



**UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO**

**FACULTAD DE DERECHO**

**ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE DERECHO**

**“LA PREVALENCIA DE LA FILIACIÓN BIOLÓGICA SOBRE LA  
ADOPCIÓN DE UN NIÑO EN ESTADO DE ABANDONO”**

**TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA**

**AUTORA:**

MATTUS SORIA, ESTRELLA DEL ROCÍO

**ASESOR:**

ANTICONA LUJAN, CARLOS ALBERTO

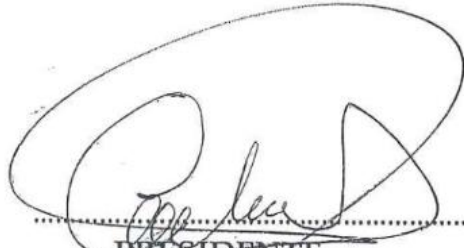
**LINEA DE INVESTIGACIÓN:**

DERECHO DE FAMILIA


**TRUJILLO – PERÚ**

**2014**

**PAGINA DE JURADO**



.....  
**PRESIDENTE**  
CARLOS ALBERTO ANTICONA LUJÁN



.....  
**SECRETARIO**  
RAFAEL FERNANDO ALDAVE HERRERA



.....  
**VOCAL**  
LUIS FERNANDO ALCANTARA CASTAÑEDA

## **DEDICATORIA**

A mi padre Edwin, por su amor, su sabiduría, sus sabios consejos y su sacrificio en todos estos años.

A mi madre Marlene, por su abnegada labor a lo largo de toda mi vida, y por ser el pilar y el motor en la culminación de mi carrera.

A mi hermana Cristina, por ser el ejemplo de hermana mayor, de quien aprendo y, sobre todo por la perseverancia y constancia que la caracteriza.

A mis hermanas María y Rocío, por su comprensión y cariño.

A mi Sobrina Ruth María Del Rocío, porque con su hermosa sonrisa que nos brinda día a día, trae la alegría a esta casa y por ser el motivo esencial para seguir adelante. Gracias por existir.

## **AGRADECIMIENTO**

### **Q**

A Dios, por guiar mis pasos por el buen camino, por estar conmigo cuando más lo necesite, dándome la fortaleza para continuar cuando he caído; sobre todo, porque le da sentido a mi vida, cuando no encuentro reposo... *porque sin él estoy perdida.*

A mis padres, por su apoyo todo momento y por formarme en base a valores sólidos que perduraran conmigo a lo largo de toda la vida. LOS AMO... Gracias a ustedes he logrado llegar hasta aquí.

A mi hermana Cristina, por cuidarnos, por apoyarnos siempre y por aconsejarnos... Gracias por todo hermana.

**NO BASTA AMAR A LOS NIÑOS,  
ES PRECISO QUE ELLOS SE DEN  
CUENTA QUE SON AMADOS.  
(Don Bosco)**

## DECLARATORIA DE AUTENTICIDAD


Yo, Estrella Del Rocío Mattus Soria, estudiante de Derecho de la Universidad César

Vallejo, identificada con DNI N° 44546003, con la tesis titulada “LA PREVALENCIA DE LA FILIACIÓN BIOLÓGICA SOBRE LA ADOPCIÓN DE UN NIÑO EN ESTADO DE ABANDONO”.

Declaro bajo juramento que:

- 1) La tesis es de mi autoría.
- 2) He respetado las normas internacionales de citas y referencias para las fuentes consultadas. Por tanto, la tesis no ha sido plagiada ni total ni parcialmente.
- 3) La tesis no ha sido autoplagiada; es decir, no ha sido publicada ni presentada anteriormente para obtener algún grado académico previo o título profesional.
- 4) Los datos presentados en los resultados son reales, no han sido falseados, ni duplicados, ni copiados y por tanto los resultados que se presenten en la tesis se constituirán en aportes a la realidad investigada.

De identificarse la falta de fraude (datos falsos), plagio (información sin citar a autores), autoplagio (presentar como nuevo algún trabajo de investigación propio que ya ha sido publicado), piratería (uso ilegal de información ajena) o falsificación (representar falsamente las ideas de otros), asumo las consecuencias y sanciones que de mi acción se deriven, sometiéndome a la normatividad vigente de la Universidad César Vallejo.

  
Firma  
Nombres y Apellidos ESTRELLA DEL ROCÍO MATTUS SORIA  
DNI: 44546003

Trujillo, Diciembre del 2014

## **PRESENTACIÓN**

La presente tesis titulada: “LA PREVALENCIA DE LA FILIACIÓN BIOLÓGICA SOBRE LA ADOPCIÓN DE UN NIÑO EN ESTADO DE ABANDONO” la realizo con la finalidad de que cuando los padres biológicos reclamen la eficacia de la paternidad sobre su hijo adoptado que anteriormente han sido declarados en estado de abandono, se pueda revocar dicha adopción, a fin de que los niños puedan vivir con su familia biológica, el cual va a ser importante para un buen desarrollo en la sociedad.

La realización de esta la tesis, se ha desarrollado en capítulos, el cual consta de la siguiente manera: el primer capítulo trata del problema de investigación en general, partiendo por la realidad problemática, el planteamiento del problema, siguiendo con los objetivos y terminando con la hipótesis.

El segundo capítulo es el marco teórico el cual abarca la familia que es un tema importante por ser la base fundamental de la sociedad; en el segundo capítulo se desarrolla la adopción de un niño en estado de abandono, ya que permite crear un vínculo de filiación entre personas que no lo son por naturaleza; como tercer capítulo la prevalencia de la filiación biológica, en el cual se va a tratar sobre la verdad biológica y el derecho que tiene el niño a la identidad; en el cuarto capítulo trataremos la legislación nacional y declaraciones sobre derechos del niño; y, como último capítulo tenemos el derecho comparado, el cual nos va a ayudar a tratar mejor esta problemática.

Como tercer y cuarto capítulo tenemos la descripción y discusión de resultados de la investigación que se ha realizado en esta tesis y, finalizando con el quinto y sexto capítulo realizaremos las conclusiones del trabajo con sus respectivas recomendaciones.

## ÍNDICE

<b>Página de Jurado</b>	<b>I</b>
<b>Dedicatoria</b>	<b>II</b>
<b>Agradecimiento</b>	<b>III</b>
<b>Declaratoria de autenticidad</b>	<b>V</b>
<b>Presentación</b>	<b>VI</b>
<b>Índice</b>	<b>VII</b>
<b>Resumen</b>	<b>IX</b>
<b>Abstract</b>	<b>X</b>
<b>I. INTRODUCCIÓN</b>	<b>11</b>
1.1 Realidad problemática	12
1.2 Formulación del problema	13
1.3 Justificación	13
1.4 Objetivos	14
1.5 Hipótesis	14
1.6 Variables	14
1.7 Diseño de Ejecución	14
<b>II. MÉTODO</b>	<b>16</b>
<b>1. La familia</b>	<b>16</b>
1.1 Concepto	16
1.2 Importancia	16
1.3 Características	17
1.4 Fuentes constitutivas de la familia	18
<b>2. La adopción de un niño en estado de abandono</b>	<b>19</b>
2.1 Antecedentes	19
2.2 Concepto	21
2.3 Naturaleza Jurídica	23
2.4 Caracteres Jurídicos	26
2.5 Clasificación	30
2.6 Requisitos	32

2.7 Efectos Jurídicos	37
2.8 Procedimiento Administrativo de la Adopción	38
2.9 El Estado de Abandono de los niños	41
<b>3. La prevalencia de la filiación biológica</b>	<b>42</b>
3.1 El Derecho a la verdad Biológica	42
3.2 La paternidad del padre biológico	43
3.3 El derecho a la Identidad del niño	44
<b>4. Legislación nacional y declaraciones internacionales sobre derechos del niño</b>	<b>45</b>
4.1 Código Civil	45
4.2 Código de los Niños y Adolescentes	46
4.3 Ley N° 26981, Ley del Procedimiento Administrativo de Adopción de Menores de Edad Declarados Judicialmente en Abandono	48
4.4 Declaración de los Derechos del Niño de 1959	48
4.5 Convención sobre los derechos del niño de 1989	48
<b>5. Derecho comparado</b>	<b>50</b>
5.1 Argentina	50
<b>III.RESULTADOS</b>	<b>59</b>
1. Entrevista	59
2. Caso Forneron e Hija VS República Argentina	60
<b>IV. DISCUSIÓN</b>	<b>63</b>
<b>V. CONCLUSIONES</b>	<b>64</b>
<b>VI. RECOMENDACIONES</b>	<b>65</b>
<b>VII. REFERENCIAS</b>	<b>66</b>
<b>ANEXOS</b>	<b>68</b>



## **RESUMEN**

La presente investigación denominada: “LA PREVALENCIA DE LA FILIACIÓN BIOLÓGICA SOBRE LA ADOPCIÓN DE UN NIÑO EN ESTADO DE ABANDONO” tiene como objetivo general determinar si se debe dejar sin efecto la adopción de un niño que ha sido declarado en estado de abandono cuando el padre biológico reclame la eficacia de la paternidad sobre la misma.

El diseño de estudio es descriptivo, cuyo método utilizado es la entrevista, realizado tanto a Jueces y Fiscales de Familia y abogado de la Oficina de Adopciones del Ministerio de Justicia y, además analizando un caso de derecho comparado.

La conclusión principal de este trabajo de investigación es que el padre biológico para reclamar la eficacia de la paternidad se puede amparar en los siguientes supuestos a fin de que se revoque la adopción de menores en estado de abandono:

- El desconocimiento del proceso de abandono del hijo por haberse encontrado en el extranjero.
- El desconocimiento de que la ley establece que se notifique por edictos, el proceso de abandono de un menor.
- Haber reconocido a su hijo antes del proceso de adopción y por motivos que el Juez valorará en su oportunidad, se enteró del suceso después de que su hijo ha sido adoptado.

**Palabras Claves:** Adopción, Familia, Filiación Biológica y Niños en Estado de Abandono.

## **ABSTRACT**

The present investigation called: "THE PREVALENCE OF THE BIOLOGICAL FILIATION ON THE ADOPTION OF A CHILD IN A STATE OF ABANDONMENT" has as its general objective to determine if the adoption of a child that has been declared in a state of abandonment should be nullified when the father biological claim the effectiveness of paternity over it.

The study design is descriptive; the method used is the interview, made to Judges and Family Prosecutors and a Lawyer from the adoptions Office of the Ministry of Justice, and also analyzing a case of comparative law.

The main conclusion of this research is that the biological father to claim the effectiveness of paternity can be protected in the following cases in order to revoke the adoption of children in a state of abandonment:

- The Ignorance of the process of abandonment of the son for having bee abroad.
- The Ignorance that the law establishes that notice is given by edicts, the process of abandonment of a minor.
- Having acknowledged your child before the adoption process and for reasons that the Judge will assess at the time learned of the event after your child has been adopted.

**KAYWORDS:** Family, Adoption, Biological Filiation and Children in Abandoned State.

## **I. INTRODUCCIÓN**

La adopción es un tema de suma importancia que se viene dando desde los tiempos antiguos, por cuanto se trata de adoptar a un niño, niña o adolescente y por consiguiente acogerlo a una familia que no es la suya. Estos menores tienen derechos que deben ser respetados y, el Estado que el estado debe hacer prevalecer para que no se vulnere el interés superior del niño y del adolescente.

La presente investigación denominada “LA PREVALENCIA DE LA FILIACIÓN BIOLÓGICA SOBRE LA ADOPCIÓN DE UN NIÑO EN ESTADO DE ABANDONO” se realiza a partir de la necesidad de ver a muchos niños abandonados y alejados de sus padres (muchos de ellos queriendo recuperar a sus hijos), y siendo posteriormente adoptados; en muchos casos hasta se les vulnera su derecho de vivir en familia.

Ante esto nos cuestionamos la siguiente pregunta: ¿Se debe dejar sin efecto la adopción de un niño que ha sido declarado en estado de abandono cuando el padre biológico reclame la eficacia de la paternidad sobre la misma? A fin de responder esta interrogante, tenemos la hipótesis: Si se debe dejar sin efecto la adopción de un niño que ha sido declarado en estado de abandono cuando el padre biológico reclame la eficacia de la paternidad sobre la misma, a fin de prevalecer la filiación biológica entre padre e hijo.

Con esto se pretende que dar solución a la problemática, con la investigación que se realizó y el análisis para saber cuál es el camino que deberían tomar los padres biológicos para recuperar a sus hijos, revocando la adopción y así las niñas, niños y adolescentes.

## **1.1 Realidad problemática**

La adopción antiguamente fue establecida para las parejas que no pudieran tener hijos incorporando en su núcleo familiar a personas extrañas para asegurar su descendencia.

Con el pasar del tiempo el objetivo de la adopción ha ido cambiando en beneficio de los niños, niñas y adolescentes, ya que cada vez existen muchos niños que son abandonados por diversos motivos. Es por ello, que en la actualidad la adopción no solo se trata de darle un hijo a una familia, sino de darle al niño una familia, un hogar que pueda llamar suyo.

Para que estos suceda, los niños tienen que ser dados en adopción, para lo cual primero se les declara judicialmente en estado de abandono, para luego poder ser dados en adopción a través de la Dirección General de Adopciones; en la mayoría de casos a pesar de que la ley especifica que se notifique por edictos, el padre biológico no llega a enterarse que su hijo ha sido dado en estado de abandono y que posteriormente es dado en adopción; y es que como bien sabemos es la madre quien lo abandona. Sin embargo el padre al enterarse de la existencia del hijo decide recuperarlo, pero se da con la noticia de que ya está adoptado.

En este tema se pone en juego la identidad del menor, ya que el niño tiene el derecho de llevar los apellidos de sus padres, a conocerlos y a ser cuidados por ellos. También se pone en juego un principio importante que es el interés superior del niño, niña o adolescente que se encuentra consagrada en el artículo IX del título preliminar del Código de Niños y Adolescentes; este principio debe ser el rector no solo de quienes tienen la responsabilidad de la educación y orientación, es decir de los padres, sino también del Estado por medio de su operadores jurisdiccionales o administrativos.

Además se debe de tener en cuenta el derecho que tiene el niño a vivir en familia contemplado en el artículo 8 del Código de Niños y Adolescentes, en el que se establece que los menores no podrán ser separados de su familia sino por causas específicas mencionadas en la ley con la peculiaridad de protegerlos; así mismo garantizar porque el niño no pierda su identidad, su origen y su cultura.

Investigando nos damos cuenta que no existe concepción alguna en la doctrina que mencione sobre la problemática de que la filiación biológica debe prevalecer antes que la adopción de un niño en estado de abandono; ni siquiera existen leyes que den solución a este problema, cuando el padre interponga que se deje sin efecto la adopción por no haber tenido conocimiento de que su hijo ha sido dado en estado de abandono.

## **1.2 Formulación del problema**

**¿Se debe dejar sin efecto la adopción de un niño que ha sido declarado en estado de abandono cuando el padre biológico reclame la eficacia de la paternidad sobre la misma?**

## **1.3 Justificación**

Realizo este tema en base a que los niño adoptados necesitan conocer a sus verdaderos padres biológicos, saber quién es su familia, dicha en otras palabras cuáles son sus orígenes, es por ellos que realizo este tema.

Es un tema de suma importancia porque se está poniendo en juego el interés superior del niño que consiste en la plena satisfacción de sus derechos y por lo tanto el derecho a vivir en familia.

Además lo realizo con la finalidad de que se revoque la adopción y por lo tanto los padres puedan vivir con sus hijos.

## 1.4 Objetivos

### 1.4.1 Objetivo General

Determinar si se debe dejar sin efecto la adopción de un niño que ha sido declarado en estado de abandono cuando el padre biológico reclame la eficacia de la paternidad sobre la misma.

### 1.4.2 Objetivos Específicos

- Determinar si la adopción de menores de edad no es una situación inamovible.
- Determinar los supuestos en los cuales se puede dejar sin efectos la adopción de menores.

## 1.5 Hipótesis

Si se debe dejar sin efecto la adopción de un niño que ha sido declarado en estado de abandono cuando el padre biológico reclame la eficacia de la paternidad sobre la misma, a fin de prevalecer la filiación biológica entre padre e hijo.

## 1.6 Variables

- **Variable dependiente:** La prevalencia de la filiación biológica.
- **Variable Independiente:** La adopción de niños en estado de abandono.

## 1.7 Diseño de Ejecución

### 1.7.1 Tipo de Investigación:

Descriptivo: Porque se basa, principalmente, en la caracterización de una situación determinada indicando sus cualidades más específicas; reúnen los datos sobre el fundamento de una hipótesis o teoría, explican y sintetizan la información de modo diligente y luego examinan meticulosamente los resultados, a efectos de educir generalizaciones relevantes que abonen al conocimiento.

### **1.7.2 Escenario de Estudio:**

Elegí como escenario de estudio para la realización de mi tesis la ciudad de Trujillo en la Oficina de Adopciones, en los Juzgados de Familia y en la Fiscalía de Familia.

### **1.7.3 Caracterización de los sujetos:**

Los sujetos directos son los niños adoptados que han sido dados en abandono y los padres tanto biológicos como adoptivos.

Los sujetos indirectos son los Jueces de Familia, los Fiscales de Familia y el abogado de la oficina de adopciones del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables.

### **1.7.4 Técnicas e instrumentos de recolección de datos**

La técnica es la Entrevista y el instrumento de recolección es la guía de entrevista.

## II. MÉTODO

### 1. LA FAMILIA

#### 1.1 Concepto:

La concepción jurídica nos muestra a la familia como un conjunto de personas ligadas por el matrimonio o la filiación, o bien como individuos vinculados por consanguinidad o afinidad, resultantes de las relaciones matrimoniales o paternofiliales. (TRONCOSO LARRONDE , 2007)

Es una institución natural, social y jurídica que está formada por el padre, la madre y los hijos principalmente, unidos por la ley. El parentesco de consanguinidad es indefinido en la línea recta y hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad e la línea colateral. La adopción es fuente de parentesco dentro de los alcances de la ley (PERALTA ANDIA, 2002).

Piotr Sedugin dice: La comunidad es una familia (unión) basada en el matrimonio libre e igual de derechos o en el parentesco cercano de personas ligadas mutuamente por relaciones personales y de propiedad, unidas por el apoyo moral y materia, por la afinidad espiritual y la solicitud de la educación de los hijos. (PERALTA ANDIA, 2002)

Conjunto de personas entre las que median relaciones de matrimonio o de parentesco (consanguinidad, afinidad o adopción) a las que la ley atribuye algún efecto jurídico (LOPEZ DIAZ, 2005) y afectivo, con quienes aprendemos los primeros valores y principios que nos forman como personas

#### 1.2 Importancia:

La familia es la célula de la sociedad por excelencia, porque sin ella no se concibe la posibilidad de una vida en sociedad. Con acierto -decía Jossierand- que es una institución necesaria y sagrada, porque la familia realiza una primera



síntesis natural y bienhechora que prepara la síntesis más vasta que integra el concepto de nación. Subraya que “la historia enseña que los pueblos más fuertes han sido siempre aquellos donde la familia estaba más sólidamente constituida. (PERALTA ANDIA, 2002)

Valencia Zea, expresa que la familia es el organismo social más importante, pues la familia actual constituye el fundamento de las naciones civilizadas. Con razón se ha dicho que el progreso de las naciones y de los grupos humanos en general, dependen más de la institución familiar que de la prosperidad de las empresas particulares o del Estado mismo. (PERALTA ANDIA, 2002)

Una familia bien integrada es base sólida para un Estado fuerte y una nación que se desarrolla progresivamente; al contrario, una familia desintegrada, será elemento perjudicial para el desarrollo nacional. (PERALTA ANDIA, 2002)

**1.3 Características:** El Derecho de familia posee características que le son propias y lo hacen diferenciarse sustancialmente de las otras partes del Derecho Civil, como las obligaciones, contratos, sucesiones, etc.: ellas son las siguientes: (TRONCOSO LARRONDE , 2007)

- Es una rama del Derecho en que tienen especial influencia en la moral y la religión.
- En el Derecho de Familia prevalece el interés común -grupo familiar- por sobre el interés individual de cada uno de los integrantes.
- La familia está organizada en jerarquía y no igualitaria; ejemplo de esta forma de estructura lo dan la potestad paterna, el ordenamiento de las guardas, etc.
- Los Derechos de Familia están fuera del comercio humano, son extrapatrimoniales; no admiten cesión, renuncia ni transacción.

#### **1.4 Fuentes constitutivas de la Familia (MALQUI REYNOSO, 2001)**

**a) El matrimonio:** Para Ahrens es la unión formada entre dos personas de sexo diferente a fin de producir una comunidad perfecta de toda su vida espiritual, espiritual y física, y de todas las relaciones que son su consecuencia. Para Falcón, es la unión indisoluble que bajo las prescripciones de las leyes civiles y religiosas forman el hombre y la mujer para procurar la procreación de los hijos, ayudarse mutuamente y santificar su vida y costumbres.

Según el Código Civil, el matrimonio es una institución fundamental del Derecho de Familia que consiste en la unión voluntaria entre un hombre y una mujer legalmente aptos y legalizados con sujeción a las disposiciones legales a fin de hacer vida en común y procrear hijos.

**b) La Adopción:** La adopción es el acto por el cual se recibe como hijo nuestro, con autoridad real o judicial, a quien lo es de otro por naturaleza.

La adopción constituye un sistema de crear artificialmente la patria potestad. Muy discutida, por contrario a la naturaleza humana, no todos los códigos la admiten, ni en todos los tiempos se le ha considerado en la misma forma. Recibir legalmente como hijo a quien en verdad no lo es, crea un problema de orden familiar que es regido con cuidado ante las situaciones que puede darse.

La adopción produce efectos jurídicos semejantes a la filiación matrimonial.

**c) La Unión de Hecho:** Es una condición de hecho derivada de la convivencia de un hombre y una mujer que no están unidos por vínculo matrimonial, para cumplir finalidades semejantes al matrimonio y que comparten un proyecto de vida en común basada en relaciones afectivas de carácter singular y dotadas de estabilidad y permanencia.

**d) La Filiación:** En sentido estricto es aquella relación parental que vincula a padres e hijos. Sin embargo a dicha relación se le denomina en forma más apropiada paterno-filial, esto es porque desde la posición del hijo está bien llamada filiación, pero desde la posición de padre es llamada paternidad o maternidad.

Las relaciones de parentesco, indudablemente la más importante es la que vincula a una persona con sus ascendientes o antepasados: padres, abuelos; o descendientes: nietos o hijos. Esta relación o vínculo en su sentido amplio constituye la filiación pero, en su sentido más restringido se considera filiación pero, en su sentido más restringido se considera filiación a la relación parental entre los padres e hijos, denominada relación paterno-filial.

Para Nelson Reyes Ríos la filiación o relación paterno-filial es la relación o vínculo que une entre las personas descendientes, bien una de otra, o de un tronco común. (Reyes Ríos, Nelson. En el "libro homenaje a Rómulo Lanatta G." Ed. Cultura cuzco S.A. 1986 Pag. 396. Lima.)

## **2. LA ADOPCIÓN DE UN NIÑO EN ESTADO DE ABANDONO**

### **2.1 Antecedentes**

Los orígenes de la adopción o el prohijamiento se pierden en la más remota antigüedad, pero hasta donde se sabe aquella fue establecida sólo para los casos en que determinadas parejas no pudieran tener prole, por lo que incorporaban en el seno de sus familias a personas extrañas que aseguren la perpetuidad de la familia y el culto de sus antepasados. (PERALTA ANDIA, 2002)

La adopción habría tenido su origen remoto en la India, de donde habría sido transmitida, juntamente con las creencias religiosas, a otros pueblos vecinos. Todo hace suponer que de allí tomaron los hebreos, trasmitiéndola a su vez con

su migración a Egipto de donde paso a Grecia y luego a Roma. (VASQUEZ GARCIA, 1998)

**2.1.1 Egipto:** Es probable que la adopción no existiera en Esparta y así lo cree la mayoría de autores por el hecho que todos los hijos se debían al Estado. (VASQUEZ GARCIA, 1998)

En Atenas, en cambio, estuvo organizada y se practicó de acuerdo a ciertas reglas que, resumidas, eran las siguientes:

1. El adoptado debía ser hijo de padre y madre ateniense.
2. Solamente quienes no tuvieran hijos podían adoptar.
3. El adoptado no podía volver a su familia natural sin antes dejar un hijo en la familia adoptiva.
4. La ingratitud del adoptado hacia posible la revocación del vínculo.
5. El adoptante soltero o podía contraer matrimonio sin permiso especial del magistrado.
6. Las adopciones se hacían en todos los casos con intervención de un magistrado, formalidad que se transmitió luego a Roma y perduró a través de ñas modernas legislaciones.

