

Título: La mujer que decide entregar a su hijo en adopción y su familia biológica desde la interpretación del Interés Superior del/a niño/a. Una mirada sobre la aplicación del 607 inciso 2.-

Introducción

La presente ponencia fue presentada en el Congreso Internacional de Derecho de Familias, Niñez y Adolescencia realizado en el año 2017 en la provincia de Mendoza. Reeditamos su publicación ya que entendemos que es un tema que permanece vigente y cuyas resoluciones disímiles en distintos juzgados del país invitan a seguir debatiendo respecto de su aplicación.

Deseamos destacar el fallo dictado por el Juzgado de Familia de Tandil en exte. N° 24997 caratulado “F., M. V. S/ ABRIGO”, en setiembre del año 2020 por el que la magistrada declaró la in-convencionalidad e inconstitucionalidad del art. 607 inciso 2.

Entre los argumentos más relevantes que sostienen la decisión de la magistrada se encuentran: el juzgamiento con perspectiva de géneros, la re-significación del concepto familia de origen desde la socio afectividad y no sólo desde la consanguineidad y por último, la valoración de la decisión de la mujer gestante como parte integrante del interés superior del/a niño/a.

Juzgar con perspectiva de género:

Respecto del primero, la lucha del movimiento feminista por el reconocimiento de los derechos de las mujeres ha visibilizado ideas y estereotipos socialmente arraigados que impiden el pleno ejercicio de la autonomía y libertad de un sector de la humanidad en razón del género con el que nacieron.

Específicamente en la materia en estudio esta visibilización permite corrernos de la idea de “instinto materno” para pensar que la posibilidad de gestar no necesariamente trae aparejada la voluntad de criar. Así, conceptos tales como “madres en conflicto con su maternidad” para referirse a las mujeres que eligen no maternar, evidencian una mirada sesgada y construida desde el prejuicio de que toda elección en este sentido implica necesariamente un conflicto, un trauma. Consideramos que el conflicto con la maternidad podría ser una posibilidad entre tantas otras, pero no la única, también podría no ser tal, o serlo en menor medida. La sugerencia es no asumirlo como premisa, animarnos a la singularidad más que a la generalidad. Entender que cada situación, cada contexto, cada ser humano atraviesa por experiencias tan diferentes a las propias que es posible que la decisión de no querer maternar sea tomada y asumida desde un lugar radicalmente diferente al razonamiento que desde nuestra experiencia vital y desde nuestro conocimiento como operadores de justicia podemos hacer.

“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 (...) 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. (exte. N° 24997 caratulado “F., M. V. S/ ABRIGO”)

Consideración de la familia de origen en el caso concreto

En segundo lugar, en el fallo se reconoce la identidad dinámica en la construcción de la identidad de la persona recién nacida que hasta ese momento sólo comparte un vínculo sanguíneo con la familia biológica de sus progenitores. Tomaremos el elemento de la identidad dinámica para repensar la construcción de la subjetividad de la progenitora.

Porque si asumimos que la consanguineidad es un elemento más, pero no el único en la construcción de la identidad de las personas, abrimos la posibilidad a preguntarnos qué valor tiene en el caso concreto para esa mujer el vínculo con su familia de biológica. ¿Quién es la familia de origen? ¿La que nos pare, la que nos da de comer, con la que compartimos un factor sanguíneo? ¿O acaso no es nuestra familia también la mano de la amiga que nos sostiene, la que acompaña a la puerta del hospital el día del parto, la que nos aloja en su hogar cuando peleamos con nuestros padres? Repensar este concepto permite habilitar la mirada más allá de la consanguineidad y hacernos la pregunta, una vez más por la singularidad: ¿Quién es para esa mujer que está renunciando a su maternidad su familia de origen? ¿Qué espacio ocupan los vínculos consanguíneos en la construcción de su identidad? ¿Cómo ha sido esa relación?

La autonomía de la voluntad de la mujer como integrante del interés superior del niño

Por último y como sostuvimos en la ponencia presentada en el año 2018, frente al aparente versus entre el derecho a la intimidad de la mujer y el derecho del niño a permanecer con su familia de origen, la salida podría ser no pensar en términos de competencia entre derechos sino en términos de aporte y reciprocidad entre la mujer y el sistema judicial.

Nuestra forma de pensar y buscar rápidamente respuestas a los problemas que se presentan está construida desde el pensamiento binario y jerarquizado. Existen intereses opuestos y debemos elegir uno por sobre otro. A la vez, la racionalidad como único modo de acercarnos al conocimiento ha jerarquizado de tal modo a las personas que sólo quienes han recibido instrucción académica pueden participar de la decisión que se tome aún en cuestiones tan complejas e íntimas como estas que atraviesan el propio cuerpo de una mujer.

La propuesta de este trabajo es *mirar con otros ojos*, no en términos de versus sino desde el cuidado. Si cambiamos el foco para ver esta realidad podremos pensar -o por lo menos preguntarnos- si la decisión de la mujer de no querer vincular a su hijo/a con la familia de origen no la tomada acaso evaluando el mejor interés de quien va a nacer.

*“El mejor interés de M. V., es aquel que ha sido elegido por su propia madre: la posibilidad de acceder a una familia adoptiva (...) 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**” (la negrita me pertenece).*

Entendemos que este razonamiento está claramente expresado en el fallo de Tandil que revaloriza la decisión de la mujer no en razón de que el derecho a la intimidad de la

mujer esté por sobre el derecho a la vida familiar del/a niño/a, sino desde otro lugar. La magistrada otorga valor a la evaluación que la mujer ha hecho de su propia familia biológica a partir de su experiencia vital, de su historicidad –experiencia que es única e irrepetible-. Esa valoración ingresa al resolutivo no desde un versus sino como un aporte que realiza la progenitora en razón de buscar el mejor interés del/a recién nacido/a.

En consonancia con este fallo, mi propuesta es corrernos de la mirada jerarquizada por la que el conocimiento de la justicia está por sobre cualquier otra forma de saber (la experiencia vital de cada persona es una forma del saber) y animarnos a pensar desde la red, a integrar las vivencias, los saberes, los sentimientos de quienes serán destinatarios/as de la decisión judicial.

Les propongo: Resignificar la práctica judicial, animarnos a una intervención que haga espacio a la singularidad, que habilite otros saberes, que no prejuzgue, que valore la experiencia vital de cada sujeto, que atesore lo humano, que tienda la mano a favor del encuentro.

Setiembre, 2023

Título: La mujer que decide entregar a su hijo en adopción y su familia biológica desde la interpretación del Interés Superior del/a niño/a. Una mirada sobre la aplicación del 607 inciso 2.-

El Código Civil y Comercial en materia de adopción, trajo consigo una nueva regulación que establece con claridad las diferentes etapas administrativas y judiciales que deben seguirse para esta figura.

