cumplido con la garantía de libertad e información de alternativas de contención y fortalecimiento de la maternidad, veamos: Desde la Defensoría Oficial, cuanto del SLPPD se realizó -antes y después del nacimiento (13/05/2020)- un arduo trabajo ofreciendo atención interdisciplinaria y opciones variopintas que le permitieran asumir su maternidad, sin que la joven modificara su decisión. K. (a su vez es mamá de otra niña, con la que convive de nombre Amelia F. de tres años y medio) es una persona plenamente capaz, que

realiza una manifestación voluntaria, (la que se ha mantenido incólume desde mediados de mayo, cuando la expresa formalmente ante autoridad competente, hasta la fecha), fue informada y ha comprendido los alcances y efectos de su decisión. Este "consentimiento informado" es de vital importancia en casos como en el de autos que involucran derechos personalísimos. Obsérvese que del informe SERVICIO LOCAL - PRESENTA INFORME DE CONCLUSION P.E.R. (240401949000608427) se desprende los dichos de Karen quien en entrevista de fecha 02/06/2020 afirma "... que nadie puede pasar por encima de su decisión ... que no saben lo que es para ella tener otra hija. Que no le es un tema fácil. Que ella tomo la decisión y ya está, que no va a dar marcha atrás".

De la totalidad de los informes que se agregan, concluyo que esta joven madre ha tenido escasa concientización de su embarazo y posterior nacimiento de su hija, no observándose en sus dichos disponibilidad afectiva para la función materna de esta beba, como tampoco para su desarrollo y ejercicio. Así, habiendo sido debidamente notificada -conf. CEDULA ELECTRONICA (232701949000600455)-, el 17/06 mediante presentación TRASLADO - CONTESTA (230701949000601029), ratifica su decisión de que su hija sea entregada en guarda con fines de adopción. manifiesta desconocer la identidad del padre biológico de María V., agregando: "no tengo ninguna manera de poder identificarlo (...) aclaro que tengo la seguridad de que mi actual pareja G I. no es el padre biológico de la niña, ya que en esa época estábamos distanciados (...) hago oportuna esta ocasión para una vez más ratificar mi libre y expresa decisión de que María V. sea dada en adopción, confiando en que mi decisión es la correcta para el futuro de la niña". Dicho esto, entiendo oportuno, en tanto esto hace a la historia de María V., resaltar la elección de una mujer, quien al tomar conocimiento de su embarazo (no deseado), prosigue a término, con la intención de, producido el alumbramiento, entregar a la niña en guarda con fines de adopción, sin

considerar -según surge de su relato- la posibilidad de interrumpir el mismo. Y digo que eso hace a la historia de la niña porque si bien esta madre no pudo, no quiso o no supo hacerse cargo de su crianza y educación, si respetó el más elemental de los derechos del ser humano, esto es el derecho a la vida. - La filiación legal de M.V., es solo materna, atento que ha sido inscripta únicamente por la madre, careciendo de reconocimiento paterno. Sin perjuicio de ello corresponde analizar la actitud asumida por el Sr. G R. I. - sindicado tardíamente como presunto progenitor de la niña- expresa DOCUMENTACIÓN - ACOMPAÑA (241601949000603378)"(...) Que no sabe si V. es su hija o no, pero nunca se le ocurrió hacerse un ADN. Que no le cambiaría en nada saber si es su hija o no. Que considera que la decisión de darla en adopción a V. es la mejor decisión que podría haber tomado (...) Puesto en conocimiento de los efectos del estado de desamparo y adoptabilidad, el Sr. I. ratifica en este acto mantener su deseo de dar a la niña María V. en adopción (...)" . - Que, sin perjuicio de ello y por las consideración efectuadas en Resolución AUDIENCIA ART 12 LEY 14528 - SE FIJA (235801949000611492), esta Magistrada decide reiterar la citación al Sr. I., haciéndole saber que en caso de incomparecencia injustificada se considerará que el requerido no tiene interés en ejercer su eventual responsabilidad parental en relación a la niña, correspondiendo declarar la situación de adoptabilidad de M.V. F. Nuevamente el Sr. I. no concurre pese a encontrarse debidamente notificado. Todo lo mencionado refleja que este "supuesto" padre biológico tiene un marcado desinterés en ejercer su paternidad.

El Sr. Asesor de Incapaces dictamina en relación a este tópico (ASESOR - PRESENTA DICTAMEN (238401949000616661))... EL RESPETO POR EL DERECHO A LA IDENTIDAD y EL DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES: en tal sentido, y considerando lo expresado por este Funcionario, por el art. 583 del CCyC, advierto que el derecho a conocer la identidad en su faz "biológica", así como también el derecho a conocer los orígenes de la niña M.

