

# VALIDEZ Y EFICACIA DE LA DECISIÓN PRENATAL PARA QUE EL HIJO SEA ADOPTADO

*Analia G. Pastore<sup>1</sup>*

**SUMARIO:** INTRODUCCIÓN. I.- Estado de situación: Normativa vigente y proyectada. II.- La adoptabilidad de la persona por nacer es coherente con nuestro sistema jurídico. III.- Dos modelos del derecho comparado: Chile y USA. IV.- Un antecedente jurisprudencial. V.- Condiciones para la validez y eficacia de la decisión prenatal para que el hijo sea adoptado. CONCLUSIÓN.

## INTRODUCCIÓN.

La decisión prenatal para que el hijo sea adoptado es una realidad que experimentan muchas mujeres en conflicto con su embarazo. A pesar de que esta circunstancia no ha sido especialmente receptada en nuestro ordenamiento jurídico, proponemos inmiscuirnos en el entramado legal para determinar su posible validez y eficacia.

Iniciaremos el trayecto develando el estado de situación a través de la normativa vigente y la legislación proyectada; consideraremos si la adoptabilidad de la persona por nacer se halla en sincronía con nuestro ordenamiento jurídico; analizaremos el derecho comparado chileno y el estadounidense en torno a la oportunidad de decidir

---

<sup>1</sup> Abogada, graduada con Diploma de Honor en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina "Santa María de los Buenos Aires" (PUCA); Especialista en Derecho de Familia (PUCA); Profesora Protitular Ordinaria de la Facultad de Derecho (PUCA); Coordinadora Académica de la Carrera de Posgrado de Especialización en Derecho de Familia (PUCA); Miembro del Instituto de Bioética de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas (Buenos Aires, Argentina); Miembro de la Sección de Bioderecho y Familia del Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires, Argentina).

la adopción del hijo; reseñaremos el único antecedente jurisprudencial registrado en nuestro país sobre la materia, y delinearemos algunas condiciones para la validez y eficacia de la decisión prenatal para que el hijo sea adoptado.

### **I.- Estado de situación: Normativa vigente y proyectada.**

En el escenario fáctico, la realidad de mujeres embarazadas en conflicto con su maternidad, a quienes se les pretende mostrar como única alternativa la interrupción del embarazo, coexiste con la de una considerable cantidad de familias, con acreditadas aptitudes para prohijar<sup>2</sup>, dispuestas a ofrecer al recién nacido un hogar donde recibirá el afecto y los cuidados que satisfagan sus necesidades materiales y espirituales<sup>3</sup>.

De acuerdo al último informe estadístico fundado en la Base de Datos de la Dirección Nacional del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos (DNRUA), fechado el 1ro. de agosto próximo pasado, de un total de 3506 legajos, el 87,56% ha manifestado disponibilidad adoptiva de niños de hasta 1 año (3070 casos).<sup>4</sup>

Se ha sostenido que nuestro ordenamiento jurídico sería propicio para facilitar el encuentro entre el *nasciturus* y las personas que anhelan convertirse en padres por adopción, bastando para ello con habilitar la aplicación de la legislación vigente antes del nacimiento para permitir la intervención de los órganos administrativos desde el período prenatal; implementar medidas de protección integral tendientes a resguardar la

---

<sup>2</sup> Inscriptos en el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos. Cfr. Ley 25.854, publicada en el Boletín Oficial argentino del 08/01/2004.

<sup>3</sup> Señala GALLI FIANI que las normas del Código Civil y Comercial no propician el encuentro. La autora justifica esta aseveración en la prohibición de las entregas directas y la imposibilidad de expresar el consentimiento para la adopción antes del nacimiento o inmediatamente después de él, explicando que la ley coloca a los progenitores biológicos en posición de sospechosos de querer traficar con la vida de sus hijos. Cfr. GALLI FIANI, María Magdalena, "Políticas Públicas más Humanas", DFyP 2018 (julio), p. 152. Cita Online: AR/DOC/1162/2018.

<sup>4</sup> DIRECCIÓN NACIONAL DEL REGISTRO ÚNICO DE ASPIRANTES A GUARDA CON FINES ADOPTIVOS, Estadísticas Nacionales al 01/08/2020. Disponible en [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/estadisticas\\_al\\_1\\_de\\_agosto\\_2020.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/estadisticas_al_1_de_agosto_2020.pdf). Consultado el 22/08/2020.

salud y la vida de la madre y el niño, y brindar orientación e información adecuadas a la madre en miras a la adopción<sup>5</sup>.

No obstante, en principio, la invalidez de la declaración de voluntad manifestada durante el embarazo para dar en adopción al hijo surgiría de la propia letra de la ley. La norma del art. 607, inc. b) del Código Civil y Comercial (CCyC) establece que “la decisión libre e informada de que el niño o niña sea adoptado (...) sólo es válida si se produce después de los cuarenta y cinco días de producido el nacimiento”.

Esta disposición -que impone un plazo de espera posterior al nacimiento- se halla alineada con diversos sistemas comparados. En el derecho español, la madre sólo puede prestar el asentimiento una vez transcurridas seis semanas desde el parto<sup>6</sup>. La legislación colombiana supedita la validez del consentimiento para dar en adopción un hijo a su idoneidad constitucional para lo cual quien lo otorga debe tener aptitud, la que se alcanza sólo un mes después del día del parto; además, prevé la revocabilidad de la decisión dentro del mes siguiente al de su otorgamiento, y expresamente dispone la invalidez del consentimiento otorgado para la adopción del hijo por nacer.<sup>7</sup> El derecho

---

<sup>5</sup> GALLI FIANT, María Magdalena, “Políticas Públicas más Humanas”, DFyP 2018 (julio), p. 152. Cita Online: AR/DOC/1162/2018. Ver también BASSET, Úrsula C., “Declaración prenatal de la intención de dar en adopción al hijo. Examen de viabilidad y estudio de impacto en el derecho argentino”, *La Ley*, 2019-D, 646.

<sup>6</sup> CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL, art. 177 en su parte pertinente: “(...) 2. Deberán asentir a la adopción: (...) 2°. (...) El asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido seis semanas desde el parto. (...)”.