Respecto de la declaración de la situación de adoptabilidad, el art. 607 especifica diferentes causales por las que un/a niño/a puede acceder a esta condición.

La regulación ha traído nuevos interrogantes que vale la pena poner a debate: ¿Cómo se articula cada inciso entre sí y como deben interpretarse en relación al ante último párrafo del mismo artículo?

Art. 607: Supuestos. La declaración judicial de la situación de adoptabilidad se dicta si:

- a) un niño, niña o adolescente no tiene filiación establecida o sus padres han fallecido, y se ha agotado la búsqueda de familiares de origen por parte del organismo administrativo competente en un plazo máximo de treinta días, prorrogables por un plazo igual sólo por razón fundada;
- b) los padres tomaron la decisión libre e informada de que el niño o niña sea adoptado. Esta manifestación es válida sólo si se produce después de los cuarenta y cinco días de producido el nacimiento;
- c) las medidas excepcionales tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada, no han dado resultado en un plazo máximo de ciento ochenta días. Vencido el plazo máximo sin revertirse las causas que motivaron la medida, el organismo administrativo de protección de derechos del niño, niña o adolescente que tomó la decisión debe dictaminar inmediatamente sobre la situación de adoptabilidad. Dicho dictamen se debe comunicar al juez interviniente dentro del plazo de veinticuatro horas.

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

En esta ocasión me detendré especialmente en el inciso 2 del artículo 607 por el que los progenitores (en la mayoría de los casos la mujer que da a luz) deciden que el/la niño/a sea entregado en adopción. Esta decisión puede acaecer en diferentes situaciones:

- a. La familia de origen de la mujer conoce la existencia del embarazo y acuerda con ella en la entrega, no ofreciéndose a criar al niño/a.
- b. El embarazo ha permanecido oculto para la familia de origen de la mujer.

Abordaré aquí especialmente el supuesto de la mujer que manifiesta que su familia de origen desconoce la existencia del embarazo pero antes de adentrarme en el tema central es necesario realizar una breve salvedad.

No se desconoce la fundamental importancia que tiene en estos casos la figura del progenitor. Sobre esa relación pueden darse situaciones que van desde el embarazo como producto de una violación hasta el caso de un progenitor presente que conoce de la existencia

del embarazo, acompaña a la mujer en el proceso y cuyo consentimiento libre e informado es uno de los requisitos para la declaración de la situación de adoptabilidad por el art. 607.2.

Para el extremo de que el embarazo sea producto de una violación considero que corresponde la aplicación del principio de que ningún derecho puede nacer a partir de una conducta ilícita sobre la persona. Se iría en contra del andamiaje de los derechos de las mujeres desde una perspectiva de género en caso de reconocerse un posible vínculo jurídico entre el violador y el/la hijo/a que nace como producto de ese delito.

La ley 27.363 respecto de la privación de la responsabilidad parental, establece que algunas conductas ilícitas cometidas sobre el cuerpo de la progenitora (homicidio, lesiones) tienen efectos jurídicos en la relación del agresor y sus hijos/as al privarlo de la responsabilidad parental. En el mismo sentido entonces, no puede “premiarse” al agresor sexual reconociéndole la facultad de decidir respecto de la adopción o no del recién nacido.

La visibilización de la violencia de género en el ámbito de la familia en particular y en la sociedad en general ha permitido arribar a la conclusión de que las conductas provocadas por el varón respecto de la madre de los/as niño/as en casi todas las ocasiones vulnera también los derechos de sus hijos/as. En el mismo sentido entonces el acto cometido contra la progenitora tiene consecuencias respecto del niño/a recién nacido/a.

Cabe reconocer que en el marco del debate por la despenalización del aborto en nuestro país se han escuchado posturas minoritarias que sostienen el derecho del violador a decidir sobre la interrupción del embarazo atento a que el cincuenta por ciento del ADN del feto le otorgaría la categoría de progenitor. Desde esta mirada, también debería decidir el violador en casos de que ese embarazo decante en un proceso de entrega en adopción.

Este examen sesgado de la configuración de la categoría de progenitor sólo y únicamente desde el aporte del material genético sin tener en cuenta el resto de las variables en juego, no resiste ningún tipo de análisis jurídico desde la perspectiva de género ni desde el respeto por los derechos humanos fundamentales. Por tanto, no me detendré en ello, solo lo menciono dando cuenta de su existencia en nuestro país. Es una conclusión que se fundamenta en una consideración de la mujer en tanto portadora del embarazo, cual objeto, sin tener en cuenta su individualidad y sus propios derechos.

En el otro extremo de la casuística se da la situación de un progenitor que en conocimiento de la existencia del embarazo es convocado, ahora desde la ley, a prestar su consentimiento para la entrega del niño/a en adopción.

Podría darse el supuesto de que la mujer manifieste su voluntad de entregar al niño/a mientras que el padre se oponga a este hecho y desee criarlo. En este caso, la legislación actual, en consonancia con lo resuelto en el fallo “Fornerón vs. Argentina¹” por la Corte Interamericana de Derechos Humanos impide avanzar sobre el proceso de declaración de situación de adoptabilidad ya que el padre tiene el mismo derecho que la mujer para ejercicio de su responsabilidad parental.

Entiendo que la sola negativa del progenitor de entregar al niño/a en adopción, alcanza para no avanzar en el proceso judicial por esta vía. No corresponde en esos casos

¹ “Fornerón vs. Argentina” fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=203

prima facie “evaluar” las condiciones y posibilidades del progenitor debido a que esto constituiría un acto de discriminación por su condición de varón. No correspondería aplicar inicialmente el anteúltimo párrafo del art. 607 en cuanto a la evaluación de los familiares por los mismos motivos por los que no se evalúa siempre y en cada nacimiento si la madre es apta para ejercer ese derecho conforme al interés superior del niño/a.

El progenitor no se encuentra en el mismo nivel que el resto de la familia biológica o los referentes afectivos, sino que tiene un derecho al ejercicio de la responsabilidad parental que debe hacerse efectivo con la sola manifestación de su negativa de entregar al niño/a en adopción.

En el medio entre estos dos extremos mencionados aparecen un sin número de situaciones que van desde el desconocimiento de quien es el progenitor hasta la manifestación de la mujer de haber mantenido en secreto el embarazo.

Cada uno de estos supuestos que pueden ubicarse en la zona de los “grises” podría dar lugar a un trabajo semejante al presente que amerita su análisis desde el derecho y desde otras disciplinas y que excede el objeto de análisis que intentaré abordar.