V., debe ser necesariamente preservado con medidas a adoptar de inmediato y en la presente instancia del trámite, dado que se cuenta con la identificación del presunto padre y su actual localización. Mal podría esta niña conocer en el futuro sus orígenes, si teniendo hoy noticia de quién resulta ser su presunto padre, no adoptamos los recaudos necesarios para lograr su certeza, con la posibilidad de no contar con dicha posibilidad más adelante... En la especie, M. V. tiene derecho, y resulta nuestra consecuente obligación preservarlo, a que se determine su paternidad biológica, lo que a futuro le significará no sólo tener certeza y posibilidad de conocer sus orígenes, sino también de tener conocimiento de otras cuestiones de relevancia para su salud, como por ejemplo la existencia de antecedentes de enfermedad en su familia paterna que puedan merecer de especial cuidado y atención, existencia de otros familiares biológicos, entre otras. Es por ello que, sin perjuicio de la notificación que habrá de cursarse al Sr. I. en su carácter de presunto padre a los efectos anoticiarlo del estado de adoptabilidad y consecuente privación de sus eventuales derechos y obligaciones como progenitor, entiende este Asesor de Incapaces, que es menester también, oficiar a Asesoría Pericial de Azul a efectos de que se designe turnos en días y horas distintas (para evitar conflictos entre los participantes) y efectuar la correspondiente pericia de compatibilidad genética (ADN), a la que deberá citarse a la Sra. F., al Sr. I. y la niña. De resultar positivo el análisis se deberá oficiar al nosocomio local a los efectos de que remitan historia clínica completa del Sr. I. a los efectos de ser acompañada y preservada en estos actuados. " Al respecto he sostenido en el tiempo, el irrestricto respeto al derecho a la identidad del adoptado, por ser este un derecho humano fundamental incluido entre los derechos implícitos consagrados en el art. 33 En relación al resto del grupo familiar, sobre el cual ya me he expedido sobre su anti-convencionalidad, lo que obviamente enerva de por sí cualquier planteamiento posible de la familia ampliada de Karen Adelantando opinión en este sentido diré que he de decretar el estado de adoptabilidad de la niña M.V.

Fernández y su posterior guarda, atento considerar que ello hace a la protección de la manda constitucional de resguardar su "interés superior". M.V. tiene derechos que implican como correlato el cumplimiento de deberes paternos. Surge con palmaria claridad que tanto la madre como el sindicato progenitor no desean el ejercicio de esos derechos respecto de su hija. Entiendo que citar a los abuelos u otro referente afectivo a los que alude la norma referida, como ya lo he anticipado, importaría como correlato obligar a la madre y eventualmente al padre (de dar positivo el ADN, al que no ha querido someterse) a mantener contacto con la pequeña y enfrentar el en futuro a M.V. con progenitores que se desentendieron voluntariamente de ser partícipes de su desarrollo, ello sin perjuicio de los conflictos en la relación comunicacional y vincular por parte de la/los padres de la bebe con su grupo familiar.

Estoy convencida que en el deseo de enervar situaciones dadas en el pasado que conllevaron que se vulneraran derechos de las madres mediante prácticas de abuso de poder y en muchos casos delictuales o cuasi - delictuales, los legisladores han extremado su celo y la redacción final del art. 611 ha sido propuesta en un marco ideológico que considera, sin admitir prueba en contrario, que la permanencia de un niño en su familia de origen, aun en contra de la voluntad libre de su madre, garantiza el interés superior de los mismos. Creo que la postura legislativa, es, por el contrario, violatoria de una autonomía de la voluntad de quien, hasta el momento de esta sentencia, detenta libremente su responsabilidad parental, y no encuentro, una vez conferidas las garantías motivo, alguno de apartarme de su voluntad.

Una cosa es garantizar que la decisión de la madre es libre y autónoma y que tiene total conocimiento de lo que implica su decisión, y otra muy distinta si hubiéramos avizorado que esto no sucedía.

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.

LA CIDN en su art. 9 "... obliga al estado a velar para que el niño no sea separado contra la voluntad de sus padres, pero no a hacerlo manteniendo intangible esa relación cuando la separación se ha generado por voluntad de la madre, y en ausencia de un padre que abdicó por completo de sus obligaciones no reconociendo siquiera al hijo, ni habiendo exteriorizado la madre voluntad alguna de forzar ese reconocimiento, siendo que también ello hace al origen del menor " (SCJBA Ac 72890S 19/02/12 GF s. Adopción.