**2.1.2 Roma:** La adopción tuvo amplísima difusión con ejemplo de los emperadores que recurrieron a ella para asegurarse de sucesores de su afecto y confianza, pues, se consideraba necesaria para continuar el culto doméstico, perpetuar el nombre cuando no se tenía descendencia, evitar la infamia y. la desgracia por esta causa, así como obtener beneficios en razón del número de hijos, legitimar a los ilegítimos, etc. Distinguíanse dos clases: a) la abrogación, que se aplicaba a los sui iuris o jefes de familia. En esta situación el abrogado pasaba a la familia del abrogante con todos sus bienes y las personas que dependían de él, requiriéndose para ello de una ley curiada y la no oposición del colegio de los pontífices. b) La adopción propiamente dicha, que se adaptaba a los alieni iuris o hijos de familia, que se operaba por imperium magistratus, que

ponía fin a la autoridad del padre biológico y declaraba que el hijo pertenecía al padre adoptante. Esta segunda forma asumió dos variedades: la plena y semiplena, según que el adoptante fuera ascendiente extraño. (PERALTA ANDIA, 2002)

## **2.2 Concepto**

Para Brugi, la adopción “... es un acto solemne por el cual, mediante consentimiento recíproco declarado personalmente ante la autoridad judicial competente, alguien admite a otro en lugar del hijo dentro de los límites señalados por la ley...” (PUIG PEÑA, s/a, Tomo II Volumen II: 126).

Puig Peña refiere que la adopción “... es aquella institución por virtud de la cual se establece entre dos personas extrañas relaciones civiles de paternidad y filiación semejantes a las que tienen lugar en la filiación legítima...” (GALLEGOS CANALES & JARA QUISPE, 2009)

Ferrer señala al respecto que “... la adopción es un acto jurídico familiar de carácter procesal, pues, pues requiere la manifestación de la voluntad del adoptante, concretada por vía de demanda judicial, y se perfecciona con la sentencia que crea emplazamiento adoptivo...” (GALLEGOS CANALES & JARA QUISPE, 2009)

La adopción es una institución propia del derecho de familia, que consiste en un acto jurídico por el cual, se establece de manera irrevocable una relación paterno filial entre personas que no la tienen por naturaleza, adquiriendo luego el adoptado la calidad de hijo del adoptante y dejando de pertenecer a su familia consanguínea. (PERALTA ANDIA, 2002)

Sanjurjo afirma que la adopción es un acto jurídico, solemne y bilateral, que crea ciertos lazos de parentesco semejantes a los que provienen de la filiación legítima. Además especifica que es una institución de derecho de familia, como

tal, de orden público, y se conforma mediante un acto jurídico de naturaleza propia y cuyas bases, formas y efectos se encuentran determinados previamente por la ley, pudiendo las partes ejercer su voluntad únicamente en el sentido de aceptar o no el estatuto establecido por el poder público. (GALLEGOS CANALES & JARA QUISPE, 2009)

Mucius Scaevola conceptúa la adopción como un contrato irrevocable revestido de formas solemnes, por el cual una persona con plena capacidad jurídica toma bajo su protección a un extraño que, sin salir de su familia natural y conservando todos sus derechos, adquiere los de ser alimentado por el adoptante usar su apellido y sucederle, si así se pacta, sin perjuicio de los herederos forzosos, si los hubiere. (CORNEJO CHAVEZ, 1999)

Según el artículo 377° del Código Civil Peruano se define por la adopción el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea. (JURISTAS EDITORES, 2009)

El artículo 115° del Código de los Niños y adolescentes, especifica que, la adopción es una medida de protección al niño y adolescente por la cual, bajo la vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza. En consecuencia, el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea. (JURISTAS EDITORES, 2009)

De lo expuesto, se desprende que la finalidad de la adopción no puede ser otra que integrar una familia, dándole al adoptante el privilegio de tener un hijo y, al hijo, la prerrogativa de tener una familia, por tanto, ésta debe ofrecer todas las garantías para que el niño adoptado disfrute de la plenitud de sus derechos. Mediante la adopción sólo es posible otorgar la calidad de hijo, más no la de nieto o bisnieto, ni mucho menos la calidad de descendiente. (PERALTA ANDIA, 2002)

En la mayor parte de los países civilizados han incorporado la adopción en sus leyes positivas, debido a la importancia que entraña en un doble aspecto de su utilidad social: primero, porque permite al menor abandonado o sin padres contar con una familia que le pueda proporcionar un hogar con amor y los cuidados necesarios y; luego, porque ella produce una inmensa satisfacción de ser padres a quienes no tuvieron descendencia o simplemente no pudieron tenerla. (PERALTA ANDIA, 2002)

En conclusión la adopción vendría a ser un acto de voluntad en el cual se crea una ficción legal entre personas que no están unidas por vínculo de consanguinidad, es decir que no lo son por naturaleza.

### **2.3 Naturaleza Jurídica**

**a) Doctrina contractualista:** Considera, en líneas generales, que la adopción no engendra un verdadero estado familiar ni una auténtica relación jurídica familiar, porque el “parentesco legal” que se establece entre el adoptante y adoptado es sólo una mera ficción que no puede sustituir los lazos consanguíneos o naturales. Es más, porque no produce la plena equiparación de los hijos adoptivos con los matrimoniales, ya que a la postre podría producirse el rompimiento real de tales vínculos con la consiguiente insatisfacción que ello causa. (PERALTA ANDIA, 2002)

Por eso, algunos autores, han visto en la adopción tan sólo un contrato del que derivan derechos y obligaciones para las partes intervinientes, que surge del consentimiento prestado por el adoptante y el adoptado (tratándose de éste último lo prestan sus padres u otros representantes). Otros, muy optimistas por cierto, sostienen que se trata de un contrato de derecho familiar o negocio transmisivo de guarda legal, similar a un contrato de pura beneficencia de donde emanan el derecho alimentario, el sucesorio y, en ocasiones, el nombre, etc. (PERALTA ANDIA, 2002)

Así en sentido amplio y formal –afirman Colín y Capitán – que “la adopción es un acto jurídico, generalmente un contrato, que crea entre dos personas relaciones ficticias y puramente civiles de parentesco y de filiación”. En cambio, Mucius Scaevola (MICIUS SCAEVOLA, citado por Cornejo Chavez, Hector. Ob. Cit. Tomo II. P. 52), conceptúa la adopción como un “contrato irrevocable revestido de formas solemnes, por el cual una persona con plena capacidad jurídica toma bajo su protección a un extraño que, sin salir de su familia y conservando todos sus derechos, adquiere los de ser alimentado por el adoptante, usar su apellido y suceder, si así se pacta, sin perjuicio de los herederos forzosos, si los hubiere”. (PERALTA ANDIA, 2002)

La doctrina contractualista ha sido objetada con los siguientes fundamentos (PERALTA ANDIA, 2002):

- 1) Que la adopción definitivamente no es un contrato, habida cuenta que el factor patrimonial no es el determinante; en ese sentido, no existe consentimiento o al menos la voluntad de una de las partes es insuficiente.
- 2) Que la adopción trata de relaciones jurídicas extrapatrimoniales y no de relaciones patrimoniales, o en todo caso, ambas en esa misma relación prelativa.
- 3) Que los derechos y obligaciones no se fijan por las partes ya que éstos están determinados por mandato de la ley.
- 4) Que en la adopción interviene directamente el Estado a través de la autoridad judicial, lo que no antecede en los contratos porque tal intervención resulta inadvertida.

**b) Doctrina institucionalista:** Califica la adopción como una relación jurídica familiar o como una verdadera relación de filiación que no puede ponerse en duda de manera alguna. (PERALTA ANDIA, 2002)



En la adopción su esencia y su proyección son de carácter patrimonial, si bien colateralmente tiene efectos patrimoniales. Dentro de la relación creada –dice Arias Schreiber (ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exegesis del Código Civil Peruano de 1984. Tomo VIII. Lima: Gaceta Juridica S.A., 2001. P. 56)- se dan la mano los sentimientos más puros y nobles del ser humano como son el amor, el espíritu de ayuda y desprendimiento que son propios de la relación paternofilial, además de la compenetración que en esos inevitables momentos de adversidad se dan la vida; nada de lo cual sucede dentro del concepto propio de la contratación. Sobre la doctrina institucionalista existen diferentes opiniones (PERALTA ANDIA, 2002):

- 1) Juliot de la Morandiere, afirma que esta institución crea relaciones ficticias y puramente civiles de parentesco y filiación.
- 2) Dusi, en cambio, asevera que es un acto jurídico solemne, en virtud del cual se crea entre dos personas una y otra, naturalmente extrañas, relaciones análogas a las de la filiación legítima, esto es, no idénticas.
- 3) Un tercer criterio, sostiene que la adopción crea una relación jurídica, el vínculo de la familia y también relaciones paterno-filiales. El Código Civil alemán e italiano establecen la equiparación del hijo adoptivo al legítimo (matrimonial).

**c) Posición del Código:** El Código Civil del 36 y del 84 adoptan la doctrina institucionalista, pero el problema que plantea la adopción, es si ella genera el aniquilamiento absoluto de los lazos de parentesco del adoptado con la familia consanguínea de éste o si lo conserva y, en este caso, en que extensión. (PERALTA ANDIA, 2002)

Los artículos 333 y 335 del Código derogado establecían que el parentesco proveniente de la adopción se limita al adoptante, al adoptado y a los descendientes legítimos de éste, de tal modo que el adoptado conserve los

derechos y deberes que le corresponden en su familia natural, pero está bajo la patria potestad del adoptante. (PERALTA ANDIA, 2002)

En cambio, el artículo 377 del Código Civil vigente, con mejor criterio prescribe que por la adopción el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea, con la excepción prevista en el artículo 385, en que podría recuperar dicha filiación. Similar posición se adopta del CNA, Ley N° 27337, cuando señala que el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea. (PERALTA ANDIA, 2002)

## **2.4 Caracteres Jurídicos**

**A. Institución del Derecho de Familia:** La adopción es una institución que tiene por finalidad relaciones personales de hondo significado y trascendencia como es la creación de una relación jurídica, un vínculo familiar o paterno-filial entre adoptante y adoptado, que en un principio viene a ser un acto de voluntario y donde los derechos y obligaciones no se fijan por la voluntad de los sujetos que intervienen, sino por voluntad de la ley. (PERALTA ANDIA, 2002)

Entonces, la adopción es una institución propia del Derecho de Familia, por medio del cual se crea un vínculo familiar semejante a la relación paterno-filial, desde luego, ella se justifica o sólo por razones de infertilidad sino también por otras motivaciones enaltecidas. (PERALTA ANDIA, 2002)

Como ya se tiene expuesto, el objeto de la adopción es llenar una necesidad social al crear un vínculo complementario o sustitutivo de la familia natural a fin de dar a los padres los hijos que no tienen y, a éstos, el privilegio de contar con una familia. Por eso también, refieren Díez-Picazo y Gullón, para los adoptantes este instituto es el cause de aspiraciones y deseos maternales

y, para los adoptados, un instrumento que trata de sustituir la carencia de una familia. (PERALTA ANDIA, 2002)

**B. Acto jurídico especial:** Muchos autores consideran que la adopción es un acto jurídico que se peculiariza por ser voluntario, formal, puro y simple, irrevocable y singular. (PERALTA ANDIA, 2002)

Es un acto *voluntario* porque representa la libre expresión desinteresada de adoptar y ser adoptado, aun cuando la voluntad de éste no sea suficiente. Es un acto *formal* en razón de que para su validez se exige el cumplimiento de ciertas solemnidades y la intervención del Estado a través del órgano jurisdiccional o un funcionario público como el Notario. (PERALTA ANDIA, 2002)

También, es un acto *puro y simple* que no puede hacerse bajo modalidad alguna o sometido a una condición, plazo o modo, conforme lo proviene el artículo 381. Pero, además, es un acto *singular y único* ya que nadie puede ser adoptado por más de una persona, a no ser por ambos cónyuges, tal como lo previene el artículo 382. (PERALTA ANDIA, 2002)

**C. Irrevocable:** La institución de la adopción se caracteriza básicamente por ser un acto irrevocable o irrevocable, ya que ésta no puede quedar sin efecto por decisión unilateral del adoptante, ni del adoptado mientras no alcance la mayoría de edad o recobre su capacidad si fuera incapaz, menos por mutuo disenso de ambas personas. Se trata pues de “un hecho que la voluntad de las partes no pueden destruir” una vez formalizado el acto jurídico. (PERALTA ANDIA, 2002)

La finalidad de la adopción consiste en imitar a la naturaleza, los romanos la llamaron *imitatio naturae*, que en lo posible busca equiparar al adoptado con el hijo matrimonial para que los vínculos sean indestructibles, puesto que la

adopción convierte al adoptado en hijo matrimonial y, por eso, no podrá dejar de serlo por otro momento. (PERALTA ANDIA, 2002)

No obstante lo precedentemente expuesto, se sabe que las legislaciones contemplan algunos casos de revocación que puede lograrse (PERALTA ANDIA, 2002):

- 1) A petición del adoptante, como ocurre en la legislación italiana, venezolana y mejicana.
- 2) A instancia del adoptado, tal se desprende de los mismos cuerpos legislativos indicados anteriormente.
- 3) A petición de un tercero, como acontece en la legislación chilena.

El Código derogado contemplaba, bajo la inexacta denominación de revocación, una especie de impugnación judicial a instancia del adoptado si existían motivos justos y a instancia del adoptante en caso de ingratitud del adoptado. En cambio, el texto actual, no permite la revocación al adoptante, porque de acuerdo con el artículo 380 la adopción es irrevocable, negando toda posibilidad de retractación futura después del acto en que la obligación consiste y que el adoptante mismo quiso crear. De esta manera, la ley impide afectar la firmeza y el estado jurídico familiar del adoptado, lo que constituye una significativa innovación del Código actual. (PERALTA ANDIA, 2002)

La revocación, en cambio, le está permitida al hijo adoptivo, así lo establece el artículo 385 al disponer que el menor o mayor incapaz que haya sido adoptado puede pedir que se deje sin efecto la adopción dentro del año siguiente a su mayoría o a la fecha en que desapareció su incapacidad. El juez lo declarará sin más trámite. (PERALTA ANDIA, 2002)

En tal caso, recuperan vigencia sin efecto retroactivo la filiación consanguínea y la partida correspondiente. El registro de estado civil

respectivo hará la inscripción correspondiente por mandato judicial (PERALTA ANDIA, 2002).

No se trata, pues, de un verdadero caso de revocación, en primer lugar, porque el menor de diez años o el mayor incapaz sujeto a adopción no ha expresado su voluntad, ya que por ellos lo hicieron sus padres o el curador respectivamente y, luego, porque el mayor de diez años, que si bien asintió la adopción, pero su voluntad era insuficiente. En consecuencia, se justifica que dichos menores e incapaces puedan hacer uso de esta facultad cuando ya hayan alcanzado la mayoría de edad o, en su caso, recobrada su capacidad (PERALTA ANDIA, 2002).

**D.** Según **Sanjurjo** considera que la adopción tiene estos caracteres (GALLEGOS CANALES & JARA QUISPE, 2009):

**a) Es un acto Jurídico:** La adopción no es un contrato, porque la voluntad coincidente de las partes no puede crear ni las condiciones de realización, ni los efectos que producirá las mismas, estando todo ello establecido por el poder público y sin que se permita a las partes a las partes separarse lo más íntimo de lo estatuido. Es pues un acto jurídico y se encuentra entonces regido por la teoría general de dicha clase de actos (...).

**b) Solemne:** La adopción es un acto solemne porque debe ser hecho necesariamente en la forma que la ley prescribe, bajo pena de nulidad. Las formalidades exteriores de que se reviste el acto son de las que se llaman “ad solemnitatem” y no solamente “ad probationem”.

**c) Bilateral:** El carácter de bilateral de la adopción resulta del necesario concurso de voluntades para que la misma se perfeccione. En el derecho actual a la voluntad del adoptante, debe sumarse la de los padres, tutores, o guardadores si es menor y si es mayor, desde luego la del adoptado (...).

**d) Crea ciertos lazos de parentescos, semejantes a los que proviene de la filiación legítima:** El efecto que produce la adopción es la creación de un parentesco que desde luego, de caracteres especiales y limitado a los requerimientos de la institución, por ese motivo decimos que son “lazos de parentescos” porque vinculan solamente al adoptante con el adoptado y sus descendientes no haciendo lo mismo con los parientes de ambas partes, excepto los cónyuges.

Su semejanza deriva de que el adoptado toma el apellido de su adoptante (... ) adquiere el derecho de suceder ad intestato y surge como consecuencia de la adopción una obligación alimentaria recíproca. (SANJURJO, 1947: 1113).

## **2.5 Clasificación:**

**A) Adopción plena y semiplena:** La adopción plena, es una forma de constituir una familia, en virtud de la cual, el adoptado queda colocado en condición de hijo matrimonial del adoptante con todos los derechos que establece las leyes, provocando a la vez el rompimiento de todo vínculo con la familia de origen. (PERALTA ANDIA, 2002)

La adopción menos plena, en cambio tiene un carácter limitado, porque el adoptado sólo tiene derecho a ser alimentado y educado por el adoptante, por ende, no rompe el vínculo con su familia consanguínea. (PERALTA ANDIA, 2002)

El código derogado mantuvo esta distinción, en tanto que el vigente, elimina la adopción menos plena. Nosotros consideramos que ésta debió mantenerse, si se tiene en cuenta la gravísima situación de crisis y de pobreza que vive el país, donde diariamente niños de diferentes edades van deambulando en busca de alimentos y de un hogar para vivir. (PERALTA ANDIA, 2002)

**B) Adopción remuneratoria y testamentaria:** La adopción remuneratoria es una especie de retribución personal por el favor dispensado que se da, por ejemplo, cuando una persona salva la vida de otra en una catástrofe o situación de extremo peligro o le ofrece una ventaja patrimonial, por lo que en gratitud aquella adopta a la otra. (PERALTA ANDIA, 2002)

En contraste, la adopción testamentaria le permite al tutor adoptar a su pupilo mediante testamento, superando la prohibición de hacerlo, sobre todo, en el supuesto a un supuesto de haber recogido a un niño y de haberlo educado con el propósito de adoptarlo al llegar a la mayoría de edad. (PERALTA ANDIA, 2002)

**C) Adopción nacional e internacional:** La adopción nacional es aquella que tiene lugar en todo el territorio nacional y asume los siguientes casos: a) La adopción de mayores de edad que se tramita en la vía judicial y en la vía notarial. b) La adopción de niños y adolescentes que se tramita mediante el procedimiento administrativo de adopciones y el proceso judicial de declaración del estado de abandono. c) El proceso judicial de adopción de niños y adolescentes que por circunstancias especiales no es necesario declararlos en abandono. (PERALTA ANDIA, 2002)

En contraste, la adopción internacional es subsidiaria de la adopción por nacionales, procede sólo cuando un nacional no lo solicita. En caso de concurrir solicitudes de nacionales y extranjeros se prefiere las solicitudes de nacionales, por lo que debe someterse al convenio celebrado entre Perú y el país de origen del adoptante, de modo que el extranjero presentará en su país la solicitud y si le aceptaran será necesario su viaje al Perú para el respectivo proceso de socialización. (PERALTA ANDIA, 2002)

Para que proceda dicha adopción es indispensable que existan convenios entre el Estado peruano y los estados de los extranjeros adoptantes o entre

instituciones autorizadas por éstos. Los extranjeros residentes en el Perú con una permanencia menor de dos años, se regirán por las disposiciones referentes a la adopción internacional y los extranjeros residentes en el Perú con una permanencia mayor a las disposiciones que rige la adopción para los peruanos. (PERALTA ANDIA, 2002)

**D) Clasificación según Alberto Torres Carrasco:** Dice que actualmente en nuestro ordenamiento jurídico existen tres clases de adopciones, las mismas que dependen de la edad, la situación legal del adoptante y son (PERALTA ANDIA, 2002):

1. La adopción de menores de edad jurídicamente declaradas en abandono.
2. La adopción de menores de edad que por circunstancias especiales no es necesario ser declarados en abandono para proceder a su adopción.
3. La adopción de personas mayores de edad.

## **2.6 Requisitos**

Según el artículo 378 del Código Civil los requisitos de la adopción son los siguientes (PERALTA ANDIA, 2002):

**A) Que el adoptante goce de solvencia moral:** son las condiciones que debe reunir éste para asumir las funciones de padre o madre, de quien adopta, busca principalmente proveer el adoptado, sobre todo si es menor de edad, de un clima familiar propicio a su formación por la existencia de los indispensables factores éticos-morales indispensables para el desarrollo ulterior del adoptado dentro de un cuadro familiar que resulte aceptable y compatible con una vida moral. (VASQUEZ GARCIA, 1998)

De esta forma, en el Código Civil Colombiano exige que el adoptante deba encontrarse en condiciones físicas, mentales y sociales para suministrarles al adoptado un hogar adecuado. En el Código Costarricense se requiere que el



adoptante se halle en el pleno goce de sus derechos civiles, sea de buena conducta y reputación, y demuestre capacidad para proveer alimentos al adoptado. El Código Uruguayo exige información y autorización del Consejo del Niño, con respecto a la idoneidad moral y la capacidad del adoptante probada por todos los medios y que el adoptante haya tenido al adoptado durante dos años bajo su protección y cuidado. (PERALTA ANDIA, 2002)

Por su parte, el Código Peruano, pide que el adoptante goce de solvencia moral, esto es, que esta persona observe una conducta objetivamente buena y justa, porque el fin de la adopción no puede ser otra que brindar al adoptado no sólo la protección y los cuidados que el caso requiere, sino también las garantías ético-morales indispensables para el desarrollo ulterior del adoptado dentro de un cuadro familiar que resulte aceptable y compatible con una vida normal. Si bien la solvencia moral es de difícil probanza, será el juzgador quien califique dicha solvencia recabando antecedentes del adoptante o recogiendo información de personas que lo conocen (PERALTA ANDIA, 2002).

Desde luego, no podrá otorgarse la adopción a personas descalificadas moralmente como los condenados por delito infamante o sometido a proceso, a quienes ejerzan la prostitución o exploten el meretricio, a quienes se dediquen al vicio, la vagancia y la delincuencia o, simplemente, vivan en concubinato. Sobre este particular, los criterios están divididos sin embargo creemos que sólo debería permitirse para el llamado concubinato propio o estricto sensu (PERALTA ANDIA, 2002).

**B) Que la edad del adoptante sea por lo menos igual a la suma de la mayoría y la del hijo por adoptar:** La exigencia de que el adoptante tenga cierta edad mínima es general en el derecho; pero mientras en muchas legislaciones se funda en que debe existir la razonable seguridad de que el adoptante ya no podrá procrear –desde que la adopción persigue

como uno de sus principales objetivos dar satisfacción al instinto de paternidad o maternidad de quienes carecen de hijos consanguíneos<sup>1</sup>;- en otras sólo tiende a asegurar una adecuada semejanza con la paternidad o maternidad consanguíneas, que corrientemente no se da sino después de alcanzada cierta edad; y no faltan algunas, en fin, que señalan una edad más o menos arbitraria, porque ni es bastante avanzada como para originar la presunción de que el adoptante ya no habrá de procrear, ni tan temprana que pueda creerse que antes de alcanzarla el individuo no pueda tener hijos (CORNEJO CHAVEZ, 1999).

El Código derogado, al exigir al adoptante una edad mínima de cincuenta años, buscaba el primero de dichos objetivos (CORNEJO CHAVEZ, 1999).

En el Derecho positivo moderno existe alguna variedad, por ejemplo, en el Código alemán, italiano, y peruano de 1936, se exige cincuenta años como límite de edad del adoptante. Por el contrario, el Código boliviano, portugués, brasileño y costarricense un mínimo de cuarenta, treinta y cinco, treinta y veinticinco años de edad que debe mediar entre el adoptante y el adoptado, por regla general, se establece en dieciocho años en la mayor parte de las legislaciones. (PERALTA ANDIA, 2002)

El actual Código peruano a diferencia del derogado establece que la edad del adoptante debe ser por lo menos igual a la suma de la mayoría y la del hijo por adoptar, aun cuando la fórmula pudo ser más concreta al establecer que entre adoptante y adoptado debe haber por lo menos dieciocho años de diferencia. A esta edad, más la del adoptado, permite suponer que el adoptante se haya en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y la exigencia

---

<sup>1</sup> El antecedente romano de este requisito puede hallarse en el Digesto, Libro I Título VII, Ley 15,2. Citado por CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. (1999) Derecho de familia peruano. Gaceta editores. Lima – Perú. Pag. 415.

de que podrá cumplir con los deberes que le señalen las leyes. (PERALTA ANDIA, 2002)

- C) Que cuando el adoptante sea casado concorra el asentimiento de su cónyuge:** La adopción no sólo significa la introducción en el hogar de una persona extraña al cónyuge del adoptante, sino que desmedra derechos y sobre todo la expectativa hereditaria de dicho cónyuge, lo cual, por no tratarse de un vínculo nacido de la naturaleza, no quiere la ley que ocurra sin el asentimiento del afectado. (CORNEJO CHAVEZ, 1999)

La adopción no está permitida cuando el adoptante es casado o no cuente con la aprobación de su consorte, lo que justifica por la introducción de una persona extraña en el hogar y porque ello afecta los derechos del otro, en cuanto que la adopción implica obligaciones pecuniarias y derechos hereditarios, entre otros (PERALTA ANDIA, 2002).

Si el cónyuge del adoptante se halla en la posibilidad de manifestar su voluntad, no hay fundamento bastante para que ello impida a aquel la adopción de un hijo. (CORNEJO CHAVEZ, 1999)

- D) Que el adoptado preste su asentimiento si es mayor de diez años:** Nótese que la norma se refiere a toda persona mayor de diez años, concediéndose valor tanto al asentimiento del menor de diez años como al de quien es plenamente capaz. (PERALTA ANDIA, 2002)

Si el adoptado es mayor de diez años debe prestar su asentimiento, lo que justifica, porque nadie más que el adoptado puede acceder a ser hijo o hija de la persona que lo adoptará; lo contrario, significa arbitrariedad, de ahí que algunas legislaciones exigen inclusive que el padre o madre adoptiva hayan cuidado del menor por lo menos durante dos años, a fin de constatar la afinidad o el rechazo del hijo con relación a los padres adoptivos.

