

**Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires**

**R., V. D. V.; R., Y. N.; R. S. art. 10 ley 10.067, 26 de febrero 2013**

*Un fallo ejemplar que amplía con un criterio de equidad y humanidad los límites del vínculo filial adoptivo*

**Por Adriana N. Krasnow\***

**1. El caso: los hechos, el derecho y la respuesta judicial**

M. de C. C. y C. L. M. obtienen el 30 de diciembre de 2004 la adopción plena de A. D. R. nacido el 21 de mayo de 2002, huérfano de madre desde el 22 de mayo de 2004.

El 20 de diciembre de 2007, el señor L. A. V. – novio de la madre biológica a la época de la concepción y presunto padre biológico -, pide en la justicia que se inicie un proceso de revinculación familiar con su hijo, el cual permita conformar un triángulo adoptivo que perdure hasta la mayoría de edad del niño, sin afectar el vínculo adoptivo establecido por sentencia judicial. Como demostración de la legitimidad de su reclamo, manifiesta que, en la medida de sus posibilidades y a pesar de la situación de judicialización e institucionalización que -en esa época- vivía la madre del niño, asumió su paternidad y que, a pesar de ello, no fue citado por el Tribunal para ser oído. Respecto al no cumplimiento de su deber de reconocer, justifica la omisión en la imposibilidad de hacerlo al no contar con documentos que acrediten su identidad.

El Tribunal de Menores N°2 de San Isidro rechaza la petición por considerarla prematura, al entender que carece de legitimación activa puesto que no acreditó previamente su condición de progenitor biológico en el marco de una acción de reclamación de filiación extramatrimonial.

---

\* Doctora en Derecho. Investigadora Adjunta, CONICET. Profesora Adjunta, Derecho Civil V, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario.

En la alzada se confirma el pronunciamiento, con fundamento en la imposibilidad de que después de otorgada una adopción plena resulte factible el reconocimiento del adoptado por sus padres biológicos ni el ejercicio de la acción de reclamación de filiación extramatrimonial.

Contra dicho pronunciamiento, el señor L. A. V. interpone ante el superior tribunal de la provincia el recurso extraordinario de nulidad e inaplicabilidad de la ley, con sustento en la violación de los artículos 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 de la Convención de los Derechos del Niño; 1, 5, 6, 7, 11, 29 de la ley 26.061 y concordantes de la ley 13.298; 257 y 327 del Código Civil.

Los ministros del máximo tribunal provincial en concordancia con el dictamen del Subprocurador general, rechazan el recurso extraordinario de nulidad y hacen lugar al recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto, revocando la sentencia impugnada. Se ordena que los autos vuelvan a la instancia de grado con el fin de que se practique la prueba biológica que permita definir la presencia o no de nexo biológico entre el presunto padre biológico y el niño, y en su caso, acreditado el vínculo biológico se analice la posibilidad de revinculación familiar.

En esta nota nos proponemos analizar el recorrido del caso en sede judicial desde una visión constitucionalizada del Derecho de familia, por tratarse del camino que permite contextualizarlo en el marco de los derechos humanos personalísimos comprometidos y desde este lugar elaborar los argumentos que respaldan la decisión tomada por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

## **2. Punto de partida. El Derecho de las familias en perspectiva constitucional**

Con el desarrollo en el seno de la comunidad internacional de la doctrina internacional de los derechos humanos y su consolidación en el Derecho interno con la reforma constitucional del año 1994 que introduce un cambio en el sistema de fuentes interno, asistimos a un nuevo modelo de Derecho de familia en el cual se protege a la persona y sus derechos en el marco de las relaciones familiares<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Respecto de esta temática, ver entre otros: GIL DOMÍNGUEZ, Andrés – FAMÁ, María Victoria y HERRERA, Marisa, *Derecho constitucional de familia*, Buenos Aires, Editorial Ediar, T. I y II, 2006;

Esta protección que se brinda a las personas y no a los institutos es el canal que permite avanzar en el diseño de un Derecho de familia más humano y como tal respetuoso de la tolerancia, la igualdad y la participación. Desde esta dimensión, el contenido y ámbito de actuación se amplía, al comprender y proteger a la persona como miembro de un tipo de familia que se integra a la multiplicidad de formas que actualmente coexisten en la sociedad y que conduce a resignificar esta área de conocimiento ampliando su objeto. Esta resignificación es la que justifica referir a Derecho de “las familias” en reemplazo del término Derecho de familia que denota un ámbito más acotado.

Esta línea se sigue en el Proyecto de Reforma de Código Civil y Comercial de la Nación 2012, como surge del conjunto de enunciados que captan los principios y valores contenidos en la Constitución nacional argentina y en los instrumentos internacionales de derechos humanos de igual jerarquía (art. 75, inc. 22, CN)<sup>2</sup>.

Trasladando lo expuesto al caso, surge del fallo del superior tribunal la adhesión de sus miembros a esta nueva visión, puesto que al considerar la situación no se quedan en el limitado marco de solución que ofrece el régimen legal de la adopción. En este sentido, atento la situación problemática planteada, encuentran el cauce adecuado que permite proteger tanto el derecho a la identidad y el derecho a la filiación no sujetándose al modelo tradicional de familia adoptiva bajo la forma plena, sino admitiendo un modelo que permita sumar si responde al mejor interés del niño, la efectividad del derecho de comunicación entre éste y el progenitor biológico, sin que resulte afectado el vínculo filial adoptivo.

### **3. Antecedentes en la jurisprudencia interna que marcaron un cambio de rumbo**

En los últimos años, se observa en la jurisprudencia nacional una tendencia que se aparta de los criterios rígidos dispuestos en el régimen legal de la adopción, para adoptar

---

LLOVERAS, Nora y SALOMÓN, Marcelo, *El Derecho de familia desde la Constitución nacional*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2009.

<sup>2</sup> En los Fundamentos del Proyecto, se expresa: “... *En nuestro anteproyecto, ..., tomamos muy en cuenta los tratados en general, en particular los de derechos humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina... Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado*”.

pautas flexibles que responden al valor justicia y que encuentran sustento en los principios que emanan de las normas de validez primaria (art. 75, inc. 22 CN).

Encontramos fallos que debilitan ciertos efectos de la adopción plena, para así permitir que se conserven cuando el mejor interés del adoptado lo exige los vínculos con ciertos parientes consanguíneos o como un reciente fallo de la ciudad de Rosario que concede la adopción plena del cónyuge de la madre sin romper el vínculo con ésta; mientras que en otros se busca como el fallo que analizamos, preservar el contacto con el progenitor biológico cuando esta solución coadyuva con el mejor interés del adoptado. Acompañamos una breve reseña de los que consideramos más significativos en sus aportes, con el objeto de fortalecer e instalar esta nueva tendencia en el actuar.