Brevemente mencionaré algunas pautas que creo oportuno tener en cuenta a modo de cartografía para el abordaje de las situaciones más complejas:

El art. 583 del Código Civil y Comercial establece en cabeza del Ministerio Público la responsabilidad de procurar la determinación de la paternidad instando a la madre para que suministre el nombre del progenitor. En un sentido similar podrían actuar los profesionales que entrevistan a la mujer que decide entregar a su hijo/a en adopción, explicando la importancia de suministrar el nombre del progenitor, el derecho a la identidad del niño/a y a la vida familiar que podría realizarse en caso de que el padre, con conocimiento del nacimiento, elija ejercer su responsabilidad parental en vez de la entrega en adopción.

Cierto es que muchas mujeres aun conociendo respecto de la identidad del varón omiten esta información cuando son citadas por el Ministerio Público. Esta omisión tiene efectos sobre la identidad del niño/a. Una práctica que, cuanto menos, es tolerada por el Estado ya que ninguna investigación se inicia en contra de la mujer en relación al ocultamiento de la identidad del progenitor.

Esto podría asimilarse a las situaciones que se analizan sobre la entrega en adopción ya que tanto en la filiación por naturaleza como en los casos aquí en estudio el efecto sobre la vida de las personas es el mismo, el/la niño/a recién nacido/a no será criado/a por su padre biológico.

Además, en el caso de las mujeres que entregan a sus hijos/as en adopción, el inciso previsto hace mención al “consentimiento informado” una praxis que implica todo un proceso que no se agota con una sola audiencia para la firma de la declaración de la voluntad de la mujer.

El profesional que acompaña el proceso de entrega que puede comenzar durante el embarazo y finaliza recién a los 40 días desde el nacimiento deberá trabajar en torno a la figura del progenitor, sus derechos y los derechos del niño/a.

Será fundamental informar a la progenitora y trabajar con ella sobre todos los temas transversales al instituto de la adopción teniendo muy en cuenta la realidad particular de cada situación, poder abordar diferentes alternativas que pueden abrirse para la vida del niño/a, entre las que se encuentra sin dudas la de ser criado por su progenitor.

El requisito del consentimiento informado supone todo un asunto de diálogo entre el profesional y la progenitora que no se agota, en este caso, con la manifestación de la mujer respecto de la entrega de su hijo/a. Es necesario que ella obtenga información en ese proceso en cuanto a lo que implica la adopción, qué otras alternativas existen, qué sucede con el progenitor, qué derechos tiene él y también la consecuencia que traerá la información que ella suministre².

La participación del progenitor en este tipo de juicios en los casos en que la mujer si niega a entregar información respecto de la identidad del padre es un tema que aún plantea muchísimos interrogantes, se deberá estar muy alerta y acompañar cada proceso en que esto suceda para aprender de la experiencia que la propia realidad presenta a fin de encontrar pautas más claras que puedan servir de guía para este tipo de intervenciones.

Renuncia y familia de origen

Adentrándonos ya al tema central de este trabajo, en la primera situación planteada, cuando la mujer y su familia que conoce sobre el embarazo acuerdan la entrega del niño/a no habría mayores inconvenientes atento a que la voluntad de la mujer y de su familia de origen estaría en consonancia.

La dificultad se halla en el segundo supuesto, cuando la familia de la mujer desconoce la existencia del embarazo. Una de las inquietudes que ha surgido en el ámbito judicial es respecto de la facultad del Estado para ubicar, consultar y evaluar a la familia biológica de la mujer para que crie al recién nacido/a aun cuando ella no quiere que sus familiares se enteren de la existencia del nuevo ser humano. Esto, debido a la interpretación que se realiza del penúltimo párrafo del mismo artículo en cuanto al no dictado de la declaración de adoptabilidad si existen familiares que se ofrezcan para asumir la guarda.

¿Existiría en este caso un conflicto de intereses entre el interés superior del niño/a (en adelante ISN) y el derecho a la intimidad de la mujer?

A continuación, se intentará analizar el interés superior del niño desde un contexto histórico de los derechos de la infancia y cómo se articula esto con el derecho a la intimidad de la mujer, trayendo también para el análisis otras categorías sociales e históricas.

Interés Superior del niño, biologismo e historia de la infancia

² Hago explícita esta posibilidad atento a que he podido compulsar expedientes cuyas actas reflejan el siguiente proceder: El profesional entrevista a la mujer en un ámbito de privacidad expresándole que lo que diga allí será confidencial, una vez que la mujer manifiesta el dato del progenitor, el profesional le informa que de ese dato se le dará intervención al juez y se “auto releva” del secreto profesional en el que enmarcó inicialmente la entrevista. Entiendo que esta es una práctica contraria a lo que se busca en un proceso de consentimiento informado en el que el derecho de la persona es, entre otras cosas, tener conocimiento de qué se hará con la información que ella suministre y qué efectos tendrá lo que allí se manifieste, todo ello debe ser expresado con anterioridad y conformando el encuadre de la entrevista.

Algunos fallos judiciales³ y un sector de la doctrina han interpretado que para respetar el interés superior del niño no puede dictarse la situación de adoptabilidad hasta tanto no se haya evaluado a la familia biológica, priorizando así a la biológica por sobre cualquier otra forma familiar.

Podría entenderse que ésta es la línea que ha seguido la ley 26.061 y el Código Civil y Comercial en materia de adopción. Sin embargo, asignarle una prioridad irrestricta a la familia biológica es una interpretación errónea de la norma vigente por los siguientes motivos.

Esta postura encuentra su raíz en la necesidad de distanciarse todo lo posible de las posiciones opuestas y totalitarias que configuraron la matriz para intervenir sobre la infancia pobre durante los siglos XIX y XX en nuestro país y la región.

La historia de la infancia está plagada de hechos por los que las familias se han visto privadas de la posibilidad de criar a su prole por razones económicas, políticas y sociales. En el marco del denominado paradigma de la situación irregular se naturalizaron ideas culpabilizadoras de las familias biológicas que legitimaron prácticas institucionales en las que los niños/as fueron separados/as de sus progenitores como primera medida, como “medida tutelar”, institucionalizados/as y entregados/as en adopción, en el mejor de los casos. Los progenitores y el resto de los familiares poco podían hacer para revertir esta situación y no encontraron en los organismos del Estado el acompañamiento necesario que apoyara allí donde la familia no podía sola. Por el contrario, los operadores de infancia se posicionaban como “buenos padres de familia” exigiendo aquello que a sus ojos era fundamental para el desarrollo del menor⁴, sin tener en cuenta el contexto socio cultural del grupo familiar.

En la mayoría de los casos la separación del niño/a de su familia se encontraba motivada en la situación de pobreza y vulnerabilidad económica de la familia biológica. Estas prácticas fueron legitimadas por todo el contexto social, la doctrina y la legislación de la época que funcionaron en el marco del paradigma de la situación irregular.