Así pues, el menor a los diez años ya puede emitir una opinión respecto de los padres adoptivos, lo que debe respetarse, porque detrás del disfraz de la adopción puede esconderse propósitos como el de asegurarse servidumbre de por vida, la explotación del adoptado y otros inconfesables propósitos del adoptante (extirpación de órganos y trasplante de los mismos, etc.)

**E) Que asientan los padres del adoptado si estuviese bajo su patria potestad o bajo su curatela:** Por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y de los bienes de sus hijos, pero si éstos deben ser adoptados, se requiere que los padres biológicos presenten su aprobación, porque el asentimiento que debe prestar el mayor de diez años es insuficiente, tanto así que se estaría mellando el derecho de los progenitores (CORNEJO CHAVEZ, 1999).

El padre que ejerce el cargo de curador de su hijo mayor de edad, por razón de incapacidad, debe también prestar su asentimiento, sin el cual no sería posible una adopción válida. Luego, del asentimiento es la aprobación que otorgan los padres del adoptado, con mayor razón si dicho menor o mayor incapaz estuvieran bajo la patria potestad o bajo su curatela (PERALTA ANDIA, 2002).

**F) Que se oiga al tutor o al curador del adoptado y al consejo de familia si el adoptado es incapaz:** La tutela, la curatela, y el consejo de familia son instituciones supletorias de amparo que tienen por objeto cuidar y velar por la persona, bienes e interés de los menores y de los incapaces mayores de edad. (PERALTA ANDIA, 2002)

La vigente legislación peruana se aparta de esta orientación y exige sólo que el tutor, curador o el consejo de familia emitan una opinión, la que puede ser

tomada en cuenta o no por el órgano jurisdiccional competente. (PERALTA ANDIA, 2002)

**G) Que sea aprobada por el Juez, con excepción de lo dispuesto en las leyes especiales:** El Juez goza del poder discrecional para aprobar o no mediante resolución una adopción aun cuando se haya cumplido con todos los requisitos, si a su juicio no existen motivos justos y provecho alguno para el adoptado, lo que estimamos debe fundamentarse. Lamentablemente, los jueces y fiscales, lejos de exigir el cumplimiento de este requisito, han sido presa fácil para la degradación moral y el lucro, que tanta crítica trajo en el pasado la tramitación de las adopciones. (PERALTA ANDIA, 2002)

**H) Que si adoptante es extranjero y el adoptado menor de edad, aquél ratifique personalmente ante el Juez su voluntad de adoptar. Se exceptúa de este requisito, si el menor se encuentra en el extranjero por motivo de salud:** El adoptante debe ratificarse personalmente ante el juez sobre su propósito de adoptar a un menor de edad a fin de que éste se forme un criterio propio acerca de la convivencia o inconveniencia del prohijamiento. (PERALTA ANDIA, 2002)

Además, el juez debe implementar medidas eficaces de control y de punición para prevenir y sancionar aquellos actos que distorsionan la figura y evitar de ese modo su desnaturalización. Por último –dice la ley- que el juez podrá dispensar del requisito mencionado si el menor se halla en el extranjero por razones de salud. (PERALTA ANDIA, 2002)

## **2.7 Efectos jurídicos**

Declarada la adopción, el juez, después de un procedimiento determinado según los casos se produce los efectos siguientes (PERALTA ANDIA, 2002):

- El adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea.
- El adoptado lleva los apellidos del adoptante o adoptantes, pero desaparecerán los apellidos originales.
- El adoptado menor de edad estará sujeto a los deberes y derechos que genere la patria potestad del adoptante.
- El adoptado menor de edad tiene derecho a los alimentos y en algunos casos sobrepasando la edad de los 18 años conforme al artículo 474.
- Los hijos adoptivos tienen iguales derechos sucesorios respecto de sus padres.
- El adoptante y el adoptado y sus familiares no pueden contraer matrimonio en las líneas y dentro de los grados señalados en los incisos 1° al 4° para la consanguinidad y afinidad.

**2.8 Procedimiento Administrativo de la Adopción** (PERALTA ANDIA, 2002) La Gerencia de Adopciones del Viceministerio de Poblaciones Vulnerables del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables -MIMP- es la institución encargada de tramitar las solicitudes de adopciones de niños y adolescentes declarados en estado de abandono con las excepciones señaladas en el artículo 128 del CNA. Sus atribuciones son indelegables, salvo lo dispuesto en la ley.

- Evaluación integral: Los cónyuges o la persona natural que deseen adoptar una niña, niño o adolescente deberán acercarse a la Secretaria Nacional de Adopciones, donde se les informará con respecto al trámite de adopción, inscribiéndolos, si así lo solicitan, a las charlas informativas y talleres interactivos que se programen para tal fin. Una vez que hayan asistido a estas dos actividades podrán acercarse a la sede de la Secretaria Nacional de Adopciones donde se les entregará una ficha de inscripción, la cual deberá ser llenado por los solicitantes adjuntando fotos de su vivienda, dándose así inicio al proceso de su preparación que comprende las entrevistas personales, visitas domiciliarias y aplicación de las pruebas correspondientes.

Culminada esta etapa previa, los solicitantes podrán presentar la solicitud de Adopción ante la Secretaria Nacional de Adopciones. El proceso de evaluación en el Procedimiento Administrativo de Adopción es integral y comprende los aspectos psicológico, moral, social y legal de los solicitantes.

- Evaluación psico-social: La evaluación psico-social se realizarán en tres sesiones, las que consistirán en una visita social domiciliaria y dos entrevistas psicológicas.

Tanto el informe psicológico como el informe social de los adoptantes deberán ser presentados por escrito y firmado por los profesionales en Psicología y Trabajo Social del Equipo de Trabajo de la Secretaria Nacional de Adopciones o por los profesionales u organizaciones de profesionales que ésta autorice de ser necesario.

- Aceptación, presentación y externamiento: Aprobada la designación de niña, niño o adolescente por el Consejo Nacional de Adopciones ésta deberá ser comunicada de inmediato a los adoptantes, quienes tienen siete días naturales a partir de la fecha de comunicación para manifestar su aceptación.

Recibida la aceptación, se comunicará dentro del día hábil siguiente, a la institución que alberga a la niña, niño o adolescente para proceder a la presentación correspondiente. La presentación de la niña, niño o adolescente con los adoptantes se realizará en la institución que los alberga, en presencia del personal designado por la Secretaria Nacional de Adopciones, que deberá emitir informe de Empatía dentro del día hábil siguiente.

Si el Informe de Empatía es favorable y los adoptantes han manifestado su aceptación, dentro del día hábil siguiente la Secretaria Nacional de Adopciones procederá a comunicar la designación de la niña, niño o

adolescente mediante oficio al Juzgado de Familia y a la Fiscalía de Familia que conocieron el proceso de Investigación Tutelar, o a la instancia administrativa, de ser el caso.

La Secretaria Nacional de Adopciones deberá disponer en el día siguiente, el externamiento de la niña, niño o adolescente, mediante oficio dirigido al centro tutelar que alberga al menor de edad, con indicación del nombre de los adoptantes.

En caso que no se produzca la aceptación por parte de la niña, niño o adolescente, o de los adoptantes, y el informe de Empatía sea desfavorable y siempre que medie motivos justificados para la no aceptación de los adoptantes, éstos tendrán una segunda oportunidad para ser designados.

- La aprobación de la adopción: Si el informe de colocación familiar es aprobatorio, dentro de las veinticuatro horas de recibido, la Secretaria Nacional de Adopciones expedirá la respectiva resolución declarando la adopción la cual deberá ser motivada y firmada por el Secretaria Nacional de Adopciones y rubricada en cada una de sus páginas.

La declaración administrativa que declara la adopción deberá ser comunicada en el día al Juzgado o instancia administrativa que conoció de la Investigación Tutelar de la niña, niño o adolescente.

La resolución administrativa que aprueba la adopción deberá ser comunicada mediante oficio del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) de la localidad donde se registró el nacimiento, para que se deje sin efecto la partida original y proceda a inscribir y emitir la nueva partida de nacimiento de la niña, niño o adolescente sin expresar en ella el término de hijo adoptado.



En los procedimientos administrativos de adopciones tramitados por las sedes desconcentradas de la Secretaria Nacional de Adopciones, la firma del Presidente del Consejo de adopciones, será autenticada por el Secretario Nacional.

**2.9 El Estado de Abandono de los niños:** Las causas para que el niño se encuentre en estado de abandono son las siguientes (PERALTA ANDIA, 2002):

- a. **Menores víctimas de maltrato:** El menor que sufre en forma ocasional o habitual actos de violencia física, sexual y emocional tanto por parte del grupo familiar, como por parte de terceros va a ser una causa para abandonar su familia.
- b. **Menores víctimas de guerra:** La violencia política y los conflictos armados en algunos Países de Centro América y Sur América en las últimas décadas han causado un número enorme de víctimas. Las guerras llevadas a cabo entre grupos insurgentes, paramilitares, y fuerzas armadas, además de dejar una gran cantidad de heridos y muertos, han arrastrado a miles de niños al combate, han destruido familias, han agudizado la pobreza, han forzado al desplazamiento interno o al refugio internacional.
- c. **Menores víctimas de desastres naturales o ecológicos:** En esta categoría se incluyen menores heridos, huérfanos, desplazados y en general afectados por catástrofes naturales tales como inundaciones, sequia, acción volcánica o terremoto, etc.
- d. **Menores víctimas de la violencia armada:** Esta categoría está formada por todos los menores que producto de la violencia armada vivió el país:

- Han perdido por muerte, desaparición a uno o ambos padres o familiares cercanos; estas personas ya sean subversivos o personal de las fuerzas armadas y policiales.
- Tienen a sus padres encarcelados porque realizaron actividades subversivas o porque cometieron algún error en sus funciones policiales, por lo cual sus hijos están en estado de abandono.
- Niños que ha sido llevados a participar subversión directamente.

**e. La pobreza crítica:** La pobreza crítica de los padres hacen que abandonen a sus hijos, por falta de alimentos, vestido, vivienda y no poder dar salud. La pobreza crítica es por falta de trabajo para muchos.

### **3. LA PREVALENCIA DE LA FILIACIÓN BIOLÓGICA**

#### **3.1 El Derecho a la verdad Biológica**

**3.1.1 La Filiación biológica:** El derecho a la verdad biológica que se condice con el derecho a la identidad, demanda que existan normas jurídicas que no obstaculicen que el ser humano sea tenido legalmente como hijo de quien biológicamente es padre. (PLACIDO V., 2003)

El carácter medular de la aspiración del ser humano es conocer quienes lo han engendrado. El derecho del hijo a conocer su verdadera identidad está por encima del derecho de los padres a resguardar su intimidad, y en caso de contraposición entre ambos derechos el primero debe prevalecer. (PLACIDO V., 2003)

El derecho a la verdadera filiación con todas sus derivaciones, y el derecho a la identidad personal, demandan que las normas jurídicas no obstaculicen que el ser humano sea tenido legalmente como hijo de quien biológicamente es hijo. Las normas que obstruyen emplazar la filiación

que corresponde a la realidad biológica son inconstitucionales. Si ese resultado deriva de negar la legitimación procesal para emplazar la filiación a quien tiene derecho a que se le reconozca, lo son por estrechez procesal. (PLACIDO V., 2003)

El conocimiento del origen biológico de la persona es de suma importancia dentro de los aspectos de la identidad personal; debe destacarse la importancia de que el dato biológico sea la identidad estática del individuo y ésta se integra con connotaciones adquiridas por este como un ser social – identidad dinámica- es por ello que la identidad es una unidad compleja y es lo que debe preservar en el derecho en su doble aspecto.

**3.1.2 Principio de la Verdad Biológica:** La esencia original de la filiación es el vínculo biológico. A través de él nos identificamos descendientes por que, sin negar la importancia de la socialización y las bondades de la adopción, la capacidad de crear vida y las coincidencias genéticas que caracterizan a la parentalidad natural, tiene esa indudable trascendencia. (LLANCARI ILLANES, 2008)

Es por eso que el legislador, al reglamentar su investigación, hace constantes referencias a fenómenos que suponen una identificación cromosómica entre padres e hijos. Es decir, a circunstancias que identifican entre sí a las personas que aportaron su material genético para la concepción y al producto resultante, una vez separado del seno materno. (LLANCARI ILLANES, 2008)

**3.2 La paternidad del padre biológico:** Es la relación jurídica que se establece entre las personas a quienes el Derecho coloca en la condición de padre y las que sitúa en la de los hijos, de manera que aquella realidad biológica es

recogida por el ordenamiento distribuyendo derechos y obligaciones entre ellos.  
(GAMBA & Asociados)

Es de suma importancia enfatizar que en la paternidad prevalece lo biológico ante que la adopción.

La institución que en nuestra sociedad llamamos paternidad no es algo monolítico sino que puede concebirse como un conglomerado de distintas relaciones. De hecho, el haz de derechos y obligaciones que forman parte de este estatus puede desglosarse en varias ramas: por ejemplo, algunos de los deberes del padre derivan del hecho de ser el presunto progenitor del niño; otros pueden emanar de su condición de esposo de la madre; otros de asumir la responsabilidad social de su educación, y así sucesivamente. En nuestra sociedad, todos estos aspectos de la paternidad suelen ir idealmente ensamblados, pero ello no siempre ha sido así, ni mucho menos lo es en el caleidoscopio de la diversidad cultural. (PLACIDO V., 2003)

### **3.3 El derecho a la Identidad del niño**

El niño tiene derecho a la identidad, que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos. Tienen también al desarrollo integral de su personalidad (Art. 6 del Código de los Niños y Adolescentes). (LLANCARI ILLANES, 2008)

El conocimiento del origen biológico de la persona es de suma importancia dentro de los aspectos de la identidad personal; debe destacarse la importancia de que el dato biológico es la identidad estática del individuo y ésta se integra con connotaciones adquiridas por este como un ser social –identidad dinámica- es por ello que la identidad es una unidad compleja y es lo que debe preservar en el derecho en su doble aspecto. (PLACIDO V., 2003)

El derecho a la identidad personal supone para cada individuo el acceso concreto y cierto al conocimiento de su origen biológico con independencia de su filiación. (PLACIDO V., 2003)

#### **4. LEGISLACIÓN Y DECLARACIONES INTERNACIONALES SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO**

##### **4.1 Código Civil (JURISTAS EDITORES, 2009)**

- Requisitos de la adopción: Artículo 378.- Para la adopción se requiere:
  - 1.- Que el adoptante goce de solvencia moral.
  - 2.- Que la edad del adoptante sea por lo menos igual a la suma de la mayoría y la del hijo por adoptar.
  - 3.- Que cuando el adoptante sea casado concorra el asentimiento de su cónyuge.
  - 4.- Que el adoptado preste su asentimiento si es mayor de diez años.
  - 5.- Que asientan los padres del adoptado si estuviese bajo su patria potestad o bajo su curatela.
  - 6.- Que se oiga al tutor o al curador del adoptado y al consejo de familia si el adoptado es incapaz.
  - 7.- Que sea aprobada por el Juez, con excepción de lo dispuesto en las leyes especiales.
  - 8.- Que si el adoptante es extranjero y el adoptado menor de edad, aquél ratifique personalmente ante el juez su voluntad de adoptar. Se exceptúa de este requisito, si el menor se encuentra en el extranjero por motivo de salud.
  
- Irrevocabilidad de la adopción: Artículo 380.- La adopción es irrevocable.
  
- La adopción como acto puro: Artículo 381.-

La adopción no puede hacerse bajo modalidad alguna.

#### **4.2 Código de los Niños y adolescentes (JURISTAS EDITORES, 2009)**

- Interés superior del niño y del adolescente: Artículo IX.-  
En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.
- Derecho a la Identidad: Artículo 6º.-  
El niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos.
- Derecho a vivir en una familia: Artículo 8º.-  
El niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia.  
El niño y el adolescente que carecen de familia natural tienen derecho a crecer en un ambiente familiar adecuado.  
El niño y el adolescente no podrán ser separados de su familia sino por circunstancias especiales definidas en la ley y con la exclusiva finalidad de protegerlos.
- Requisitos: Artículo 117.-  
Para la Adopción de niños o de adolescentes se requiere que hayan sido declarados previamente en estado de abandono, sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos señalados en el Artículo 378 del Código Civil.
- Situaciones imprevistas: Artículo 118.-

Si ocurrieren circunstancias imprevistas que impidan culminar el trámite de adopción, la Oficina de Adopciones adoptará las medidas pertinentes teniendo en cuenta el Interés Superior del Niño y del Adolescente.

➤ Titular del proceso: Artículo 119.-

La Gerencia de Adopciones del MIMP es la institución encargada de tramitar las solicitudes de Adopción de niños o de adolescentes declarados en estado de abandono, con las excepciones señaladas en el Artículo 128 del presente Código. Sus atribuciones son indelegables, salvo lo dispuesto en la Ley.

➤ Registro Nacional de Adopciones: Artículo 120.-

La Oficina de Adopciones cuenta con un registro, en el que se inscribirán las adopciones realizadas a nivel nacional. En él deben constar, expresamente, los datos de los adoptantes: nombre, nacionalidad, domicilio, estado civil, institución extranjera que lo patrocina y los datos del niño o del adolescente.

➤ Programa de Adopción: Artículo 121.-

Por Programa de Adopción se entiende el conjunto de actividades tendentes a brindar hogar definitivo a un niño o adolescente. Comprende su recepción y cuidado, así como la selección de los eventuales adoptantes.

El niño o el adolescente ingresarán a un Programa de Adopción sólo con la autorización de la Oficina de Adopciones.

➤ Desarrollo de Programas de Adopción: Artículo 122.-

Solamente desarrollan Programas de Adopción la Oficina de Adopciones de la Gerencia de Promoción de la Niñez y la Adolescencia del PROMUDEH o las instituciones públicas debidamente autorizadas por ésta.

➤ Garantías para el niño y el adolescente: Artículo 124.-

Mientras permanezca bajo su cuidado, la institución autorizada para desarrollar Programas de Adopción garantizará plenamente los derechos de

los niños o de los adolescentes susceptibles de ser adoptados. Está prohibida la entrega de niños o de adolescentes a cualquier persona o institución sin cumplir los requisitos consagrados en la presente Ley.

➤ Declaración previa del estado de abandono: Artículo 127.-

La Adopción de niños o de adolescentes sólo procederá una vez declarada el estado de abandono, salvo los casos previstos en el Artículo 128 del presente Código.

**4.3 Ley N° 26981, Ley del Procedimiento Administrativo de Adopción de Menores de Edad Declarados Judicialmente en Abandono y su respectivo Reglamento, el Decreto Supremo N° 001-99-PROMUDEH (MINISTERIO DE LA MUJER Y POBLACIONES VULNERABLES)**

Se estableció esta ley con el objetivo de precisar los trámites de las solicitudes de adopción de menores de edad declarados en abandono judicial.

**4.4 Declaración de los Derechos del Niño 1959 (Corte Interamericana de Derechos Humanos)**

➤ Principio 6: Amor y comprensión

El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre.

**4.5 Convención sobre los Derechos del Niño 1989 (UNICEF)**

➤ Artículo 7.1



El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

➤ Artículo 8.1

Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

➤ Artículo 9

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.
2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.
3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

## **5, DERECHO COMPARADO**

### **5.1 Argentina: Caso Forneron vs República Argentina (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE ARGENTINA, 2012)**

El 16 de junio de 2000 nació M, hija de Diana Elizabeth Enríquez y del señor Fornerón. Al día siguiente la señora Enríquez entregó a su hija en guarda provisoria con fines de adopción al matrimonio B-Z, en presencia del Defensor de Pobres y Menores Suplente de la ciudad de Victoria, quien dejó constancia de ello en un acta formal.

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 en toda ocasión. Tras el nacimiento de M, y ante las dudas sobre el paradero de la niña y sobre su paternidad, 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 Fornerón no era el padre de la niña. Un mes después del nacimiento de M, Fornerón reconoció legalmente a su hija.

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 y las contradicciones en que había incurrido la madre, señalando que no se podía descartar que se hubiera cometido un delito correspondiente a la supresión y a la suposición del estado civil y de la identidad. 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 judicial de M. En el procedimiento judicial sobre la guarda, Fornerón fue llamado a comparecer ante el juez, manifestó en todo momento su oposición a la guarda y requirió que la niña le fuera entregada. Asimismo, se practicó una 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” sería sumamente dañino psicológicamente para la niña.

El 17 de mayo de 2001, el juez de primera instancia otorgó la guarda judicial de la niña al matrimonio B-Z e indicó que se podría instrumentar en un futuro un régimen de visitas para que el padre pudiera mantener contacto con la niña. Recurrió la sentencia, y esta 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 la 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 judicial incidió en la decisión de confirmar la guarda, 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 Fornerón promovió un juicio de derecho de visitas. Dos años y medio después, el juez de primera instancia de Victoria se declaró competente. 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 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 a Fornerón y al matrimonio B-Z. Las partes acordaron, entre otros, establecer un régimen de visitas de común acuerdo y en forma progresiva.

SE DECIDIÓ: por unanimidad, que el Estado de Argentina ES internacionalmente responsable por la violación de los derechos a la protección y a las garantías judiciales, a la protección a la familia, y por el incumplimiento de su obligación de adoptar disposiciones de derecho interno, en perjuicio de Leonardo Aníbal Javier Fornerón y de su hija M, así como DE los derechos del niño en perjuicio de esta última.

Previo a analizar los procesos mencionados, corresponde valorar las acciones del Estado para alcanzar una solución amistosa en el presente caso y aquellas destinadas a lograr el establecimiento de vínculos entre el señor Fornerón y su hija, las cuales incluyeron a diversas autoridades. Asimismo, el Tribunal toma nota de lo informado por el Estado sobre pronunciamientos de diversas autoridades nacionales respecto del presente caso. Entre otros, el entonces Ministro de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación sostuvo que el presente “se trata de un caso paradigmáticamente grave, con una reprochable conducta de funcionarios judiciales quien[es] en vez de proteger y reparar la violación de los derechos de una niña y su progenitor, optaron por dilatar el proceso y fabricar un contexto fáctico irreversible que luego les sirvió de fundamento para su decisión”.

Igualmente, el actual Ministro de Justicia y Derechos Humanos suscribió la postura de su antecesor y señaló: “los procesos judiciales que llevó adelante la provincia de Entre Ríos no garantizaron las normas constitucionales y los

tratados internacionales con jerarquía constitucional que otorgan derechos y garantías tanto al padre como a la niña”.

Esta Corte ha examinado 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. Asimismo, recuerda los criterios establecidos en su jurisprudencia y, entre otras consideraciones, afirma que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia. En este sentido, el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquel, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal.

La determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad, se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales, probados y no especulativos o imaginarios, en el bienestar del niño. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto de ciertos conceptos tradicionales de la familia.

En vista de la importancia de los intereses en cuestión, los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen la protección de los derechos humanos de personas menores de edad, particularmente aquellos procesos judiciales relacionados con la adopción, la guarda y la custodia de niños y niñas que se encuentran en su primera infancia, deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcionales por parte de las autoridades.

El mero transcurso del tiempo en casos de custodia de menores de edad puede constituir un factor que favorece la creación de lazos con la familia tenedora o acogedora. Por ende, la mayor dilación en los procedimientos, independientemente de cualquier decisión sobre la determinación de sus derechos, podía determinar el carácter irreversible o irremediable de la situación de hecho y volver perjudicial para los intereses de los niños y, en su caso, de los padres biológicos, cualquier decisión al respecto.

De acuerdo con lo alegado por la Comisión Interamericana y por las representantes, corresponde analizar si los procedimientos internos de guarda judicial y de régimen de visitas cumplieron con el requisito de plazo razonable de conformidad con el art. 8.1 de la Convención. El derecho de acceso a la justicia debe asegurar la determinación de los derechos de la persona en un tiempo razonable, y la falta de razonabilidad en el plazo constituye, en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales. Corresponde analizar los siguientes elementos para determinar la razonabilidad del plazo: a) complejidad del asunto; b) actividad procesal del interesado; c) conducta de las autoridades judiciales, y d) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso. 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. Incluso, dos jueces del Superior Tribunal de Entre Ríos que intervinieron en el proceso de guarda se pronunciaron sobre la dilación del proceso. Por lo tanto, esta Corte llega a la conclusión de que la duración total de los procedimientos de guarda judicial y de régimen de visitas, de más de tres y diez años, respectivamente, sobrepasaron excesivamente un plazo que pudiera considerarse razonable en los procedimientos analizados relativos a la guarda de la niña y al régimen de visitas con su padre.

Asimismo, debe examinarse si en el proceso de guarda que antecedió a la decisión de otorgar la adopción simple de la niña al matrimonio adoptante, las autoridades judiciales internas actuaron con la debida diligencia que correspondía, teniendo en cuenta la situación particular del caso, así como la obligación de proceder con especial diligencia y celeridad en los procedimientos que involucran menores de edad. A este respecto, se llega a la conclusión de 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. Entre otras consideraciones, corresponde destacar que la observancia de las disposiciones legales y la diligencia en los procedimientos judiciales son elementos fundamentales para proteger el interés superior del niño. Por otra parte, no puede invocarse el interés superior del niño para legitimar la inobservancia de requisitos legales, la demora o errores en los procedimientos judiciales.