Pero aun a pesar de mi convicción, surgen de las actuaciones del órgano administrativo, que el mismo ha extremado alternativas de búsqueda en el ámbito familiar, las que han quedado expresamente plasmadas en las innumerables entrevistas mantenidas por los efectores del sistema con la Sra. K. F. (véase:(SERVICIO LOCAL - PRESENTA INFORME DE CONCLUSION P.E.R. (240401949000608427)"... que la familia paterna estaba al tanto del embarazo... cómo fue decisión de ellos, dar en adopción a María V., no se metieron... que sus hermanos saben del embarazo de V., pero no le hablan del tema... que ninguno se ofreció a cuidarla, porque es su decisión. ... Que su mamá no está bien psicológicamente, que sufrió violencia toda su vida... Que no está de acuerdo con su hermano Marcelo, por como cría a sus hijos, que la mujer es muy obsesiva, que viven en el Hospital "a falta de olla". Asimismo cabe agregar que si bien la abuela materna Sra. M. A. C. fue puesta en conocimiento de la situación de V., manifestado su intención de hacerse cargo de la niña, al igual que su hijo M. X. F. (vive en Neuquén)-19/05/2020-, no sostuvo su intención en el tiempo y habiendo sido citada por el SLPPD en pos, de evaluar a la familia amplia y conocer su posicionamiento respecto a la situación de V., no concurrió ni se contactó, al igual que el resto de los

integrantes del grupo familiar. Es en este marco de respeto a la autonomía de la voluntad de Karen, que he de concluir en la necesidad de declarar el estado de desamparo y adoptabilidad de la niña M.V. F. y dotarla de un medio familiar que la ahije .

Esta niña es merecedora de una familia que la reciba como hija y le permita su desarrollo integral, ya que " el mejor interés del niño se asegurará en tanto sea provisto de una relación continua y estable con un adulto (Joseph Goldstein, Anna Freud y Albert Sonit "Beyond the Best the Child" NY:FreePress, 1973). La teoría del apego, señala que "la supervivencia de los niños siempre ha dependido de su capacidad de mantenerse en proximidad de adultos dotados de la motivación de protegerlos, alimentarlos, cuidarlos y alentarlos" y es por esa dependencia del adulto, en el que "priorizar el interés superior del niño", conlleva necesariamente el análisis de la actuación de quienes, principal y fundamentalmente, deben asumir el rol. "Es que la natural condición de dependencia de la infancia, hace necesario que las instituciones contribuyan a un resguardo particularmente cuidadoso de sus derechos. Así, las personas que transitan por esa época fundacional de la vida son acreedoras de un resguardo intenso y diferencial por razón de su edad y de las variables de indefensión que las afectan, merecimiento al que los jueces deben dar efectividad directa como mandato de la Constitución." (dictamen de la Procuración en C.S.J.N M.D.H c/M.B.M.F. - M. 2311 L. XII 29/4/08)."Velar por el interés de los menores conlleva ocuparse de su bienestar y de la observancia de sus derechos fundamentales en el desarrollo de su personalidad, atender a las necesidades básicas de una existencia digna del individuo (vgr. alimentación, vestido, vivienda, salud) y también a otras necesidades como la integridad física, psicológica, sexual y los requerimientos de seguridad". El niño deberá crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material (cfr. 75 inc. 22 de la CN., Ley 26061, arts. 4.4 y 6 de la Ley 13298 y Dec. Regl. 300/2005) (fallo mencionado ut supra, Cámara de Apelaciones de Azul, Sala II, voto Dra. Longobardi), causa 2-56864-2012.