Como todo paradigma, éste se instaló como respuesta unívoca a un problema sin dejar posibilidad de apartamiento de la postura totalitaria. La mayoría de las disciplinas y la opinión de la sociedad en general entendieron que la separación del niño/a de su familia pobre era lo mejor que podría sucederle.

En situaciones de desamparo la institución jurídica y asistencial dirige su acción de protección hacia los menores, disponiendo la internación de los mismos, prescindiendo de considerar que los problemas que motivaron su intervención afectan al grupo familiar en su conjunto, por ello no intentan acciones dirigidas a restaurar la situación familiar ni a reconstruir los lazos afectivos intrafamiliares, sino que más bien apelan al desgaste de la relación materno-filial⁵.

El modelo organizado a partir de la judicialización de los problemas sociales, se completó con una estructura organizacional centralizada en el ámbito de los poderes

³ Autos n° 11.112 caratula “L.H. S/ declaración de adoptabilidad” 5° Juzgado de Familia, Cuarta Circunscripción Judicial, Cipolletti, Río Negro.-

⁴ Se utilizará el término “menor” cuando se desarrollen argumentos propios del paradigma de la situación irregular, atento a que este fue el concepto de niño/a que se sostuvo por antonomasia desde ese paradigma.

⁵ Bisig, Elinor. 1.996. *Estado de Abandono: Judicialización y Desjudicialización* Ed. Mimeo.

ejecutivos que respondió en forma incondicional a las derivaciones hechas por la justicia. La internación de los menores constituyó uno de los principales ejes de la oferta gubernamental y no gubernamental de “protección” a la infancia en extrema pobreza. La proliferación de macro hogares llevó al aislamiento del niño. Este enfoque prevaleció en la mayoría de los países hasta la aprobación de la Convención y ha sido un factor de segregación, estigmatización y exclusión de varias generaciones de niñas, niños y adolescentes en el mundo entero⁶.

En Argentina esta mirada sobre los menores y sus familias como peligrosas, llegó a su extremo en conductas aberrantes que han sido luego declaradas como delitos de lesa humanidad. La apropiación de las vidas de los bebés nacidos en centros clandestinos de detención en los que estaban secuestradas y torturadas sus madres durante la última dictadura militar constituye, a mi entender, el punto máximo y de mayor ilegalidad del paradigma de la situación irregular. Militares, civiles y religiosos que intervinieron en esta práctica entendían que con ello estaban “salvando” a los niños de las ideas comunistas de sus familias biológicas.

El caso extremo de la apropiación de niños durante la última dictadura militar argentina, lo inserta en un previo sistema de creencias sociales en torno a la salvación de niños, y que tuvo su "punto de anclaje" en una microfísica de mecanismos de poder diseñada y puesta en funcionamiento desde mucho tiempo atrás para intervenir sobre un sector de la infancia, aquel que, según la evaluación de distintos funcionarios y agentes investidos de autoridad por el Estado, no era criado y protegido por sus familias "como se debía"⁷.

Este breve recorrido histórico es útil para comprender por qué nuestra sociedad tiene un especial cuidado cuando se trata del derecho a la identidad, sobre todo a la identidad estática.

Las medidas por las que se privó a los niños/as de su centro de vida de forma legal o ilegal fueron tantas y tan abusivas que con el arribo de la Convención y de la Doctrina de la Protección Integral se buscó poner fuertes límites a la separación del/a niño/a de su familia como primera medida. Por esto, a mi entender, cualquier conflicto que se visualice como una posible restricción al derecho a la identidad inclina, prima facie, la balanza hacia la resolución que se interprete como de mayor protección a este derecho.

En la actualidad, se concluye por lo general que en toda situación siempre el mejor interés del niño/a encuentra su resguardo en la crianza en el ámbito de su familia biológica.

Podría decirse que el péndulo entre la separación del niño/a de su familia biológica por cualquier motivo e injustificadamente y la defensa a ultranza de la familia de origen no ha podido permanecer en el centro corriéndose de un extremo a otro.

En las últimas décadas se impuso en Argentina un modelo denominado desde la crítica como “biologismo” entendiendo éste como la corriente que identifica el respeto por

⁶ Gestión de políticas para la protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Un modelo en construcción, UNICEF, Serie Infancia, Adolescencia y Municipio (1.999), Bs. As. Argentina.

⁷ Villalta, Carla. 2006. *Cuando lo simple no alcanza: la adopción de niños a principios de los años '70*, en Cuartas jornadas de investigación en antropología social. SEANSO-ICA. Buenos Aires, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires.

la identidad como sinónimo de identidad en su faz estática, o sea, en lo biológico⁸. Y desde este modelo muchos operadores jurídicos están interpretando el articulado del Código Civil y Comercial.

No se desconoce que, por otro lado, aún en la actualidad muchas de las prácticas sobre la infancia continúan culpabilizando a las familias de los problemas sociales que también las afectan, tomando medidas apresuradas de separación de los menores de sus centros de vida, negando a los progenitores la posibilidad de una defensa efectiva y un eficaz acceso al control jurisdiccional⁹.

Podría decirse que por un lado la mirada sobre la infancia pobre no ha variado y se reproduce en acciones de abordaje inicial sobre los grupos familiares tomando medidas de separación del niño/a de su centro de vida sin agotarse las medidas de protección en ese espacio familiar. Mientras que por otro lado la doctrina biologista ha permeado también en otros sectores por ejemplo en el ámbito judicial sobre todo en la resolución de las situaciones de adoptabilidad, y se manifiesta fuertemente a la hora de tomar decisiones más definitivas para la vida del niño/a.

Cuando se interpreta desde este lente biologista se corre el riesgo de caer una vez más en respuestas unívocas y totalitarias sin tener en cuenta las características particulares de cada caso. Todo lo contrario a lo que busca la letra del actual Código de fondo que desde su artículo 1 se posiciona con un profundo respeto por la particularidad de cada situación.

Para interpretar el mejor interés del niño/a se deben tener en cuenta todas las particularidades de su contexto socio familiar, entre otras, la voluntad de los progenitores, en este caso de la mujer que da a luz al recién nacido y solicita el resguardo de la información.

En los casos en los que esta voluntad es la criar al niño/a y existen dificultades para ello, el rol del Estado es el de destinar todos los recursos necesarios priorizando a la familia biológica por sobre otro modo familiar y facilitando todos los medios para que el niño/a sea criado en su centro de vida. Esto podrá suceder, por ejemplo, en la mayoría de las situaciones que, de continuarse las dificultades para el desarrollo del niño/a en su ámbito familiar aún con el apoyo del Estado, terminarán por encuadrar en el inciso tercero inciso del art. 607. Pero esta prioridad de la familia biológica no puede tener la misma valoración jurídica en el caso previsto en el art. 607 inciso dos. El acto de renuncia de los padres es un hecho que no debe soslayarse a la hora de interpretar cual es el interés superior del recién nacido.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Karen Atala vs. Chile” otorga una pauta de interpretación del principio del ISN entendiendo que éste no puede nunca tomarse en abstracto sino considerarse en la situación concreta evaluando los daños y riesgos reales en cada conflicto que se presenta a ser resuelto en un estrado judicial.