<sup>7</sup> CÓDIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA COLOMBIANO, art. 66 (Ley 1.098, Diario Oficial Nro. 46.446 del 08/11/2006): “El consentimiento es la manifestación informada, libre y voluntaria de dar en adopción a un hijo o hija por parte de quienes ejercen la patria potestad ante el Defensor de Familia, quien los informará ampliamente sobre sus consecuencias jurídicas y psicosociales. Este consentimiento debe ser válido civilmente e idóneo constitucionalmente. Para que el consentimiento sea válido debe cumplir con los siguientes requisitos: (...) 2. (...) Es idóneo constitucionalmente cuando quien da el consentimiento ha sido debida y ampliamente informado, asesorado y tiene aptitud para otorgarlo. Se entenderá tener aptitud para otorgar el consentimiento un mes después del día del parto. (...) No tendrá validez el consentimiento que se otorgue para la adopción del hijo que está por nacer. (...) Quien o quienes expresan su consentimiento para la adopción podrá revocarlo dentro del mes siguiente a su otorgamiento. (...)” La Corte Constitucional Colombiana tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la constitucionalidad de la norma pero se declaró inhibida porque entendió que la demanda no se dirigía a cuestionar la regla general allí prevista, sino a controvertir la solución que de ésta se derivaba para la hipótesis específica de la mujer embarazada que según pronóstico médico morirá inexorablemente al término del embarazo y que deseaba dar en adopción e individualizar al adoptante antes de su fallecimiento (Sentencia C-403-413, disponible en [https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/f\\_sc403\\_13.htm](https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/f_sc403_13.htm)).

panameño prohíbe expresamente la adopción de la persona por nacer.<sup>8</sup> Por su parte, la ley uruguaya dispone la invalidez del consentimiento prestado para la separación del hijo que está por nacer o dentro de los treinta días posteriores al nacimiento.<sup>9</sup>

ARIAS DE RONCHIETTO y BERTI GARCÍA entienden que sería suficiente incorporar un inciso al citado art. 607 del CCyC que habilitara a la progenitora a iniciar los trámites judiciales de adopción en forma preliminar durante la gestación. De este modo, la madre y, en su caso, el otro progenitor, podrían manifestar en sede judicial su intención de que su hijo por nacer sea adoptado. El juez, entonces, daría inicio al proceso tendiente al otorgamiento de la adopción plena. Luego del nacimiento y producido el emplazamiento filial, la madre y, de corresponder, el otro progenitor, tendrían cuarenta y cinco días para ratificar o revocar su decisión, plazo que podría ser prorrogado a pedido de los progenitores hasta un máximo de seis meses. En ese tiempo, la guarda judicial podría ser otorgada a los progenitores bajo control administrativo y judicial, o a los aspirantes a guarda con fines adoptivos inscriptos en el Registro Único. En ambos casos, la decisión de los padres sería revocable. El procedimiento garantizaría, además, la asistencia médica y/o psicológica prenatal, durante el parto y el período de guarda<sup>10</sup>.

A partir de la discusión parlamentaria de los proyectos de ley sobre Régimen de Interrupción Voluntaria del Embarazo suscitada durante gran parte de

---

<sup>8</sup> LEY 61/2008, General de Adopciones de la República de Panamá (Gaceta Oficial Digital, 19/08/2008, Nro. 26107-A), art. 14: "Prohibiciones. Se prohíbe: 1. La adopción del niño o niña que está por nacer. (...)".

<sup>9</sup> CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y DE LA ADOLESCENCIA URUGUAYO, art. 135 (según redacción Ley 18.590, Publicada en D.O. 16/10/09, Nro. 27.837): "... no tendrá validez el consentimiento que se otorgue para la separación del hijo que está por nacer o dentro de los treinta días de su nacimiento".

<sup>10</sup> "d) Durante la gestación la progenitora, informada y asistida, y en su caso el otro progenitor, pueden manifestar en sede judicial su intención de que el niño sea adoptado. El juez dará inicio a los trámites ordenados a la adopción plena. Luego del parto y producido el emplazamiento filiatorio, la progenitora, y en su caso el progenitor, tendrán 45 días para ratificar o revocar tal intención. Este plazo podrá ser prorrogado, por petición expresa de los progenitores, hasta un máximo de 6 meses. Durante este plazo, los progenitores tendrán la guarda de su hijo, sujeta a la decisión final. Sin embargo, ellos podrán autorizar que el hijo sea puesto en guarda preadoptiva con las personas que designe el juez desde el momento mismo del nacimiento a través de los mecanismos judiciales correspondientes. Esta guarda preadoptiva cesará en caso de que los progenitores revoquen su intención de adopción en el plazo indicado precedentemente." ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina E. y BERTI GARCÍA, María Milagros, "Una propuesta para la filiación y parentesco por adopción plena del niño por nacer. El derecho humano al estado de familia", *Revista Derecho de Familia y las Personas*, La Ley, 2018 (julio), p. 87 y ss. Cita Online: AR/DOC/1182/2018.

2018<sup>11</sup>, fueron presentadas para su análisis legislativo diversas alternativas normativas tendientes a salvar la vida de la madre y el niño, que propiciaron la denominada “adopción del niño por nacer”.

Las propuestas han sido de lo más variadas. En general, habilitan la decisión prenatal -en cualquier etapa del embarazo- para que el hijo sea adoptado<sup>12</sup>. Algunos suponen de modo implícito que la manifestación de voluntad deberá formalizarse o ratificarse ante la autoridad judicial previamente a la declaración de la situación de adoptabilidad<sup>13</sup>, otros establecen expresamente que la decisión debe ser manifestada ante el juez<sup>14</sup> y sólo uno prevé la opción ante autoridad administrativa<sup>15</sup>.

En algunos proyectos se garantiza la revocabilidad de la decisión prenatal con diferentes pautas temporales: hasta el nacimiento<sup>16</sup>, dentro de los cuarenta y cinco días posteriores al parto<sup>17</sup> o hasta la entrega del niño en guarda con fines adoptivos que debe ocurrir dentro de los quince días siguientes al nacimiento<sup>18</sup>. Sólo un proyecto declara expresamente que si el niño nace con vida la decisión es irrevocable<sup>19</sup>.

---

<sup>11</sup> Cuyo tratamiento legislativo, iniciado en reuniones informativas plenarios de Comisiones en la Honorable Cámara de Diputados de la Nación en abril de 2018, logró una votación favorable en Diputados para más tarde resultar rechazado por la Honorable Cámara de Senadores de la Nación el 08/08/18.

<sup>12</sup> PROYECTO DE LEY S-1825/18 (Senador Federico Pinedo), art. 4; PROYECTO DE LEY S-2001/18 (Senador Guillermo J. Pereyra), arts. 2 y 3; PROYECTO DE LEY S-3234/18 (Senadora Ada R. del Valle Iturrez de Cappellini); PROYECTO DE LEY S-3331/18 (Senadora Silvia del Rosario Giacoppo); PROYECTOS DE LEY 2555-D-2018 y 3739-D-2019 (Diputado Fernando Brügge), art. 3; PROYECTO DE LEY 2208-D-2019 (Diputada Melina Aida Delu); PROYECTO DE LEY 0528-D-2020 (Diputado Diego Matías Mestre).

<sup>13</sup> PROYECTOS DE LEY 2555-D-2018 y 3739-D-2019 (Diputado Fernando Brügge), art. 3; PROYECTO DE LEY 2208-D-2019 (Diputada Melina Aida Delu).

<sup>14</sup> PROYECTO DE LEY S-2001/18 (Senador Guillermo J. Pereyra), arts. 2 y 3 (mediante un proceso sumarísimo que puede tramitar a partir de que la mujer toma conocimiento de su embarazo); PROYECTO DE LEY S-3331/18 (Senadora Silvia del Rosario Giacoppo); PROYECTO DE LEY 0528-D-2020 (Diputado Diego Matías Mestre).

<sup>15</sup> PROYECTO DE LEY S-3234/18 (Senadora Ada R. del Valle Iturrez de Cappellini).

<sup>16</sup> PROYECTO DE LEY S-2001/18 (Senador Guillermo J. Pereyra).