"Esa impronta ha signado el derrotero del Derecho tan profundamente, que modernamente la noción misma de patria potestad se define más allá de los derechos de los padres (LacruzBerdejo, Sancho Rebullida y Rivero Hernández: "Elementos de Derecho Civil IV -Derecho de Familia" 30ed. Vol. 21, ed. Bosch, Barcelona, 1989 cap.XIII "La patria potestad"). En efecto, este instituto se construye principalmente de cara a la formación integral, protección y preparación del hijo para la vida. Ergo, es menester que aquellas medidas referidas a la familia sean zanjadas o, cuando menos, integren en su elaboración a la regla 'favor filii'. Como lo ha percibido la doctrina, esta idea angular plasma los principios del Estado de Derecho en el campo de la infancia. Su ejercicio requiere del concurso de otros (en lo que nos interesa, de los jueces); y responde a niveles primarios, ya que toda sociedad humana ha de dar protección a los miembros más desvalidos, entre ellos, a sus niños (Gutiérrez García C. y Martí Sanchez J.M.: "Los derechos del menor. Evolución y situación actual", en Revista Jurídica de Castilla La Mancha, n128 esp. p 34 y 35, con referencias a instrumentos internacionales y europeos; idem "Estatuto personal y multicultural de la familia" ed. Colex año 2000, Cátedra Aguilar Navarro-Universidad Carlos III, Madrid, España, p 67, 68, 83, 84; Ochotorena J. de P.yArruabarrena Madariaga M.I.: "Manual de Protección Infantil" ed. Masson S.A. España esp .p 217 y 218; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 7; Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 25.2.; Convención sobre los Derechos del Niño , art. 2.1.; Declaración de Derechos del Niño, Resol .nº 1386 ONU, 20/11/1959, principio 2; Convención Americana sobre Derechos Humanos , art. 19; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos , art. 24.1.; Protocolo Adicional de San Salvador, art. 16). (ídem anterior). Parafraseando a la Procuración (fallo citado) "el denominado 'mejor interés' hace a la esencia de la actuación paterna" a punto tal que" la doctrina nos recuerda que los niños son la "humanidad en ascenso", por lo que la patria potestad es una verdadera función social que los padres deben

desempeñar en orden a la humanización de los hijos, con la pertinente garantía del Estado. En esa línea, no sólo condiciona el modo en que debe desplegarse el 'officium' paterno. También obliga al intérprete -urgido por esta directiva jurídica de particular peso axiológico en el derecho contemporáneo- a dar, en cada caso individual, respuestas realmente coherentes con una acción proteccional bien entendida. Y, por lo mismo, lo conmina a prestar especial atención a los niños como personas, enteramente revestidas de la dignidad de tales; titulares -ahora mismo- de unos derechos, cuyo ejercicio actual se proyectará ineludiblemente en la calidad de su futuro (Gutiérrez García-Martí Sanchez: ob. cit. p 27 a 29).".

Por lo tanto, las decisiones jurisdiccionales deben ser siempre bajo la luz del "interés superior del niño", no como "castigo" de los progenitores, sino como determinante de que las estrategias que se adopten deben serlo para intentar ofrecerle a este niño, niña o adolescente un futuro mejor que su pasado. - Por lo cual, considerando la totalidad de acciones y estrategias desplegadas desde el nacimiento de la niña, el tiempo transcurrido, y entendiendo que la eficacia de la tutela judicial es un estándar del derecho internacional humanitario relacionado con las garantías fundamentales de acceso a la justicia, el plazo razonable para la determinación de los derechos y el derecho a una decisión oportuna , lo normado en la materia por los arts.18, 75 inc.22 y cdtes de la CN, 3, 6, 8,9 siguientes y concordantes de la Convención de Derechos del Niño, art. 607 y s.s. del Código Civil y Comercial, art[.] 8 y 25 CADH, art[.] 2 PIDCyP, art[.] 15 CPBA.

V) FALLO:

1) DECLARAR que el art. 607 en su último párrafo en cuanto dispone "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", debe ser considerado anti- constitucional y anti-convencional por ser contrario al

"interés superior del niño", y porque condicionar la voluntad autónoma de la madre de dar su hija en adopción sin condicionamientos es contrario a la perspectiva de género Y AL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, todo ello en función de los argumentos ya explicitados (art. 3 de la Convención de los derechos del Niño)

2) DECRETAR el estado de adoptabilidad de M.V. F. hija de K. F. En cuanto al régimen comunicacional con su familia de origen, dispongo: La suspensión inmediata y definitiva de todo régimen comunicacional.

3) Disponer el inmediato requerimiento al Registro Central de Postulantes a guarda con fines de adopción -mediante la carga de la presente en el portal web- a fin que se sirvan REMITIR el listado correspondiente, para una niña nacida el 13/05/2020, quien desde su nacimiento y hasta la actualidad se encuentra alojada en el domicilio de un matrimonio que forma parte del Programa Familias Solidarias en la ciudad de Tandil. - Una vez recibido el respectivo listado, procédase a conformar causa independiente, la que será caratulada como "MATERIA A CATEGORIZAR" y en donde se incluirán los actos procesales tendientes a la evaluación de los postulantes, el inicio y seguimiento del proceso de vinculación hasta el otorgamiento de la guarda pre-adoptiva.

4) NOTIFIQUESE al Sr. Asesor de Incapaces ebelaunzaran@mpba.gov.ar (art. 150 del CPC Bs.As.).