“La Corte constata que la determinación del ISN en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales

⁸ Herrera Marisa, 2008, *El Derecho a la Identidad en la Adopción*, Bs. As., Argentina, ed. Universidad.

⁹ Existen muchos factores que posibilitan la continuidad del paradigma de la situación irregular en las intervenciones sobre la infancia: la falta de presupuesto para disponer de recursos inmediatos y medidas de protección directas, la escasa capacitación de los operadores en materia de niños niñas y adolescentes y las matrices tan arraigadas que devienen en una acción casi impulsiva sobre el modo de comprender, interpretar y abordar los problemas de los niños/a la infancia y sus familias, entre otros.

específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños y riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipo so consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradiciones de la familia¹⁰”.

La interpretación de que el ISN se hace efectivo dando cumplimiento al anteúltimo párrafo del art. 607 siempre y en todos los casos y por tanto, informando a la a la familia biológica de la existencia del recién nacido a fin de ser evaluada para que ejerza la guarda o tutela porque de ese modo se respeta el derecho a la identidad del niño, sin tener en cuenta la voluntad de la progenitora, no se presenta como acorde a la interpretación que de éste principio realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Los alcances del derecho a decidir entregar el niño/a en adopción

Es difícil definir el universo de mujeres que atraviesan un embarazo y deciden entregar al recién nacido/a en adopción. Existen pocas investigaciones respecto de quienes son, cómo viven y de qué modo toman la decisión.

En la investigación desarrollada por Eva Giberti y Silvia Chavanneau “Madres Excluidas”¹¹ las autoras se preguntan, entre otras cosas, porqué existen tan pocos datos estadísticos, estudios e investigaciones sobre las mujeres que entregan a sus hijos/as en adopción.

Una posible respuesta tiene que ver con el modelo social de maternidad incorporado que se configura alrededor de la idea del “instinto materno”. Estas mujeres rompen con lo esperado socialmente respecto de la asunción del rol materno al que están destinadas por “naturaleza” y esa ruptura es intolerable para la sociedad, desde allí se las oculta o excluye aun de la posibilidad de investigar sobre este aspecto de sus vidas.

La promoción del amor materno, caracterizándolo como instinto, está actualmente a cargo de quienes avalan un ordenamiento social destinado a mantener los roles tradicionales de género. El estereotipo que asocia útero con función materna, entendida como un valor de necesaria aparición en la mujer, invade todos los sectores de la sociedad, entre ellos el poder judicial. Se puede suponer que en su mayoría los operadores del derecho actúan en estas situaciones contaminados por el modelo patriarcal impuesto que cuestiona a aquellas mujeres que eligen separarse del recién nacido.

Pero no aceptar al hijo/a es parte de un proceso psíquico y no biológico, la decisión de tenerlo consigo no constituye una necesidad instintiva, sino que remite a una alternativa atravesada por carencias psíquicas y sociales¹². Y esta opción ha sido expresada por el Código Civil y Comercial al establecer concretamente ese supuesto en el art. 607 inc. 2 otorgándole un marco legal y reconociendo aún la complejidad de esta decisión, al permitir el arrepentimiento durante los 40 días posteriores al nacimiento.

¹⁰ “Atala Rifo vs. Chile” fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=196&lang=e

¹¹ Giberti, Eva, Chavanneau de Gore, Silvia, Taborda, Beatriz. 1997. *Madres excluidas*. Bs As, Argentina. Ed. Norma Ensayo.

¹² Op. Cit. Giberti E., Chavanneau S...

En la investigación mencionada las autoras afirman que las mujeres que deciden entregar a su hijo/a en adopción se encuentran atravesadas por violencias simbólicas, sociales, institucionales que deben ser tenidas en cuenta a la hora de comprender el proceso que atraviesan.

“Son innumerables los interrogantes que caben acerca de la desesperación y el agobio que la miseria puede acarrear para aquellos y aquellas cuyo capital psíquico y moral es la fragilidad extrema. Fragilidad que se enlaza con el modelo social de maternidad incorporado por el pensamiento dominante (religioso, psicoanalítico tradicional) y la imposibilidad de cumplir con él – enhebrada con la culpa que acompaña dicha frustración lo que permite evaluar no solo desde la miseria económica y sus desventuras, sino también atravesar dicha comprensión con los efectos de políticas patriarcales y con la diferencia entre géneros. Es decir una contradicción que se entabla entre darse cuenta qué significa ser “buena madre” además de saber que un bebé precisa alimento, abrigo y medicinas que ella no podrá proveer y al mismo tiempo comprender que ella no podrá cumplir con las exigencias de la maternidad según ese modelo. Sus sentimientos acerca de sí mismas y hacia el niño constituyen un conglomerado de dolores, malestares y experiencias traumáticas que configuran un campo de violencias: visibles y tangibles, invisibles otras y también simbólicas y simbolizables todas.

La enunciación de estas violencias es suficiente para conjeturar algunos de los motivos por los cuales la presencia de estas mujeres fue y continúa siendo invisibilizada socialmente. Y opacada legalmente. Su existencia diseña un paisaje de violencias de toda índole que habitualmente no encontramos descriptas en los análisis de las violencias contra las mujeres. La mujer que entrega a su hijo en adopción interesa socialmente en cuanto vientre reproductor de una criatura que se torna necesaria para las parejas que no pueden concebir”¹³.

La opción que por sobre la decisión de la mujer de mantener el embarazo, el parto y la entrega en adopción en secreto, habilita dicha información a la familia biológica, cae una vez más en la práctica de invisibilización de la mujer en tanto sujeto de derechos. La alternativa de buscar a su familia biológica y hasta la posibilidad de que el niño permanezca en ese entorno familiar, manteniendo contacto con la progenitora que no deseó criarlo opera como una nueva violencia sobre la vida de la mujer.

Si bien el Código Civil y Comercial las visibiliza al establecer una regulación para estos casos, la práctica institucional podría reubicarla únicamente en su valor como útero reproductor y omitirla como parte del proceso al no respetarse su derecho a la intimidad.

Es importante recordar que países con otra historicidad respecto de las causas por las que las mujeres entregan a sus hijos en adopción han regulado en favor de la protección casi absoluta del derecho a la intimidad de la mujer, al punto de que puede optarse porque su nombre no aparezca en la partida de nacimiento del niño/a.