Adicionalmente, se ha violado el derecho a un recurso efectivo, dado que los recursos judiciales interpuestos por 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, se llega a la conclusión de 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 de 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.

El derecho del niño a crecer con su familia de origen es de fundamental importancia y resulta uno de los estándares normativos más relevantes

derivados de los arts. 17 y 19 de la Convención, así como de los arts. 8, 9, 18 y 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño. De allí que el derecho a la familia de todo niño y niña es, principalmente, a su familia biológica, la cual incluye a los familiares más cercanos, la que debe brindar la protección al niño y, a su vez, debe ser objeto primordial de medidas de protección por parte del Estado. En consecuencia, a falta de uno de los padres, las autoridades judiciales se encuentran en la obligación de buscar al padre o madre u otros familiares biológicos.

Finalmente, esta Corte llega a la conclusión de que Argentina no cumplió con su obligación de adoptar disposiciones de derecho interno al no tipificar la “venta” de un niño o niña. De la lectura conjunta del art. 19 de la Convención y 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño, surge que esta última norma precisa y determina el contenido de algunas de las “medidas de protección” aludidas en el art. 19 de la Convención, entre otras, la obligación de adoptar todas las medidas de carácter nacional necesarias para impedir la “venta” de niños cualquiera sea su fin o forma. La sanción penal es una de las vías idóneas para proteger determinados bienes jurídicos, y la entrega de un niño o niña a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución afecta claramente bienes jurídicos fundamentales tales como su libertad, su integridad personal y su dignidad, resultando uno de los ataques más graves contra un niño o niña, respecto de los cuales los adultos aprovechan su condición de vulnerabilidad. Al momento de los hechos, el Estado no impedía penalmente la entrega de un niño o niña a cambio de dinero. La “venta” de un niño o niña no estaba impedida o prohibida penalmente sino que se sancionaban otros supuestos de hecho, como por ejemplo, el ocultamiento o supresión de la filiación. Dicha prohibición no satisface lo establecido por el art. 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño de adoptar todas las medidas necesarias para impedir la “venta” de niños cualquiera sea su forma o fin. La obligación de adoptar todas las medidas para impedir toda “venta”, incluyendo su prohibición penal, se encontraba vigente



desde el momento en que Argentina ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño en 1990.

Con base en lo anterior, se llega a la conclusión de que:

1. El Estado es responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial consagrados en los arts 8.1 y 25.1 de la Convención, en relación con los arts 1.1 y 17.1 de la misma, en perjuicio de Fornerón y de su hija M, así como en relación con el art. 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 art. 17.1 de la Convención, en relación con los arts. 1.1, 8.1 y 25.1 de la misma, en perjuicio de Fornerón y de su hija M, así como en relación con el art. 19 del mismo instrumento en perjuicio de esta última.

3. El Estado incumplió su obligación de adoptar disposiciones de derecho interno, establecida en el art. 2 de la Convención, en relación con los arts. 19, 8.1, 25.1 y 1.1 de la misma, en perjuicio de la niña M y de Fornerón.

En consecuencia, se dispone que esta sentencia constituye una forma de reparación y, adicionalmente, se ordena como medidas de reparación que el Estado: a) establezca de manera inmediata un procedimiento orientado a la efectiva vinculación entre Fornerón y su hija M; b) verifique la conformidad a derecho de la conducta de determinados funcionarios que intervinieron en los distintos procesos internos y, en su caso, establezca las responsabilidades que correspondan; c) adopte las medidas que sean necesarias para tipificar la venta de niños y niñas; d) implemente 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) publique, 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) pague 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.

Esta Corte Interamericana de Derechos Humanos supervisará el cumplimiento íntegro de la sentencia y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

### **III. RESULTADOS**

#### **1. ENTREVISTA**

- 1. ¿Considera Ud. Que debe prevalecer la filiación biológica frente a la irrevocabilidad de un niño que ha sido declarado en estado de abandono?**

A pesar de que el menor ha sido abandonado por sus padres y, al ser adoptados, esa resolución ya es irrevocable según el código civil, pero si debería prevalecer la filiación biológica antes que la adopción de un niño, por el derecho que tiene el menor a vivir en familia, a conocer quién es su verdadero padre,

Antes que los padres adoptivos, los niños siempre prefieren vivir con sus padres biológicos.

Esto se puede dar solo si se modifica el artículo pertinente del Código Civil, para que se revoque la adopción y así pueda prevalecer la filiación biológica

- 2. ¿Considera Ud. Que el desconocimiento del padre biológico sería un supuesto para que se deje sin efecto la adopción de un niño que ha sido declarado en estado de abandono?**

En los casos que usted me especifica, si podría dejarse sin efecto la adopción de un niño que ha sido dado en abandono, porque se le está vulnerando su derecho a ser debidamente notificado, a pesar de que se notificó por edictos, debido que no tuvo conocimiento de dichos edictos.

Para que el padre biológico se le haga prevalecer su derecho de padre y recuperar a su hijo, tendría que alegar que se le ha vulnerado, accionando ante el Juez Civil con una acción de amparo.

**3. ¿Considera Ud. Que la adopción de menores que han sido declarados en estado de abandono es una situación inamovible?**

La adopción de menores no es una situación inamovible, el código civil del 1984, especificaba que se podía revocar por el adoptado o adoptante, por lo tanto se puede modificar el artículo y revocar la adopción.

**2. CASO FORNERON E HIJA VS REPÚBLICA ARGENTINA**

Este caso trata de una denuncia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte del Sr. Leonardo Forneron (denunciante) contra el Estado de República de Argentina, en el cual el denunciante alega que el estado le impidió criar y educar a su hija biológica, ignorando su derecho como padre, así como, el interés superior de la niña, ya que, manifestó en todos los procedimientos su oposición al cuidador; también alega que el Estado es responsable por no haber investigado las situaciones en que se concedió a su hija al cuidador.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos resuelve el caso concluyendo que el Estado de Argentina violó su derecho de protección a la familia y el deber de adoptar normas de derecho interno, ambas consagradas en el artículo 02° y 17° de la Convención Americana relacionados con los artículos 19° y 1.1° de dicha Convención y 19° de la convención de los derechos del niño, que a continuación son detallados

- ✓ Art. 17° de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos; el cual especifica que la familia es el elemento principal de la sociedad, que debe ser amparada por la sociedad y en especial por el Estado.
- ✓ Art. 19° de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos; el cual especifica que todo niño tiene derecho a normas de protección por parte de sus padres, la sociedad y el Estado.
- ✓ Art. 19° de la Convención de los derechos del Niño; que se resume en el derecho del niño a perpetuar con su familia biológica, a menos que sea opuesto al interés superior del niño, y si es indispensable separar al niño de su familia, así mismo se deberán aplicar mecanismos equitativos, en los que se respeten las garantías del debido proceso.

En base a estos artículos es que la Comisión Interamericano de Derechos Humanos señala:

- El niño tiene derecho a vivir con su familia, llamado a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. Asimismo establece que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia. (CORTE INTEROAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2010)
- En cuanto al carácter de excepcionalidad, la corte ha señalado que la carencia de recursos materiales no puede ser el único fundamento para una decisión judicial o administrativa que suponga la separación del niño con respecto a su familia. (CORTE INTEROAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2010)
- Lo analizado por la Comisión Interamericana en los artículos 17 y 19 de la Convención Americana, significa que los niños tienen el derecho a vivir con su

familia biológica. El concepto de familia no está reducida únicamente al matrimonio. Así, el derecho de un padre o madre y su hijo de vivir juntos es un elemento fundamental de la vida familiar, aunque la relación entre padres se haya roto, y las medidas internas que lo impiden constituyen una injerencia en este derecho protegido por el artículo 17. (CORTE INTEROAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2010)

- En caso de producirse una separación de un niño respecto de su núcleo familiar, el Estado debe procurar preservar ese vínculo interviniendo temporalmente y orientando su accionar a la reincorporación a su familia y a su comunidad siempre que eso no sea contrario a su interés superior. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido muy clara al establecer que en estas situaciones, los niños deben ser devueltos a sus padres tan pronto lo permitan las circunstancias. (CORTE INTEROAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2010)
  
- El Estado Argentino no ha tomado las medidas necesarias para implementar un régimen de visitas oportuno, la hija, ha sido privada de su derecho de acceder a diversos aspectos de su identidad, a contar con información significativa para su desarrollo y desarrollar vínculos con su familia biológica. (CORTE INTEROAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2010)

#### IV. DISCUSIÓN

HIPOTESIS	BASES DE CONTRASTE	RESULTADOS
<p>Si se debe dejar sin efecto la adopción de un niño que ha sido declarado en estado de abandono cuando el padre biológico reclame la eficacia de la paternidad sobre la misma, a fin de prevalecer la filiación biológica entre padre e hijo.</p>	<p>- Derecho Comparado: Caso Forneron e hija vs República Argentina.</p> <p>- Entrevista: Fiscales de Familia, Jueces de Familia y Abogado de la oficina de adopciones.</p>	<p>La filiación biológica entre padre e hijo debe prevalecer ante la adopción de un niño en estado de abandono, teniendo en cuenta que, el menor tiene derecho a conocer su verdadera identidad, a vivir con su familia biológica y a ser cuidados por ellos, los cuales son derechos inherentes al ser humano que constituye un derecho no solo constitucional, sino también un convenio internacional.</p> <p>El niño tiene derecho a vivir con su familia, es decir satisfacer sus necesidades materiales, psicológicas y afectivas. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que en estos casos, los niños deben ser restituidos a sus padres tan pronto lo permitan las circunstancias.</p> <p>Por lo expuesto concluyo que, se pueda revocar la adopción de niños en situación de abandono cuando ello es solicitado por el padre biológico cuando éste no tiene el conocimiento de que ha sido notificado, ya sea porque estuvo de viaje o porque desconoce que se notifica por edictos.</p>

## V. **CONCLUSIONES**

1. Si bien la adopción de menores en estado de abandono es irrevocable, según el artículo 380 del actual Código Civil, no implica que la adopción de menores en estado de abandono sea una situación inamovible; por cuanto el anterior Código Civil de 1936 ya especificaba la revocatoria para ciertos casos, el cual podía ser solicitado tanto por el adoptado como por el adoptante.
  
2. El padre biológico para reclamar la eficacia de la paternidad se puede amparar en los siguientes supuestos a fin de que se revoque la adopción de menores en estado de abandono:
  - El desconocimiento del proceso de abandono del hijo por haberse encontrado en el extranjero.
  - El desconocimiento de que la ley establece que se notifique por edictos, el proceso de abandono de un menor.
  - Haber reconocido a su hijo antes del proceso de adopción y por motivos que el juez valorara en su oportunidad, se enteró del suceso después de que su hijo ha sido adoptado.
  
3. La revocatoria de la adopción es un proceso de Acción de Amparo que se reclama en la Vía Civil, porque se está vulnerando no solo el derecho del padre biológico a ser debidamente notificado, también se vulnera el Derecho del menor adoptado de acceder a diversos aspectos de su Identidad que tiene desde que nace y el Derecho a vivir y desarrollar vínculos con su familia biológica.



## **VI. RECOMENDACIONES**

- Recomendar al Estado acoger las medidas legislativas o de otro carácter necesario para prevenir que se vulnere los derechos del niño a su identidad y a vivir en familia biológica y sobre todo el interés superior del niño.
- Que los Jurisdiccionales en todo momento del proceso tengan en cuenta el derecho que tiene el menor adoptado a vivir con su familia biológica y a conocer su verdadera identidad, la cual está por encima del derecho de los padres a respetar su intimidad, y en caso de confrontación entre estos derechos el primero debe predominar.
- Durante el proceso el Estado debe tomar las decisiones necesarias para implementar un régimen de visitas adecuado, entre el padre biológico y su hijo, y no sean privados de su derecho de acceder a diferentes matices de su identidad, a contar con la comunicación e información necesaria para su progreso y crear lazos con su familia biológica.

## VII. **REFERENCIAS**

### **7.2 Bibliografías**

- PERALTA ANDÍA, Javier Rolando. (2002). Derecho de Familia en el Código civil. Cuarta Edición. Editorial Moreno S.A. Lima – Perú.
  
- CHUNGA LAMONJA, Fermín. (2002). Derecho de Menores. Editorial Grijley.  
  
Lima – Perú.
  
- CORNEJO CHÁVEZ, Hector. (1999). Derecho de familia peruano. Gaceta editores. Lima – Perú.
  
- TRONCOSO LARRONDE, Hernán. (2007). Derecho de Familia. Editorial Lexis Nexis. 10ma edición. Chile.
  
- BAUTISTA TOMÁ, Pedro y otros. (2008). Manual de Derecho de Familia.  
  
Ediciones Jurídicas. Lima – Perú.
  
- GALLEGOS CANALES, Yolanda y otros. (2009). Manual de Derecho de Familia. Jurista Editores. Lima – Perú.
  
- VASQUEZ GARCÍA, Yolanda. (1998). Derecho de Familia, tomo I. Huallaga Editorial.
  
- MALQUI REYNOSO, Max. (2001). Derecho de Familia. Editorial San Marcos. Lima – Perú.

- PLACIDO V. Alex. (2003). Filiación y Patria potestad. Gaceta Jurídica. Lima – Perú.

### **7.3 Linkografías**

- <http://www.cidh.org/demandas/12.584Esp.pdf>
- [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_242\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf)
- <http://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/derecho/article/viewFile/10187/8929>
- <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/876/20.pdf>
- [https://www.azdes.gov/InternetFiles/Pamphlets/pdf/CSE-1043APAMPD\\_spanish.pdf](https://www.azdes.gov/InternetFiles/Pamphlets/pdf/CSE-1043APAMPD_spanish.pdf)

## **7.4 ANEXOS**

### **INFORME No. 83/10 CASO 12.584**

#### **FONDO MILAGROS FORNERÓN Y LEONARDO ANÍBAL JAVIER FORNERÓN VS ARGENTINA (13 de julio de 2010)**

#### **I. RESUMEN**

1. El 14 de octubre de 2004 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Comisión Interamericana", "la Comisión" o "la CIDH") recibió una denuncia presentada por Leonardo Aníbal Javier Fornerón y Margarita Rosa Nicoliche, representante legal del Centro de Estudios Sociales y Políticos para el Desarrollo Humano (CESPPEDH), con la representación jurídica de Susana Ana María Terenzi y de Alberto Pedroncini, Presidente de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (APDH),

(en adelante "los peticionarios") a la que se le asignó el número 1070-04.

2. En la denuncia se alegó la responsabilidad internacional de la República Argentina (en adelante "el Estado argentino" o "el Estado") por impedirle a Leonardo Javier Fornerón cuidar y criar a su hija, Milagros, quien nació el 16 de junio de 2000 en la ciudad de Victoria de la Provincia de Entre Ríos, ignorando sus derechos como padre, así como el interés superior de la niña. Alegan también que el Estado es responsable por no haber investigado las circunstancias en que se entregó a Milagros en guarda, que supuestamente configurarían un acto de tráfico de niños. Los peticionarios alegan que los hechos denunciados configuran la violación de varios derechos consagrados en la Convención

Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "la Convención Americana" o "la Convención"): a las garantías judiciales (artículo 8); a la protección a la familia (artículo 17); del niño (artículo 19); y a la protección judicial (artículo 25), todo ello en violación del deber general de respetar y garantizar los derechos (artículo 1.1), en perjuicio de las presuntas víctimas.

3. El Estado argumenta por su parte, que Leonardo Fornerón tuvo pleno acceso a recursos judiciales efectivos, tanto en el fuero civil como en el penal, y que si bien nunca ha desistido de peticionar la restitución de su hija Milagros ante las autoridades judiciales correspondientes, su actividad procesal ha presentado períodos de inactividad no imputables a la jurisdicción local. Sostiene que Leonardo Fornerón omitió agotar el mecanismo adicional de un recurso extraordinario a nivel federal en el proceso penal, así como queja directa ante la Corte Suprema de Justicia dentro del juicio seguido con relación a la guarda judicial.

4. El Estado manifestó en diversas ocasiones su voluntad de arribar a una solución amistosa, sin embargo, en el proceso iniciado no se produjo un acuerdo y los peticionarios se retiraron del mismo. Por otra parte, el Estado no presentó observaciones sobre el fondo con respecto a la denuncia sobre las violaciones a los derechos de Milagros y Leonardo Fornerón.

5. En el Informe No. 117/06, aprobado el 26 de octubre de 2006, la Comisión concluyó que la petición 1070-04 era admisible, en cuanto “los peticionarios han formulado denuncias que, si son compatibles con otros requisitos y se prueban como ciertas, podrían tender a probar la violación de derechos que gozan de protección conforme a la Convención Americana; más específicamente de los previstos en los artículos 8 (derecho a las garantías judiciales), 17 (protección a la familia), 19 (derechos del niño), 25 (derecho a la protección judicial) y 1(1) (obligación de respetar y garantizar derechos).

6. En virtud de las consideraciones de hecho y derecho expuestas a lo largo del presente informe, la Comisión Interamericana, durante su 139 Período Ordinario de Sesiones, concluye que el Estado de Argentina violó el derecho de Leonardo Fornerón y de Milagros Fornerón a un debido proceso, a las garantías judiciales y a su derecho a la protección a la familia consagrados en los artículos 8(1), 25(1) y 17 de la Convención Americana en relación con los artículos 19 y 1(1) del mismo instrumento. La Comisión concluye asimismo, *iura novit curia*, que el Estado argentino violó el artículo 2 en relación con el artículo 1(1) y 19 de la Convención Americana.

## **II. TRÁMITE POSTERIOR A LOS INFORMES DE ADMISIBILIDAD No. 117/06**

7. El 26 de octubre de 2006 la CIDH aprobó el Informe No. 117/06, con el que declaró la admisibilidad de la petición 1070-04 referente a Milagros Fornerón y Leonardo Aníbal Javier Fornerón. De conformidad con lo previsto en el antiguo artículo 37.2 de su Reglamento, se le asignó a la petición el número de Caso 12.584. La decisión fue comunicada a las partes por nota de 3 de noviembre de 2006, con la cual se dio inicio al plazo de dos meses para que los peticionarios presentaran sus observaciones sobre el fondo del caso. En la misma oportunidad, la CIDH se puso a disposición de las partes a fin de llegar a una solución amistosa del asunto, conforme al artículo 48.1. f de la Convención Americana.

8. Los peticionarios presentan un escrito el 13 de noviembre de 2006, por el cual solicitan medidas cautelares a la CIDH, con el fin de impedir la salida del país de Milagros Fornerón. La CIDH informó al peticionario que tras analizar la información proporcionada, no se advirtieron hechos que varíen la esencia lo analizado con anterioridad<sup>2</sup>, por lo cual dedujo que no existían bases para la invocación de dicho mecanismo. El 21 de noviembre del mismo año, los peticionarios informaron a la CIDH su disposición de iniciar un proceso de solución amistosa.

9. El 22 de diciembre de 2006, los peticionarios presentan sus observaciones sobre el fondo, escrito que fue debidamente trasladado al Estado. Luego de una prórroga de un mes, el 22 de mayo de 2007, el Estado informa que acepta la propuesta de la CIDH de iniciar un espacio de dialogo tendiente a explorar la posibilidad de una solución amistosa en el caso.

10. Los peticionarios presentan observaciones adicionales el 22 de mayo, 8 de junio, 25 de septiembre, 19 de octubre, 29 de octubre (escrito en el que se solicitan medidas cautelares a la CIDH) y 4 de diciembre de 2007, las que fueron debidamente trasladadas al Estado. La CIDH resuelve el 30 de enero de 2008 la solicitud de medidas

---

<sup>2</sup> Los peticionarios solicitaron medidas cautelares el 18 de marzo de 2005. La Comisión informa a los peticionarios el 3 de mayo de 2005 que decidió por el momento no otorgar la medida puesto que de la información recibida no se deduce que existan bases para la invocación del mecanismo de medidas cautelares. Los peticionarios solicitan nuevamente medidas cautelares el 9 de junio de 2005 y la CIDH reitera que de la información recibida no se deduce que existan bases para el otorgamiento de medidas cautelares.

cautelares, comunicando a los peticionarios que de la información reseñada no se deduce que existan bases para la invocación del mecanismo de medidas cautelares.

**11.** El 8 de octubre de 2008, los peticionarios informan a la CIDH su decisión de dar por terminado el proceso de solución amistosa. Presentaron información adicional sobre el fondo el 10 de octubre, 28 de noviembre y 10 de diciembre de 2008, el 18 de abril y el 5 de octubre de 2009, las cuales fueron debidamente trasladadas al Estado.

**12.** El Estado por su parte, presentó observaciones el 19 de diciembre de 2008 y el 10 y 15 de julio de 2009, las que fueron debidamente trasladadas a los peticionarios.

### **III. POSICIONES DE LAS PARTES**

#### **A. Posición de los peticionarios**

**13.** Según el relato de los peticionarios, Milagros, hija de Diana Elizabeth Enríquez y de Leonardo Aníbal Javier Fornerón, nació el 16 de junio de 2000 en la ciudad de Victoria, provincia de Entre Ríos. El Sr. Fornerón habría tomado conocimiento de su nacimiento recién el 3 de julio de 2000. Por tal motivo, se presentó el 4 de julio de 2000 ante la Defensoría de Pobres y Menores de Victoria, donde manifestó su intención de reconocer a la niña. Aclaran que el señor Fornerón reside en la ciudad de Rosario de Tala, que se encuentra aproximadamente a 100 kilómetros de distancia de la ciudad de Victoria, por lo cual se explicaría el retraso de días en conocer la existencia y paradero de la niña. El 18 de julio de 2000 Leonardo Aníbal Javier Fornerón reconoció formalmente a Milagros ante el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la ciudad de Victoria, provincia de Entre Ríos.

**14.** Los peticionarios informan que el 17 de junio de 2000, un día después de su nacimiento, Diana Elizabeth otorgó un acta ante la Defensoría de Pobres y Menores de Victoria, manifestando su voluntad de entregar a su hija en guarda con fines de adopción plena a Luis Alberto Bassi y Vanessa Roxana Zucchi. Agregan que al enterarse de ello, Leonardo Aníbal Javier Fornerón denunció la posible comisión del delito de supresión de estado civil, iniciándose el 11 de julio de 2000 la causa caratulada "Agente Fiscal solicita medidas previas. Posible comisión de supresión del estado civil". Los peticionarios afirman que los elementos de prueba permitieron al fiscal de la causa considerar que habría existido presuntamente una maniobra de compra-venta de bebé, pese a lo cual el juez resolvió archivar las actuaciones, por considerar la conducta no estaba tipificada en la legislación argentina.

**15.** Indican que, en contra de dicha resolución, el 10 de agosto de 2000, el fiscal interpuso recurso de apelación y el 12 de septiembre de 2000, la Cámara en lo Criminal de Gualaguey, de la provincia de Entre Ríos, resolvió revocar el auto apelado y ordenó al juez actuante continuar con la actividad instructora. Al respecto, alegan que no obstante el fiscal presentó suficientes pruebas para acreditar un posible tráfico de menor, el juez de la causa determinó el archivo de las actuaciones el 31 de enero de 2001, por no encuadrar el hecho en figura penal alguna, bajo el argumento de que el tráfico de bebés no se encuentra tipificado en el Código Penal, pudiendo ser sancionado únicamente como un atentado al estado civil e identidad de las personas, siempre y cuando se cambie su filiación por otra. Esta resolución fue apelada por el Agente Fiscal Suplente, recurso que fue rechazado por la Cámara en lo Criminal de Gualaguey el 26 de abril de 2004.

**16.** Los peticionarios alegan que este proceso evidencia una conducta violatoria de los derechos de la Convención Americana reconocidos en los artículos 8, 17 incisos 1 y 4, 19 y 25 y de la Convención sobre Derechos del Niño en los artículos 5, 7, 9, 16, 18 y 21, en perjuicio de Leonardo Fornerón y su hija Milagros. Lo anterior por cuanto alegan

que en el proceso se pudo acreditar la existencia de un hecho de tráfico de niños, en cuanto la madre de Milagros fue a un hospital privado fuera de sus condiciones económicas, a más de 100 kilómetros de su domicilio y que contactó antes del nacimiento a un Defensor de Pobres y Menores, quien un sábado acudió a la clínica para hacer efectiva la guarda, aun antes de haberse inscrito la niña en el Registro Civil. Agregan que se acreditó la existencia de terceras personas en la operación, quienes habrían cometido otros actos de tráfico de niños. Asimismo, habría quedado acreditado en el expediente que la madre habría intentado ocultarle la paternidad de Milagros al Sr. Fornerón, así como su nacimiento. Los peticionarios alegan que pese a todos estos antecedentes, el juez de la causa decidió archivar el proceso, sin realizar las diligencias mínimas para una debida investigación de los hechos. Lo anterior se presenta como un hecho especialmente grave, puesto que los peticionarios alegan que existen serios indicios que, al menos en la Provincia de Entre Ríos, existe un patrón de tráfico de niños. Esta obligación de investigar, procesar y sancionar a quienes resulten responsables, agregan, recae sobre el Estado, quien debe impulsar de manera seria y ágil el proceso, y no sobre la víctima, especialmente si se trata, como en este caso, de una persona con escasos recursos económicos.