5) NOTIFIQUESE CON HABILITACIÓN DE DÍAS Y HORAS INHÁBILES a la Sra. K. F. y al Sr. G R. I. en sus domicilios reales, por intermedio de Comisaría de Jurisdicción (art[.] 153 CPCC; art[.] 1, ap. 3° inc. c 1 y 2 Res. 10/2020). Asimismo, líbrese cédula al domicilio constituido electrónico de la progenitora. - Practíquense las comunicaciones al Registro Central de Postulantes a Guarda con fines de Adopción (art. 15 Ley 14528, art. 2 y concordantes del Ac. 3607).
Montserrat Silvia Ines.

COMENTARIO DEL FALLO

I. RESEÑA

Que en fecha 15 de mayo del año 2020 se inician los autos **F.K S MATERIA A CATEGORIZAR**, a partir de la presentación de la Sra. Defensora oficial quien expone la situación y deseo de la Sra. F., en ese momento internada, luego de haber dado a luz el 13 de mayo del 2020 a una beba. Relata 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 intención de la misma entregar a su hija con fines de adopción, adjuntando digitalizado de la Lic. C. quien mantuvo varios contactos con la Sra. F. y determinó que la decisión la maduró durante todo el embarazo y la tomó con intención, discernimiento y voluntad con lo que implica cada uno de sus términos. Asimismo, agrega que habiéndole explicado las consecuencias jurídicas de su decisión, le ha manifestado comprenderlas y sostenerlas de igual manera.

Que así las cosas, la magistrada interviniente dispone la inmediata intervención del Servicio Local de Promoción y Protección de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de Tandil, a fin de que proceda a adoptar las medidas necesarias en el marco de los arts. 1, 2, 3, 19, 32, 35, 38 siguientes y concordantes de la Ley N.º 13. 298. Que este último, en fecha 18 de mayo adoptó Medida de Protección especial respecto de M. V. F. (art. 35 bis Ley N.º 13298), consistiendo la misma en la permanencia de la niña en el domicilio del matrimonio B D quienes forman parte del Programa de Familias solidarias. Que en el marco de la intervención y seguimiento del Servicio mencionado, en su Informe Plan estratégico de restitución de derechos (art. 35 bis apartado 10 Decreto 177/14 modif. Decreto 300/05), el organismo informa ausencia de actuaciones previas con la Sra. F y grupo familiar, que M. V. F. permanecerá alojada con los referentes de mención quienes garantizarán sus cuidados, y que asimismo, se convocará a la Sra. F. a entrevista con la finalidad de tomar conocimiento respecto a su posicionamiento subjetivo, ratificar decisión y

recabar datos del progenitor y familia ampliada. Declarada la legalidad de la medida adoptada, la magistrada dispone en protección al derecho a la identidad de la niña M. V. F. se realice prueba de ADN del Sr. G. R. I. (presunto progenitor) presentado en el organismo administrativo con el fin de determinar o excluir su paternidad. Que en fecha 6 de julio el Servicio Local presenta su Informe de conclusión de plan estratégico de restitución de derechos (art. 35 bis apartado 21 Decreto 177/14 modif. Decreto 300/05 y ccds.), solicitando que se declare el estado de desamparo y adoptabilidad de M. V. F., ello tomando en cuenta la postura asumida por la Sra. F., el posicionamiento del presunto progenitor, y la falta de interés manifiesta respecto a la beba de parte de su familia ampliada, ello conforme actuaciones desplegadas que no han hecho más que llevar a los profesionales intervinientes a sostener que la niña no cuenta con adultos responsables capaces de ejercer su cuidado y protección.

Que posteriormente desde el Juzgado se cita a la Sra. F. y al Sr. I. a audiencia conf. art. 12 Ley N.º 14. 528 y art. 607 CCCN, quienes debidamente notificados no se han presentado a la misma. Que se reiteró citación al presunto progenitor haciéndole saber que ante incomparecencia injustificada se considerará que el requerido no tiene interés en ejercer su eventual responsabilidad parental correspondiendo declarar la situación de adoptabilidad, a la que tampoco concurre.

Que en fecha 31 de julio Asesoría presenta dictamen solicitando se decrete el estado de adoptabilidad de F. M. V., se notifique a los Sres. F. y I., se oficie a Asesoría pericial de Azul para realizar pericia de ADN, firme la sentencia; se oficie al Registro Único de aspirantes a guarda con fines adoptivos, a fin de remitir listado de personas/familias inscriptas para su evaluación y eventual vinculación, y se ponga en conocimiento al organismo administrativo que pese al cese de la medida excepcional continúe el seguimiento de la situación de la niña hasta tanto se pueda consolidar la vinculación con familia de pretendientes adoptantes.