A modo de muestra en el andar, iniciamos el recorrido siguiendo un orden cronológico que nos conduce al hoy.

**Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, 30/11/2004 –L., A. K.-<sup>3</sup>:**

*“... La sentencia que deniega a una persona la solicitud de conocer el paradero de sus hermanos fundándose en que éstos fueron adoptados en forma plena en los términos del art. 323, CCiv., demuestra un excesivo apego a la letra de la ley y omite efectuar una completa ponderación de los bienes o principios comprometidos, lo que importa un ritualismo que no se compadece con la preocupación por la justicia de la decisión, propia del ejercicio de la función judicial... La función de los magistrados no consiste en la mera reproducción del texto de la ley, sino en orientarse hacia una interpretación creativa de las normas en juego tendientes a asegurar el valor de la justicia...”.*

**Tribunal de Familia de Mar del Plata N° 2, 28/03/2008 – P., J. C. y otro s/adopción -<sup>4</sup>:**

*“... La aplicación completa de la eliminación de todo vínculo jurídico de los menores con la familia de sangre y, en particular, con sus hermanas que han sido*

---

<sup>3</sup> En RDF 2005-II-113. Con nota de: HERRERA, Marisa, *De orígenes y otras yerbas... Un interesante precedente que despierta viejos (y pendientes) debates*, en RDF 2005-II-125.

<sup>4</sup> En RDF 2008-III-73. Con nota de: GALLI FIANT, María Magdalena, *Adopción y fraternidad*, en RDF 2008-III-86.

*adoptadas por otros adoptantes agrade la debida tutela jurídica de la cual son merecedores, por lo tanto procede la declaración de inconstitucionalidad del art. 323, CCiv., y en consecuencia, debe mantenerse el vínculo jurídico de los niños con ellas dadas en adopción a otra familia; lográndose de esta manera que los adoptados conserven los lazos de parentesco existentes con sus hermanas biológicas y, a su vez, se integren en vínculo filial y familiar integral con los padres adoptantes y sus familias... Las exigencias legales en materia de adopción ceden en su rigidez frente a razones de orden superior...”.*

**Cámara Apelaciones Trelew, Sala A, 06/08/2009 – M., R. L. -<sup>5</sup>:**

*“...El hecho de que el menor que fue abandonado por su padre luego del fallecimiento de su madre tuviera hermanos biológicos no configura un obstáculo para el otorgamiento de la adopción plena a sus guardadores, pues aun cuando resulta evidente que no podrá mantenerse el núcleo familiar, los pretensos adoptantes han preservado el contacto entre ellos, garantizando de esa forma su derecho a la identidad y a la verdad biológica...”.*

**Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, Sala I, 11/04/2013 – C., M. M. -<sup>6</sup>:**

*“... sin perjuicio de que se otorgue la adopción plena (arts. 323 y cctes. del Código Civil según ley 24.779), en el marco de ésta podrá respetar la preexistencia del vínculo familiar de la menor con su madre biológica tal como lo resolviera la Sra. Juez A-quo, sin que en este estado resulte posible establecer el modo en que tal vínculo podrá llevarse a cabo, desde que, y tal como lo acordaron verbalmente las partes en la audiencia celebrada ante este Tribunal, ello será consensuado con quienes la menor se encuentra realizando terapia psicológica, y respetando en todo momento los tiempos y necesidades de M.. Ello sin perjuicio claro está, del derecho que le asistirá a la recurrente de solicitar la fijación judicial del régimen comunicacional en el hipotético caso que no se logre consensuar...”.*

**Tribunal Colegiado de Familia N° 5 Rosario, 07/06/2013 – G., D. E. -<sup>7</sup>:**

---

<sup>5</sup> En RDFyP 2009 (diciembre), 49. Con nota de: FAMÁ, María Victoria, *Adopción plena vs. simple*, en RDFyP 2009 (diciembre), 57 y SAMBRIZZI, Eduardo A., *Procedencia de la adopción plena requerida, cuando no existen razones fundadas para otorgar la adopción simple*, en RDFyP 2009 (diciembre), 49.

<sup>6</sup> En ElDial AA7FC0.

*“... Al ser la adopción una filiación creada por el derecho, la respuesta jurisdiccional debe coincidir en conceder más derechos y libertades a la niña en su relación con quien legalmente es el marido de su madre y emocionalmente su padre, esto es el que por sobre toda ley, eligió junto su madre su nombre, le concedió afecto, amparo y crianza en el inicio de su vida. Una opción podría ser la de conceder la adopción simple, pero esta decisión si bien no alterará ni influirá los sentimientos mutuos entre el actor y la niña cuya adopción pretende incidirá en la aspiración legítima de aquel de integrar plenamente a la niña cuya filiación paterna está indeterminada y por tanto no puede ser más conveniente para esa menor el mantenimiento del vínculo con la familia de su progenitor... Los arts. 313, segundo párrafo, y 323 del Cód. Civil son inconstitucionales, pues, debe consolidarse judicialmente la entrega amorosa que el actor prodiga al hijo de su cónyuge con fundamento en la trascendencia social que tiene el vínculo adoptivo pleno, sin destruir los vínculos del adoptado con la progenitora y con la familia biológica paterna, que es desconocida...”*

Para cerrar este punto, cabe citar otro precedente que si bien plantea una situación distinta a las descritas, la solución también responde a un criterio más elástico al momento de resolver el conflicto que llega a conocimiento de la justicia. En el caso, la mujer a quien le habían concedido junto a su esposo la guarda de una niña, solicita de forma unilateral la guarda preadoptiva con fines de adopción, alegando que hace diez años su esposo se fue del hogar, desentendiéndose totalmente de las funciones de guardador. Asimismo, solicita alimentos a favor de la niña. El juez desde una visión amplia comprensiva de los valores y principios constitucionales que forman parte del actual Derecho de las familias, sostuvo: *“Aún cuando la guarda de un menor fue entregada conjuntamente a un matrimonio, debe otorgarse su adopción en forma simple a la esposa, si el marido abandonó el hogar conyugal en los primeros años de vida del niño, cuando su compromiso era trascendente en su crianza y formación, y agravó su desinterés al no presentarse oportunamente al proceso... El marido de la adoptante simple, que había sido designado guardador en forma conjunta con ella pero abandonó el hogar conyugal, debe suministrar alimentos al adoptado hasta su mayoría de edad, pues queda encuadrado en el concepto de padre solidario, con justificativo en la solidaridad familiar y la posesión de estado filial, siendo*

---

<sup>7</sup> En LL Online AR/JUR/ 23247/2013.