<sup>17</sup> PROYECTO DE LEY S-3234/18 (Senadora Ada R. del Valle Iturrez de Cappellini).

<sup>18</sup> PROYECTO DE LEY 0528-D-2020 (Diputado Diego Matías Mestre).

<sup>19</sup> PROYECTO DE LEY S-2001/18 (Senador Guillermo J. Pereyra), única interpretación posible a la desafortunada redacción mediante la que se dispone que si el niño nace con vida la adopción de la persona por nacer es irrevocable (art. 3).

En dos proyectos, en cambio, se impone la ratificación de la manifestación de la voluntad con posterioridad al parto<sup>20</sup>, en tanto que en un supuesto se habilitan cuarenta y cinco días luego del nacimiento para ratificar o revocar la decisión<sup>21</sup>.

En este sentido, se torna necesario observar que no es lo mismo habilitar un plazo para revocar que para ratificar o confirmar. En el primer caso, bastaría con guardar silencio para que la decisión de dar al hijo en adopción se mantuviera firme luego del nacimiento, en cambio, el requisito de la ratificación posterior conlleva implícitamente la revocación automática de la decisión prenatal cuando no fuera renovada mediante un acto confirmatorio. Por tales razones, no parece posible la previsión legal de un lapso de tiempo para ratificar o revocar en clave disyuntiva.

La declaración de la situación de adoptabilidad emerge como una instancia inmediatamente posterior al período de revocabilidad que opera como un plazo de espera. En un caso, se estipula que el estado de adoptabilidad se produce de pleno derecho vencido aquel plazo<sup>22</sup>. Y en dos supuestos se contempla expresamente que si un familiar o referente afectivo ofrece asumir la guarda o tutela y el juez considera que es adecuado al interés superior del niño, no habrá declaración de situación de adoptabilidad<sup>23</sup>.

Sólo dos proyectos aluden al cónyuge de la mujer embarazada, exigiendo su consentimiento<sup>24</sup>. En uno de ellos, además, se impone el acuerdo del reconociente del hijo por nacer (art. 574 CCyC)<sup>25</sup>. En otro caso, se establece que la mujer no está obligada a identificar al padre del niño pero se determina que el reconocimiento del hijo por nacer desplaza la decisión de adopción anticipada en cuyo caso el niño se inscribirá sin consignarse el nombre de la madre<sup>26</sup>. Sin embargo, solamente un proyecto contempla

---

<sup>20</sup> PROYECTOS DE LEY 2555-D-2018 y 3739-D-2019 (Diputado Fernando Brügge), art. 3; PROYECTO DE LEY 2208-D-2019 (Diputada Melina Aida Delu).

<sup>21</sup> PROYECTO DE LEY S-3331/18 (Senadora Silvia del Rosario Giacoppo).

<sup>22</sup> PROYECTO DE LEY S-3234/18 (Senadora Ada R. del Valle Iturrez de Cappellini).

<sup>23</sup> PROYECTO DE LEY S-3331/18 (Senadora Silvia del Rosario Giacoppo); PROYECTOS DE LEY 2555-D-2018 y 3739-D-2019 (Diputado Fernando Brügge), art. 3.

<sup>24</sup> PROYECTO DE LEY S-2001/18 (Senador Guillermo J. Pereyra), art. 3; PROYECTO DE LEY 0528-D-2020 (Diputado Diego Matías Mestre).

<sup>25</sup> PROYECTO DE LEY 0528-D-2020 (Diputado Diego Matías Mestre).

<sup>26</sup> PROYECTO DE LEY S-1825/18 (Senador Federico Pinedo), art. 5.

a los dos actores de la decisión poniéndola en cabeza de “los padres” o “la persona gestante y el progenitor presunto”<sup>27</sup>.

En una de las propuestas se prevé la realización de una audiencia judicial a la que deben asistir la gestante, su cónyuge o conviviente, el reconociente del hijo por nacer, el tutor especial del *nasciturs* y el Ministerio Público, a los efectos de que el juez reciba el consentimiento de la gestante que deberá aceptar o rechazar dentro de los diez días siguientes o, en su caso, concluidas las medidas probatorias que hubiera ordenado<sup>28</sup>.

Por otra parte, un proyecto garantiza la confidencialidad de las madres de modo que su identidad sólo será accesible para personas con derecho y previa autorización judicial<sup>29</sup>; mientras que otro insta la opción entre el anonimato o mantener contacto con los adoptantes con posterioridad a la adopción, sólo habilitada en los casos de embarazos fruto de una violación o embarazadas menores de hasta 16 años<sup>30</sup>.

En algunos proyectos no se ha logrado delinear claramente la diferencia sustancial entre validar la decisión prenatal para que el hijo sea adoptado, o incluir a la persona por nacer entre aquellas que pueden ser adoptadas<sup>31</sup>. Ello ha motivado que se aluda equívocamente a “adopción en el vientre”<sup>32</sup>, “adopción temprana de personas en gestación”<sup>33</sup> o “derecho a dar su gestación en adopción”<sup>34</sup>, incluso en aquellas propuestas legislativas que incorporan la posibilidad de manifestar la voluntad durante el

---

<sup>27</sup> PROYECTO DE LEY 2208-D-2019 (Diputada Melina Aida Delu).

<sup>28</sup> PROYECTO DE LEY 0528-D-2020 (Diputado Diego Matías Mestre).

<sup>29</sup> PROYECTO DE LEY S-1825/18 (Senador Federico Pinedo), art. 3.

<sup>30</sup> PROYECTO DE LEY S-2001/18 (Senador Guillermo J. Pereyra), art. 9.

<sup>31</sup> PROYECTO DE LEY S-3331/18 (Senadora Silvia del Rosario Giacoppo); PROYECTO DE LEY 1348-D-2018 (Diputado Jorge Ricardo Enríquez); PROYECTOS DE LEY 2555-D-2018 y 3739-D-2019 (Diputado Fernando Brügge), art. 2; PROYECTO DE LEY S-2645/2018 (Senador Claudio Javier); PROYECTO DE LEY 5132-D-2018 (Diputada Estela Mercedes Regidor Belledone); PROYECTO DE LEY 0528-D-2020 (Diputado Diego Matías Mestre), art. 1.

<sup>32</sup> PROYECTOS DE LEY 2555-D-2018 y 3739-D-2019 (Diputado Fernando Brügge), art. 4 (propone agregar al art. 619 del CCyC la adopción de personas por nacer en el vientre materno como un nuevo tipo adoptivo).

<sup>33</sup> PROYECTO DE LEY 0528-D-2020 (Diputado Diego Matías Mestre), art. 1.

<sup>34</sup> PROYECTO DE LEY 0655-D-2019 (Diputado Alfredo Olmedo).

período gestacional para que el hijo sea declarado en situación de adoptabilidad una vez nacido y, según las diferentes previsiones normativas, luego de transcurrido un plazo de espera o de confirmada la decisión primigenia.