**17.** Los peticionarios agregan que en Argentina existe una situación grave de tráfico de niños, especialmente en la región norte del país, pese a lo cual no hay estadísticas ni informes oficiales.

**18.** Por otra parte, los peticionarios sostienen que debido al deseo y necesidad de conocer y criar a su hija, el señor Fornerón ha participado en la causa caratulada "Enríquez Milagros s/Guarda Judicial", manifestando por primera vez su oposición a la guarda provisional y la restitución de la niña el 18 de octubre de 2000. Dentro de dicha causa, la madre biológica negó que Leonardo Aníbal Javier Fornerón fuera el padre de Milagros, por tanto el 14 de noviembre de 2000, éste se sometió a una prueba de ADN, cuyo resultado, obtenido el 11 de diciembre de 2000, arrojó una probabilidad de su paternidad respecto de Milagros del 99.9992%. Alegan los peticionarios que no obstante ello y sin tener en cuenta que la niña debía estar con su familia biológica, que la reclamaba, el 17 de mayo de 2001, el juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de Victoria determinó otorgar su guarda al matrimonio que la tenía bajo su cuidado por un año.

**19.** Los peticionarios refieren que esta sentencia viola los derechos que como padre biológico corresponden a Leonardo Aníbal Javier Fornerón, pues fundamenta su decisión en que entre él y Diana Elizabeth Enríquez no existió un noviazgo formal y que por lo tanto el fruto de esa relación, Milagros, no fue el resultado del amor o del deseo de formar una familia, así como que el señor Fornerón no conocía a la menor y no se encontraría casado, por lo que a Milagros le faltaría la presencia materna. Agregan que se fundamenta la sentencia también en un estudio socio económico de los guardadores que arroja que ellos tienen una buena situación económica y en la voluntad de la madre por sobre la del padre. Los peticionarios consideran que dichas motivaciones son discriminatorias y no respetan el interés superior de la niña, que sería conocer y crecer dentro del entorno de su familia biológica, aunque ésta sea pobre y aunque el padre sea soltero.

**20.** Los peticionarios refieren que el 18 de mayo de 2001, el señor Fornerón apeló la sentencia de primera instancia, la cual fue revocada el 10 de junio de 2003 por la Sala Primera de la Cámara Segunda de Apelaciones de Paraná, capital de la provincia de Entre Ríos, por considerar necesario respetar esencialmente la dignidad de la persona

de Milagros, su libertad de estar con su familia de origen y su identidad biológica, determinando, en consecuencia, dejar sin efecto la guarda dispuesta por el juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de Victoria y la restitución a su padre. No obstante, los guardadores y el Defensor de los Derechos de Pobres y Menores interpusieron, el 27 y 30 de junio de 2003, respectivamente, recursos de inaplicabilidad de ley, mismos que fueron declarados procedentes, manteniendo la resolución de primera instancia. El 2 de abril de 2004, la Sala Civil del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos determinó denegar el recurso de apelación extraordinaria federal interpuesto por el señor Fornerón.

**21.** Los peticionarios alegan que la demora que existió dentro del procedimiento de guarda judicial fue un factor determinante que perjudicó a Leonardo Aníbal Javier Fornerón, en sus derechos de padre, pues perdió los primeros años de vida de Milagros y ello ocasionó que la misma creara vínculos emocionales con los guardadores, en lugar de crearlos con su familia biológica.

**22.** Señalan que toda vez que la sentencia de primera instancia indicó la posibilidad de un régimen de visitas para Leonardo Aníbal Javier Fornerón, éste interpuso un juicio de derecho de visitas el 15 de noviembre de 2001. Sin embargo, alegan que por maniobras dilatorias del Juzgado, recién el 14 de febrero de 2003 se realizó una audiencia donde las partes acordaron iniciar un proceso de conocimiento mutuo, procedimiento que sólo contó con un encuentro, sin la presencia de la niña. Por esta razón, el 25 de noviembre de 2003, el señor Fornerón nuevamente solicitó que se implementara un régimen de visitas, esta vez ante el Juez en lo Civil y Comercial de la ciudad de Victoria. Alegan que desde el inicio del juicio existió un retardo procesal, no imputable a Leonardo Fornerón, por cuestiones de competencia jurisdiccional. Aclaran que finalmente, el 8 de abril de 2005 se fijó nueva audiencia para el 29 de abril de 2005, citándose a los guardadores conjuntamente con Milagros; en esa fecha, el matrimonio omitió nuevamente llevar a la niña. Denuncian que el juez no tomó ninguna medida por la desobediencia de los guardadores de presentar a la niña. Agregan que el conjunto de maniobras dilatorias y la evidente intencionalidad de impedir el contacto hacen que el Sr. Fornerón propusiera como perito y asesor al Dr. Rubén Daniel Efron para que interviniera en el proceso de vinculación entre Milagros y su padre. Además, el Sr. Fornerón habría solicitado la unificación de los tres expedientes para evitar la dilatación de los plazos, pero ésta fue denegada. Agregan que recién el 21 de octubre de 2005, se habría llevado a cabo el primer y único encuentro entre Leonardo Aníbal Javier Fornerón y su hija Milagros, ante la presencia de una psicóloga asignada por el juez, por un lapso de 45 minutos, en un restaurante. Los peticionarios informan que durante el encuentro el Sr. Fornerón pudo constatar que Milagros no sabía que él era su padre biológico. Después del encuentro, el señor Fornerón presentó un escrito ante el juez solicitando nuevamente que se dictara sentencia sobre el régimen de visitas. Aclaran que el juez en ese momento ordenó el traslado de la demanda a los guardadores.

**23.** Los peticionarios afirman que la negativa por parte del juez de emitir una resolución con respecto al régimen de visitas hasta hoy, ha impedido injustificadamente al señor Fornerón conocer a su hija Milagros, negándole, con ello, el ejercicio de su derecho a la familia. Los peticionarios consideran que habría un retraso injustificado en la causa y una responsabilidad por parte del juez, al no haber interpuesto sanción alguna a los guardianes al haber dejado de asistir a las audiencias que se señalaron para el acercamiento entre Leonardo Aníbal Javier Fornerón y su hija, todo lo cual configuraría una violación a los derechos reconocidos en los artículos 1, 8 inciso 1, 17



incisos 1 y 4, 19 y 25 de la Convención Americana y de la Convención sobre Derechos del Niño en los artículos 2, 3, 5, 7, 8, 9, 16, 18 y 21, en perjuicio de Leonardo Fornerón y su hija Milagros.

**24.** Por otra parte, los peticionarios afirman que Leonardo Aníbal Javier Fornerón se habría enterado el 10 de marzo de 2005 de la existencia del juicio de adopción plena, iniciado el 1 de agosto de 2000 por los guardadores de Milagros, por medio de una citación a comparecer ante el juez de la causa el 9 de abril de 2005. Informan que el señor Fornerón compareció y manifestó su oposición a que se concediera la adopción, pese a lo cual, el 23 de diciembre de 2005 se habría otorgado la adopción simple de Milagros al matrimonio guardián de la misma, ordenando que fuera cambiado su apellido por el de los guardadores, consolidando la violación de los derechos humanos de Milagros y Leonardo Fornerón. Alegan que la institución de la adopción tiende principalmente a la protección de los niños abandonados o que por diferentes motivos sociales, culturales, económicos, de orfandad necesitan de una familia no biológica. Agregan que esta no fue nunca la situación de Milagros. Asimismo, se habría violado el artículo 325 inciso e) de la legislación sobre adopción argentina que requiere la voluntad del padre para poder entregar a su hija en adopción.

**25.** Los peticionarios señalan que el 17 de octubre de 2005 se inició un expediente caratulado Enriquez Diana Elizabeth sobre su denuncia ante el Juzgado de la ciudad de Victoria, que es continuado en la ciudad de Rosario de Tala. En dicha denuncia se habría reclamado por presiones que la Sra. Enríquez habría sufrido por la abogada del Sr. Fornerón durante una entrevista que celebraron. Denuncian que dentro de este expediente, existen nuevas evidencias de tráfico de niños que no han sido tomadas en consideración por la justicia argentina. Entre ellas, una declaración de Diana Enríquez que acredita el pago del pasaje y de la clínica para el nacimiento de Milagros. Por su parte, una amiga y vecina de la Sra. Enríquez y de Leonardo Fornerón, Olga Acevedo, declaró que Diana le comentó que consideraba que podía ser perjudicada si se retractaba de la adopción porque los guardadores tenían unos documentos firmados por ella.

**26.** Alegan que en todos los procesos ha existido una discriminación evidente basada en la dispar situación económica de las partes. Asimismo, agregan que la demora judicial ha consolidado un hecho que nació de un acto “teñido de ilegalidad e

ilegitimidad manifiesta.” **27.** Los peticionarios solicitan que la CIDH declare que en el presente caso el Estado Argentino ha violado los derechos humanos reconocidos por la Convención Americana en los artículos 1, 8, 17, 19, 25 en concordancia con los derechos reconocidos por la Convención de los Derechos del Niño, en su preámbulo, y artículos 2, 3, 5, 7, 8, 9, 16, 18 y 21. Asimismo, solicitan que como medidas de reparación en el presente caso, “el Estado restituya a la niña a su padre y a su familia; se repare económicamente el daño que se ha causado; se sancione a los operadores judiciales intervinientes; se reforme la legislación de tal manera de impedir que estos hechos se repitan; la creación de políticas públicas para erradicar el tráfico de niños y niñas; la creación de políticas públicas de asistencia a mujeres embarazadas y madres en situación de pobreza; la incorporación de planes de capacitación para operadores judiciales y no judiciales, con especificidad en el interés superior del niño, derecho a la identidad y tráfico de niños y niñas; la incorporación en los planes de estudio en todos los niveles educativos-nacionales y provinciales del interés superior del niño y el derecho a la identidad y medidas de acción positiva para que las provincias adhieran al Registro Único de Adoptantes...” . **B. Posición del Estado**

**28.** En sus escritos, el Estado señala que con relación a la situación de la niña Milagros, surgieron los siguientes expedientes judiciales:

**29.** Respecto a la causa caratulada "Agente Fiscal solicita medidas previas. Posible comisión de supresión de estado civil", el Estado indica que ésta se inició por solicitud del Sr. Fornerón ante la Defensoría de Pobres y Menores de la ciudad de Rosario de Tala, quien el 3 de julio de 2000 se presentó junto a Diana Enríquez a manifestar su intención de reconocer la paternidad de Milagros. La Sra. Enríquez en dicha oportunidad manifiesta que la niña no es hija del Sr. Fornerón y que se encuentra en la ciudad de Baradero con una tía. El 4 de julio, el Sr. Fornerón hace una presentación por escrito en la misma Defensoría, expresando su preocupación por todo lo que se refiere a la niña y solicita que se intime a Enríquez a informar de su paradero. El 5 de julio de 2000, Diana Enríquez concurre nuevamente a la Defensoría y cambia su declaración, informando que la niña nació en la ciudad de Victoria y que la entregó en guarda para futura adopción a un matrimonio conocido. Reitera que el Sr. Fornerón no es el padre de su hija y se niega a que la reconozca. Ante estos hechos, el Agente Fiscal Suplente, se presenta ante el Juzgado de Instrucción de Rosario de Tala solicitando la adopción de medidas previas tendientes a verificar la verosimilitud de los hechos antes mencionados, bajo la presunción de la comisión de un delito de los previstos en el Título 4, Capítulo 2 del Código Penal (supresión y suposición del estado civil y de la identidad). El 18 de julio de 2000, el Sr. Fornerón reconoció a Milagros en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la ciudad de Victoria. El 4 de agosto del mismo año, el juez de instrucción del Juzgado de Rosario de Tala resolvió archivar las actuaciones "por no encuadrar los hechos imputados en figura penal alguna." El Agente Fiscal interpuso un recurso de apelación el 10 de agosto de 2000. El 12 de septiembre, la Cuarta Cámara del Crimen de la ciudad de Gualeguay resolvió revocar el auto apelado y continuar con la investigación. Sin embargo, luego de algunas actuaciones, el 31 de enero de 2001 el juez de instrucción consideró que no existía elemento delictivo alguno en la conducta de Diana Elizabeth Enríquez, consistente en viajar a la ciudad de Victoria, internarse en un establecimiento de salud privado, dar a luz e inscribir a la criatura como propia, entregarla en guarda preadoptiva a un matrimonio, manifestando su voluntad ante funcionario judicial. El Estado añade que el juez de instrucción desechó igualmente que Leonardo Aníbal Javier Fornerón o bien la niña Milagros, hayan sido víctimas de conducta delictiva alguna.

**30.** El Estado afirma que no obstante el 5 de febrero de 2001, el fiscal interpuso nuevamente recurso de apelación y que la Cámara del Crimen de la ciudad de Gualeguay resolvió rechazarlo. Agrega que no consta en actuaciones ni que se haya intentado controvertir dicho pronunciamiento mediante la interposición del recurso extraordinario federal, ni que Leonardo Aníbal Javier Fornerón haya adoptado un rol procesal en el marco de la causa más allá de la mera denuncia.

**31.** Con relación a la causa caratulada "Enríquez Milagros s/ Guarda Judicial", el Estado relata que el 1º de agosto de 2000, el matrimonio que tendría la guarda provisional de Milagros se presentó ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de la ciudad de Victoria, solicitando el otorgamiento de la guarda judicial de Milagros. El 18 de octubre de 2000, Leonardo Aníbal Javier Fornerón solicitó a dicho juzgado la interrupción de la guarda y la restitución de la niña, lo cual reiteró el 14 de febrero de 2001, después de obtener los resultados de la prueba de A.D.N. El Estado afirma que el 9 de mayo de 2001, la doctora perito psicóloga presentó su dictamen, considerando que sería dañino psicológicamente para la niña el traspaso del

matrimonio al que reconoce y con el cual habría entablado vínculos afectivos a otra familia, a la que desconoce. El Estado subraya que de igual manera, tanto el Defensor de Pobres y Menores como el Agente Fiscal Jurisdiccional coincidieron con la opinión de la perito psicóloga, manifestándose a favor de que Milagros permaneciera bajo la guarda del matrimonio.

**32.** En base a lo anterior, el 17 de mayo de 2001 el juez resolvió otorgar la guarda a dicho matrimonio ante lo cual el señor Fornerón interpuso apelación; el 23 de abril de 2002, la

Cámara Segunda de Paraná resolvió disponer que se realizara un estudio socio ambiental respecto de Leonardo Aníbal Javier Fornerón, requerir los antecedentes que sobre el caso obraran en la Defensoría Oficial y realizar entrevistas con los padres y guardadores de la niña por parte de un equipo técnico-psiquiatra y psicólogo, así como por parte de los integrantes del tribunal, todo lo cual, alega el Estado, se llevó a cabo.

**33.** Refiere el Estado que en la entrevista realizada a los guardadores de Milagros, los profesionales a cargo observaron que “ambos son profesionales, de buena condición socio económica, rodeados de buen entorno familiar que favorece los vínculos afectivos y un buen continente emocional que evidentemente colabora positivamente en el desarrollo de la niña”. Asimismo, el mencionado equipo observó que si se decidiera la entrega de Milagros a su padre biológico "le podría ocasionar a la niña inestabilidad emocional y trastornos en el carácter, como así también debilidad intelectual, sumado también la angustia de separación de la menor de aquellos a los que ha internalizado como padres". Agregando a esto que el padre biológico es soltero, lo que implicaría que perdería una madre. Luego de realizadas las entrevistas y los informes, el Equipo Interdisciplinario del Juzgado recomendó el 1 de abril de 2003, que sería conveniente que la restitución de la niña a su padre se realice dentro de un proceso de información paulatina con ayuda de profesionales y supervisión de la justicia.

**34.** El Estado aclara que si bien, con base en los antecedentes recabados, el 10 de junio de 2003 la Sala Primera de la Cámara Segunda de Paraná resolvió revocar la sentencia de primera instancia, los guardadores y el Defensor de Pobres y Menores interpusieron recursos de inaplicabilidad de ley, los cuales fueron declarados procedentes el 20 de noviembre de 2003, manteniendo la resolución de primera instancia. El 2 de abril de 2004, la Sala Civil del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos determinó denegar el recurso de apelación extraordinaria federal interpuesto por el señor Fornerón. El Estado subraya que el recurso intentado por el peticionario fue rechazado por el Superior Tribunal sobre la base del incumplimiento de los requisitos comunes, propios y formales exigibles en el marco del remedio previsto por el artículo 14 de la Ley 48; específicamente, que el escrito no se bastaba a sí mismo y que no se efectuó en tiempo y forma la introducción de la cuestión federal. Asimismo se indica que independientemente de ello, la autoridad jurisdiccional resolvió que el recurso tampoco resultaría procedente puesto que se observó que la decisión cuestionada no reviste gravedad institucional, ni arriba a una solución irrazonable o desproporcionada. De igual manera, el Estado señala que no consta en las actuaciones que el señor Fornerón haya intentado recurrir el pronunciamiento del Superior Tribunal en queja directa ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

**35.** Respecto de la causa caratulada "Fornerón Leonardo Aníbal Javier. Derecho de Visitas", el Estado sostiene que el señor Fornerón presentó el 15 de noviembre de 2001 un escrito ante el juzgado Civil y Laboral de Rosario de Tala, promoviendo un juicio de

derecho a visitas, que por cuestiones de competencia fue remitido el 19 de abril de 2002 al Juzgado Civil y Comercial de Victoria. Afirma que fue hasta el 25 de noviembre de 2003 que el señor Fornerón solicitó la fijación de una audiencia y el 7 de abril de 2004 se declaró competente el juez de Victoria. Un año después, el 8 de abril de 2005, Leonardo Aníbal Javier Fornerón solicitó se fijara audiencia para establecer un régimen de visitas, la cual se celebró el 29 de abril de 2005. Señalan que fue suspendida y se acordó que una perito psicóloga debía entrevistarse con la menor, a fin de prepararla para un encuentro con su padre biológico. El 14 de junio de 2005, el juez resolvió tener presente la propuesta de Leonardo Aníbal Javier Fornerón en cuanto a un posible régimen de visitas y ordenó se diera traslado a los guardadores, a fin de que emitieran su opinión al respecto.

**36.** En relación con la causa caratulada "Fornerón Milagros s/Adopción Plena", el Estado aclara que el 6 de junio de 2004, el matrimonio guardián promovió demanda de adopción plena, por lo que después de producidos los dictámenes pertinentes del Defensor de Pobres y Menores y de la Agente Fiscal, el juez resolvió citar a los progenitores de Milagros. El 28 de octubre de 2004, se presentó Diana Elizabeth Enríquez, manifestando su conformidad con la adopción plena de su hija Milagros y, el 18 de marzo de 2005 el señor Fornerón manifestó su oposición a la adopción. El 27 de abril de 2005, el Defensor de Pobres y Menores recomendó que se optara por una adopción simple de la menor a favor del matrimonio guardián; por su parte, el 2 de junio de 2005, la Agente Fiscal consideró que dicho matrimonio reuniría las condiciones de idoneidad material y moral necesarias para hacer viable la adopción, recomendando en consecuencia, se les otorgara la adopción simple de la menor. El 23 de diciembre de 2005 se dicta sentencia otorgando la adopción simple a los guardadores de Milagros, y se ordena cambiar los apellidos por los de sus guardadores. El Estado alega que el Sr. Fornerón declinó presentar el recurso de queja respectivo contra dicha resolución.

**37.** El Estado informa que el 8 de mayo de 2009, el Sr. Fornerón presenta una solicitud de medidas precautorias de restitución de Milagros ante la Justicia Nacional en lo Civil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El Juez se declara incompetente el 29 de mayo de 2009 y ordena la remisión del expediente al Juzgado Civil y Comercial de Victoria.

**38.** El Estado sostiene que la evaluación de las actuaciones judiciales sustanciadas en el ámbito interno permiten inferir que la situación planteada por los peticionarios ha sido objeto de tratamiento desde las distintas dimensiones involucradas, tanto en el fuero civil como en el penal. Subraya que si bien Leonardo Aníbal Javier Fornerón nunca ha desistido de peticionar ante las autoridades judiciales en procura de obtener la restitución de su hija Milagros, su actividad procesal ha presentado períodos de inactividad no imputables a la jurisdicción local y que omitió interponer recursos judiciales que hubiesen podido solucionar el asunto en sede interna. El Estado no presentó observaciones sobre presuntas violaciones de los demás derechos denunciados.

#### **IV. HECHOS PROBADOS**

**39.** Leonardo Aníbal Javier Fornerón y Diana Elizabeth Enríquez mantuvieron una relación algunos meses entre los años 1999 y 2000. Durante de esa relación, Diana Elizabeth Enríquez quedó embarazada de Milagros. Sin embargo, los meses que

antecedieron al nacimiento de la niña, coincidieron con la separación de sus progenitores<sup>3</sup>.

40. Milagros nació el 16 de junio de 2000 en el Sanatorio Policlínico<sup>4</sup> de la ciudad de Victoria, y fue inscrita el 20 de junio por su madre Diana Elizabeth Enríquez como Milagros Enríquez. El 17 de junio de 2000, la Sra. Enríquez hace entrega de su hija al matrimonio Zucchi Bassi para una futura adopción, mediante acta otorgada ante el Defensor de Pobres y Menores Suplente de Victoria<sup>5</sup>.
41. El 3 de julio de 2000, el Sr. Fornerón acude a la Defensoría de Pobres y Menores a una audiencia con Diana Elizabeth Enríquez en la cual “se interesó en el reconocimiento de paternidad respecto de una menor de edad nacida en fecha 16 de junio de 2000.<sup>6</sup>” En dicha audiencia, la Sra. Enríquez manifestó que la recién nacida no era hija de Fornerón y que se hallaba en la ciudad de Baradero con una tía. Al día siguiente, el Sr. Fornerón remitió una nota a la Defensora de Pobres y Menores en la cual exterioriza su preocupación por el estado de salud, lugar de residencia y todo lo que se refiere a su presunta hija. Da a conocer sus sospechas acerca de la posibilidad de que la menor no se encuentre realmente donde dice su madre, cuestión que le preocupa en razón de que si se tratara de su hija, el estaría dispuesto a brindarle protección y cuidado. Solicita el Sr. Fornerón que se cite nuevamente a la Sra. Enríquez. El 5 de julio la Sra. Enríquez concurre nuevamente a la Defensoría y manifiesta que la niña nació en la ciudad de Victoria en Entre Ríos y que la entregó a un matrimonio conocido en guarda para una futura adopción ante un Defensor de esa ciudad.<sup>7</sup>
42. El 11 de julio de 2000, el Sr. Fornerón se presenta ante la Fiscalía en Rosario de Tala con la finalidad de ubicar el paradero de Milagros. El Agente Fiscal Suplente el mismo día da inicio a los autos Agente Fiscal solicita medidas previas s/ presunta comisión del delito de supresión de estado civil.<sup>7</sup> El 18 de julio de 2000, Milagros es reconocida por Leonardo Fornerón como su hija en el Registro Civil, lo cual fue registrado en su certificado de nacimiento el 2 de agosto de 2000.<sup>9</sup>

**A. Causa caratulada Agente Fiscal solicita medidas previas s/ presunta comisión del delito de supresión de estado civil. Expediente No 537. Juzgado de Instrucción de Rosario de Tala, Provincia de Entre Ríos**

43. El 11 de julio de 2000, el Agente Fiscal solicita al Juez de Instrucción de Rosario de Tala, una serie de medidas bajo la presunción de la comisión de un delito de los previstos en el Título 4, Capítulo 2 del Código Penal (supresión y suposición del estado civil y de la identidad), entre ellas, oficiar al Defensor de Pobres y Menores de la jurisdicción de Victoria para que informe si Diana Enríquez ha iniciado un

---

<sup>3</sup> Escrito de los peticionarios de 14 de octubre de 2004. Anexo, escrito en que Leonardo Fornerón solicita al interrupción de guarda judicial y restitución de la niña Milagros dentro del expediente caratulado Enríquez, Milagros s/ guarda judicial, de 18 de octubre de 2000 y Sentencia del Juez de Primera Instancia, de 17 de mayo de 2001.

<sup>4</sup> Escrito de los peticionarios de 14 de octubre de 2004. Anexo Escrito en que el Sr. Fornerón interpone recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia dentro del expediente caratulado Enríquez, Milagros s/ guarda judicial.

<sup>5</sup> Escrito de los peticionarios de 14 de octubre de 2004. Anexo, Sentencia del Juez de Primera Instancia, de 17 de mayo de 2001 dentro del expediente caratulado Enríquez, Milagros s/ guarda judicial.

<sup>6</sup> Escrito de los peticionarios de fecha 18 de febrero de 2005. Anexo I, Agente Fiscal Adopción de Medidas Previas con Carácter Urgente.

<sup>7</sup> Escrito de los peticionarios de fecha 18 de febrero de 2005. Anexo I, Agente Fiscal Adopción de Medidas Previas con Carácter Urgente.