*su asistencia un mecanismo efectivo para evitar consecuencias irremediables para el desarrollo del niño en una familia de limitados recursos. La solidaridad familiar, apoyada en la protección integral de la familia – art. 14 bis, Constitución nacional -, supera el estrecho margen obligacional del parentesco, en tanto efectiviza la proclama de los derechos humanos básicos reconocidos en el bloque de constitucionalidad... ”<sup>8</sup>.*

#### **4. El derecho a la identidad y el derecho a la filiación**

##### **4.1 El derecho a la identidad y el derecho a la filiación en el caso**

Frente a un régimen de filiación por naturaleza – Cód. Civil s/texto ley 23.264 –que aspira en la determinación de los vínculos filiatorios alcanzar una concordancia entre el vínculo biológico con el vínculo jurídico, suele asociarse el derecho a la identidad con el derecho a la filiación. Sin embargo, se trata de dos derechos diferenciados, puesto que como sostuvo Kemelmajer de Carlucci corresponde distinguir el derecho a conocer los orígenes del derecho a establecer vínculos filiatorios<sup>9</sup>.

El derecho a la filiación se traduce en el derecho que tiene toda persona de contar con un emplazamiento completo (doble vínculo filial). Mientras que en la filiación por naturaleza, como anticipamos, el legislador dispuso que dicho emplazamiento coincida con la verdad biológica; cuando se trate de vínculos filiales cuya fuente recaiga en la adopción o en las técnicas de reproducción humana asistida con empleo de material genético ajeno a la pareja, el derecho a la filiación no se corresponderá total o parcialmente con el dato biológico.

Por su parte, el derecho a la identidad está comprendido en el Derecho interno dentro de la nómina de derechos humanos personalísimos reconocidos en la Constitución nacional (artículos 33 y 75, inc. 22, CN; arts. 7 y 8, CDN). Al mismo tiempo se contempla

---

<sup>8</sup> En LL 2012-D-595 y RDF 2012-V-169. Con nota de: MONJO, Sebastián, *La adopción: un pronunciamiento alineado con el Proyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación*, en RDF 2012-V-177.

<sup>9</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación (a propósito de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 13/2/2003, en el caso ‘Odièvre v. France’)*, en “Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia”, N° 26, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2003, pp. 77 y ss. También ver: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y HERRERA, Marisa, *Familia de origen v. familia adoptiva: de las difíciles disyuntivas que involucra la adopción*, en LL 2011-F-225.

en el ámbito civil, en el artículo 11 de la Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes<sup>10</sup>.

Sabemos que la identidad acompaña a la persona durante toda su existencia. Por ello, puede ser entendida como un proceso o camino que se inicia con la concepción y termina con la muerte, siendo la verdad biológica el primer eslabón de esta cadena y no el único eslabón que integra este derecho<sup>11</sup>. En referencia a la importancia que representa el dato biológico como cimiento necesario en la construcción de la identidad, cabe recordar el voto en disidencia de Petracchi en el caso “Muller”, el cual por su trascendencia en la jurisprudencia interna fue seguido como modelo en otros pronunciamientos: “... conocer su propia génesis, su procedencia, es aspiración connatural al ser humano, que, incluyendo lo biológico, lo trasciende... El normal desarrollo psicofísico exige que no se trabaje la obtención de respuestas a esos interrogantes vitales... Conocer la verdad permite elaborar un proceso de crecimiento y estructuración del psiquismo”<sup>12</sup>.

De este pensamiento se desprende la importancia que tiene para el sujeto conocer sus orígenes para el desarrollo de su personalidad en el tiempo. Siguiendo con este eje de análisis y reiterando lo expresado al inicio de este apartado, la identidad no se agota en el dato biológico, sino que comprende un conjunto de aspectos que acompañan a la persona en su vida privada y social (proyección social). Es por ello que la mayoría de la doctrina, siguiendo en esto la elaboración de Fernández Sessarego<sup>13</sup>, distingue la dimensión estática

---

<sup>10</sup> En la Convención sobre los Derechos del Niño se reconoce expresamente el derecho a la identidad en los artículos 7 y 8. También encontramos un reconocimiento del derecho a la identidad en el artículo 11 de la Ley 26.061 (Ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes).

<sup>11</sup> Ver: KRASNOW, Adriana N.; *La filiación y sus fuentes en el Derecho argentino. La carencia normativa en la procreación humana asistida*, en Actualidad Jurídica de Córdoba, Año V, Vol.57, Enero 2009, pp. 6205-6218; *Una solución que responde al mejor interés del niño*, en LL 2008-B-638; *El derecho a la identidad en la procreación humana asistida*, en LL 2007-F-1224; *La búsqueda de la verdad real: ¿debilita la defensa de la cosa juzgada en el proceso de filiación por naturaleza*, en LL Litoral 2007-834 y *El derecho de acceso a la verdad biológica no tiene límite en el tiempo*, en LL 2007-F-1224; *La medida autosatisfactiva como recurso que permite acceder al conocimiento de la realidad de origen sin impactar en el vínculo filial*, en “Revista Derecho de Familia”, N°39, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2008, pp. 45 y ss.; *Determinación de la maternidad y paternidad. Acciones de filiación. Procreación asistida*, Buenos Aires, La Ley, 2006.

<sup>12</sup> CSJN, 13/11/90, en LL 1991-B-473 y ED 141-263.

<sup>13</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos; *Derecho a la identidad personal*, Buenos Aires, Astrea, 1992, pp. 113 y ss.

y la dimensión dinámica, como ámbitos que funcionan de manera interdependiente por conformar juntas la identidad de un sujeto<sup>14</sup>.

Con las aclaraciones precedentes y en vinculación con el caso que motiva nuestro análisis, consideramos que la integración del niño a la familia conformada por los adoptantes (derecho a la filiación, derecho a la identidad en su dimensión dinámica y derecho a vivir en familia), no obsta a la posibilidad de que el niño pueda acceder al conocimiento de su origen biológico de forma completa e, incluso, integrar en su entorno familiar a quien junto con su madre biológica le dieron vida. De esta forma logra materializarse en lo concreto la visión tolerante y humana que en el presente tiene el Derecho de las familias y, principalmente, se garantiza el derecho a la identidad en todo su alcance al permitirle al niño construir su realidad existencial sobre bases sólidas y verdaderas.