Ocurre que en nuestro sistema legal el *iter* del emplazamiento filial adoptivo se inicia con un acto jurídico -en este caso, la voluntad de los padres de que el hijo sea adoptado, manifestada ante la autoridad judicial- a partir del cual, si correspondiera, se declarará judicialmente la situación de adoptabilidad en un plazo máximo de noventa días. Inmediatamente, el mismo juez discernirá la guarda con fines de adopción seleccionando a los pretensos adoptantes de la nómina remitida por el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos (RUA) y, una vez cumplido el período de guarda -que no puede exceder de seis meses-, iniciará el juicio de adopción -de oficio o a pedido de parte-. La sentencia de adopción tendrá efecto retroactivo a la fecha en que se otorgó la guarda preadoptiva. En esta estructura procedimental, jamás sería posible -por razones evidentemente legales y fácticas- que el emplazamiento filial por adopción se formalizara antes del nacimiento. Esto no implica, sin embargo, la imposibilidad de anteponer el inicio del proceso al alumbramiento. Volveremos sobre el punto más adelante.

Lo que no se vislumbra con claridad en la mayoría de los proyectos es la eficacia de la decisión prenatal, es decir, cuáles serían sus efectos inmediatos. Se adelanta la oportunidad para manifestar la voluntad pero la declaración de la situación de adoptabilidad queda supeditada al transcurso de un plazo de espera o a la confirmación, en todos los casos, posterior al nacimiento. Mientras tanto, uno de los proyectos comprende la creación de un sistema de protección integral a la mujer embarazada en el ámbito de cada hospital público con servicios de ginecología y obstetricia tendiente a brindar asistencia psicológica a la mujer que curse un embarazo conflictivo o se halle en situación de riesgo psicofísico, social o económico<sup>35</sup>; al tiempo que otro insta un Programa Nacional de Asistencia Médica y Psicológica para mujeres

---

<sup>35</sup> PROYECTO DE LEY S-1825/18 (Senador Federico Pinedo), art. 10.

con embarazos no deseados<sup>36</sup> y el otorgamiento de una ayuda económica a la madre embarazada fruto de una violación o menor hasta 16 años<sup>37</sup>.

Otro aspecto dudoso es el relacionado con el cuidado del niño desde el nacimiento y hasta la entrega en guarda preadoptiva. Sólo cuatro proyectos atienden relativamente el asunto. Uno prevé que cuando la madre no deseara asumir los cuidados del niño, la autoridad judicial deberá garantizarlos, actuando con la previsión y celeridad suficiente para evitar la institucionalización del recién nacido y procurar la entrega en guarda una vez producido el estado de adoptabilidad<sup>38</sup>; otro dispone que luego del nacimiento la entrega judicial del niño a los guardadores debe realizarse dentro de los quince días<sup>39</sup>; el tercero prevé que la entrega judicial a los guardadores adoptivos se realizará producido el nacimiento<sup>40</sup>, y el último establece que los niños nacidos no adoptados serán recibidos en hogares de acogimiento u otros de gestión pública y privada<sup>41</sup>.

## **II.- La adoptabilidad de la persona por nacer es coherente con nuestro sistema jurídico.**

La eficacia jurídica de la decisión de la madre gestante -y en su caso, del otro progenitor- de que su hijo sea adoptado, manifestada ante la autoridad judicial, requiere la declaración de la situación de adoptabilidad del *nasciturus*. Se trataría de una medida provisoria que permitiría avanzar hacia la selección de los pretendientes adoptantes entre la nómina brindada por el RUA. Acaecido el alumbramiento, el juez otorgaría la guarda preadoptiva que quedaría sujeta a que la madre confirmara su decisión, transcurrido un plazo prudencial de reflexión posterior al parto. De este modo, las diferentes etapas hacia el emplazamiento filial adoptivo se eslabonarían evitando la institucionalización del recién nacido y garantizando a la madre un tiempo necesario para

---

<sup>36</sup> PROYECTO DE LEY S-2001/18 (Senador Guillermo J. Pereyra), arts. 10 y 11.

<sup>37</sup> PROYECTO DE LEY S-2001/18 (Senador Guillermo J. Pereyra), art. 15.

<sup>38</sup> PROYECTO DE LEY S-3234/18 (Senadora Ada R. del Valle Iturrez de Cappellini).

<sup>39</sup> PROYECTO DE LEY 0528-D-2020 (Diputado Diego Matías Mestre).

<sup>40</sup> PROYECTO DE LEY S-3331/18 (Senadora Silvia del Rosario Giacoppo).

<sup>41</sup> PROYECTO DE LEY S-1825/18 (Senador Federico Pinedo), art. 8.

meditar tamaña decisión que habría de confirmar ante el mismo juez una vez superado el puerperio.

La declaración provisoria de adoptabilidad del *nasciturus* encastra perfectamente en nuestro ordenamiento jurídico positivo de modo coherente<sup>42</sup> con el reconocimiento de su personalidad y de la entidad de niño e hijo.

La jerarquía constitucional que califica superlativamente el reconocimiento jurídico de la personalidad atribuible a todo ser humano se complementa con la protección de la vida desde el momento de la concepción sin posibilidad de distinción alguna en virtud de la igualdad inherente a todas las personas.<sup>43</sup>

El CCyC establece que “toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos” (art. 22, 1era. parte) y que puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial” (art. 23), comprendiendo a la “persona por nacer” entre las “personas incapaces de ejercicio” (art. 24, inc. a), esto es, aquellas que ejercen por medio de sus representantes los derechos que no pueden ejercer por sí (art. 100).

La categorización de la persona por nacer como incapaz de ejercicio presupone, como condición *sine qua non*, el reconocimiento de su personalidad y la

---

<sup>42</sup> CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL, art. 2: “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.”

<sup>43</sup> DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE, arts. I, II, XVII y XXX; DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS, arts. 2.1., 3 y 7; CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, arts. 1.2., 3, 4.1. y 24; PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, arts. 6.1., 6.5., 24.1. y 26; CONSTITUCIÓN NACIONAL, arts. 15, 16, 29 y 75, inc. 23; CONSTITUCIÓN DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, art. 12.1.; CONSTITUCIÓN DE LA PROVINCIA DE CATAMARCA, art. 65, III, inc. 1; CONSTITUCIÓN DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA, arts. 4 y 19.1.; CONSTITUCIÓN DE LA PROVINCIA DE CHACO, art. 15.1.; CONSTITUCIÓN DE LA PROVINCIA DE CHUBUT, art. 18.1.; CONSTITUCIÓN DE LA PROVINCIA DE ENTRE RÍOS, art. 16; CONSTITUCIÓN DE LA PROVINCIA DE FORMOSA, art. 5; CONSTITUCIÓN DE LA PROVINCIA DE RÍO NEGRO, art. 16 en correlación con el 59; CONSTITUCIÓN DE LA PROVINCIA DE SALTA, art. 10; CONSTITUCIÓN DE LA PROVINCIA DE SAN JUAN, art. 4.1.; CONSTITUCIÓN DE LA PROVINCIA DE SAN LUIS, arts. 13 y 49; CONSTITUCIÓN DE LA PROVINCIA DE SANTIAGO DEL ESTERO, art. 16.1.; CONSTITUCIÓN DE LA PROVINCIA DE TIERRA DEL FUEGO, ANTÁRTIDA ARGENTINA E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR, art. 14.1.; CONSTITUCIÓN DE LA PROVINCIA DE TUCUMÁN, Preámbulo y arts. 40.1. y 146.

consecuente titularidad de derechos. Sería un absurdo pensar que el legislador haya previsto la incapacidad de ejercer lo que no se tiene.