<sup>7</sup> Escrito de los peticionarios de fecha 18 de febrero de 2005. Anexo I, Agente Fiscal Adopción de Medidas Previas con Carácter Urgente. <sup>9</sup> Escrito de los peticionarios de 14 de octubre de 2004. Anexo, copia de certificado de nacimiento de Milagros Enríquez.

trámite de entrega en guarda y de ser efectivo, la identificación de las personas a quien se entregó a la niña.<sup>8</sup>

**44.** El 28 de julio de 2000, el Juez concede algunas medidas previas, pero hace notar que

“no ha existido en la especie ni se han consumado conductas delictivas de las previstas y sancionadas por el Título IV Capítulo II del Código Penal<sup>9</sup>”. El 2 de agosto, el Agente Fiscal solicita requerimiento para que se investigue la presunta comisión de los delitos contemplados en los artículos 138 y 139 del Código Penal en perjuicio de Leonardo Fornerón y Milagros Enríquez y propone la adopción de medidas de prueba. Argumenta en su solicitud que de acuerdo con la información “habría existido presuntamente una maniobra de compra-venta de bebé consistente en lo siguiente: la joven soltera, embarazada, domiciliada en esta ciudad, habría recibido un ofrecimiento económico para entregar a su hija al momento mismo de nacer; se habría localizado a un matrimonio inscripto en registros de adoptantes y dispuestos a pagar para tener un hijo; se habría trasladado a la joven a otra ciudad donde se encontró con la pareja; se le habría abonado la internación en un sanatorio privado donde también se “internó” la pareja; al nacer el bebé se habría blanqueado la situación entregándolo en guarda ante el funcionario de la Defensoría de Pobres y Menores (...) La hipótesis planteada no es descabellada, encuentra sustento en los elementos obrantes en el propio expediente y SS (sic) no lo desconoce, lo que ocurrió es que no encuentra encuadre legal por eso considera que no hay delito(...)”<sup>10</sup>. Por lo tanto, el Fiscal solicita instrucción por la posible comisión de la supresión del estado civil de padre de Leonardo Fornerón y de Milagros.<sup>11</sup>

**45.** El 4 de agosto de 2000 el Juez de Instrucción ordena el archivo de la causa por considerar que los hechos imputados no encuadran en figura penal alguna.<sup>12</sup> El magistrado en su resolución manifiesta “coincido por otra parte, con las afirmaciones del Sr. Agente Fiscal en cuanto a que detrás de todo lo actuado existe un conglomerado de intereses fundamentales de naturaleza económica, dentro del cual, los más poderosos se organizan para captar mujeres embarazadas, jóvenes, solteras (vg: las más débiles y necesitadas) a fin de que éstas, por un dinero que nunca es tanto como el que reciben quienes lucran con dicha intermediación, entreguen el fruto de la concepción a matrimonios con carencias afectivas dispuestas a adoptar a los recién nacidos y pagar por ello.”<sup>13</sup> Agrega “dentro de esta realidad que lacera el corazón de quienes aún creemos contar con una pizca de sensibilidad ante lo que lisa y llanamente debemos calificar de explotaciones humanas, de cuya realización son vehículos además profesionales del derecho y de

---

<sup>8</sup> Escrito de los peticionarios de fecha 18 de febrero de 2005. Anexo I, Agente Fiscal Adopción de Medidas Previas con Carácter Urgente.

<sup>9</sup> Escrito de los peticionarios de fecha 18 de febrero de 2005. Anexo II Resolución del Juez de Instrucción de Rosario de Tala de 28 de julio de 2000.

<sup>10</sup> Escrito de los peticionarios de fecha 18 de febrero de 2005. Anexo III Requerimiento de Instrucción para que se investigue la presunta comisión de los delitos contemplados en los artículos 138 y 139 del Código Penal en perjuicio de Leonardo Fornerón y Milagros Enríquez, de 2 de agosto de 2000.

<sup>11</sup> Escrito de los peticionarios de fecha 18 de febrero de 2005. Anexo III Requerimiento de Instrucción para que se investigue la presunta comisión de los delitos contemplados en los artículos 138 y 139 del Código Penal en perjuicio de Leonardo Fornerón y Milagros Enríquez, de 2 de agosto de 2000.

<sup>12</sup> Escrito de los peticionarios de fecha 18 de febrero de 2005. Anexo IV Resolución del Juez de Instrucción de fecha 4 de agosto de 2000 que ordena el archivo de la causa.

<sup>13</sup> Escrito de los peticionarios de fecha 18 de febrero de 2005. Anexo IV Resolución del Juez de Instrucción de fecha 4 de agosto de 2000 que ordena el archivo de la causa.

la salud, se enmarca la situación descrita en autos y en la que los jueces [...] deben asumir un rol protagónico en el ejercicio de su magistratura, de suerte tal de velar para que el derecho del menor a vivir con su familia biológica, tanto como el derecho a su identidad personal –arts. 7, 8, 9, 10, 11 y concordantes de la Convención Internacional de los Derechos del Niño incorporada a la Constitución Nacional en su artículo 75 inciso 22 luego de la reforma de 1994, no sean una mera expresión de deseos vacía de contenido [...]”.<sup>14</sup> El Magistrado concluye que al no haber reconocido el Sr. Fornerón a Milagros como su hija, e “independiente de la valoración ético legal que pueda darse al comportamiento de Diana Elizabeth Enríquez y de quienes la secundaron y/o instigaron en su actuar con propósitos claramente definidos y encaminados a quedarse con la criatura concebida en su seno materno, la misma no resulta punible [...]”.<sup>15</sup>

46. El 10 de agosto el Fiscal interpone recurso de Apelación en contra de la resolución de archivo.<sup>16</sup> El 12 de septiembre de 2000, la Cámara en lo Criminal de Gualeguay, Provincia de Entre Ríos, resuelve revocar el auto apelado y ordena al juez continuar con la actividad instructoria.<sup>17</sup> Luego de la realización de algunas diligencias probatorias, el 31 de enero de 2001 el Juez de Instrucción ordena nuevamente el archivo de la causa por no configurar los hechos conducta penal alguna.<sup>18</sup> El Agente Fiscal interpone recurso de apelación el 5 de febrero de 2001.<sup>19</sup> El 26 de abril de 2001, la Cámara en lo Criminal de Gualeguay confirma la resolución de archivo de la causa. Funda su decisión en la inexistencia de una conducta sancionada por el Código Penal. En la decisión de la Cámara se destaca lo siguiente: “de la causa se puede apreciar que la de Fornerón es una paternidad muy especial; la suya parece producto de relaciones sexuales ocasionales, en un medio de promiscuidad y carencias de toda índole, en distintos domicilios con visitas asiduas de ciertos voluntarios que se mencionan y que no se describen; y en actitud llamativa el desaprensivo padre-reclamante, luego de enterado de la entrega de la recién nacida surge haciendo valer vehementemente sus derechos de paternidad y filiación (...) Asiste también razón al instructor respecto de la situación de Paul Reynoso, sobre que cualquier tipo de colaboración o participación que haya tenido el mismo, excede las posibilidades de reproche penal, más allá de lo repugnante a la moral y buenas costumbres que este tipo de actividades resulten. Y sabido es que la reforma de la ley 24.410 (...) no tuvo como propósito la represión de actividades de quienes lucran con la venta o intermedian con la entrega de niños, con fines benévolos o humanitarios. Y que esta última actuación estaba fuera del alcance del Código Penal (...)”<sup>20</sup>

---

<sup>14</sup> Escrito de los peticionarios de fecha 18 de febrero de 2005. Anexo IV Resolución del Juez de Instrucción de fecha 4 de agosto de 2000 que ordena el archivo de la causa.

<sup>15</sup> Escrito de los peticionarios de fecha 18 de febrero de 2005. Anexo IV Resolución del Juez de Instrucción de fecha 4 de agosto de 2000 que ordena el archivo de la causa.

<sup>16</sup> Escrito de los peticionarios de fecha 18 de febrero de 2005. Anexo V Escrito de 10 de agosto en que el Agente Fiscal interpone recurso de Apelación.

<sup>17</sup> Escrito de los peticionarios de fecha 18 de febrero de 2005. Anexo VII Resolución de la Exma. Cámara en lo Criminal de Gualeguay, Provincia de Entre Ríos, de 12 de septiembre de 2000.

<sup>18</sup> Escrito de los peticionarios de fecha 18 de febrero de 2005. Anexo XV Resolución del Juez de Instrucción de Rosario de Tala de fecha 31 de enero de 2001.

<sup>19</sup> Escrito de los peticionarios de fecha 18 de febrero de 2005. Anexo XVI Escrito de 5 de febrero de 2001 en que el Agente Fiscal interpone recurso de Apelación.

<sup>20</sup> Escrito de los peticionarios de fecha 18 de febrero de 2005. Anexo XVIII Resolución de la Exma. Cámara en lo Criminal de Gualeguay, Provincia de Entre Ríos de 26 de abril de 2001.

**B. Causa Enríquez Milagros s/ Guarda Judicial. Expediente No 944 año 2000. Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de la ciudad de Victoria, Provincia de entre Ríos**

47. El 1 de agosto de 2000, los esposos Zucchi Bassi solicitan la guarda judicial de la niña Milagros. El Defensor de Pobres y Menores acompaña copia del certificado de nacimiento y manifiesta que ha tomado conocimiento del reconocimiento de paternidad que hizo el Sr. Fornerón en relación con la niña Milagros.<sup>21</sup> El 18 de octubre del mismo año, Leonardo Fornerón interpone escrito ante el Juzgado, y solicita se interrumpa la guarda y se le restituya a la niña. Las partes en audiencia ante el juez, acuerdan realizar una prueba de A.D.N. a fin de determinar el real vínculo biológico de Fornerón con la niña.<sup>22</sup> El resultado de esta prueba fue agregado al expediente el 11 de diciembre de 2000, y arrojó como resultado una probabilidad de la paternidad de 99,9992%.<sup>23</sup> El 14 de febrero de 2001, el señor Fornerón reitera la solicitud de restitución de la niña, basándose en el informe genético. El 25 de abril de 2001 se presenta la madre del Sr. Fornerón ofreciendo su hogar como “una posibilidad más a tener en cuenta para el desarrollo de la niña”.<sup>24</sup> El Juez solicitó los dictámenes del Ministerio Público y Pupilar, y este último solicitó el dictamen pericial de la psicóloga Daniela Kairuz. El 7 de mayo de 2001, el Sr. Fornerón volvió a presentarse en el juzgado de primera instancia solicitando se resuelva la suspensión del proceso de Guarda Judicial y se ordene la restitución inmediata de Milagros.<sup>25</sup> Kairuz emitió su dictamen el 9 de mayo de 2001 considerando que “atento a que se ha cumplido casi un año de guarda a la fecha, sería sumamente dañino psicológicamente para la niña el traspaso de esta familia a la que reconoce y de la que recibe contención, cariño, cuidados y todo lo necesario para su bienestar y desarrollo físico y emocional, con quien ha entablado lazos y vínculos afectivos fuertes e inquebrantables, a otra a la que desconoce, con quienes nunca ha tenido contacto y que por tanto resultarían extraños para ella”.<sup>26</sup> El Defensor de Pobres y Menores y la Agente Fiscal coinciden con la psicóloga Kairuz.<sup>29</sup> Ambos padres biológicos fueron citados en el proceso. Su madre confirmó su voluntad de otorgar la guarda y el padre su negativa.<sup>27</sup>
48. El 17 de mayo de 2001, el Juez de 1ª Instancia en lo Civil y Comercial de la ciudad de Victoria, dicta sentencia otorgando la guarda judicial al matrimonio Zucchi Bassi por un año, y rechazando la solicitud de restitución al Sr. Fornerón. En la misma sentencia se establece “que de acceder el padre biológico de la niña, se podría instrumentar un régimen de visitas para mantener un contacto con la niña (...)”<sup>28</sup>

---

<sup>21</sup> Escrito de los peticionarios de 14 de octubre de 2004. Anexo, Sentencia del Juez de Primera Instancia, de 17 de mayo de 2001 dentro del expediente caratulado Enríquez, Milagros s/ guarda judicial.

<sup>22</sup> Escrito de los peticionarios de 14 de octubre de 2004. Anexo, Sentencia del Juez de Primera Instancia, de 17 de mayo de 2001 dentro del expediente caratulado Enríquez, Milagros s/ guarda judicial.

<sup>23</sup> Escrito de los peticionarios de 14 de octubre de 2004. Anexo, Informe del Servicio de Genética Forense al Juzgado de 1ª Instancia en Lo Civil y Comercial de la Ciudad de Victoria.

<sup>24</sup> Escrito de los peticionarios de 14 de octubre de 2004. Anexo, Sentencia del Juez de Primera Instancia, de 17 de mayo de 2001 dentro del expediente caratulado Enríquez, Milagros s/ guarda judicial.

<sup>25</sup> Escrito del Estado de 28 de julio de 2005.

<sup>26</sup> Escrito del Estado de 28 de julio de 2005.

<sup>29</sup> Escrito del Estado de 28 de julio de 2005.

<sup>27</sup> Escrito de los peticionarios de 14 de octubre de 2004. Anexo, Sentencia del Juez de Primera Instancia, de 17 de mayo de 2001 dentro del expediente caratulado Enríquez, Milagros s/ guarda judicial.

<sup>28</sup> Escrito de los peticionarios de 14 de octubre de 2004. Anexo, Sentencia del Juez de Primera Instancia, de 17 de mayo de 2001 dentro del expediente caratulado Enríquez, Milagros s/ guarda judicial.



Resuelve por tanto “no hace lugar al pedido de restitución de la niña Milagros Enríquez, hoy Fornerón, formulado por Leonardo Aníbal Javier Fornerón, quien podrá tener presente lo expresado en los considerandos con respecto a un futuro régimen de visitas.”<sup>29</sup>

- 49.** La sentencia se basa en los siguientes considerandos del tribunal: “debo considerar, apelando a mi memoria, que en la audiencia llevada a cabo en el mes de noviembre de 2000 y de la conversación mantenida entre los padres biológicos, la que puso en duda la paternidad de Fornerón, surgió, o al menos así se dio a entender que entre los padres biológicos de la niña Milagros, no existió un noviazgo formal de más de 12 meses como se dice en el escrito de fs. 67 y vta., sino encuentros ocasionales manteniendo la madre de la niña al menos otra relación con otra persona: expreso esto no para juzgar la conducta de la madre sino para resaltar que el fruto de esa relación que es la niña Milagros, no fue el resultado del amor o del deseo de formar una familia. También debo tener en cuenta la fuerte oposición de la madre biológica a la posible entrega de la niña a su progenitor. Que las dos circunstancias resaltadas en el párrafo anterior acreditan un real conflicto entre los progenitores de la niña y la ausencia de una familia biológica(...)”<sup>30</sup> Agrega que “también debo considerar el hecho que la niña nació el 16 de junio de 2000, y de ser cierto lo relatado por Fornerón (...) la relación con la madre de la niña habría culminado dos meses antes del nacimiento, lo que evidentemente demuestra que Fornerón de ninguna manera puede decir que ignoraba el embarazo de Diana Elizabeth Enríquez no acreditando que haya demostrado ningún tipo de interés ni colaboración con la madre antes del alumbramiento de Milagros e inclusive haber realizado algún tipo de presentación judicial para resguardar el vínculo con la niña. Resulta excesivo el plazo contando desde el nacimiento de la niña o del reconocimiento de la misma hasta la fecha de presentación en autos para reclamar la entrega de la niña. Que además y de entregarse la niña a Fornerón, la misma no contaría con una familia biológica, entendiéndose por tal al padre y a la madre, faltándole en consecuencia a la menor la presencia maternal.<sup>31</sup>” La sentencia establece que se han considerado los derechos de la niña, para lo cual cita el informe pericial de la psicóloga “quien en un fundado dictamen (...) de acceder a lo solicitado por el padre biológico, quien inclusive no conoce a la menor y no se encuentra casado, estaríamos ocasionando un daño irreparable a la niña, quien no sólo perdería los únicos padres que conoce, sino que además no contaría con una madre, agregando de esta manera un nuevo elemento que perjudicaría su salud mental y seguramente física.”<sup>32</sup>
- 50.** El Sr. Fornerón interpone recurso de apelación contra dicha sentencia ante la Cámara Segunda de Apelaciones de Entre Ríos el 18 de mayo de 2001. Fundamenta dicho recurso, en primer lugar, en la falta de consideración hacia el padre biológico en la sentencia, por cuanto el juez de 1ª Instancia, habría omitido ordenar pericias psicológicas, económicas o sociales en relación con la familia

---

<sup>29</sup> Escrito de los peticionarios de 14 de octubre de 2004. Anexo, Sentencia del Juez de Primera Instancia, de 17 de mayo de 2001 dentro del expediente caratulado Enríquez, Milagros s/ guarda judicial.

<sup>30</sup> Escrito de los peticionarios de 14 de octubre de 2004. Anexo, Sentencia del Juez de Primera Instancia, de 17 de mayo de 2001 dentro del expediente caratulado Enríquez, Milagros s/ guarda judicial.

<sup>31</sup> Escrito de los peticionarios de 14 de octubre de 2004. Anexo, Sentencia del Juez de Primera Instancia, de 17 de mayo de 2001 dentro del expediente caratulado Enríquez, Milagros s/ guarda judicial.

<sup>32</sup> Escrito de los peticionarios de 14 de octubre de 2004. Anexo, Sentencia del Juez de Primera Instancia, de 17 de mayo de 2001 dentro del expediente caratulado Enríquez, Milagros s/ guarda judicial.

Fornerón; no lo habría citado, ni ordenado adjuntar expedientes relacionados en los cuales constan las actividades que Leonardo Fornerón habría realizado para obtener la restitución de su hija, tales como ante la Defensoría de Pobres y Menores o ante el Juzgado de Instrucción de Rosario de Tala. En segundo lugar, se agravia del razonamiento de desestimar su paternidad por el hecho de haber tenido sólo encuentros ocasionales con la Srta. Enríquez y de ser soltero. Objeta el razonamiento de la Corte que establece que la única familia para criar a un niño está constituida por un matrimonio de un hombre y una mujer y no una como la suya que incluye a la familia extendida como su abuela. Agrega que la Constitución Nacional reconoce iguales derechos para los hijos nacidos fuera del matrimonio como los nacidos dentro del mismo. Fundamenta su recurso también en la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas. En adición, cita los artículos 317 y 325 del Código Civil en relación con la necesidad de citar a los padres de sangre para requerir su consentimiento antes de otorgar una guarda o la adopción. Objeta el informe pericial psicológico por haber sido otorgado sin haber entrevistado a ninguno de los interesados. De acuerdo al escrito, el Sr. Fornerón, al haber reconocido a su hija ante el Registro del Estado Civil, tiene el ejercicio de la Patria Potestad de su hija. Alegan que esto se vio reforzado por la prueba de A.D.N. a la que se sometieron voluntariamente los padres, que confirió estatus de reconocimiento judicial de la paternidad. La sentencia habría desconocido esta Patria Potestad.<sup>33</sup> **51.** En las piezas procesales que obran en el expediente, la CIDH pudo observar que la Sala ordena la práctica de diversas pruebas, entre ellas la opinión del Defensor de Menores de Alzada, quien expresó que habiéndose omitido pruebas en la instancia precedente era necesario subsanar la omisión y propuso un estudio socio ambiental del padre, entrevista con los profesionales del Equipo Técnico de Juzgado de Menores psicólogo y psiquiatra- en forma conjunta y separada de los padres de la niña y sus guardadores<sup>34</sup>. Consecuentemente, el 23 de abril de 2002, la Cámara Segunda de Paraná resolvió disponer las siguientes medidas: un estudio socio ambiental respecto de Aníbal Fornerón, en su domicilio y en el barrio en el que habita, a cargo de quien designara el Juez en lo civil en la ciudad de Rosario de Tala; requerir todos los antecedentes que sobre el caso obren en la Defensoría Oficial y en Juzgado de Instrucción de esa misma ciudad; entrevista formal, conjunta y separada, de los padres y de los guardadores de la niña Milagros con el equipo Técnico-Psiquiatra y Psicólogo- del Juzgado de Menores de la ciudad de Paraná; y por último fijar audiencia a efectos de entrevistarse los integrantes del Tribunal con los guardadores y el Sr. Defensor Oficial.<sup>35</sup>

**52.** El equipo interdisciplinario del Juzgado de Ejecución de penas y medidas de Seguridad de Paraná entrevistó el día 14 de agosto de 2002 a los guardadores de la menor quienes se presentaron junto con la niña. El 15 de agosto de 2002 se entrevistó a los padres biológicos de Milagros. En la entrevista realizada al matrimonio Bassi

---

<sup>33</sup> Escrito de los peticionarios de 14 de octubre de 2004. Anexo, Copia de fundamento de Recurso de Apelación interpuesto por Leonardo Fornerón contra la Sentencia de Primera Instancia en autos caratulados "ENRIQUE Milagros s/Guarda Judicial."

<sup>34</sup> Escrito de los peticionarios de 14 de octubre de 2004. Anexo, copia de Sentencia de la Sala Primera de la Excelentísima Cámara Segunda de Paraná sobre recurso interpuesto en los autos caratulados Enríquez Milagros s/Guarda Judicial de 11 de junio de 2003.

<sup>35</sup> Escrito del Estado de 28 de julio de 2005.

<sup>39</sup> Escrito del Estado de 28 de julio de 2005.

Zucchi, junto con Milagros, los profesionales a cargo observaron que ambos son profesionales de buena condición socio-económica, rodeados de un buen entorno familiar que favorecen los vínculos afectivos y un buen continente emocional que evidentemente colabora positivamente en el desarrollo de la niña. A la segunda entrevista pautada, donde se iba a producir un encuentro entre los guardadores y el padre biológico los primeros no asistieron alegando, previamente, razones de índole laboral.<sup>39</sup> El equipo técnico observó que si se decidiera la entrega de Milagros a su padre biológico, le podría ocasionar a la niña inestabilidad emocional y trastornos en el carácter, como así también debilidad intelectual, sumado también la angustia de separación de la menor de aquellos a los que ha internalizado como padres. Agrega también que el padre biológico es soltero, lo que implicaría que perdería a una madre. Sin embargo, recomendó que sería conveniente que los padres adoptivos sin ocultamiento vayan informando paulatinamente acerca de la adopción y con ayuda profesional le vayan relatando a la menor la existencia de su padre biológico. Por su parte, del informe socio ambiental realizado al Sr. Fornerón se desprende que demuestra convicción e interés por recuperar a su hija, actitud que es compartida por su progenitora, quien está dispuesta a colaborar en la cotidianeidad de la crianza de la misma. Igual postura ha asumido la familia de origen la cual se constituye de cuatro hermanos y el progenitor de Fornerón.<sup>36</sup>

**53.** El 14 de febrero de 2003 se realiza una audiencia ante la Sala Primera de la Cámara Segunda de la ciudad de Paraná, con presencia del Sr. Fornerón y el Sr. Bassi y la Sra. Zucchi. Durante la audiencia, las partes acuerdan iniciar un proceso de conocimiento mutuo y dialogo asistido por el equipo interdisciplinario presente en la audiencia con la presencia del Defensor de Menores, para lo cual suspenden la audiencia por 45 días.<sup>37</sup> **54.** El 13 de marzo de 2003 el Sr. Fornerón solicitó se dicte sentencia por no estar satisfecho con la primera audiencia celebrada entre las partes y alegando que se habrían postergado las entrevistas fijadas para que las partes inicien un proceso de conocimiento mutuo y dialogo asistido por el equipo interdisciplinario. El 17 de marzo de 2003 se celebró la audiencia de mediación en el Poder judicial a la cual el Sr. Fornerón no se presentó. El 1 de abril de 2003, los integrantes del Equipo Interdisciplinario del juzgado de Ejecución de Penas y medida de Seguridad de Paraná recomendó que sería conveniente que la restitución de la niña a su padre se realice dentro de un proceso de información paulatina con ayuda de profesionales y supervisión de la justicia. En ese sentido observaron que sería más conveniente para evitar mayor daño psíquico a la niña que la restitución se produzca entre los 5 y los 6 años de edad aproximadamente, al ingreso a una escolaridad formal de la menor, en donde tendría una edad mental y un desarrollo psíquico con mejores condiciones y capacidades para comprender la situación que le va a tocar vivir.<sup>38</sup> **55.** En 11 de junio de 2003, la Sala Primera de la Cámara Segunda del Poder Judicial de Entre Ríos, haciendo lugar al recurso interpuesto, emite una nueva sentencia que revoca la sentencia de primera instancia y ordena la restitución de Milagros a su padre, en un voto dividido de dos a uno. Los dos magistrados vocales de la mayoría fundan su opinión en la falta de cumplimiento de los requisitos estrictos del acta de entrega de la

---

<sup>36</sup> Escrito del Estado de 28 de julio de 2005.

<sup>37</sup> Escrito de los peticionarios de 31 de mayo de 2005. Anexo II, Copia de Acta de Audiencia celebrada ante la Sala Primera de la Exma. Cámara Segunda de la ciudad de Paraná.