---

<sup>14</sup> Sobre identidad, ver entre otros: Sobre identidad, ver entre otros: GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; FAMÁ, María Victoria y HERRERA, Marisa; *Ley de Protección Integral de niños, niñas y adolescentes. Derecho constitucional de familia*, Buenos Aires, Ediar, 2007 y *Derecho Constitucional de Familia*, Buenos Aires, Ediar, 2006, T.II; HERRERA, Marisa; *El derecho a la identidad en la adopción*, Buenos Aires, Universidad, 2008; LLOVERAS, Nora y SALOMÓN, Marcelo; *El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Universidad, 2009; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; *El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación. A propósito de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 13/02/2003, en el caso Odievre c/France*, trab. cit.; DUTTO, Ricardo; *El derecho identitario del niño. Significación y valoración de las pruebas biológicas*, en “Revista de Derecho Procesal. Derecho Procesal de Familia – II”, 2002-2, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2002, pp. 143 y ss.; CHIERI, Primarosa y ZANNONI, Eduardo; *Prueba del ADN*, Buenos Aires, Astrea, 2001, pp. 183 y ss.; ZANNONI, Eduardo; *Derecho Civil. Derecho de Familia*, T.II, 4º edición, Buenos Aires, Astrea, 2002, p. 325, *Adopción plena y derecho a la identidad personal. (La “verdad biológica”: ¿nuevo paradigma en el derecho de familia?)*, en “Libro de Ponencias X Congreso Internacional de Derecho de Familia”, Mendoza, 1998 y *Adopción plena y derecho a la identidad personal*, en LL 1998-C-1179; D’ANTONIO, Daniel H.; *El derecho a la identidad y la protección jurídica del menor*, en ED 165-1297; LLOVERAS, Nora; *La identidad personal: lo dinámico y estático en los derechos del niño*, en “Revista Derecho de Familia”, N°13, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, pp. 71 y ss.; OTEIZA, Eduardo; *La doctrina de la Corte Suprema sobre el derecho del niño a conocer su identidad, la adopción y las facultades instructorias de los jueces penales*, en LL, ejemplar del 3 de octubre de 1991; MENDOZA, Elena; *El derecho a la identidad, artículo 8 de la CDN*, en “Revista Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia”, N°10, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996, pp. 59 y ss.; CIFUENTES, Santos; *El pretendido derecho a la identidad biológica y la verdadera caracterización jurídica y dimensión de su contenido*, en LL 2001-C-759; LÓPEZ FAURA, Norma; *El derecho a la identidad y sus implicancias en la adopción*, en “Los derechos del niño en la familia”, dir.: Cecilia Grosman, Buenos Aires, Universidad, 1998, pp. 151 y ss.; OPPENHEIM, Ricardo E.; *¿De qué hablamos cuando nos referimos al derecho de identidad en los casos de fecundación humana asistida?*, en ED 163-989; LEVY, Lea e IÑIGO, Delia; *Identidad, filiación y reproducción humana asistida*, en “Bioética y derecho”, coord.: Nelly Minyersky y Salvador Bergel, Buenos Aires-Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2003, pp. 259 y ss.; GROSMAN, Cecilia P.; *El derecho infraconstitucional y los derechos del niño*, en Libro de Ponencias del Congreso Internacional sobre la Persona y el Derecho en el Fin de Siglo, Santa Fe, 1996, pp. 240 y ss.

En este sentido, cabe trasladar los argumentos de los ministros de la Suprema Corte que se vinculan con este apartado: Así, Lázzari señala “... *el concepto de identidad filiatoria no es necesariamente el correlato del dato puramente genético determinado por la procreación; va mucho más allá; por eso una cosa es tener el derecho a conocer ese dato, y otra, muy distinta, la pretensión de tener vínculos jurídicos fundados en ese dato genético...*”. Por su parte, Hitters adhiriendo al voto de Lázzari que abre el acuerdo, suma como aporte poner de resalto el deber de resolver la situación atendiendo al sistema de fuentes interno: “... *Pienso que la instrumentación de la solución que propicia el citado Ministro permite, a través de la razonable armonización de los dispositivos sustanciales y procesales en juego, una interpretación de estos que conecta con el deber del Estado de acompañar el contenido de la normativa interna a las obligaciones asumidas en el plano internacional...*”. Siguiendo la misma línea y ajustándose al mejor interés del niño como principio rector, Negri expresa: “... *con sustento en el interés superior del menor y su derecho de identidad (conf. arts. 3 y 8 de la Convención sobre los derechos del niño y 321 inc. i del Código Civil) he de coincidir con mis colegas en que los autos deberán volver a la instancia de origen para que se realice el análisis comparativo de ADN y, en su caso, acreditado el vínculo biológico alegado se analice -eventualmente- la posibilidad de que el peticionante se revincule con el menor...*”. Por último Genoud, adhiere en un todo a los argumentos vertidos en el voto que abre el acuerdo.

## **4.2 La posibilidad de acceder a la identidad en referencia a la realidad biológica por medio de una acción autónoma**

### **4.2.1 Encuadre y antecedentes**

Un camino saludable que permite la armonía de los derechos comprometidos y, al mismo tiempo, garantiza la estabilidad del vínculo adoptivo, es el recurso a una acción autónoma que posibilite el acceso al origen biológico.

Los antecedentes que se registran en la jurisprudencia, encuadran el planteo en el marco de la acción declarativa de certeza<sup>15</sup> (art. 322, CPCCN) y/o en la medida autosatisfactiva<sup>16</sup>.

Respecto a la acción declarativa de certeza, su objeto sólo persigue la declaración de existencia o inexistencia de un derecho, limitando por este camino llegar a una solución de carácter compulsivo, siendo sus requisitos de procedencia: 1) pretender el cese de un estado de incertidumbre; 2) actualidad del estado de incertidumbre, 3) que la incertidumbre ocasione un conflicto susceptible de producir un perjuicio al pretendiente y 4) que el actor no disponga de otra vía legal para hacer cesar el estado de incertidumbre<sup>17</sup>.

Por su parte, la medida autosatisfactiva refiere “*a aquel requerimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota –de ahí lo de autosatisfactiva- con su despacho favorable, sin ser, entonces, necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento, no constituyendo*

---

<sup>15</sup> Sobre acción declarativa de certeza, ver entre otros: MORELLO, Augusto M., *Las posibilidades de la acción meramente declarativa*, en LL Patagonia 2004-441 y *Constitución y proceso*, Buenos Aires, Lexis Nexis, p. 252 y ss.; ZINNI, Jorge, *La acción mere declarativa*, en LL 1996-B-598, CASTIGLIONE, Antonio V., *Acción meramente declarativa*, en LL 1191-C-733.