En concomitancia con ello, la jurisprudencia de la CSJN ha reconocido en forma reiterada la condición de persona humana del niño por nacer. Así lo ha hecho en "T., S." <sup>44</sup>, "Portal de Belén"<sup>45</sup> y "Sánchez, Elvira B."<sup>46</sup>. Esta doctrina fue también sostenida en "F., A. L." ya que el voto mayoritario reafirma la condición de sujeto de derecho del *nasciturus* y el deber estatal de garantizarle protección normativa, si bien entendiendo que el Pacto de San José de Costa Rica no quiso "establecer una protección absoluta del derecho a la vida".<sup>47</sup>

Más allá del texto del Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) que, con fundamento en la falta de madurez física y mental, destaca la necesidad de asegurarle al niño no nacido protección y cuidado especiales, así como la debida protección legal, la declaración unilateral del Estado argentino contenida en el art.

---

<sup>44</sup> CSJN, "T., S. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/Amparo", 11/01/2001, Fallos 324:5. El Tribunal reafirmó el pleno derecho a la vida desde la concepción (voto de la mayoría, considerandos 11 y 12, y disidencia de los jueces Nazareno y Boggiano).

<sup>45</sup> CSJN, "Portal de Belén Asociación Civil c. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s. Amparo", 05/03/2002, Fallos 325:292. Considerando 13: "Que a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema), este Tribunal ha reafirmado el derecho a la vida (Fallos: 323:3229 y causa "T., S.", ya citada)." Considerando 14: "Que los aludidos pactos internacionales contienen cláusulas específicas que resguardan la vida de la persona humana desde el momento de la concepción. (...) Además todo ser humano a partir de la concepción es considerado niño y tiene el derecho intrínseco a la vida (arts. 6.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 2 de la ley 23.849 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional)."

<sup>46</sup> CSJN, "Sánchez, Elvira Berta c. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación", 22/05/07, Fallos 330:2304. El Tribunal entendió que si los restos identificados como pertenecientes a la hija de la actora tenían asociados, en su zona pelviana, los restos óseos de un nonato, plenamente compatible con el embarazo a término que presentaba al momento de ser privada ilegítimamente de su libertad, corresponde hacer lugar a la pretensión fundada en el art. 2° de la ley 24.411, al tratarse del fallecimiento de una persona "por nacer", vale decir una de las especies jurídicas del género persona según nuestra ley civil. Considerando 11: "(...) Por lo tanto, tratándose en el caso del fallecimiento de una persona "por nacer", vale decir una de las especies jurídicas del género persona según nuestra ley civil, y aplicando la máxima latina *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, no existe motivo alguno para negar a la señora Sánchez su pretensión."

<sup>47</sup> Cfr. Considerando 10: "(...) Esto en tanto la interpretación del alcance que corresponda darle a dicho precepto, con relación a las obligaciones del Estado en lo que hace a la protección normativa del *nasciturus* como sujeto de derecho, no puede ser realizada en forma aislada del artículo 4° y darle un alcance de tal amplitud que implique desconocer que, conforme se explicara precedentemente, la Convención no quiso establecer una protección absoluta del derecho a la vida de éste." En el mismo sentido, en los votos de la Dra. Argibay y del Dr. Petracchi se alude al "derecho a la vida de la persona por nacer" (considerando 13 del voto de la Dra. Argibay y considerando 9 del voto del Dr. Petracchi).

2 de la Ley 23.849 tiene la virtualidad de no tolerar interpretaciones que sostengan que antes del nacimiento no hay un niño, ampliando de tal forma los compromisos asumidos por el Estado en virtud de la extensión que, sin posibilidad de distinción, le reconoce a esa tutela.<sup>48</sup>

Además, el orden jurídico normativo argentino considera hijo al niño por nacer. Por ello, es posible el reconocimiento del hijo por nacer (art. 574 CCyC<sup>49</sup>) cuya inscripción se halla prevista en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires<sup>50</sup>, así como la impugnación preventiva de la filiación matrimonial del *nasciturus* (art. 592 CCyC)<sup>51</sup>, al tiempo que se le reconoce al hijo por nacer derecho alimentario que la mujer embarazada puede reclamar al progenitor presunto con la prueba sumaria de la filiación alegada (art. 665 CCyC). En este último caso, la jurisprudencia ha puntualizado que el derecho alimentario se encuentra en cabeza de la persona por nacer en tanto que la mujer embarazada lleva a cabo el reclamo en carácter de representante (arts. 24, inc. a); 101 inc. a), y 661 inc. a) CCyC).<sup>52</sup>

Los anales jurisprudenciales ilustran también sobre el reconocimiento de la condición de hijo atribuida a la persona por nacer en diferentes casos relacionados con el reclamo de resarcimiento derivado de la responsabilidad civil por el fallecimiento del

---

<sup>48</sup> CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Art. 2.1: “Los Estados Parte respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de (...) el nacimiento o cualquier otra condición del niño, o de sus padres o de sus representantes legales.”

<sup>49</sup> Código Civil y Comercial, Art. 574: “Reconocimiento del hijo por nacer. Es posible el reconocimiento del hijo por nacer, quedando sujeto al nacimiento con vida.”

<sup>50</sup> DGRC (Disposición General del Registro Civil) Nro. 18/018, BOCBA 01/03/2018 (Normativa del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Ciudad de Buenos Aires), Art. 26: “Reconocimiento hijo por nacer: Toda vez que se pretenda reconocer a un hijo por nacer, se deberá acompañar certificado médico que acredite el embarazo de la madre, debiéndose individualizar a ésta con todos los datos identificatorios que se requieren para la inscripción del nacimiento.” La misma norma ya se encontraba contenida en el art. 33 de la derogada DGRC Nro. 040, 12/05/2000. Resulta lamentable que la Ley 26.413 (Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas) no haya previsto la posibilidad de que el reconocimiento del hijo por nacer se asentara ante el oficial público obligando a recurrir a su formalización instrumental, pública o privada. Cfr. Famá, María Victoria, *La Filiación: Aspectos civiles, procesales y constitucionales*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009, p. 171.

<sup>51</sup> En vigencia del Código Civil, pese al silencio normativo, la doctrina admitía la posibilidad del reconocimiento del hijo por nacer en correlación con la norma del art. 258 CC que preveía la impugnación preventiva de la paternidad matrimonial.

<sup>52</sup> CAp.Civ.yCom. de Concordia, Entre Ríos, 14/09/2015, “G., M. G. c. G., J. A. s. medida cautelar alimentos provisorios”.

hijo en gestación<sup>53</sup>, o con la exigencia de afiliación del hijo por nacer a la obra social del grupo familiar primario<sup>54</sup>.

En tanto institución que conforma el derecho filial, las mismas razones que justifican el reconocimiento de la persona por nacer, la impugnación preventiva de su filiación matrimonial o el reclamo alimentario, habilitarían también su adoptabilidad. Dado que la adopción persigue la protección del derecho de los niños “a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen” (art. 594 CCyC), y que el *nasciturus* se halla comprendido en las categorías de niño e hijo, tendría entidad suficiente para ser judicialmente declarado en situación de adoptabilidad.