El anonimato materno consiste en el ocultamiento de la identidad de la progenitora, es una excepción al principio *mater semper certa est*. Se origina ante una necesidad social; es decir para evitar el abandono de recién nacidos, abortos, infanticidios por parte de aquellas mujeres que no desean afrontar su maternidad. En algunos países se reconoce el anonimato materno; España es uno de ellos, aunque con el tiempo esta figura

¹³ Op Cit. Giberti E., Chavanneau S...

llegó a flexibilizarse. Hungría también reconoce el anonimato materno, de manera que si la madre deja a su hijo recién nacido en una sala especial que no corresponde a un hospital, logra su anonimato. Cabe señalar, que incluso existen salas de hospitales en donde las mujeres, sin tener que identificarse, pueden dejar a sus hijos para que en un futuro sean dados en adopción. En Francia también se reconoce esta figura¹⁴.

Lo mismo sucede en la filiación por técnicas de reproducción humana asistida, se han tomado especiales recaudos respecto del resguardo de la identidad de los/as donantes, siendo un tema controversial para la doctrina, nuestro Código Civil ha optado por un sistema de restricción de la información respecto de la identidad de los/as donantes.

El debate respecto del anonimato de las mujeres en algunas legislaciones europeas y el anonimato de los/as donantes de material genético excede el objeto de este trabajo. Lo traigo a colación al solo efecto de que se tenga en cuenta que existen otras formas de regulación en cuanto al respeto por la intimidad de la mujer, aun cuando con ellas se restrinja el derecho del niño/a a conocer sus orígenes. ¿Por qué, entonces, no permitir el resguardo del dato del nacimiento respecto de la familia biológica de la mujer?

Tanto el derecho del niño/a a conocer sus orígenes como el derecho a ser criado por algún referente de su familia biológica se ubican en un campus de situaciones cuyos límites podrían pensarse entre el derecho a la intimidad de la mujer y el derecho a la identidad del hijo/a. Me pregunto entonces: ¿Por qué en algunos casos se habilita con tanta claridad el resguardo de la identidad de la mujer y en otros, como en el supuesto en análisis, este respeto podría quedar desdibujado al aplicarse el anteúltimo párrafo del art. 607 aún en contra de la voluntad de la mujer?.

Entiendo que la respuesta a esta inquietud se encuentra en los mandatos que sostienen la existencia del instinto materno y que terminan por ejecutar cierto tipo de castigo (sin expresarlo de ese modo) a la mujer que se corre del mandato de maternidad al entregar a su hijo/a negándole la posibilidad de que sea ella quien decida los extremos de la renuncia: contarle o mantenerlo oculto, cuándo contarle y a quien, elegir ella de qué modo transitar su propia realidad con toda la complejidad que esta decisión acarrea.

Además del modelo biologista ya analizado en relación al derecho a la identidad del niño/a, estaría operando en quienes decidieran buscar a la familia biológica por sobre la voluntad de la mujer, un modelo estereotipado de maternidad que en cierta forma juzga el accionar de la mujer por no cumplir con el rol que de ella se espera como madre y desde esa matriz (casi inconsciente en los operadores de derecho) se la deja de ver en su calidad ciudadana, como sujeta de derechos, al invisibilizarse su planteo.

Este problema ha sido analizado desde otras ciencias como la antropología arribando a interesantes conclusiones: El esfuerzo de comprensión que desde la antropología se realiza sobre este tema no es acompañado, al menos en Argentina, por el sistema judicial ni otros operadores que deciden sobre la vida de los niños, las niñas y sus madres. Ni los abogados, ni jueces, ni los funcionarios y funcionarias del área de niñez, ni los y las trabajadoras sociales, leen jamás la producción de la antropología sobre estos temas, y cuando se refieren a la necesidad de lo "interdisciplinar" para abordar la problemática de la adopción, piensan sólo en la psicología. Sus discursos son

¹⁴ Chanduví Martínez, Sadith. 2017. *El derecho del adoptado a conocer su origen biológico*. Recuperado de: https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/3254/DER_110.pdf?sequence=1&isAllowed=y

etnocéntricos y clasistas, influidos por la ideología católica en la que creen la mayoría de los jueces y juezas, y hasta los más "comprensivos" piensan que la maternidad es un instinto. En materia de adopción nadie quiere pensar la existencia de mujeres para quienes la maternidad no es una opción. Maternidad que, como he comprobado en las entrevistas con mujeres que dieron sus hijos e hijas para la adopción, pudo tener su origen en la violencia, en el desconocimiento, por parte de las mujeres, de su propio cuerpo, en un descuido que no puede ser reparado a tiempo, en fin, en cuestiones que hacen a la desigualdad entre hombres y mujeres y que transforma el ejercicio de la sexualidad en un riesgo. Tampoco se mencionan los obstáculos que impiden la implementación de la Ley Nacional 25.673, que crea el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, que provee información sobre anticonceptivos y su reparto en los hospitales públicos. Recordemos también que en Argentina ni siquiera se respeta la ley que permite el aborto no punible¹⁵.

En relación a la figura prevista en el art. 607.2 Silvia Chavanneau en el año 1997 expresó: "las mujeres que entregan a sus hijos, ignoradas por las estadísticas, desatendidas por los organismos públicos, muchas veces temidas por los adoptantes, denigradas por cierta moral, incomprendidas por numerosos profesionales, esquiladas por ciertas almas caritativas, han hecho su aparición en escena."¹⁶ Hoy se encuentran claramente visibilizadas en la norma, el desafío es reflexionar sobre cómo las instituciones, sobre todo el poder judicial, hará visible esta minoría.

Una primera conclusión:

Adelanto mi postura en cuanto a que la renuncia de la madre y su manifestación de que se mantenga en secreto en nacimiento para el resto de su propia familia biológica opera como un límite a la facultad del Estado (equipos técnicos, jueces, autoridad de aplicación, etc.) para avanzar en la búsqueda de familiares o referentes afectivos que puedan desear asumir la guarda o la tutela y esto por los siguientes motivos:

- a) No puede otorgarse el mismo tratamiento a que en su base es diferente. No corresponde realizar las mismas intervenciones en supuestos que nacen de manera diferente.
- b) El ISN es también interpretado por los progenitores. En la renuncia de la progenitora existe una interpretación del ISN que debe ser tomada en cuenta. No es potestad única de los profesionales o del/a magistrado/a interpretar lo que esa mejor para uno niño/a.

a) No otorgar el mismo tratamiento a lo que en su base es diferente

Esta idea ha sido fundamental en el Código Civil y Comercial por ejemplo para habilitar diferentes regulaciones para cada tipo de filiación (por naturaleza, por TRHA, por adopción) y debe ser tenida en cuenta para entender los motivos que tuvo el legislador para detallar tres supuestos diferentes que posibilitan la declaración de adoptabilidad.