<sup>38</sup> Escrito del Estado de 28 de julio de 2005.

niña al matrimonio guardador; en la falta de entrevista a los actores por parte de la psicóloga perito en primera instancia y en la relevancia que este peritaje tuvo en la sentencia. Asimismo, afirma que no puede imputarse al padre desidia, por cuanto acudió a reclamar a su hija al 10mo día hábil desde su nacimiento e insistió durante todo el proceso en dicho reclamo. Asimismo, los magistrados enfatizan que habiendo reconocido a Milagros como su hija, y sin haber sido impugnada su paternidad, el Sr. Fornerón tenía todos los derechos y deberes que ello conlleva, “lo cual no fue acá meritudo.” El Tribunal agrega que existieron bases para que los tribunales dictaran medidas de protección de la menor “tomando en consideración que el mantenimiento de la situación de hecho (la guarda) originada a partir de la entrega de Milagros podía traer efectos no deseados.”<sup>39</sup>

**56.** En adición, el tribunal concluye que el tribunal de primera instancia debió haber considerado como antecedente la investigación penal relacionada con este caso y debió haber concedido la restitución al padre en alguna de las tres veces que éste solicitó la interrupción de la guarda judicial. Concluye el Tribunal que no se respetaron en el fallo apelado los Derechos del Niño, tales como tener como consideración primordial el interés superior del niño en todas las actuaciones, el derecho a conocer a su familia, a preservar su identidad y a no ser separado de sus padres contra su voluntad y a ser criado por ellos. La Cámara desestima el argumento del a quo de la relevancia del amor entre los padres biológicos, estimando que “no corresponde acá valorar si existía amor entre ellos. Agrega que la pretensión del padre es legítima y de compartirse el criterio impugnado serían numerosas las acciones de filiación que fracasarían(...)” Desestima también “la excusa de que de entregarse la niña al padre faltaría la madre(...)”<sup>40</sup> El Tribunal ordena en su resolución que “la restitución debe realizarse dentro de un proceso de información paulatina, con ayuda de profesionales especializados y supervisado por la Justicia, actuando con extremo cuidado y prudencia, gradualmente, bajo el estricto control y disposición del juez de la causa, teniendo presente en todo momento la protección de la niña y auspiciando que tanto el señor Fornerón como el matrimonio de guardadores, tomen debido y consciente recaudo de ello.”<sup>41</sup>

**57.** El 27 de julio de 2003, tanto los guardadores como el Defensor de Pobres y Menores interponen recurso de inaplicabilidad de la ley contra la sentencia de segunda instancia, basados en la errónea aplicación de la ley y en la absurdidad o arbitrariedad en la que habrían incurrido los juzgadores por la falta de consideración hacia los derechos del niño en la misma.<sup>42</sup> El 20 de noviembre de 2003, el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos declara procedente el recurso, con fundamento en los siguientes considerandos: Debe decidirse en este proceso si se mantiene una guarda judicial de una menor que fue inicialmente abandonada por sus padres –la madre entregándola y el padre demostrando hasta su reconocimiento una indiferencia emparentada con el abandono- que vive con los guardadores desde el 17/06/00, vale decir hace tres años y cuatro meses. El motivo de este proceso alongado surge del papelerío amontonado que

---

<sup>39</sup> Escrito de los peticionarios de 14 de octubre de 2004. Anexo, copia de Sentencia de la Sala Primera de la Excelentísima Cámara Segunda de Paraná sobre recurso interpuesto en los autos caratulados Enríquez Milagros s/Guarda Judicial de 11 de junio de 2003.

<sup>40</sup> Escrito de los peticionarios de 14 de octubre de 2004. Anexo, copia de Sentencia de la Sala Primera de la Excelentísima Cámara Segunda de Paraná sobre recurso interpuesto en los autos caratulados Enríquez Milagros s/Guarda Judicial de 11 de junio de 2003.

<sup>41</sup> Escrito de los peticionarios de 14 de octubre de 2004. Anexo, copia de Sentencia de la Sala Primera de la Excelentísima Cámara Segunda de Paraná sobre recurso interpuesto en los autos caratulados Enríquez Milagros s/Guarda Judicial de 11 de junio de 2003.

<sup>42</sup> Escrito de los peticionarios de 14 de octubre de 2004. Anexo, copia de recursos interpuestos.

padece el Poder Judicial, retaceando su obligación de decidir los conflictos en tiempo oportuno para tratar de dañar lo menos posible a los justiciables. La demora en el trámite, que en el presente no es una cuestión menor, va de suyo que incidirá en la decisión que debe recaer en este proceso (...) Los fundamentos de los dos votos que sustentan la mayoría de la sentencia venida en revisión revelan una errónea aplicación del artículo 3-1 de la Convención de los Derechos de Niño, toda vez que manda dejar sin efecto la guarda judicial establecida por el juez de Primera instancia mandando otorgar la tenencia al padre biológico, a quien la niña de mas de tres años no conoce(...)<sup>43</sup>

**58.** Agrega que con base en los dictámenes psicológicos, la restitución al padre podría causarle serios trastornos a la niña, y que la sentencia de segunda instancia no señala los motivos para desatenderlos, como debió haberlo hecho. La sentencia concluye que “la sentencia venida en revisión se aparta de la directiva contenida en la Convención sobre los Derechos del Niño; cuyo cumplimiento resulta necesario para realizar la justicia (...)”<sup>44</sup> puesto que no considera debidamente el interés de Milagros. Entre otros, interpreta el derecho a la identidad relativizándolo al ser conjugado con otros derechos como son “la integridad sicofísica y la posibilidad de concretar un proyecto de vida en un entorno familiar que lo sustente y contenga con reales visos de seriedad.”<sup>45</sup> En este caso, “la entrega de la niña al padre biológico- que nunca conoció- no encuadra en la interpretación que debe asignársele al artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.”<sup>46</sup> Agrega que “en la cuestión a resolver surge claramente el conflicto que se deriva del derecho subjetivo del padre biológico a la tenencia de la menor para hacer efectiva la patria potestad y el interés superior del niño (...) Sin lugar a dudas si el fallo definitivo se hubiese dictado al tiempo del de primera instancia, probablemente otro hubiese sido el resultado.”<sup>47</sup> Consecuentemente resuelve casar la sentencia y mantener la resolución del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de Victoria.<sup>48</sup>

**59.** El Sr. Fornerón interpone contra esta sentencia recurso de apelación extraordinario federal<sup>49</sup>, el cual es denegado por no cumplir con los requisitos formales de interposición el 2 de abril de 2004.<sup>50</sup>

**C. Causa “Fornerón Leonardo Aníbal Javier- Derecho de Visitas” Expediente No. 3768, año 2003, Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de la ciudad de Victoria**

**60.** El 15 de noviembre de 2001, el Sr. Fornerón promueve juicio de derecho de visita respecto de Milagros ante el Juzgado de la ciudad de Rosario de Tala.<sup>51</sup> El 13 de

---

<sup>43</sup> Escrito de los peticionarios de 14 de octubre de 2004. Anexo, Sentencia de la Sala Civil y Comercial del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos de 20 de noviembre de 2003.

<sup>44</sup> Escrito de los peticionarios de 14 de octubre de 2004. Anexo, Sentencia de la Sala Civil y Comercial del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos de 20 de noviembre de 2003.

<sup>45</sup> Escrito de los peticionarios de 14 de octubre de 2004. Anexo, Sentencia de la Sala Civil y Comercial del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos de 20 de noviembre de 2003.

<sup>46</sup> Escrito de los peticionarios de 14 de octubre de 2004. Anexo, Sentencia de la Sala Civil y Comercial del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos de 20 de noviembre de 2003.

<sup>47</sup> Escrito de los peticionarios de 14 de octubre de 2004. Anexo, Sentencia de la Sala Civil y Comercial del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos de 20 de noviembre de 2003.

<sup>48</sup> Escrito de los peticionarios de 14 de octubre de 2004. Anexo, Sentencia de la Sala Civil y Comercial del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos de 20 de noviembre de 2003.

<sup>49</sup> Escrito de los peticionarios de 14 de octubre de 2004. Anexo, escrito de interposición de recurso.

<sup>50</sup> Escrito de los peticionarios de 14 de octubre de 2004. Anexo, Sentencia de la Sala Civil y Comercial del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos de 2 de abril de 2004.

marzo de 2002, la Juez resuelve declararse incompetente y ordena remitir los antecedentes al Juez Civil de la Jurisdicción de Victoria.<sup>52</sup> El Sr. Fornerón apela de la decisión el 18 de marzo de 2002. El recurso es concedido el 27 de marzo. El 16 de abril de 2002 el Sr. Fornerón solicita la remisión del expediente al Juzgado de la ciudad de Victoria. El 22 de abril de 2002 se remiten los autos al Juzgado de Victoria.<sup>53</sup> El 25 de noviembre de 2003, el Sr. Fornerón comparece a ratificar la petición sobre derecho de visitas ante el Juzgado de la ciudad de Victoria. El mismo día, el juez ordena que se informe sobre el proceso de guarda judicial de Milagros. Se informa que la causa está en apelación ante la Cámara Segunda de Apelaciones Civil y Comercial de la ciudad de Paraná.<sup>54</sup> El 10 de marzo de

2004 se dicta autos para resolver. El 7 de abril de 2004 se da traslado al Defensor de Menores y a los guardadores. El 8 de noviembre de 2004 se acredita participación de los guardadores. El 5 de abril de 2005 se corre vista a los Ministerios Públicos. El 8 de abril comparece el Sr. Fornerón, sin patrocinio letrado, y solicita que se le fije una audiencia para establecer régimen de visitas.<sup>55</sup> El 8 de abril se cita a una audiencia para el 29 de abril de 2005 al matrimonio Zucchi Bassi conjuntamente con la menor Milagros Fornerón.

El 29 de abril se celebra la audiencia y en el acta consta lo siguiente: “que no habiéndose aún corrido traslado de la demanda a los guardadores, acuerdan que el mismo se suspenda en un plazo de sesenta días que vence indefectiblemente el 1 de julio a las 13 horas, debiendo la actora notificar en debida forma el traslado. Asimismo, acuerdan que la psicóloga que estaba atendiendo al Sr. Fornerón deberá comunicarse con la psicóloga Ana D’Agostino para lo cual le fueron suministrados los teléfonos y direcciones al mismo para que ambas puedan comunicarse, entrevistar a la menor Milagros Enríquez a los fines de un encuentro con su padre biológico e informar a este Juzgado las modalidades o posibilidades del régimen de visitas (...)”.<sup>56</sup> El 19 de mayo, el Sr. Fornerón adjunta informe de la Dra. Médica Psiquiatra que propone que el lugar de acercamiento sea cerca del lugar de residencia de Milagros en presencia de profesionales especialmente habilitados, por tanto designa la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos a tal efecto.<sup>57</sup> El mismo 19 de mayo de 2005 el Sr. Fornerón solicita la unificación de las causas Derecho de Visitas, Guarda judicial y Adopción, para evitar la superposición de pruebas y elongación de las causas.<sup>58</sup> El Estado informa que el 9 de junio la licenciada D’Agostino informó que no recibió comunicación alguna de la psicóloga que atendía al Sr. Fornerón, conforme lo acordado en la audiencia del día 29

---

<sup>51</sup> Escrito de los peticionarios de 31 de mayo de 2005. Anexo I Copia de escrito de promoción de juicio de visitas ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de la ciudad de Rosario de Tala de 15 de noviembre de 2001.

<sup>52</sup> Escrito del Estado de 28 de julio de 2005. Anexo I Carta del Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de la ciudad de Victoria al Senior representante especial para Derechos humanos en el ámbito internacional, de 22 de junio de 2005.

<sup>53</sup> Escrito de los peticionarios de 31 de mayo de 2005. Anexo III Copia del expediente “Fornerón Leonardo Anibal Javier- Derecho de Visitas”, Juzgado de 1ra Instancia en lo Civil y Comercial de la ciudad de Victoria.

<sup>54</sup> Escrito de los peticionarios de 31 de mayo de 2005. Anexo III Copia del expediente “Fornerón Leonardo Anibal Javier- Derecho de Visitas”, Juzgado de 1ra Instancia en lo Civil y Comercial de la ciudad de Victoria.

<sup>55</sup> Escrito de los peticionarios de 31 de mayo de 2005. Anexo IV Copia de pieza del expediente “Fornerón Leonardo Anibal Javier- Derecho de Visitas”, Juzgado de 1ra Instancia en lo Civil y Comercial de la ciudad de Victoria.

<sup>56</sup> Escrito de los peticionarios de 31 de mayo de 2005. Anexo V Copia de pieza del expediente “Fornerón Leonardo Anibal Javier- Derecho de Visitas”, Juzgado de 1ra Instancia en lo Civil y Comercial de la ciudad de Victoria.

<sup>57</sup> Escrito de los peticionarios de 31 de mayo de 2005. Anexo VI Copia de pieza del expediente “Fornerón Leonardo Anibal Javier- Derecho de Visitas”, Juzgado de 1ra Instancia en lo Civil y Comercial de la ciudad de Victoria.

<sup>58</sup> Escrito de los peticionarios de 31 de mayo de 2005. Anexo VII Copia de pieza del expediente “Fornerón Leonardo Anibal Javier- Derecho de Visitas”, Juzgado de 1ra Instancia en lo Civil y Comercial de la ciudad de Victoria. <sup>63</sup> Escrito del Estado de 19 de agosto de 2005.

de abril de 2005. Informa asimismo que el 14 de junio de 2005 el juez resuelve tener presente lo propuesto por el apoderado del Sr. Fornerón y ordenó que se diera traslado a los guardadores, a fin de que emitan su opinión al respecto, conforme lo acordado por las partes en la última audiencia celebrada entre las mismas. En referencia a la solicitud de acumulación de las actuaciones, consideró que no correspondía la misma, pues en la guarda judicial se dictó sentencia, y que el régimen de visitas se sustancia por un trámite diferente. Asimismo, el juez dejó constancia de lo manifestado por la Licenciada DÁgostino.<sup>63</sup> El 21 de octubre de 2005, Milagros y el Sr. Fornerón se encuentran por un lapso de 45 minutos en el bar del hotel “El Sol de Victoria”.<sup>59</sup> El 18 de noviembre de 2005, luego del encuentro, el Sr. Fornerón presenta un escrito solicitando que se dicte sentencia sobre el régimen de visitas.<sup>65</sup> La CIDH no cuenta con información que indique que este expediente haya tenido más movimiento desde esta fecha.

**D. Causa Fornerón Milagros s/ Adopción Plena. Expediente No. 4707, año 2004.  
Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de la ciudad de Victoria,  
Provincia de Entre Ríos**

**61.** El 6 de julio de 2004, los guardadores de Milagros promueven demanda de adopción plena ante el mismo Tribunal que resolvió la guarda judicial.<sup>60</sup>

**62.** El 4 de marzo de 2005, el Sr. Fornerón es notificado de una citación a comparecer ante el Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial de la ciudad de Victoria en autos caratulados “Forneron Milagros s/ Adopción Plena”.<sup>61</sup> El 6 de abril de 2005, el Sr. Fornerón presenta un escrito informando de la petición ante la Comisión Interamericana, manifestando su oposición a la adopción y solicitando la restitución de su hija.<sup>62</sup> El 8 de abril de 2005 se celebra una audiencia de comparecencia del Sr. Fornerón. En ésta, manifiesta su oposición a la adopción y reitera su pedido de restitución de Milagros.<sup>63</sup> El mismo 8 de abril se solicita por parte de los guardadores que se dicte sentencia.<sup>64</sup> El 20 de abril se corre traslado a los Ministerios Públicos. El 27 de abril de 2005 emite dictamen el Defensor de Pobres y Menores apoyando la adopción simple.<sup>65</sup> El 2 de junio de 2005 la Agente Fiscal emite dictamen favorable a la adopción simple.<sup>66</sup> El 23 de diciembre de 2005, el juez en lo Civil y Comercial dicta sentencia otorgando la adopción simple de Milagros al matrimonio Bassi Zucchi. En la sentencia establece: “que sobre el reclamos de restitución y oposición efectuado por el padre biológico de la menor el suscripto, como así también el Excelentísimo Superior

---

<sup>59</sup> Escrito de los peticionarios de 4 de diciembre de 2007. Anexo I.

<sup>65</sup> Escrito de los peticionarios de 28 de diciembre de 2008.

<sup>60</sup> Escrito de los peticionarios de 12 de abril de 2005. Anexo I, piezas del expediente No.4707 “Fornerón Milagros s/ Adopción Plena” Juzgado de Primera instancia en lo Civil y Comercial de la ciudad de Victoria.

<sup>61</sup> Escrito de los peticionarios de 15 de marzo de 2005. Anexo I Copia de citación a comparecer a Leonardo Fornerón en autos caratulados Fornerón Milagros s/ Adopción Plena Expediente No 4707, F 130, Año 2004.

<sup>62</sup> Escrito de los peticionarios de 12 de abril de 2005. Anexo I, piezas del expediente No.4707 “Fornerón Milagros s/ Adopción Plena” Juzgado de Primera instancia en lo Civil y Comercial de la ciudad de Victoria.

<sup>63</sup> Escrito de los peticionarios de 12 de abril de 2005. Anexo II, escrito presentado dentro del expediente No.4707 “Fornerón Milagros s/ Adopción Plena” Juzgado de Primera instancia en lo Civil y Comercial de la ciudad de Victoria.

<sup>64</sup> Escrito de los peticionarios de 31 de mayo de 2005. Anexo VIII Copia de pieza del expediente No.4707 “Fornerón Milagros s/ Adopción Plena” Juzgado de Primera instancia en lo Civil y Comercial de la ciudad de Victoria.

<sup>65</sup> Escrito de los peticionarios de 31 de mayo de 2005. Anexo VIII Copia de pieza del expediente No.4707 “Fornerón Milagros s/ Adopción Plena” Juzgado de Primera instancia en lo Civil y Comercial de la ciudad de Victoria.

<sup>66</sup> Escrito de los peticionarios de 20 e marzo de 2006. Anexo Copia de pieza del expediente No.4707 “Fornerón Milagros s/ Adopción Plena” Juzgado de Primera instancia en lo Civil y Comercial de la ciudad de Victoria. <sup>75</sup> Escrito de los peticionarios de 20 e marzo de 2006. Anexo Copia de pieza del expediente No.4707 “Fornerón Milagros s/ Adopción Plena” Juzgado de Primera instancia en lo Civil y Comercial de la ciudad de Victoria.

Tribunal de Justicia de la Provincia, ya nos hemos expedido sobre la conveniencia en su momento, en que la niña Milagros quedara bajo la guarda del matrimonio Bassi Zucchi con miras a una futura adopción, sin perjuicio de hacerle conocer a la menor, como se ha hecho, su origen, y tratar, como también se ha comenzado a hacer, que paulatinamente se comience el contacto con la menor con su padre biológico(...)<sup>73</sup>

#### **E. Causa “Enriquez, Diana Elizabeth s/ su Denuncia” ante el Juzgado de Instrucción de la ciudad de Victoria**

**63.** El 26 de octubre de 2005 Diana Elizabeth Enríquez se presenta ante el Juzgado de Instrucción de la ciudad de Victoria e interpone denuncia por actos de hostigamiento en su contra cometidos presuntamente por una de las abogadas que llevan el caso del Sr. Fornerón ante la CIDH, consistentes en intentar forzarla a mostrar su oposición a la guarda y a la adopción por el matrimonio Bassi Zucchi. El juzgado se declaró incompetente y ordenó trasladar los autos al juzgado de Rosario de Tala el 18 de octubre de 2005. El 26 de octubre el Juzgado de Instrucción de Rosario de Tala tiene por recibidas las actuaciones. Luego de recibidas algunas declaraciones testimoniales, el Juzgado resuelve el archivo de las actuaciones “al no haberse acreditado la existencia de conductas delictivas”.<sup>67</sup>

#### **F. Causa Fornerón Aníbal Leonardo, Medidas Precautorias. Expediente número 33.707 de 8 de mayo de 2009. Juzgado No. 86 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires**

**64.** El 8 de mayo de 2009, el Sr. Fornerón interpone una solicitud de medidas precautorias de restitución de su hija ante el Juzgado No. 86 de la ciudad de Buenos Aires, presentando como documentos fundantes de dicha solicitud un Informe psicológico con un plan de restitución, la prueba de A.D.N., el Informe de Admisibilidad de la CIDH y un Informe psicológico de Leonardo Fornerón, entre otros.<sup>68</sup> El 5 de junio de 2009 el Juzgado se declara incompetente en el proceso, ordenando su traslado al Juzgado donde se tramita la causa sobre adopción plena.<sup>69</sup>

#### **V. ANÁLISIS DE DERECHO**

**65.** Teniendo en cuenta que los alegatos de las partes y la evidencia documental aportada versan alrededor de un proceso judicial con una decisión en firme sobre un aspecto que compete primordialmente a las autoridades judiciales internas, la Comisión desea aclarar que el objeto del presente informe no es emitir un pronunciamiento sobre si la guarda y posterior adopción simple de Milagros le correspondía a Leonardo Fornerón o al matrimonio Bassi Zucchi. El examen que a continuación efectúa la Comisión, tiene como propósito dilucidar en primer lugar, si en el proceso de guarda y en el de adopción posterior, así como en los procesos de derechos de visitas y en la averiguación previa, las autoridades judiciales aplicaron estándares compatibles con la Convención Americana.<sup>70</sup> En segundo lugar, la Comisión analizará si existió una

---

<sup>67</sup> Escrito de los peticionarios de 13 de noviembre de 2006. Anexo. Copia de Expediente caratulado “Enrique, Diana Elizabeth s/ su Denuncia” ante el Juzgado de Instrucción de la ciudad de Victoria.

<sup>68</sup> Escrito del Estado de 17 de agosto de 2009. Anexo I. Copia de Expediente No. 33.707 ante El Juzgado No. 86 de la ciudad de Buenos Aires. 8 de mayo de 2009.

<sup>69</sup> Escrito del Estado de 17 de agosto de 2009. Anexo I. Copia de Expediente No. 33.707 ante El Juzgado No. 86 de la ciudad de Buenos Aires. 8 de mayo de 2009.

<sup>70</sup> Constitución Política de la República Argentina artículo 75 inciso 22: Corresponde al Congreso: **22.** Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos económicos, Sociales y



violación a la obligación estatal de dictar medidas legislativas en relación al tráfico de niños.

**A. Derecho a las garantías judiciales y protección judicial de Milagros y de Leonardo Fornerón (artículos 8.1, 25.1 y 1.1 de la Convención Americana) en relación con el derecho a especial protección a favor de los niños y niñas. (Artículos 19 y 1.1 de la Convención Americana)**

**66.** El artículo 8.1 de la Convención Americana establece: Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

**67.** El artículo 25.1 de la Convención Americana consagra: Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

**68.** El artículo 1.1 de la Convención establece: los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

**69.** El artículo 19 de la Convención Americana, indica que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.”

**70.** Dadas las particularidades del presente caso y que los hechos guardan relación con los procesos judiciales en los cuales se definió el cuidado y status filiatorio de una niña, la Comisión considera pertinente analizar las obligaciones estatales de los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana a la luz del artículo 19 del mismo instrumento.

**71.** La Corte ha señalado que “en virtud de la protección otorgada por los artículos 8 y 25 de la Convención, los Estados están obligados a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones de los derechos humanos, que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal”<sup>71</sup>. Ahora bien, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, el artículo 19 de la Convención Americana debe entenderse como un derecho adicional y complementario, que el tratado establece

---

Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la prevención y la sanción del Delito de Genocidio, La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

<sup>71</sup> Corte I.D.H., *Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de julio de 2007. Serie C No. 167. Párr. 124; Corte I.D.H., *Caso de la Masacre de la Rochela*. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C. No. 163. Párr. 145; Corte I.D.H., *Caso del Penal Miguel Castro Castro*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160. Párr. 381; y Corte I.D.H., *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros)*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158, Párr. 106.

para seres que por su desarrollo físico y emocional necesitan de protección especial<sup>72</sup>. Los niños, por tanto, son titulares tanto de los derechos humanos que corresponden a todas las personas, como de aquellos derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado. Es decir, los niños deben ser titulares de medidas especiales de protección<sup>73</sup>.

**72.** En definitiva, los derechos de los niños deben ser salvaguardados tanto por su condición de seres humanos como en razón de la situación especial en que se encuentran, para lo cual es preciso adoptar medidas especiales de protección. Esta obligación adicional de protección<sup>74</sup> y estos deberes especiales deben considerarse determinables en función de las necesidades del niño como sujeto de derecho<sup>75</sup>.

**73.** En ese sentido, la Corte Interamericana se ha referido en casos anteriores al *corpus juris* de los derechos humanos de los niños<sup>76</sup>. La Comisión por su parte, se ha referido a esta idea en los siguientes términos: Para interpretar las obligaciones del Estado en relación con los menores, además de las disposiciones de la Convención Americana, la Comisión considera importante acudir, por referencia, a otros instrumentos internacionales que contienen normas más específicas con respecto a la protección de la niñez, entre las cuales cabría citar la Convención sobre los Derechos del Niño, y las diversas Declaraciones de las Naciones Unidas sobre el tema. Esta integración del sistema regional con el sistema universal de los derechos humanos, a los efectos de interpretar la Convención, encuentra su fundamento en el artículo 29 de la Convención Americana y en la práctica reiterada de la Corte y de la Comisión en esta materia<sup>84</sup>.

**74.** Específicamente, la Corte estableció que tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño, integran un *corpus juris* internacional de protección de los derechos de las personas menores de 18 años de edad. Ello significa que dicho *corpus juris* le permite a la Corte fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana. En efecto, en diversos casos relacionados con niños, la Corte ha utilizado disposiciones específicas de la Convención sobre los Derechos del Niño para interpretar el artículo 19 de la Convención Americana<sup>78</sup>.