Claro que la declaración de adoptabilidad de la persona por nacer -al igual que sus derechos sucesorios- se hallaría condicionada al nacimiento con vida -condición resolutoria-, en correlación con la norma del art. 21 del CCyC, y estaría supeditada a la ratificación de la voluntad manifestada durante el embarazo luego de transcurrido un plazo prudencial que asegure, con posterioridad al alumbramiento, que la decisión persiste y ha sido tomada con discernimiento, intención y libertad.

### **III.- Dos modelos del derecho comparado: Chile y USA.**

---

<sup>53</sup> CNCiv., Sala D, 17/04/2015, “Samana, Matías Ezequiel y otro c. Sindicato de Choferes de Camiones Obreros y Empleados y otros s/ daños y perjuicios - resp. prof. médicos y aux.”. CAp.Civ., Com., Fam. y Cont. Adm. de Villa María, 29/10/2014, “G. de P., I. del V. y Otro c. Clínica Central Privada S.R.L. y Otros s/ ordinario”. CNCiv., Sala M, 30/12/2008, “Z., V. G. c. Transporte Automotor La Plata S.A.”. CNCiv. y Com. Fed., Sala III, 08/11/2007, “R., R. E. y otro c. Sanatorio Perpetuo Socorro S.A. y otros”. CNCiv., Sala G, 02/03/2007, “Aguirre, Irma Felicia c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”.

<sup>54</sup> CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES DE LA PLATA, Sala I, 01/06/2017, “K., V. A. c. Obra Social Accord Salud s/ amparo Ley 16.986”. El tribunal ponderó la supremacía del derecho a la vida y del derecho a la salud y recordó que “la Corte ha reafirmado el derecho a la preservación de la salud comprendido dentro del derecho a la vida y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (Fallos: 321:1684 y 323:1339)”. Asimismo, afirmó que el *nasciturus* goza de la inviolabilidad de su dignidad (art. 51 CCyC).

La Ley de Adopción chilena<sup>55</sup>, justificada en la necesidad de brindar una alternativa para la madre que transita un embarazo no deseado en riesgo de aborto provocado, prevé que el procedimiento para declarar al niño en situación de adoptabilidad pueda iniciarse antes de su nacimiento exponiendo la madre embarazada su voluntad de entregar al hijo en adopción. Dentro de los treinta días posteriores al parto la madre debe ratificar su decisión y pasados los cinco días subsiguientes el juez debe citar a audiencia de juicio y dictar sentencia (art. 10, Ley 19.620/1999).

La finalidad de la norma chilena es, sin dudas, loable. No obstante, CORRAL TALCIANI ha advertido sobre los peligros que entraña pues entiende que facilita la captación de madres en situación de vulnerabilidad que consentirían la adopción de su hijo presionadas por un ambiente adverso y preocupado por obtener bebés adoptables. Considera que la “eficacia pro vida de la adopción” es igualmente alcanzable si las embarazadas que atraviesan una situación de riesgo cuentan con la opción de manifestar, de modo libre y voluntario, luego de producido el parto, la decisión de que su hijo sea adoptado<sup>56</sup>.

En USA, aproximadamente cuarenta y siete estados, además del Distrito de Columbia y las Islas Marianas del Norte, especifican en sus estatutos desde cuándo un progenitor biológico puede manifestar su voluntad para que el hijo sea adoptado<sup>57</sup>. Dieciséis estados, además de las Islas Marianas del Norte, permiten a los padres biológicos decidir la adopción en cualquier momento luego del nacimiento del hijo<sup>58</sup>.

---

<sup>55</sup> Actualmente se encuentra en primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados el Proyecto de Ley sobre Reforma Integral al Sistema de Adopción chileno (Boletín 9119-18). Disponible en <http://www.minjusticia.gob.cl/reformas/nueva-ley-de-adopcion/>. Consultado 18/08/18.

<sup>56</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán, “Entrega en adopción de un niño antes de nacer”, 21/10/2013. Disponible en <https://corraltalciani.wordpress.com/tag/adopcion-prenatal/>. Consultado 06/08/18.

<sup>57</sup> Idaho, Nueva York, Oregon, Samoa Americana, Guam, Puerto Rico y las Islas Vírgenes no prevén tiempos de espera específicos para la ejecución del consentimiento Cfr. CHILD WELFARE INFORMATION GATEWAY (2017), “Consent to adoption”, Washington, DC: U.S., Department of Health and Human Services, Children’s Bureau, p. 3. Disponible en <https://www.childwelfare.gov/topics/systemwide/laws-policies/statutes/consent/>. Consultado 12/08/18.

<sup>58</sup> Alaska, Arkansas, California (para colocaciones de agencias), Colorado, Delaware, Georgia, Indiana, Maine, Maryland, Michigan, Carolina del Norte, Dakota del Norte, Oklahoma, Carolina del Sur, Wisconsin y Wyoming. Cfr. CHILD WELFARE INFORMATION GATEWAY (2017), “Consent to adoption”, Washington, DC: U.S., Department of Health and Human Services, Children’s Bureau, p. 3. Disponible en <https://www.childwelfare.gov/topics/systemwide/laws-policies/statutes/consent/>. Consultado 12/08/18.

Catorce estados autorizan al padre biológico a expresar su voluntad antes o después del nacimiento del hijo<sup>59</sup>, en tanto que sólo Alabama y Hawái habilitan a la madre a decidir la adopción de su hijo antes del nacimiento, exigiendo su ratificación después del parto.

Treinta estados, y el Distrito de Columbia, contemplan un período de espera posterior al parto para que la decisión sea eficaz. El tiempo de espera más común es de setenta y dos horas o tres días, requerido en dieciséis estados, además del Distrito de Columbia<sup>60</sup>. Los plazos más breves son los requeridos en Kansas (doce horas) y en Utah (veinticuatro horas), mientras que el más extenso es el previsto en Rhode Island (quince días). El período de espera es de treinta y seis horas en Vermont y de cuarenta y ocho horas en Connecticut, Florida, Missouri, Nebraska, Nueva México, Texas y Washington. En Massachusetts el tiempo se extiende hasta el cuarto día posterior al nacimiento. En Luisiana (sólo para adopciones privadas) y Dakota del Sur los padres deben esperar cinco días desde que se produjo el nacimiento para manifestar su voluntad de que el hijo sea adoptado. En California la madre sólo puede decidir la adopción de su hijo una vez obtenida el alta médica hospitalaria<sup>61</sup>. Si se trata de un niño indio, California y Washington imponen un período de espera de diez días desde la fecha del nacimiento, y si la expresión de voluntad fuera anterior se la considera inválida<sup>62</sup>.

En Alabama la decisión de que el hijo sea adoptado puede ser manifestada en cualquier momento y revocada dentro de los cinco días posteriores al nacimiento o a

---

<sup>59</sup> Alabama, Delaware, Hawái, Illinois, Indiana, Luisiana, Nevada, Nueva Jersey, Carolina del Norte, Oklahoma, Pennsylvania, Texas, Utah y Virginia. Cfr. CHILD WELFARE INFORMATION GATEWAY (2017), "Consent to adoption", Washington, DC: U.S., Department of Health and Human Services, Children's Bureau, p. 3. Disponible en <https://www.childwelfare.gov/topics/systemwide/laws-policies/statutes/consent/>. Consultado 12/08/18.