II. CONSIDERANDO DEL CASO: ANÁLISIS

Resulta de interés analizar cómo la magistrada ha dado solución a los hechos *ut supra* mencionados, y bajo que parámetros ha llegado a fallar al momento de encausar una respuesta a la situación que la Sra. F. ha presentado ante los estrados judiciales.

En su considerando podemos encontrar dos parámetros de particular importancia, los cuales han sido estrictamente concertados a los fines de alcanzar una solución respetuosa de los derechos tanto de Sra. F. como de la niña F. M. V.

En primer lugar nos situamos ante una perspectiva de género necesaria e imperativa a razón del deseo expresamente manifestado y ratificado por la progenitora desde el momento de sus controles prenatales hasta luego de dar a luz, esto es, su deseo de no maternar. A estos tiempos ya se ha advertido que la obligación de juzgar con perspectiva de género consiste en la metodología judicial de resolución de un pleito con una visión pro género de acuerdo a lo establecido en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) de raigambre constitucional; la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belem do Para, Ley nº 24.632); las Cien reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad y las prescripciones de la Ley Micaela N.º 27.499 y ccds.

Esta perspectiva, en hora buena en vigencia, permite cuestionar y analizar las determinaciones históricas y culturalmente construidas en relación a la mujer, como ser las actividades que pueden desarrollar, los espacios que deben habitar y las funciones que se han asignado como naturales a su género, tales como la maternidad. Esta perspectiva permite visibilizar sus deseos más allá de las imposiciones de larga data preestablecidas. Bajo este enfoque, la magistrada de autos advierte en su considerando sobre la autonomía personal y el derecho a la autodeterminación en cada una de las decisiones personales, sin resultar ajena a

ello, la denominada voluntad parental, la cual no se limita a tener o no tener un hijo, sino que también abarca la decisión de cómo y cuándo tenerlo, o cómo y cuándo no tenerlo, contemplando la misma todas estas posibilidades y señalando que no todas las mujeres tienen naturalmente la voluntad parental de ahijar y que no por ello estamos ante una *madre abandonica* —remontándose a términos de Eva Giberti— pues no existe tal abandono en aquella mujer que confía en el Sistema de promoción y protección de los Derechos del Niño, el cual debe asistir a aquellos niños, niñas y/o adolescentes que puedan encontrarse en situación de desamparo o sin cuidados parentales, llevando a cabo las acciones tendientes a garantizarles su derecho humano a la vida familiar.

La tensión del caso se enmarca, por tanto, entre la autonomía de la voluntad de la Sra. F., quien toma la decisión estando embarazada de dar a su hija en adopción, y el no menos importante derecho de esa niña a vivir en su familia de origen, conforme lo establece nuestra normativa y principios jurídicos imperantes en materia de adopción (arts. 594, 595 y ccds CCCN). Tal y como señalan Warde y Assandri:

La autonomía de voluntad implica en el ámbito del derecho de familia “poder de decisión”, “ejercicio de la libertad personal”, la posibilidad de resolver sobre ciertos aspectos de la vida personal sin condicionamientos externos, de poder optar por una autorregulación propia; está íntimamente ligada al principio de reserva que consagra el art. 19 de la Constitución Nacional (Warde y Assandri, 2016, p. 374).

La tensión del caso irrumpe sobre derechos que parecen encontrados, los de la mujer y los de la niña. Aquí es cuando la perspectiva de género parece colisionar con la perspectiva en niñeces, dado que solo hacer lugar a la presentación de la Sra. F. sin abordar los derechos del niño, en este caso niña, que se ha dado a luz, resultaría una resolución arbitraria y contrario al corpus

iuris en materia de niñez. Resulta acertado, por tanto, el proceder de la magistrada cuando se cuestiona sobre el interés superior de la niña que nació, en paralelo con el deseo expreso de su progenitora.

En el caso, la configuración del interés superior del niño demandó a la magistrada el análisis de las particularidades de hechos y derechos para privilegiar, a su entender, la mejor alternativa posible para M. V. F. Bajo este lineamiento, abordó lo concerniente al derecho a la identidad de la niña, así como también su derecho a vivir en su familia de origen (art. 595 CCCN, 2 Ley N° 14528, 35 Ley N° 13298 y ccds.).