<sup>16</sup> Sobre medidas autosatisfactivas, ver entre otros: PEYRANO, Jorge W. y EGUREN, María Carolina; *Medidas autosatisfactivas y la necesidad de su regulación legal*, en LL 2006-E-949; PEYRANO, Jorge W.; *Régimen de las medidas autosatisfactivas. Nuevas Propuestas*, en “Medidas autosatisfactivas”, dir.: Jorge Peyrano, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2001, pp. 27 y ss.; *La medida autosatisfactiva: forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución*, en “Medidas autosatisfactivas”, ob. cit., pp. 13 y ss.; *Vademécum de las medidas autosatisfactivas*, en JA 1996-II-709; MEROI, Andrea; *Medidas autosatisfactivas: nuestra oposición a que se incluyan en el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe*, en LL Litoral 2007-917; PICÓ I JUNOY, Joan; *De las medidas cautelares a las medidas autosatisfactivas: ¿un avance del derecho procesal?*, en JA 2002-II-887; CARBONE, Carlos A.; *Consideraciones sobre el nuevo concepto de fuerte probabilidad como recaudo de las medidas autosatisfactivas y su proyección hacia un nuevo principio general de derecho de raíz procesal*, en “Medidas autosatisfactivas”, dir.: Jorge Peyrano, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2001, pp. 161 y ss.; CECCHINI, Francisco C.; *La constitución emplaza a la creación de nuevos instrumentos procesales. Tutelas urgentes*, en “Medidas autosatisfactivas”, ob. cit., pp. 197 y ss.; ARAZI, Roland y KAMINKER, Mario; *Algunas reflexiones sobre la anticipación de la tutela y las medidas de satisfacción inmediata*, en “Medidas autosatisfactivas”, ob. cit., pp. 37 y ss.; GALDÓS, Jorge M.; *El contenido y el continente de las medidas autosatisfactivas*, en “Medidas autosatisfactivas”, ob. cit., pp. 55 a 74; GARCÍA SOLA, Marcela; *Medidas autosatisfactivas: la excepcionalidad de su procedencia. Aproximación para su categorización. Particularidades de su trámite*, en “Medidas autosatisfactivas”, ob. cit., pp. 271 y ss. y *Medidas autosatisfactivas: perfiles jurisprudenciales*, en “Medidas autosatisfactivas”, ob. cit., pp. 689 y ss.; KIELMANOVICH, Jorge L.; *Tutela urgente y cautelar*, en JA 1999-IV-1030; MORELLO, Augusto, *La tutela anticipada en la Corte Suprema*, en ED 176-62 y *La cautela satisfactiva*, en JA 1995-IV-414.

<sup>17</sup> PICASSO, Sebastián, *La preeminencia del derecho a la identidad y de la realidad biológica en un interesante precedente*, en LL 2004-B-970.

*una medida cautelar, por más que en la praxis muchas veces se la haya calificado, erróneamente, como una cautelar autónoma”<sup>18</sup>.*

De esta definición se desprenden sus condiciones de procedencia: a- la pretensión debe limitarse a solucionar la urgencia: no se busca a través de la misma la declaración de un derecho, sino la satisfacción de la pretensión que no estará condicionada a la sustanciación de un proceso posterior; b- acreditar la alta probabilidad de existencia de un derecho: no se exige certeza, pero sí una marcada probabilidad que supera la mera verosimilitud; c- urgencia: acreditación de un estado que debe atenderse rápidamente para evitar la producción de un daño; d- prestación de contracautela: no se exige en todos los casos.

Entre los antecedentes que se registran en la jurisprudencia nacional, se destacan entre otros:

a) La hija de una persona fallecida plantea una acción de filiación con el objeto de que se emplace a su madre como hija del demandado y a ella como su nieta. Las herederas del demandado opusieron excepción de falta de legitimación activa, que fue admitida por el juez de grado. En la alzada por aplicación del principio *iura novit curia* se ordena reconducir la acción como una declarativa de certeza<sup>19</sup>.

b) Después del fallecimiento de su madre legal, la actora se entera por comentarios de una vecina que no era hija biológica de aquella. Un pariente le confirma lo afirmado por la vecina. Frente a esta noticia, decide hacer un planteo que encuadraría como una medida autosatisfactiva, con el objeto de solicitarle al Estado que le proveyera de ciertos elementos identificatorios para acceder a su identidad de origen. En el fallo se disocia el derecho a conocer los orígenes del delito de sustitución de la identidad, jerarquizándose así la pretensión de la requirente<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> PEYRANO, Jorge W. y EGUREN, María Carolina; *Medidas autosatisfactivas y la necesidad de su regulación legal*, trab. cit.

<sup>19</sup> CCC Azul, Sala I, 25/08/2011 – S. M. C. c. A. L. M. A. -, en LLBA 2011-1121.

<sup>20</sup> Tribunal de Familia, Departamento Judicial de Morón, 12/12/2005. Comentan este fallo: GIL DOMINGUEZ, Andrés; FAMÁ, María Victoria; HERRERA, Marisa, *Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Derecho Constitucional de Familia*, Buenos Aires, Ediar, 2007, pp. 246 y ss.

c) Una mujer, contando con un emplazamiento filial paterno matrimonial, inicia una acción declarativa de certeza contra el presunto padre biológico (anterior pareja de la madre) frente a dudas razonables de tener nexo biológico con éste y no con su padre legal. En su presentación, limita su pretensión al conocimiento de su identidad genética sin comprometer el emplazamiento filial existente y destaca que pretende preservar su identidad social que se fue construyendo con los años, incluyendo el vínculo con quien ha cumplido la función paterna. El juez atendiendo a los hechos razonables expuestos y la confirmación de los mismos con la producción de la prueba ofrecida, hace lugar a la demanda reconociendo la existencia de lazo biológico con el demandado, pero sin modificar el emplazamiento filial existente<sup>21</sup>.

d) El presunto padre inicia medidas preparatorias de demanda de paternidad contra la señora R.D.P., con el fin de alcanzar certeza de su paternidad respecto de la niña L. nacida en la ciudad de Rosario el día 19 de diciembre de 2003. Para ello solicita la realización de la prueba de ADN. Mientras que la Defensora General afirma que la medida intentada no encuadra en los supuestos previstos en el artículo 390 del Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe, el juez entiende que por aplicación del principio *iura novit curia* corresponde encuadrar el pedido como una *medida autosatisfactiva de indagación de la paternidad*<sup>22</sup>;

e) El presunto padre de una niña inicia una acción judicial con el objeto de requerir la realización de la prueba biológica para establecer si efectivamente era el padre biológico, a efectos de proceder, en su caso, al reconocimiento. En su escrito el actor afirma que la madre de la niña se negaba a promover una acción dirigida a establecer su posible paternidad. La demanda fue rechazada *in limine* en primera instancia, puesto que el actor no estaba legitimado para plantear una acción de filiación, conforme lo dispuesto en la normativa vigente. La Cámara aplicando el principio *iura novit curia* recalifica la pretensión del actor como una *acción declarativa de certeza*, con sustento en el reconocimiento de los principios de alcance constitucional que resguardan el derecho de

---

<sup>21</sup> En RDF 2006-III-159. Con nota de: CHECHILE, Ana María, *El derecho humano de acceder a la verdad biológica sin generar vínculos jurídicos*, RDF 2006-III-162.

<sup>22</sup> Tribunal Colegiado de Familia N° 5 Rosario, 28/05/2004 – B., F. c. De P., R. -, en RDF 2004-III-155. Con nota de: KRASNOW, Adriana N., *Una solución justa para acceder de forma rápida a la verdad*, en RDF 2004-III-164.

identidad del hijo; la protección de la verdad material (verdad biológica), por sobre las construcciones jurídicas cuando son opuestas con aquélla y la superioridad de lo sustancial sobre la formal.