<sup>60</sup> Arizona, Illinois, Iowa, Kentucky, Luisiana (sólo para adopciones a través de agencias), Minnesota, Mississippi, Montana, Nevada, Nueva Hampshire, Nueva Jersey, Ohio, Pennsylvania, Tennessee, Virginia, y West Virginia. Cfr. CHILD WELFARE INFORMATION GATEWAY (2017), "Consent to adoption", Washington, DC: U.S., Department of Health and Human Services, Children's Bureau, p. 3. Disponible en <https://www.childwelfare.gov/topics/systemwide/laws-policies/statutes/consent/>. Consultado 12/08/18.

<sup>61</sup> CHILD WELFARE INFORMATION GATEWAY (2017), "Consent to adoption", Washington, DC: U.S., Department of Health and Human Services, Children's Bureau, pp. 2-3. Disponible en <https://www.childwelfare.gov/topics/systemwide/laws-policies/statutes/consent/>. Consultado 12/08/18.

<sup>62</sup> CHILD WELFARE INFORMATION GATEWAY (2017), "Consent to adoption", Washington, DC: U.S., Department of Health and Human Services, Children's Bureau, p. 3, nota nro. 20. Disponible en <https://www.childwelfare.gov/topics/systemwide/laws-policies/statutes/consent/>. Consultado 12/08/18.

la manifestación de la voluntad, según lo que ocurra después<sup>63</sup>. La decisión debe ser formulada por escrito. Si la madre expresa su voluntad antes del nacimiento, debe ser suscripta o confirmada ante el juez, quien le explicará los efectos legales, los límites temporales y el procedimiento para su revocación, además de facilitarle el formulario necesario para formalizar la retractación de acuerdo a los requerimientos legales<sup>64</sup>. La decisión de que el hijo sea adoptado inferida del abandono es irrevocable. La decisión de que el hijo sea adoptado, una vez suscripta o confirmada, no podrá ser retractada, salvo que el tribunal considerara que la revocación es razonable atendiendo las circunstancias del caso y siempre que resulte consistente con el interés superior del niño. En tal supuesto, la revocación debe producirse dentro de los catorce días posteriores al nacimiento o a la manifestación de la voluntad, según cuál ocurra después<sup>65</sup>.

En Hawái, por su parte, la decisión de que el hijo sea adoptado puede ser manifestada por la madre en cualquier momento a partir del sexto mes de embarazo. Sin embargo, no puede iniciarse proceso judicial alguno sino con posterioridad al nacimiento, debiendo los peticionarios reafirmar por escrito su deseo de renunciar a los derechos parentales<sup>66</sup>. El progenitor que desea renunciar a tales derechos para que su hijo sea adoptado puede solicitarlo al tribunal de familia del circuito jurisdiccional en el que reside o en el que corresponda a la residencia del niño<sup>67</sup>. La decisión es irrevocable una vez otorgada la guarda con fines adoptivos, salvo que el juez considere que la retractación resultaría en el mejor interés del menor<sup>68</sup>.

#### **IV.- Un antecedente jurisprudencial.**

Se trata del único antecedente jurisprudencial que sobre la materia en estudio se registra en nuestro país<sup>69</sup>. La génesis del caso judicial se halla en la comparecencia espontánea de una joven de 18 años -acompañada por su tía materna

---

<sup>63</sup> Ala. Code § 26-10A-13.

<sup>64</sup> Ala. Code §§ 26-10A-11; 26-10A-12, y §§ 26-10A-13 and 26-10A-14.

<sup>65</sup> Ala. Code §§ 26-10A-9; 26-10A-13; 26-10-14.

<sup>66</sup> Rev. Stat. § 571-61.

<sup>67</sup> Rev. Stat. § 571-61.

<sup>68</sup> Rev. Stat. § 578-2(f).

<sup>69</sup> JUZGADO DE FAMILIA DE PASO DE LOS LIBRES, PCIA. DE CORRIENTES, “NMR s. situación de N.N.A.”, LXP 19676/19, 12/07/2019.

que la había recibido en su casa luego de que aquella escapara de su hogar manifestando su deseo de interrumpir un embarazo de 23 semanas, producto de las reiteradas violaciones a las que la sometía su padrastro desde los 13 años -de quien ya tenía una hija de dos años-. Esta petición fue encuadrada por la magistrada de familia como un supuesto de aborto no punible requiriéndole al nosocomio local que se cumplimentara la atención integral con derecho a la interrupción del embarazo e informándole a la joven que gozaba de plena libertad para cambiar su decisión hasta el momento en que se efectivizara la práctica médica. Además, la juez ordenó la prohibición de acceso y acercamiento del padrastro hacia la joven, remitiendo las actuaciones a la Fiscalía en turno para que interviniera en el ámbito de su competencia.

La secuencia de sucesos dramáticos en la vida de esta joven podría haber concluido con otro que hasta entonces no había experimentado: el aborto. Sin embargo, luego de realizarse todos los estudios médicos de rigor, la joven se presentó nuevamente ante los estrados judiciales para comunicar que había decidido continuar con su embarazo y dar al bebé, una vez que naciera, en adopción. Aclaró que luego del alumbramiento no quería tener contacto con su hijo.

La juez entendió que la situación requería un tratamiento especial a modo de proceso judicial preliminar y urgente. Si bien reconoció que la legislación vigente sólo validaba la decisión libre e informada de los progenitores de que el niño sea adoptado cuando se producía después de los cuarenta y cinco días del nacimiento, interpretó que el plazo de espera no impedía que al momento del nacimiento el niño pudiera ser ahijado provisoriamente por los pretendientes adoptantes elegidos conforme al proceso de selección legal, condicionado al nacimiento con vida del niño y supeditado a la ratificación de la decisión materna transcurridos los cuarenta y cinco días del alumbramiento.

La magistrada consideró que las causas fuentes de situaciones para la declaración de adoptabilidad no eran excluyentes, y que debía ponderarse el interés superior del niño por nacer, disponiendo, como medida cautelar, la guarda y/o acogimiento inmediato al nacimiento por una familia seleccionada de la lista de aspirantes a guarda con fines adoptivos (postulantes que se encontraban en la nómina

del RUA), sin perjuicio de lo que en definitiva correspondiera decidir sobre la voluntad expresada por la progenitora luego del plazo legal de espera, oportunidad en la que debería ratificar su decisión para que, en caso de confirmarse, se pudiera continuar con el procedimiento especial de declaración de adoptabilidad y formal de entrega en guarda preadoptiva.

En este sentido, entiendo que la magistrada se hallaba habilitada para declarar la situación de adoptabilidad provisoria y disponer, con los mismos alcances, el otorgamiento de la guarda con fines adoptivos inmediatamente luego del nacimiento.

Para la selección del matrimonio guardador, la juez tuvo en cuenta el orden de prelación de los inscriptos brindando preeminencia a los aspirantes que se encontraban en el primer lugar de la lista quienes, además, no contaban con descendencia por imposibilidades físicas que le impedían la procreación.