Si la decisión de entregar al niño/a en adopción fue incorporada en la ley como un supuesto diferente (art. 607.2) al previsto para los casos de abandono (art. 607 inciso 1) o de separación del niño/a de su familia biológica en contra de la voluntad de los progenitores

¹⁵. Tarducci, Mónica. *Adopción y parentesco desde la Antropología Feminista*. Recuperado de: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-94362013000100006

¹⁶ Chavanneau de Gore, Silvia. *Mujeres que entregan a sus hijos*. Ética y Adopción. Compiladores Giberti E. y Grassi, A.

(art. 607 inciso 3) no puede entonces aplicarse siempre y en todos los casos del mismo modo el anteúltimo párrafo del mismo artículo.

Recientemente se planteó en mi provincia la posibilidad de tomar la renuncia de los progenitores prevista en el art. 607.2 en sede administrativa y con posterioridad a la medida excepcional tomada por la Órgano Administrativo por la que se internó a dos niños en casa cuna. Todo ello con el fin de reducir los plazos previstos en el artículo 607 inciso 3 y facilitar la declaración de situación de adoptabilidad.

Entiendo que no es este el modo en que deben funcionar los tres supuestos previstos en la norma. No se puede “hacer encajar” como renuncia aquella situación que a la base no tuvo la disposición de los progenitores de entregar a sus hijos/as en adopción sino que partió de una decisión administrativa de separación de los/as niños/as de su centro de vida-

En ese caso, la tarea de los profesionales inicialmente es la de agotar todas las instancias posibles mediante las medidas necesarias para que esos niños/as puedan ser criados por su padres, no es pertinente que esos mismos profesionales se desentiendan de esa responsabilidad y trabajen para convencer a los padres de que renuncien a sus hijos/as porque “no pueden” criarles. Y aun cuando los equipos profesionales concluyan que el mejor interés de los/as niños/as está en ser entregados/as en adopción, lo podrán manifestar en el dictamen previsto para el inciso 3, siguiendo el procedimiento establecido en estos casos y será el/la juez/a quien así lo determine en el marco de un proceso en el que los progenitores puedan oponerse, ofrecer pruebas y alternativas para continuar con su proyecto familiar, etc. Entre estas alternativas podrá estar la guarda por parte de algún referente afectivo de sus hijos/as.

No se puede elegir el inciso que más se adecue a la convicción del profesional ya sea para mantener al niño/a con su familia biológica o para entregarle rápidamente en adopción, sino que cada hecho fáctico tiene previsto un procedimiento que debe seguirse en cada situación. Tampoco se puede realizar el mismo procedimiento para aquello que a la base es diferente, cuando la expresión de la voluntad de los progenitores es diferente en uno y otro caso.

También es cierto que no se trata de situaciones que se dan de manera excluyente y una realidad social puede integrar o comprometer más de un inciso o causa fuente.¹⁷ Esta posibilidad de integración de un supuesto u otro debe encontrarse fundada en la particularidad de la situación concreta y no constituirse en una práctica general que tenga por fin evitar el procedimiento previsto para cada supuesto.

Como lo expresa la Dra. Marisa Herrera las situaciones que dan lugar a la declaración de adoptabilidad “no son excluyentes y se pueden presentar de manera concatenada en un mismo proceso, Pero tampoco es siempre así; de este modo, una madre puede estar decidida a dar a su hijo en adopción, por ejemplo, ante un caso de violación o abuso, y no será necesario trabajar con la madre para que el niño permanezca con ella en contra de su voluntad y tampoco para que haya referentes afectivos que puedan hacerse cargo del cuidado del niño¹⁸”

¹⁷ Kemelmajer de Carlucci, Aida, Herrera Marisa, Lloveras Nora. (2014) *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial*. Tomo III. Santa Fe, Argentina, ed. Rubinzal Culzoni.

En este sentido, cabe destacar que tanto en el inciso 1 como en el 3 se encomienda una tarea al Organismo Administrativo que está relacionada con la familia biológica y el agotamiento de las medidas para que el niño/a permanezca en ese grupo familiar. Ninguna tarea se encomienda para este organismo en el supuesto previsto en el inciso 2, por tanto la intervención estatal esperada en uno y otro supuesto debe ser diferente.

Una consideración especial merece la relación entre el inciso 2 y el anteúltimo párrafo del art. 607.

Esta última expresión del artículo tiene por objeto tener en cuenta las relaciones afectivas que el niño/a tenga ya conformadas con quienes se constituyan desde su propia subjetividad como su familia, más allá de la relación entre el niño/a y sus progenitores. Por eso se menciona “algún familiar o referente afectivo” reconociendo que las vinculaciones familiares de las personas exceden los límites de la consanguinidad.

Se aceptan con esto otras dinámicas o modalidades de crianza que se dan en la sociedad y que no se agotan en la familia nuclear o familia “tipo”, permitiendo que quienes en muchos casos han ejercido funciones de crianza culturalmente asignadas a los progenitores puedan proponerse como guardadores o tutores.

“El objetivo es la preservación o restitución a los niños niñas o adolescentes del disfrute goce y ejercicio de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias, primordialmente, en el ámbito de sus referentes afectivos, ampliándose el campo de adultos con intereses subjetivos atendibles más allá de los progenitores biológicos a otros miembros considerados familia en términos legales y dando paso a otras figuras, conforme lo establece el art. 607”.¹⁹

Desde esta perspectiva puede inferirse que la evaluación del ofrecimiento para asumir la guarda o la tutela por parte del algún familiar ha sido prevista principalmente para aquellos casos en que la declaración de adoptabilidad encuentra su causa en la propia conducta de los progenitores respecto de la vulneración de derecho de sus hijos.

Dicho de otro modo, el accionar violatorio de derechos por parte de los progenitores no puede ser el único motivo para separar definitivamente al niño/a de su centro de vida si existen otros referentes afectivos que se ofrecen para el cuidado de la persona menor de edad.

La evaluación, entonces, de familiares o referentes afectivos no encuentra su fundamento en el derecho a la identidad del niño/a (entendido desde las doctrinas más biológicas) sino en el mantenimiento de los vínculos ya constituidos y en el respeto por su centro de vida familiar en el ámbito de sus referentes familiares.

El ofrecimiento se sostiene en vínculos afectivos generados con anterioridad al inicio del proceso judicial de declaración de adoptabilidad y no con posterioridad a su inicio. En el caso del inciso 2 el proceso previsto en este artículo se iniciaría con anterioridad a la existencia de vínculos afectivos entre el recién nacido y la familia de origen de los progenitores.