#### **4.2.2 Su recepción en el Proyecto de Reforma Código Civil y Comercial de la Nación 2012:**

El Proyecto se ocupa de regular la adopción en el Título VI del Libro Segundo “Relaciones de familia”, iniciando el tratamiento con la definición de esta fuente y con el enunciado de sus principios. En el artículo 594 define la adopción como “... *una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes 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*”. A continuación, enuncia sus principios rectores: a) el interés superior del niño; b) el respeto por el derecho a la identidad; c) el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada; d) la preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto razones debidamente fundadas; e) el derecho a conocer los orígenes; f) el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio su consentimiento a partir de los diez años (art. 595). La mención de los mismos vuelve a poner de relieve la impronta constitucional que tiene el Proyecto a lo largo de todo su contenido<sup>23</sup>

Entre los derechos comprometidos en la adopción que mayor preocupación despierta, se encuentra el derecho a la identidad en referencia a la realidad biológica. Cuando uno se detiene en la lectura del artículo 596 del Proyecto, comprueba que se le brinda un tratamiento que arroja los aportes esperados, como: a) el acceso del adoptado al expediente se define en función de sus competencias (autonomía progresiva), dejando atrás el método rígido seguido por la ley 24.779; b) en el expediente judicial y administrativo se

---

<sup>23</sup> HERRERA, Marisa, *El régimen adoptivo en el Anteproyecto de Código Civil. Más sobre la trilogía: Blanc*”, Jurisprudencia Argentina. Número especial: El Derecho de Familia en el Anteproyecto de Código Civil, 2012-II, pp. 84-98, 2012.

deben reunir la mayor cantidad de datos que faciliten el acceso al origen, como así también la referencia a enfermedades transmisibles si las hubiera; c) compromiso expreso de los adoptantes de hacer conocer al adoptado su verdad de origen; d) se legitima al adoptado adolescente para el planteo de una acción autónoma dirigida a conocer sus orígenes, sin que esta acción impacte en el vínculo adoptivo.

Respecto a la acción autónoma, el artículo 596 in fine dispone: *“El adoptado adolescente está facultado para iniciar una acción autónoma a los fines de conocer sus orígenes. En todo caso debe contar con asistencia letrada”*. En los Fundamentos se aclara que a través de esta acción, *“... se logra un equilibrio entre el derecho a la identidad y la irrevocabilidad de la adopción plena, siendo posible que el adoptado conozca sobre sus orígenes, sin que ello altere el vínculo jurídico adoptivo...”*. Como venimos diciendo, por esta vía el adoptado tiene la posibilidad de conocer a su padre biológico, sin que éste último pueda en virtud de este conocimiento pretender el reconocimiento de deberes y derechos propios de la responsabilidad parental.

## **5. La revinculación familiar**

### **5.1 Su reconocimiento en el caso y su correspondencia con lo dispuesto en el Proyecto de Reforma Código Civil y Comercial de la Nación 2012**

Volviendo a lo reseñado en el apartado 1, el padre biológico del adoptado solicitó el inicio de un proceso de revinculación con su hijo y la conformación de un triángulo adoptivo en el cual el niño, el peticionante y los adoptantes comiencen una relación que se extienda hasta la mayoría de edad. Esta petición que fuera rechazada en primera instancia y en la alzada, termina siendo valorada y admitida en la instancia superior al seguir un criterio que apartándose del estrecho marco que ofrece el régimen legal de la adopción, elabora una solución sustentada en los valores y principios que en el presente actúan como pilares del Derecho privado constitucionalizado.

Siguiendo esta línea de análisis, resulta claro que la petición resulta razonable al ajustarse a lo proclamado en los arts. 2, 3 (interés superior del niño), 4, 5, 11, 35 (derecho

del niño a tener una familia), 7, 8 (derecho a la identidad), 9 (derecho de contacto), 12 (derecho a ser oído), todos contenidos en la Convención de los Derechos del Niño; arts. 2 y 19 (derechos del niño) de la Convención Americana de Derechos Humanos; arts. 14 bis (protección integral de la familia) y 75, incisos 22 - 23 de la Constitución nacional. A esto se suma la Ley nacional 26.061 que adhiere en todos sus términos a los principios que emanan de la Convención de los Derechos del Niño. Incluso respecto a esta ley, cabe hacer referencia al artículo 7 de su decreto reglamentario 415/06, al definir a la familia en un sentido amplio y no limitado a los vínculos fundados en el parentesco<sup>24</sup>.

La apertura descripta encuentra antecedentes en el Derecho comparado. Así, en el Derecho español, el Código Civil según texto ley 42/2003 establece: *“No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales con sus abuelos y otros parientes y allegados. En caso de oposición, el juez, a petición del menor, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre abuelos y nietos, no faculten la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores”* y en el Derecho francés el artículo 371-4 del Código Civil según texto ley 2002-305, establece: *“El niño tiene derecho a mantener relaciones personales con sus ascendientes. Sólo motivos graves podrán obstaculizar este derecho. Si esto fuera en interés del niño, el juez aux affaires familiales fijará las modalidades de relación entre el niño y un tercero, sea o no su pariente”*.

Esta amplitud se observa captada en el Proyecto de Reforma Código Civil y Comercial de la Nación 2012, cuando al regular el régimen de comunicación entre parientes y entre personas ligadas por vínculos afectivos significativos, dispone: *“Los que tienen a su cargo el cuidado de personas menores de edad, con capacidad restringida, o enfermas o imposibilitadas, deben permitir la comunicación de estos con sus ascendientes,*

---

<sup>24</sup> *“Se entenderá por ‘familia o núcleo familiar’, ‘grupo familiar’, ‘grupo familiar de origen’, ‘medio familiar comunitario’, y ‘familia ampliada’, además de los progenitores, a las personas vinculadas a los niños, niñas y adolescentes, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada. Podrá asimilarse al concepto de familia, a otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección. Los organismos del Estado y de la comunidad que presten asistencia a las niñas, niños y sus familias deberán difundir y hacer saber a todas las personas asistidas de los derechos y obligaciones emergentes de las relaciones familiares”*.