Se trata de un recaudo ineludible. Los guardadores provisorios deben ser seleccionados de la nómina de inscriptos en el RUA, respetando estrictamente el mecanismo legal.

La resolución judicial se sustentó en tres pilares fundamentales. El respeto del derecho de la joven madre a ser oída y comprendida, evaluada por la interdisciplina, con las debidas garantías para la determinación de sus derechos y obligaciones; la selección de los postulantes inscriptos en el RUA, privilegiando la fecha de inscripción del legajo correspondiente, y el principio rector del interés superior del niño por nacer que en el caso se concretó con la protección, cuidado y ahijamiento del niño posterior a su nacimiento, ante las diferentes circunstancias fácticas que podrían vulnerarlo, para integrarlo inmediatamente a una familia que le brindara el afecto y cuidados necesarios.

La juez Marta Legarreta resolvió, entonces, otorgar al matrimonio seleccionado el cuidado personal provisorio inmediato al nacimiento con vida del niño, con carácter de medida cautelar, urgente y condicionada a la ratificación de la decisión materna en el plazo previsto por el art. 607, inc. b) CCyC. Autorizó a los cuidadores a retirarse del nosocomio con el niño recién nacido, e hizo saber a la joven madre que

gozaba de plena libertad para cambiar su decisión desde el momento mismo del nacimiento del niño o, en caso de mantenerse firme, hasta su ratificación luego de los cuarenta y cinco días posteriores al alumbramiento.

De tal modo, fue posible conciliar los derechos de la joven madre en conflicto con su embarazo producto de una violación con los del niño por nacer.

#### **V.- Condiciones para la validez y eficacia de la decisión prenatal para que el hijo sea adoptado.**

La validez y eficacia jurídica de la decisión de la madre gestante -y, en su caso, del otro progenitor- para que su hijo recién nacido sea adoptado podría resultar una estrategia válida para acompañar a las mujeres que se encuentran en conflicto con su embarazo resguardando, al mismo tiempo, la vida del niño en gestación.

La manifestación de la voluntad expresada ante la autoridad judicial por los progenitores durante el embarazo daría lugar a un proceso cautelar en el que se anticiparía la declaración judicial de adoptabilidad habilitando la selección de los guardadores provisorios con fines adoptivos que asumirían el cuidado personal del niño desde el mismo momento de su nacimiento. La declaración de adoptabilidad y el discernimiento de la guarda serían provisorios.

En esta etapa cautelar es fundamental la efectivización del principio de inmediación (cfr. art. 706 CCyC) para asegurar que todas las partes intervinientes comprendan los alcances de sus decisiones y de las medidas adoptadas, así como el acompañamiento interdisciplinario que brinde el apoyo necesario a las partes durante el proceso.

La selección judicial de los guardadores provisorios con fines adoptivos debe surgir de las listas proporcionadas por el RUA y la decisión de la madre debe ser ratificada ante el magistrado interviniente luego de transcurrido un período prudencial que le permita revisar su decisión con posterioridad al nacimiento.

Luego del parto y previo a la entrega del recién nacido a los guardadores provisorios, debe ofrecérsele a la madre la posibilidad de vincularse con su hijo y amamantarlo. Si de este primer contacto madre-hijo derivara la retractación de la decisión prenatal, la declaración judicial de situación de adoptabilidad y la guarda preadoptiva provisorias quedarían *ipso iure* sin efecto.

Si bien para evitar el riesgo de que la embarazada se halle presionada a decidir la adopción de su hijo, se ha considerado esencial que la mujer únicamente pueda manifestar válidamente su voluntad después del nacimiento del niño<sup>70</sup>, la finalidad de esta exigencia se logra si, exteriorizada su decisión prenatal ante la autoridad judicial, su validez definitiva se condiciona a la confirmación de la mujer luego de un plazo de reflexión posterior al alumbramiento -cuarenta y cinco días, cfr. art. 607, inc. b) CCyC-.

Una vez ratificada la decisión por los progenitores, el juez contará con noventa días para resolver, con carácter definitivo, la situación de adoptabilidad del niño (cfr. art. 607, *in fine* CCyC) en simultáneo con la guarda preadoptiva (art. 612 CCyC).

Si la madre estuviera casada es ineludible contar con el consentimiento de su esposo. Si fuera soltera, se requerirá el consentimiento del reconociente del hijo por nacer o el asentimiento del padre presunto. El Ministerio Público, de ser necesario, deberá procurar su identificación instando a la madre para que bajo juramento suministre

---

<sup>70</sup> Al respecto, el Convenio de La Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional (29/05/1993) establece: "Artículo 4: Las adopciones consideradas por el Convenio sólo pueden tener lugar cuando las Autoridades competentes del Estado de origen: ... c) se han asegurado de que ... 4) el consentimiento de la madre, cuando sea exigido, se ha dado únicamente después del nacimiento del niño; y ...". El Convenio de La Haya sobre Adopción protege a los niños y a sus familias contra los riesgos de adopciones internacionales ilegales, irregulares, prematuras o mal gestionadas a través de un sistema de Autoridades Centrales, reforzando la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 21) con el objetivo de garantizar que las adopciones internacionales se realicen en el interés superior del niño y con respeto a sus derechos fundamentales, así como prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de niños. Disponible en <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=69>. Consultado 18/08/18. Si bien la Argentina no se cuenta entre las Partes Contratantes, a la fecha 99 Estados ostentan tal calidad. Disponible en <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=69>. Consultado 18/08/18.

su nombre y toda otra información que contribuya a su individualización (cfr. art. 583 CCyC)<sup>71</sup>.

En todos los casos debe mediar emplazamiento filial con ambos progenitores biológicos, en cuanto sea posible, y se debe resguardar y preservar toda la información relativa a los orígenes del niño de modo que resulte accesible en oportunidad de requerir su conocimiento (cfr. art. 8 CDN).

## **CONCLUSIÓN.**

Reconocerle validez condicionada a su posterior ratificación y eficacia a la decisión prenatal para que el hijo sea adoptado empodera a la madre en conflicto con su embarazo pues amplía sus opciones.

La eficacia de la manifestación de voluntad expresada ante la autoridad judicial durante el embarazo anticiparía las dos primeras etapas procesales, de modo cautelar y provisorio, habilitando la declaración de situación de adoptabilidad y el discernimiento de la guarda preadoptiva con anterioridad al nacimiento. Ello evitaría la institucionalización del recién nacido, y reduciría los riesgos de abandono, descuido y aborto, priorizando el interés superior del niño (cfr. art. 3 CND).

Por otra parte, dado que la decisión prenatal se encuentra condicionada a su confirmación una vez transcurridos cuarenta y cinco días posteriores al alumbramiento, el recaudo temporal de validez exigido por la norma del art. 607, inc. b) CCyC estaría cubierto.

Finalmente, la selección de los guardadores con fines adoptivos de la nómina de inscriptos en el RUA previene contra la amenaza de sustracción, venta o tráfico de recién nacidos.

---

<sup>71</sup> Sin perjuicio de que se prevea la posibilidad de que el juez autorice a prescindir del consentimiento del padre cuando ello resulte conveniente al interés superior del hijo.