Dice el art. 607 del CCCN, que será dictada la declaración judicial de adoptabilidad en los casos en que los padres tomaron la decisión libre e informada de que el niño o niña sea adoptado, y que la misma, 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 este. Esto significa que todos los niños tienen derecho, como principio fundamental, a integrar una familia, la cual le brindará afecto y sustento para su mejor formación integral y siendo el principio rector que los niños deben permanecer en su familia biológica y cuando ello no es posible, deberá asegurarse y procurarse esta manda constitucional a través de aquellos que puedan o estén dispuestos a hacerlo.

Ante ello, de las circunstancias fácticas la magistrada ha verificado que se ha cumplimentado el consentimiento informado de la recurrente y la garantía de libertad e información de alternativas de contención y fortalecimiento de la maternidad a través de la atención interdisciplinaria de los organismos intervinientes (art. 607 b CCCN, 7.2, 11 ,12 Ley N.º 14. 528), sin que la joven modificara su decisión, máxime la ratificara manifestando en entrevistas que confía que su decisión es la correcta para el futuro de la niña. Ya se ha dicho que:

Deben profundizarse las intervenciones mediante diagnóstico y seguimiento de la mujer en conflicto con su maternidad, centrado en la manifestación de voluntad libre, seria, esclarecida, tratando de

ahondar en sus motivaciones sin una postura condenatoria, disminuyendo las posibilidades de una desvinculación biológica innecesaria. Respetando el derecho de la madre a decidir, siempre que su decisión implique considerar a su hijo sujeto con derechos, no objeto de propiedad (Fallo “N. M. R. s/ situación de N. N. A.” Juzgado de Familia de Paso de los Libres, provincia de Corrientes, 2019).

Dichas intervenciones se han verificado en estos autos.

En cuanto al progenitor de M. V. F., la filiación legal de la niña es solo materna, careciendo de reconocimiento paterno. La presentación de un presunto progenitor y la actitud del mismo al no realizarse un ADN, el estar de acuerdo con la decisión de la Sra. F., y su incomparecencia injustificada ante el juzgado para ejercer su eventual responsabilidad parental, solo han demostrado su marcado desinterés respecto a la niña.

En relación al resto del grupo familiar, la magistrada se ha expedido sobre la inconstitucionalidad del art. 607 *in fine* del CCCN entendiéndolo que citar a otros miembros del grupo familiar importaría como correlato obligar a la Sra. F. y al desinteresado presunto progenitor, a mantener contacto con la niña, como asimismo enfrentar a esta pequeña en su futuro con progenitores que se desentendieron voluntariamente de ser partícipes de su desarrollo. Suma a ello su concepción sobre familia, entendiéndolo adecuado hablar de *familias* que van más allá de la consanguinidad, comprendiendo lazos socio-afectivos, lazo que no es deseo expreso de los progenitores *biológicos* construir con M. V. F.

No obstante la postura asumida, y pese a su convicción sobre la anti-convencionalidad de la norma referenciada, advierte que desde el Servicio Local interviniente, se han extremado las alternativas de búsqueda en el ámbito familiar con resultados infructuosos al mejor interés posible de M. V. F., dado que de las entrevistas mantenidas, desde la familia paterna ningún integrante se ha ofrecido a cuidar a la niña, y desde la familia de la Sr. F., las intenciones de cuidado no han sido sostenidas en el tiempo. He aquí el temperamento

asumido por la magistrada, al entender que se debe dar a la niña una solución estable en relación a su estado familiar, pues si bien no hay dudas que lo más deseable sea su desarrollo junto a su familia de origen, dicha directiva cede ante la carencia de sincronía de las necesidades de la niña y de su entorno familiar, pudiendo este principio general ser reformulado.

III. FALLO

1) DECLARAR que el art. 607 en su último párrafo en cuanto dispone "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", debe ser considerado anticonstitucional y anti-convencional por ser contrario al "interés superior del niño", y porque condicionar la voluntad autónoma de la madre de dar su hija en adopción sin condicionamientos es contrario a la perspectiva de género Y AL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, todo ello en función de los argumentos ya explicitados (art. 3 de la Convención de los derechos del Niño)

2) DECRETAR el estado de adoptabilidad de M.V. F. -DNI XXX- hija de K. F. -DNI 41569259- - En cuanto al régimen comunicacional con su familia de origen, dispongo: La suspensión inmediata y definitiva de todo régimen comunicacional. –

3) DISPONER el inmediato requerimiento al Registro Central de Postulantes a guarda con fines de adopción -mediante la carga de la presente en el portal web- a fin que se sirvan REMITIR el listado correspondiente, para una niña nacida el 13/05/2020, quien desde su nacimiento y hasta la actualidad se encuentra alojada en el domicilio de un matrimonio que forma parte del Programa Familias Solidarias en la ciudad de Tandil. - Una vez recibido el respectivo listado, procédase a conformar causa independiente, la que será caratulada como "MATERIA A CATEGORIZAR" y en donde se incluirán los actos procesales tendientes a la evaluación de los postulantes, el inicio y

seguimiento del proceso de vinculación hasta el otorgamiento de la guarda preadoptiva.-

4) NOTIFIQUESE al Sr. Asesor de Incapaces.