¹⁹ Kemelmajer de Carlucci, Aida; Herrera Marisa, Lloveras Nora. (2017) *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial*. Tomo V-B. Actualización doctrinal y jurisprudencia. Santa Fe. Ed. Rubinzal Culzoni.

En este mismo sentido, se observa que no es casual la utilización del verbo “ofrecer” para explicar la conducta de los familiares y referentes afectivos. El ofrecimiento implica una acción que supone un conocer respecto de la existencia del niño/a. Luego se incorpora a los “referentes afectivos” quienes también pueden ofrecerse para el cuidado. El concepto de referente afectivo se sostiene en una relación entre el adulto/a y el niño/a que existe con anterioridad a la declaración de adoptabilidad. Si este vínculo aún no existe: ¿Debe el/la magistrado/a intentar generarlo a través de la notificación del nacimiento para luego evaluar las posibilidades de la familia de criar al recién nacido?

El Interés superior del/a niño/a y su interpretación por la progenitora

El segundo argumento que funda mi postura tiene que ver con el valor real que se asigna a la palabra de los progenitores respecto de la vida de sus hijos/as en sede judicial.

Los comportamientos reproductivos se relacionan con la estructura económica, política, demográfica, social y cultural de cada época, el modelo de familia tenido por deseable, las creencias religiosas vigentes, la posición social de las mujeres y la disponibilidad de conocimientos y medios concretos para controlar la fecundidad. De ahí que la maternidad no puede pensarse escindida de su entorno y de las posibilidades que existen para tomar decisiones libres e informadas.²⁰

Traigo a colación esta mirada respecto de la influencia del entorno en la maternidad y las decisiones que desde allí surgen porque entiendo que existe un saber, un modo de aproximarse a la propia realidad y resolver los conflictos personales que cada sujeto tiene y que es difícil de identificar para el resto de las personas, sobre todo para quienes vivimos por lo general realidades totalmente diferentes a aquellas sobre las que intervenimos desde la función pública.

Las mujeres que deciden entregar un hijo/a en adopción, realizan una opción, no sin costo, a partir del contexto socio económico en el que se encuentran. El conocimiento que ellas tienen de su propia realidad, por lo general muchísimo más compleja que otras les lleva a tomar la decisión de no criar a su hijo/a ni desear continuar manteniendo contacto alguno con el recién nacido, producto de un embarazo no deseado por ellas en la mayoría de las situaciones.

Desde ese conocimiento de su propia realidad deciden también sobre la vida del recién nacido, y elijen entregarlo en adopción. Optan porque ese niño/a sea incorporado/a, en su condición de hijo/a a un grupo familiar en el que existe un proyecto de maternidad/paternidad que se encuentra a la espera de la llegada de un niño/a.

Me pregunto, esta decisión personal de la mujer ¿No contiene acaso una interpretación del mejor interés del niño/a que ha parido?

Es posible que desde el momento que la mujer toma contacto con el dato del embarazo, se pregunte por varias alternativas, desde la interrupción del embarazo, la crianza aún sin desearlo del todo, el pedido de colaboración a otros miembros de la familia, la entrega directa del niño/a a cambio de dinero, la entrega en adopción por los mecanismos legalmente previstos, etc. Y luego decida por aquella que identifique como mejor tanto para

²⁰ Felitti Karina. 2008. Entre el deber y el derecho. En Tarducci Mónica. *Maternidad y política en la Argentina del siglo XX*. Bs. As. Argentina. Ed. Espacio.

su propio proyecto vital como para la vida de su hijo/a. La postura de mantener el embarazo en secreto y entregar al niño/a en adopción contiene sus razones comprendidas en la realidad, en la historia, en el contexto familiar social y económico de esa persona particular.

En esa decisión de entregar al hijo/a en adopción existen razones fundadas que deben ser tenidas en cuenta y valoradas por los operadores jurídicos en igual medida que las razones teóricas que llegan desde las diferentes disciplinas que intervienen.

Los/as profesionales que abordamos temáticas relacionadas al derecho de familia, corremos el riesgo de terminar encontrando soluciones generales desde argumentaciones teóricas sin tener en cuenta que existen argumentos de peso que solo y únicamente podrán partir de la voz y la decisión de quienes atraviesan con su cuerpo ese conflicto.

¿Por qué suponer que la opinión del/la asesor/a de menores, el/la trabajador/a social, el/la psicólogo/a, el/la juez/a respecto de cuál es el superior interés de ese niño/a tiene un valor superior a la opinión de la propia mujer que lo gestó?

Existe una “dueñización del conflicto social” que se aborda que responde a una mirada paternalista desde la justicia hacia los ciudadanos/as. Los/as únicos/as legitimados/as para emitir su opinión son los/as profesionales que intervienen desde las distintas áreas (ministerio pupilar, profesionales de la salud, etc) y los/as usuarios/as del servicio de justicia, los/as verdaderos/as destinatarios/as de la sentencia judicial quedan al margen la decisión, y pudiendo ser perjudicados/as al acudir con un planteo y obtener respuestas opuestas a lo que se buscaba. En general en esta materia, llamada desde el paradigma de la situación irregular como “tutelar”, son invisibilizadas las razones de los usuarios/as de la justicia que terminan por perderse y a veces ni siquiera hallarse escritas en el expediente judicial²¹.

Conclusión

Cuando comencé a reflexionar sobre este tema buscaba la respuesta a la pregunta respecto del conflicto de intereses que existía entre el derecho a la identidad del niño/a y el derecho a la intimidad de la progenitora.

Al promediar mi trabajo, no he encontrado respuesta a esa inquietud porque me cambió la pregunta: ¿Existe en la decisión de la progenitora también una interpretación del ISN? o, dicho de otro modo: La interpretación que del interés superior del niño/a que se haga en sede judicial, debe valorar también la opinión de los progenitores sobre el mejor interés de ese recién nacido?

Mi respuesta es afirmativa. Y Concluyo entonces que la decisión de entregar a un niño/a en adopción puede contener en sí misma el interés superior de ese sujeto/a desde la

²¹ El rol del conocimiento "experto" ha sido analizado para Perú por Jessaca Leinaweaver, cuando observa cómo se construye la noción de niño "legalmente abandonado" por las autoridades a cargo de las adopciones. Según la antropóloga, el discurso biomédico ha sido convertido en la principal herramienta para justificar la necesidad de tal medida, juzgando a partir de mediciones sobre la salud mental de las madres y el estado nutricional de los niños si las familias son inapropiadas para mantener a sus hijos. Tarducci, Mónica. 2007. *Adopción y Parentesco desde la Antropología Feminista*. Recuperado en http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S140594362013000100006

mirada de los/as progenitores, no existen intereses encontrados sino que uno abarca al otro aunque desde el pedestal de la justicia cueste observarlo.