*descendientes, hermanos bilaterales o unilaterales y parientes por afinidad en primer grado...*” (art. 555); “*Las disposiciones del artículo anterior se aplican en favor de quienes justifiquen un interés afectivo legítimo*” (art. 556). Con estos enunciados se separa en lo que refiere a la legitimación, la asociación que actualmente prescribe el artículo 376 bis del Código Civil con la prestación de alimentos, al establecer que están legitimados a solicitar un régimen de comunicación los parientes que se deben recíprocamente alimentos. La mención específica en el artículo 555 de los parientes que quedan comprendidos y su extensión a los no parientes en el enunciado siguiente, denota la adhesión a un criterio amplio que permitirá en los casos que involucre a un niño, resolver siempre preservando su mejor interés<sup>25</sup>. En relación a esta separación y en la amplitud de los legitimados a reclamar un régimen de comunicación, se expresa en los Fundamentos: “... *Se sustituye la referencia a los parientes que se deben recíprocamente alimentos contenida en el Código vigente por la enumeración concreta de las personas a las que se les reconoce el derecho de comunicación, con la finalidad de evitar toda especulación e intento de sujeción del derecho de comunicación a la obligación alimentaria. Además, se extiende el derecho de comunicación a aquellos que justifiquen un interés afectivo legítimo, en consonancia con lo dispuesto por el Proyecto de 1998 y con la noción de ‘referentes afectivos’, introducida en el artículo 7° del decreto 415/2006 que reglamenta la ley 26.061...*”.

---

<sup>25</sup> Sobre régimen de comunicación, ver entre otros: CHECHILE, Ana María; *El derecho del niño a una adecuada relación con sus abuelos u otros parientes y/o terceros*, en RDF 2005-II-100; BASILE, Carlos A.; *El interés legítimo entre un adulto no pariente y un niño en el marco de un proceso de régimen de visitas*, en RDF 2006-II-66; DÍAZ ALABART, Silvia; *El derecho de relación personal entre el menor y sus parientes*, en “Nuevos Perfiles del Derecho de Familia”, coordinadores: Aída Kemelmajer de Carlucci y Leonardo B. Pérez Gallardo, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2006, pp. 363 y ss.; DI LELLA, Pedro; *La legitimación en los denominados regímenes de visitas*, en JA 2003-III-422; GIL DOMINGUEZ, Andrés, FAMÁ, María Victoria y HERRERA, Marisa, *Derecho constitucional de familia*, Buenos Aires, Ediar, 2006, T. I y *Ley de protección integral de niñas, niños y adolescentes. Derecho constitucional de familia*, Buenos Aires, Ediar, 2007; LLOVERAS, Nora y SALOMÓN, Marcelo; *El Derecho de familia desde la Constitución nacional*, Buenos Aires, Universidad, 2009; GUASTAVINO, Elías P.; *Régimen de visitas en el Derecho de familia*, en JA 1976-I-654; WAGMAISTER, Adriana, *El acceso de los niños a las personas familiarmente significativas como derecho humano. Su recepción en la ley, la doctrina y la jurisprudencia*, en “La familia en el nuevo derecho”, Aída Kemelmajer de Carlucci (directora) y Marisa Herrera (coordinadora), Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2009, T. II, pp. 283 y ss.; KRASNOW, Adriana N.; “El derecho de comunicación derivado del parentesco”, en *Régimen comunicacional. Visión doctrinaria*, Directores: Fabián Eduardo Faraoni - Edith Lelia Ramacciotti – Julia Rossi, Córdoba, Editorial Nuevo Enfoque Jurídico, 2011, pp. 403-426.

## **5.2 Caso Fornerón e Hija vs. Argentina. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 27 de abril de 2012<sup>26</sup>:**

Para comprender las razones que movilizaron al señor Fornerón a trasladar su reclamo ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se acompaña una breve secuencia de los hechos.

El 16 de junio de 2000 nació M., hija de la señora Enríquez y del señor Fornerón. Al día siguiente la madre biológica entrega su hija en guarda provisoria con fines de adopción al matrimonio B-Z con domicilio en Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en presencia del Defensor de Pobres y Menores Suplente de la ciudad de Victoria, quien dejó constancia de ello en un acta formal.

El señor Fornerón no tuvo conocimiento del embarazo sino hasta avanzado el mismo y, una vez enterado de ello, preguntó varias veces a la señora Enríquez si él era el padre, lo cual fue negado por la madre. Tras el nacimiento de M, y ante las dudas sobre el paradero de la niña y sobre su paternidad, el señor Fornerón acudió ante la Defensoría de Pobres y Menores, manifestando que deseaba, si correspondía, hacerse cargo de la niña. Por su parte, la señora Enríquez manifestó ante la Defensoría que el señor Fornerón no era el padre de la niña. Un mes después del nacimiento, Fornerón reconoce a M.

El 11 de julio de 2000 la Fiscalía solicitó al Juez de Instrucción la adopción de medidas previas, ante la incertidumbre sobre el destino de la niña, señalando que no se podía descartar que se hubiera cometido el delito de supresión y suposición del estado civil. Si bien el fiscal y el juez a cargo de la investigación establecieron la existencia de indicios de que M habría sido entregada por su madre a cambio de dinero, el Juez de Instrucción ordenó en dos oportunidades el archivo de la investigación penal dado que a su criterio los hechos relativos a la alegada “venta” de la niña no encuadraban en ninguna figura penal. Finalmente, la Cámara en lo Criminal de Gualeguay confirmó el archivo de la causa.

Por otra parte, el 1 de agosto de 2000 el matrimonio B-Z solicitó la guarda preadoptiva de M. En el procedimiento judicial sobre la guarda, el señor Fornerón fue llamado a comparecer ante el juez, manifestando en todo momento su oposición a la guarda y, al mismo tiempo, requirió que la niña le fuera entregada. Asimismo, se practicó una

---

<sup>26</sup> Ver texto completo, en: [www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr)

prueba de ADN que confirmó su paternidad. Posteriormente, el juez ordenó la práctica de una pericia psicológica, la cual concluyó que “*el traspaso de la familia a la que reconoce ... a otra a la que desconoce*” produciría en la niña un daño psicológico. El 17 de mayo de 2001 el Juez de Primera Instancia otorgó la guarda de la niña al matrimonio B-Z e indicó que se podría instrumentar en un futuro un régimen de comunicación para que el padre pudiera mantener contacto con la niña. El señor Fornerón recurrió la sentencia, y ésta fue revocada en apelación dos años después de la interposición del recurso, tras la práctica de medidas probatorias que habían sido omitidas en primera instancia. El matrimonio B-Z interpuso un recurso de inaplicabilidad de ley contra esta decisión. El 20 de noviembre de 2003 el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, declaró procedente el recurso, revocó la decisión de la Cámara y, en consecuencia, confirmó la sentencia de primera instancia. El Superior Tribunal provincial consideró, primordialmente, el tiempo transcurrido, e indicó que la demora en el trámite del proceso de guarda incidió en la decisión de confirmar el fallo de primera instancia, en consideración del interés superior de M, quien había vivido desde su nacimiento y por más de tres años con el matrimonio B-Z. Finalmente, el 23 de diciembre de 2005 se otorgó la adopción simple de M al matrimonio B-Z. Paralelamente, el 15 de noviembre de 2001 el señor Fornerón promovió un juicio destinado al establecimiento de un régimen de comunicación. Dos años y medio después, el Juez de Primera Instancia de Victoria se declaró competente. El señor Fornerón, entre otras actuaciones, solicitó una audiencia y en varias ocasiones requirió se acelerara el proceso y se dictara una sentencia. El 21 de octubre de 2005 se llevó a cabo el único encuentro entre el señor Fornerón y su hija, por 45 minutos. En mayo de 2011 se celebró una audiencia ante la Sala Civil y Comercial del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, en la que se escuchó a la niña, así como al señor Fornerón y al matrimonio B-Z. Las partes acordaron, entre otros, establecer un régimen de comunicación de común acuerdo y en forma progresiva.