5) NOTIFIQUESE CON HABILITACIÓN DE DÍAS Y HORAS INHÁBILES a la Sra. K. F. y al Sr. G R. I. en sus domicilios reales, por intermedio de Comisaría de Jurisdicción (Art. 153 CPCC; Art. 1, ap. 3° inc. c 1 y 2 Res. 10/2020). Asimismo, líbrese cédula al domicilio constituido electrónico de la progenitora.

Practíquense las comunicaciones al Registro Central de Postulantes a Guarda con fines de Adopción (art. 15 ley 14528, art. 2 y concordantes del Ac. 3607).-

OFICIESE en forma electrónica al SLPPD. Funcionario firmante: MONSERRAT Silvia.

IV. NOTA FINAL

El caso comentado comprende varias aristas que merecen atención. La primera es el enfoque de derechos humanos hacia dos grupos históricamente vulnerables, como lo son las mujeres y los niños. En segundo lugar, la concepción de *familias* a la que alude la magistrada, resulta correspondiente a estos tiempos que corren, pues para la misma, no es la consanguinidad, ni la ley la que define quienes integran o no la familia, sino las relaciones socio-afectivas, la interacción existente en cada miembro y la construcción de una identidad dinámica. Tercero, la perspectiva en niñez, la vigencia otorgada a las normas y principios que rigen en la materia, la consideración al trabajo desempeñado por el organismo administrativo a través de sus profesionales actuantes en torno a la decisión sobre el mejor interés hacia la niña (art. 3 CDN, 4 Ley N.º 13. 298, 594 CCCN y ccds), reconocida como sujeto de derecho, que ha llevado a contemplar no solo el mejor interés presente, sino también futuro, al proyectar que pasaría si se resolviera de otro modo. Cuarto, la validación de la autonomía personal de la recurrente, el no juzgar su decisión, pues como ha señalado expresamente:

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 ("F., M. V. S/ ABRIGO", Juzgado de Familia N.º 1 de Tandil, Departamento Judicial de Azul, provincia de Buenos Aires, 2020).

Por lo anterior, entiendo que la magistrada ha juzgado con perspectiva de género. Quinto, la solución a la que ha llegado la magistrada nos convoca a pensar en que la dinámica en las relaciones del derecho de las familias, invitan a los operadores intervinientes a comprometerse desde una lógica humanista, ajena al rigorismo formal que haría que cada solución no resulte adecuada a las particularidades de cada caso, *casos* que son historias de vida, procesos familiares, de suma sensibilidad, que merecen de cuidado, para evitar incurrir en nuevas vulneraciones de derechos y nuevos padecimientos. Ya ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que la misión específica de los tribunales especializados en temas de familia resultaría desvirtuada si se limitaran a decidir problemas humanos mediante la aplicación de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda valorar (Medina, 2007).

Finalmente, la combinación de todas las aristas señaladas con antelación, nos lleva a un desenlace acorde a derecho y a los pormenores de la situación planteada. En lo llano, al día de la fecha no podemos estigmatizar a una mujer que se percibe inhábil para materner, su manifestación es atendible toda vez que implica una decisión que compromete la vida de su hija, al entregarle a esa niña la posibilidad de vivir en una familia que podrá brindarle los cuidados que la misma merece, sin dejarla en situación de abandono, que pueda ser merecedora de una familia que la reciba como hija, respondiendo a ello en este

caso en particular, va a resultar en consecuencia en el mejor y superior interés de la niña; el elegido por su madre.

V. BIBLIOGRAFÍA

“F., M. V. S/ ABRIGO”, Juzgado de Familia N.º 1 de Tandil, Departamento Judicial de Azul, provincia de Buenos Aires (2020).

“N. M. R. s/ situación de N. N. A.” Juzgado de Familia de Paso de los Libres, provincia de Corrientes (2019). Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/juzgado-familia-local-corrientes--situacion-fa19210003-2019-07-12/123456789-300-0129-1ots-eupmocsollaf>

Medina, G. (2014). Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Editorial La Ley*. 418-480.

Warde, A. M. y Assandri, M. (2016). La autonomía de la voluntad en las relaciones de familia conyugales y convivenciales. *Anuario del CIJS*, 16, 374.