Finalmente el caso sale de las fronteras del Estado argentino. La Corte Interamericana examinó las alegadas violaciones a los derechos, a las garantías judiciales, a la protección judicial, a la protección a la familia y a los derechos del niño a la luz del *corpus juris* internacional de protección de los niños y niñas, el cual debe servir para definir el contenido y los alcances de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado.

De acuerdo con lo alegado por la Comisión Interamericana, la Corte analizó si los procedimientos internos de guarda judicial y de régimen de comunicación cumplieron con el requisito de plazo razonable de conformidad con el artículo 8.1 de la Convención. El Tribunal recordó que el derecho de acceso a la justicia debe asegurar la determinación de los derechos de la persona en un tiempo razonable y que la falta de razonabilidad en el plazo constituye, en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales. La Corte recordó que diversas autoridades internas, como la Secretaría de la Niñez, Adolescencia y Familia y dos Ministros de Justicia y Derechos Humanos de la Nación se refirieron, entre otros aspectos, a la dilación en que incurrieron las autoridades judiciales de la Provincia de Entre Ríos. Adicionalmente, el Tribunal consideró, incluso, que dos jueces del Superior Tribunal de Entre Ríos que intervinieron en el proceso de guarda, se pronunciaron sobre la dilación del proceso. La Corte concluyó que la duración total de los procedimientos de guarda judicial y de régimen de comunicación, de más de tres y diez años, respectivamente, sobrepasaron excesivamente un plazo que pudiera considerarse razonable en los procedimientos analizados.

La Corte Interamericana concluyó que el proceso de guarda no fue llevado adelante con la debida diligencia debido a: a) la inobservancia de requisitos legales; b) omisiones probatorias; c) utilización de estereotipos, y d) uso del retraso judicial como fundamento de la decisión. Consideró violado el derecho a un recurso efectivo dado que los recursos judiciales interpuestos por el señor Fornerón no cumplieron con dar una respuesta efectiva e idónea para proteger su derecho y el de su hija M a la protección de la familia. Además, en cuanto a este último derecho, entre otros argumentos, la Corte concluyó que el Estado no observó el requisito de legalidad de la restricción al derecho de protección de la familia, ni el requisito de excepcionalidad de la separación de padres e hijos, al no tener en cuenta el juez que otorgó la guarda judicial y posterior adopción, la voluntad del señor Fornerón de cuidar y no continuar separado de su hija, ni determinó la existencia de algunas de las circunstancias excepcionales establecidas en la Convención sobre los Derechos del Niño que hubieran permitido, excepcionalmente, la separación del padre de su hija.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos concluyó que: 1) El Estado es responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial consagrados en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación

con los artículos 1.1 y 17.1 de la misma, en perjuicio del señor Fornerón y de su hija M, así como en relación con el artículo 19 del mismo instrumento en perjuicio de esta última. 2) El Estado es responsable por la violación del derecho a la protección a la familia reconocido en el artículo 17.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1, 8.1 y 25.1 de la misma, en perjuicio del señor Fornerón y de su hija M, así como en relación con el artículo 19 del mismo instrumento en perjuicio de esta última. 3. El Estado incumplió su obligación de adoptar disposiciones de derecho interno, establecida en el artículo 2 de la Convención Americana, en relación con los artículos 19, 8.1, 25.1 y 1.1 de la misma, en perjuicio de la niña M y del señor Fornerón.

En consecuencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dispuso que su sentencia constituye una forma de reparación y, adicionalmente, ordenó como medidas de reparación, que el Estado debe: a) establecer de manera inmediata un procedimiento orientado a la efectiva vinculación entre el señor Fornerón y su hija M; b) verificar la conformidad a derecho de la conducta de determinados funcionarios que intervinieron en los distintos procesos internos y, en su caso, establecer las responsabilidades que correspondan; c) adoptar las medidas que sean necesarias para tipificar la venta de niños y niñas; d) implementar un programa o curso obligatorio dirigido a operadores judiciales de la Provincia de Entre Ríos vinculados a la administración de justicia respecto de niños y niñas que contemple, entre otros, los estándares internacionales en derechos humanos, particularmente, en materia de los derechos de los niños y niñas y su interés superior y el principio de no discriminación; e) publicar, en el plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de este Fallo, el resumen oficial de la presente sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, tanto en el Boletín Oficial del Estado como en el Boletín Oficial de la Provincia de Entre Ríos, y f) pagar determinadas cantidades por concepto de indemnización por daño material e inmaterial y por el reintegro de costas y gastos, así como por el reintegro al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas.

Como puede apreciarse, nos encontramos frente a un caso de una injusticia notoria donde el transcurso del tiempo y la ausencia de razonabilidad y humanidad en la labor judicial ocasionaron un daño en la persona de la niña y el padre; cuando desde los inicios podría haberse resuelto la situación respetando y protegiendo los derechos humanos personalísimos comprometidos. Casi doce años tuvieron que transcurrir en la vida de la

niña, para que se hiciera justicia fuera de las fronteras nacionales. Un caso que llama a la reflexión y que debemos mantener siempre presente para que conductas como las descritas no vuelvan a presentarse a futuro. Quizá los aires renovadores que se vienen registrando en la justicia de este último tiempo, como el que motiva esta nota, marquen una línea de conducta que al hilo de la ejemplaridad motive futuros pronunciamientos en la misma dirección.

## **6. Cierre**

Como sabemos el Derecho está centrado en la protección de la persona en su unicidad y en su relación con los demás. Si la centralidad está puesta en la persona, al momento de resolver un problema que comprometa sus derechos, corresponde prescindir de las estructuras rígidas y resolver con un criterio de justicia y humanidad. Este fue el camino seguido por el máximo tribunal de la provincia de Buenos Aires.

Es de esperar que decisiones que siguieron este hilo conductor actúen como ejemplo y modelo de seguimiento de futuros pronunciamientos. Y como anhelo mayor que la publicidad y difusión de estos pronunciamientos contribuya a que en un tiempo cercano se logre la aprobación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.