**75.** La Corte Interamericana ha señalado que en relación con los procedimientos judiciales en los que participan los niños o en los cuales se discute algún derecho relativo a ellos, el *corpus iuris*, a través de sus distintos instrumentos, ha establecido: Las garantías consagradas en los artículos 8 y 25 de la Convención se reconocen a todas las personas por igual, y deben correlacionarse con los derechos específicos que

---

<sup>72</sup> Corte I.D.H., *Caso de las Masacres de Ituango*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148, párrafo 106; *Caso Baldeón García*, Sentencia de 6 de abril de 2005. Serie C No. 147, párrafo 244; *Caso de la Masacre de Mapiripán*, Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párrafo 152; y especialmente: *Caso "Instituto de Reeducación del Menor"*, Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párrafo 147 y *Caso Servellón García y otros*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006, párrafo 113.

<sup>73</sup> Opinión Consultiva OC-17/2002, párrafo 62: La adopción de medidas especiales para la protección del niño corresponde tanto al Estado como a la familia, la comunidad y la sociedad a la que aquél pertenece.

<sup>74</sup> Corte I.D.H., *Caso "Instituto de Reeducación del Menor"*, párrafo 160; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, párrafos. 124, 163-164, y 75; *Caso Bulacio*, párrafos 126 y 134; y *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros)*, párrafos 146 y 191; y *Caso Comunidad indígena Yakye Axa*. Sentencia de 17 de junio de 2005, párrafo 172. En el mismo sentido: Opinión Consultiva OC-17/02, párrafos 56 y 60.

<sup>75</sup> Corte I.D.H., *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*. Sentencia de 29 de marzo de 2006, párrafo 154.

<sup>76</sup> Corte I.D.H., *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros)*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

<sup>84</sup> CIDH, Informe No. 41/99, Caso 11.491, Menores detenidos contra Honduras, de 10 de marzo de 1999, párrafo 72.

<sup>78</sup> Corte I.D.H., *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros)*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párrafo 194; ver también: *Caso "Instituto de Reeducación del Menor"*, Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párrafo 148; y *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*. Sentencia de 8 de julio de 2004, párr. 166.

estatuye, además, el artículo 19, en forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño.

Es evidente que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento. (...)

En definitiva, si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías.<sup>79</sup>

**76.** Estas garantías, en lo pertinente al presente caso, incluyen la garantía del plazo razonable.

**77.** Tanto la Comisión como la Corte ha establecido que para determinar la razonabilidad del plazo, es necesario tomar en consideración tres elementos: a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado, y c) conducta de las autoridades judiciales<sup>80</sup>. En casos recientes, la Corte ha incluido como cuarto elemento, los efectos que la demora en el proceso puedan tener sobre la situación jurídica de la víctima<sup>81</sup>. En relación con este último elemento, la Corte ha establecido que: Para determinar la razonabilidad del plazo se debe tomar en cuenta la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo, considerando, entre otros elementos, la materia objeto de controversia. Así, el Tribunal ha establecido que si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento corra con más diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve<sup>8283</sup>.

**78.** Asimismo, la Corte Europea en contextos similares a los del presente caso, ha establecido que en los casos relativos al estado civil, la naturaleza de los derechos que se discuten, así como las consecuencias que una demora excesiva pueden tener especialmente en lo relativo al derecho de familia, requieren de los tribunales actuar con diligencia especial en la determinación de los mismos.<sup>84</sup> Agrega la Corte que la acumulación de causas no es una explicación válida para la demora excesiva.<sup>85</sup> La misma Corte ha establecido la obligación de los tribunales de actuar con diligencia excepcional en la tramitación de casos donde la materia en discusión sea la custodia de un niño o niña.<sup>86</sup>

---

<sup>79</sup> Opinión Consultiva OC-17/2002, párrafos 95, 96 y 98.

<sup>80</sup> Corte I.D.H., *Caso Escué Zapata*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 165. Párr. 72; Corte I.D.H., *Caso La Cantuta*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006 Serie C No. 162. Párr. 102.

<sup>81</sup> Corte IDH. *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009 Serie C No. 196, párrafo 112; Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192.

<sup>82</sup> Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192, párr.155. Corte IDH. *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009 Serie C No.

<sup>83</sup>, párrafo 115.

<sup>84</sup> Corte Europea de Derechos Humanos. *Case of V.A.M. v. Serbia*, Judgement 13 March 2007, Para.99. (traducción libre).

<sup>85</sup> Corte Europea de Derechos Humanos. *Case of V.A.M. v. Serbia*, Judgement 13 March 2007, Para.100. (traducción libre).

<sup>86</sup> Corte Europea de Derechos Humanos. *Case of V.A.M. v. Serbia*, Judgement 13 March 2007, Para.101. (traducción libre).

**79.** En este mismo sentido, el artículo 7 de la Convención Europea sobre el Ejercicio de los derechos de los niños, establece que en los procedimientos que afecten a un niño, los tribunales tienen el deber de actuar con expedición para evitar demoras.<sup>87</sup> La misma Convención establece que en todos los procedimientos en que el bienestar del niño esté en serio peligro, los tribunales deben tener el poder de actuar de *motu proprio*.<sup>88</sup>

**80.** La Comisión considera que estos requisitos de diligencia especial están incorporados en las garantías que los Estados deben respetar en virtud del artículo 19 de la Convención Americana. A continuación, la Comisión analizará si en el presente caso los tribunales argentinos cumplieron con los principios enunciados en los distintos procesos judiciales iniciados para establecer la guarda, el derecho de visitas y la adopción de Milagros, a favor de Leonardo Fornerón y de la niña.

**81.** Los peticionarios alegan que la demora en la tramitación de los procesos fue injustificada y que esto influyó de manera determinante en las decisiones que se tomaron para apartar a Milagros de su padre. Alegan asimismo, que ha existido una demora injustificada en la determinación de un régimen de visitas, lo cual ha impedido que ambos se conocieran y construyeran una relación, pese a que Milagros tiene ya casi 10 años. Los peticionarios alegan asimismo que se discriminó al Sr. Fornerón por su estado civil y su condición económica, y que esto influyó en que los tribunales decidieran primero otorgar la guarda y luego la adopción simple de Milagros, en vez de reconocer su derecho de cuidarla.

**82.** El Estado por su parte, alega que el Sr. Fornerón tuvo a su disposición múltiples procedimientos y que los Tribunales decidieron de acuerdo a derecho. Agrega que el retraso se debió a la inactividad del Sr. Fornerón en muchos de los procedimientos.

**83.** En consecuencia, la CIDH referirá el análisis de esta sección a la evaluación sobre el cumplimiento de la garantía de plazo razonable. En primer lugar, para evaluar si existió demora en los procedimientos, la Comisión, en aplicación de los principios enunciados precedentemente, analizará a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado, c) conducta de las autoridades judiciales, considerando si los tribunales emplearon una diligencia especial en la tramitación de las causas, y d) los efectos que la demora en el proceso tuvo sobre la situación jurídica de Milagros y de Leonardo Fornerón.

#### **i. Proceso sobre guarda judicial**

**84.** En relación con la causa sobre guarda judicial, la Comisión observa que se trata de un procedimiento por su naturaleza delicado, que requiere de dictámenes especializados, de la participación de un padre biológico que se opuso a la guarda, y un análisis pormenorizado de los derechos de la niña. En relación con la actividad procesal del Sr. Fornerón, la Comisión observa que en los distintos procesos, éste acudió a instancias judiciales en múltiples oportunidades: Durante el proceso de guarda judicial, el Sr. Fornerón solicitó la restitución de Milagros tres veces en primera instancia, además de acudir a la audiencia de conciliación y de someterse voluntariamente a la

---

<sup>87</sup> European Convention on the Exercise of Children's Rights, Strasbourg 25.I.1996. European Treaty Series- No.160. Article 7:"Duty to act speedily: In proceedings affecting a child the judicial authority shall act speedily to avoid any unnecessary delay and procedures shall be available to ensure that its decisions are rapidly enforced. In urgent cases the judicial authority shall have the power, where appropriate, to take decisions which are immediately enforceable."

<sup>88</sup> European Convention on the Exercise of Children's Rights, Strasbourg 25.I.1996. European Treaty Series- No.160. Article 8: "In proceedings affecting a child the judicial authority shall have the power to act on its own motion in cases determined by internal law where the welfare of a child is in serious danger."

prueba de A.D.N. Asimismo, el Sr. Fornerón apeló oportunamente de la sentencia, y en segunda instancia se sometió a los estudios del equipo interdisciplinario y participó en todas las audiencias a las que fue citado, hasta el 13 de marzo de 2003, fecha en que solicitó la emisión de sentencia definitiva debido a las postergaciones de algunas audiencias. No se observa que el Sr. Fornerón haya interpuesto recursos dilatorios durante el proceso. Un factor adicional del que la Comisión toma nota es que el Sr. Fornerón vive a más de 100 kilómetros de la ciudad de Victoria.

**85.** En relación con la actividad de las autoridades judiciales y los efectos que dicho retraso tuvo en la situación jurídica de Milagros y Leonardo Fornerón, la CIDH tiene debidamente en cuenta que por tratarse de un procedimiento en que se estaba definiendo la custodia de una niña, y en el cual el transcurso del tiempo era definitorio en la creación de vínculos afectivos, los tribunales tenían un deber de diligencia excepcional impulsando las medidas necesarias para la pronta y debida resolución. En este sentido, la CIDH, tras analizar las posiciones de las partes y las pruebas documentales, concluye que los tribunales incumplieron su obligación de diligencia, y que existió una demora injustificada en la resolución de los mismos que afectó gravemente los derechos de Milagros y de Leonardo Fornerón.

**86.** El proceso en el que se definió la guarda duró desde el 1 de agosto de 2000 hasta el 2 de abril de 2004, es decir, tres años y ocho meses. Durante estos años, y pese a la importancia del proceso, existe una importante inactividad y falta de diligencia por parte de los tribunales. Pese a lo anterior, la CIDH observa que los tribunales fundaron su decisión de otorgar la guarda, precisamente en el transcurso del tiempo.

**87.** Al respecto, la primera instancia desde su inicio hasta el 17 de mayo de 2001, fecha en que se dicta sentencia de primera instancia, tiene una duración de más de nueve meses. Durante dicha instancia, la CIDH nota, por una parte, que el tribunal omitió la realización de pruebas indispensables y básicas tales como un informe sobre la situación del padre biológico y de los guardadores y que en la realización de algunas diligencias que sí ordenó, hubo retrasos que el tribunal no corrigió. En este sentido, desde que el Tribunal tomó conocimiento de la paternidad del Sr. Fornerón, el 18 de octubre de 2000, hasta la recepción del Informe pericial que estableció que debía otorgarse la guarda, transcurrieron siete meses. Mora procesal que tuvo consecuencias particularmente negativas sobre las pretensiones de las presuntas víctimas, toda vez que inclusive el mismo informe pericial funda su opinión únicamente en que la niña ya había establecido vínculos con una familia por casi un año. La CIDH observa que la misma sentencia de esta instancia funda su determinación de otorgar la guarda en el dictamen de la perito psicóloga al establecer que debido a “que se ha cumplido casi un año de guarda a la fecha, sería sumamente dañino psicológicamente para la niña el traspaso de esta familia a la que reconoce y de la que recibe contención, cariño, cuidados y todo lo necesario para su bienestar y desarrollo físico y emocional, con quien ha entablado lazos y vínculos afectivos fuertes e inquebrantables, a otra a la que desconoce, con quienes nunca ha tenido contacto y que por tanto resultarían extraños para ella”.

**88.** En segunda instancia, el proceso tarda más de dos años, desde la interposición del recurso de apelación el 18 de mayo de 2001 hasta la sentencia, el 11 de junio de 2003. Durante esta etapa, la CIDH observa que la Cámara se encontraba en la necesidad de ordenar la realización de múltiples pruebas que habían sido omitidas en primera instancia, tales como un estudio socio ambiental respecto de Aníbal Fornerón, entrevista a la niña y entrevistas con los guardadores. Sin embargo, la CIDH observa

que transcurrió un año desde la interposición del recurso de apelación el 18 de mayo de 2001 hasta la resolución del tribunal en que ordena la realización de las pruebas, el 23 de abril de 2002. La CIDH observa asimismo que recién el 14 de febrero de 2003, es decir casi dos años después, se celebró la primera audiencia en que participaron el Sr. Fornerón y los guardadores, y que en ningún momento durante el proceso se produjo un encuentro entre el Sr. Fornerón y su hija. Durante el proceso, los guardadores omitieron llevar a la niña al menos a una audiencia que se habría fijado para promover este encuentro, y no consta que se los haya citado nuevamente bajo ningún apercibimiento legal. En este sentido, los peritajes psicológicos que luego fueron considerados por el Superior Tribunal de Justicia en su fallo sobre el recurso de inaplicabilidad, establecieron los efectos del transcurso del tiempo como definitorios de un resultado, al señalar que la separación de la niña de quienes ha internalizado como padres le podría ocasionar a la niña inestabilidad emocional y trastornos de carácter. Dicha sentencia, de 20 de noviembre de 2003, estableció que “sin lugar a dudas si el fallo definitivo se hubiese dictado al tiempo del de primera instancia, probablemente otro hubiese sido el resultado” y procede a casar la sentencia de segunda instancia estableciendo la guarda. La apelación extraordinaria interpuesta por el Sr. Fornerón fue desestimada el 2 de abril de 2004.

**89.** En resumen, este proceso en que se definió de manera definitiva que la niña no estaría al cuidado de su padre, tuvo una duración de tres años y cuatro meses, y en las distintas etapas, los tribunales y los peritos se refirieron al transcurso del tiempo como un elemento definitorio en sus decisiones, sin que se observe que tomaron medidas destinadas a evitar o remediar la demora. El Tribunal Superior de Justicia de Entre Ríos, al declarar procedente el recurso de inaplicabilidad de la ley, estableció que “el motivo de este proceso alongado surge del papelerío amontonado que padece el Poder Judicial, retaceando su obligación de decidir los conflictos en tiempo oportuno para tratar de dañar lo menos posible a los justiciables”, y reconoce que “la demora en el trámite, que en el presente no es una cuestión menor, va de suyo que incidirá en la decisión que debe recaer en este proceso”. Tal como se señaló con anterioridad, la acumulación de causas no es una explicación válida para la demora excesiva en la resolución de un proceso, especialmente considerando que la duración de las actuaciones afectó en forma especialmente grave los derechos de Leonardo Aníbal Javier Fornerón y de su hija Milagros, puesto que conforme transcurrió el tiempo, la niña creó mayores vínculos con los guardadores, un factor utilizado posteriormente para mantener la adopción y rechazar las solicitudes del padre biológico. Como se señaló anteriormente, en los procesos de guarda o custodia de una niña o niño, el tribunal debe tener una diligencia excepcional con el fin de evitar precisamente que la demora produzca daños adicionales en las personas involucradas. Por lo tanto, la CIDH concluye que el Estado violó el derecho de Milagros y Leonardo Fornerón a un proceso tramitado en un tiempo razonable de acuerdo con lo establecido en el artículo 8.1. de la Convención Americana.

#### **ii. Proceso sobre derecho de visitas**

**90.** El Sr. Fornerón insistió desde el 3 de julio de 2000, ante diversas autoridades en tener contacto con su hija y en la necesidad que se reconociera su derecho como padre y el derecho de su hija de estar juntos. Recién el 17 de mayo de 2001, luego de reiteradas gestiones por parte del Sr. Fornerón, se dicta sentencia en la que por primera vez se reconoce la posibilidad de establecer un régimen de visitas. Desde entonces, hasta la fecha de emisión del presente informe, aun no se ha implementado un régimen

de visitas, pese a todas las gestiones del Sr. Fornerón, que incluyen la solicitud de implementación del régimen. (CIDH, 2010)

**91.** En este sentido, el 15 de noviembre de 2001, el Sr. Fornerón solicita la implementación de la sentencia de primera instancia que estableció la posibilidad de establecer un régimen de visitas. La CIDH observa que la determinación de un régimen de visitas, es una materia delicada que requiere la opinión y acompañamiento de expertos, así como un cuidadoso análisis de la protección de los derechos de la niña. La CIDH observa al respecto que la procedencia de dicho régimen de visitas había sido establecida por una sentencia, luego de haber escuchado a una perito psicóloga y al Defensor de Pobres y Menores desde el 17 de mayo de 2001.

**92.** Por otra parte, la CIDH no concuerda con el argumento del Estado acerca de la inactividad del Sr. Fornerón en este proceso. Al contrario, se observa que solicitó todo lo que correspondía, colaborando en todo lo necesario en todos los procesos judiciales. El único período de inactividad fue entre el 22 de abril de 2002 y el 25 de noviembre de 2003, fechas que coinciden con la tramitación del recurso de apelación de la sentencia que otorgó la guarda. En este sentido, luego de la interposición de la solicitud de implementación del derecho de visitas y de la declaración de incompetencia del juzgado de Rosario de Tala, el Sr. Fornerón solicita el 16 de abril de 2002 la remisión del expediente al Juzgado de la ciudad de Victoria, y éste es remitido el 22 de abril de 2002. Es recién el 25 de noviembre de 2003 que el Sr. Fornerón ratifica la solicitud de derecho de visitas ante este Tribunal. Sin embargo, ante la inactividad del Tribunal, el Sr. Fornerón reitera su solicitud de implementación del régimen de visitas el 8 de abril de 2005. El 29 de abril de 2005 se celebra una audiencia en la que queda constancia que no se había notificado aun la demanda a los guardadores. El 19 de mayo el Sr. Fornerón propone un lugar de encuentro y propone peritos para el acompañamiento, y solicita la acumulación de las causas sobre derecho de visitas, guarda judicial y adopción. Esta solicitud fue denegada. Luego del primer encuentro entre Milagros y su padre, el Sr. Fornerón solicita se dicte sentencia el 18 de noviembre de 2005. No hay constancia que exista ninguna actividad judicial desde entonces.

**93.** En relación con este proceso y los efectos que dicho retraso tuvo en la situación jurídica de Milagros y Leonardo Fornerón, la CIDH observa una inactividad importante de parte del

Tribunal, que no cumple con el requisito de diligencia básica. En primer lugar, la CIDH toma en consideración que el Tribunal competente desde el 22 de abril de 2002, es el mismo Tribunal que ya había establecido la viabilidad del régimen de visitas. La CIDH considera que el Tribunal tenía la obligación de actuar con diligencia especial en este proceso, especialmente debido a que conocía el caso y tenía consciencia de los efectos negativos del transcurso del tiempo. El Tribunal no realizó ninguna gestión para establecer el régimen hasta el 10 de marzo de 2004, fecha en que dicta autos para resolver. El 7 de abril de 2004 corre traslado al Defensor de Menores y a los guardadores, pero no hay ningún movimiento en el expediente hasta el 8 de abril de 2005, un año después, fecha en que se presenta el Sr. Fornerón a solicitar nuevamente la implementación de un régimen de visitas. Esta inactividad coincide con el inicio del proceso sobre adopción plena ante el mismo Tribunal, entre los mismos actores. Por último, cabe señalar que luego de la solicitud que hizo el Sr. Fornerón el 18 de noviembre de 2005 para que se dictara sentencia que estableciera el régimen de visitas, de acuerdo con la información con que cuenta la CIDH, no existe más movimiento en el expediente.

**94.** La CIDH observa que lo anterior fue especialmente relevante en la determinación de la situación jurídica de Milagros y de su padre, puesto que el mismo Tribunal establece la adopción simple de Milagros a favor del matrimonio guardador el 23 de diciembre de 2005, con fundamento en la relación que ya se había desarrollado en el transcurso del tiempo. La Comisión observa que el mismo fallo de adopción reitera la conveniencia que “paulatinamente se comience el contacto con la menor (sic) con su padre biológico.” Sin embargo, según la información disponible, las autoridades competentes no han tomado medida alguna para avanzar con este proceso de contacto.

**95.** En conclusión, la CIDH observa que a la fecha de emisión del presente informe, de acuerdo con la información disponible, no se ha ordenado ni implementado un régimen de visitas, pese a las múltiples solicitudes del Sr. Fornerón. La Comisión concluye que una demora de casi nueve años en el establecimiento y la implementación de un régimen de visitas, cuya posibilidad ha sido reconocida en dos sentencias judiciales, constituye una violación al derecho del Sr. Fornerón y de Milagros a un proceso tramitado en un tiempo razonable de acuerdo con lo establecido en el artículo

8.1. de la Convención Americana. Asimismo, la CIDH concluye que el Estado argentino ha violado el derecho del Sr. Leonardo Fornerón a un recurso efectivo, puesto que no le ha proporcionado una vía efectiva para implementar dicho régimen, contrariando el artículo 25. 1 de la Convención Americana.

**B. Derecho a la familia de Milagros y de Leonardo Fornerón en relación con el derecho a la especial protección a favor de los niños y niñas (Artículos 17.1 y 5), 19 y 1.1 de la Convención Americana)**

**96.** El artículo 17 de la Convención Americana establece, en lo pertinente, que “[l]a familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. [...]”. En su numeral 2 establece: “[s]e reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención”. Asimismo, en su numeral 5 establece que: “[l]a ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.”

**97.** El artículo 19 de la Convención Americana, indica que “[t]odo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.”

**98.** El artículo 1.1 de la Convención establece: Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

**99.** Teniendo en cuenta las particularidades del presente caso y que todos los hechos denunciados guardan relación con los procesos judiciales en los cuales se definió la guarda y custodia de una niña, la Comisión considera pertinente analizar las obligaciones estatales consagradas en los artículos 17 de la Convención Americana y 19 del mismo instrumento.

**100.** La Comisión destaca lo anteriormente establecido por la Corte Interamericana según el cual “[e]l esclarecimiento de si el Estado ha violado o no sus obligaciones internacionales por virtud de las actuaciones de sus órganos judiciales, puede conducir



a que la Corte deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos<sup>89</sup>, para establecer su compatibilidad con la Convención Americana. A la luz de lo anterior, se deben considerar los procedimientos internos como un todo, incluyendo las decisiones de los tribunales de apelación. La función del tribunal internacional es determinar si la integralidad del procedimiento, inclusive la incorporación de prueba, se ajustó a la Convención<sup>90</sup>.

**101.** Tomando en consideración lo expresado sobre el *corpus iuris* en relación con los derechos del niño, la Comisión considera relevante mencionar algunas disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño que relacionan el deber de protección especial de los niños, con la institución familiar.

**102.** El artículo 9 de dicha Convención establece: Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

**103.** Los trabajos preparatorios de esta norma ponderaron la necesidad de que las separaciones de los niños con respecto a su núcleo familiar fueran debidamente justificadas y tuvieran preferentemente duración temporal, y que el niño fuese devuelto a sus padres tan pronto lo permitieran las circunstancias. El estándar establecido en el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño puede resumirse en el derecho del niño de permanecer con su familia biológica salvo cuando sea contrario a su interés superior y, si es necesario separar al niño de su familia, se deberán aplicar procedimientos equitativos y en los que se respeten las garantías del debido proceso.

**104.** Adicionalmente, este mismo instrumento reproduce en diversas disposiciones el derecho del niño a vivir con sus padres y a ser cuidado por ellos<sup>97</sup>. En el preámbulo se incluye expresamente a la familia como el lugar natural para el crecimiento de los niños y el deber de los Estados de apoyar a esta institución para que pueda cumplir con su función en la sociedad.

**105.** Congruente con este desarrollo internacional entre la relación entre la protección del niño y de la familia, la Corte Interamericana ha señalado que: El niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. El derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia y del niño

(...)<sup>91</sup>.

**106.** El mismo Tribunal – citando a la Corte Europea de Derechos Humanos – ha establecido que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia y que el contenido esencial de este precepto

---

<sup>89</sup> Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 146; Corte I.D.H., *Caso Myrna Mack Chang*. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, párr. 200; y Corte I.D.H., *Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras*. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párr. 120.

<sup>90</sup> Corte I.D.H., *Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras*. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párr. 120; Corte I.D.H., *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr. 189; y Corte I.D.H., *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros)*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 222.

<sup>91</sup> Corte I.D.H., Opinión Consultiva OC-17 del 28 de agosto de 2002, párrafo 71.

es la protección del individuo frente a la acción arbitraria de las autoridades públicas, siendo una de las interferencias más graves la que tiene por resultado la división de una familia<sup>92</sup>.

**107.** Además del carácter de excepcionalidad, la separación de los niños de sus padres puede darse en determinadas circunstancias, entre las cuales la Corte ha señalado que

“la carencia de recursos materiales no puede ser el único fundamento para una decisión judicial o administrativa que suponga la separación del niño con respecto a su familia, y la consecuente privación de otros derechos consagrados en la Convención.”<sup>93</sup>

**108.** El Tribunal, estableció asimismo que con base en dicha excepcionalidad, es necesario haber considerado todas las alternativas frente a la inexistencia de un ambiente familiar de estabilidad y bienestar; que los intentos de la comunidad por ayudar a los padres en este aspecto hayan fracasado y que la familia extensa no pueda cumplir ya esta función antes de recurrir a otras posibles medidas de colocación familiar, entre ellas la adopción.<sup>94</sup>

**109.** Todo lo anterior, analizado bajo las obligaciones estatales en virtud de los artículos 17 y 19 de la Convención Americana, significa que los niños tienen el derecho a vivir con su familia biológica. El concepto de familia no está reducido únicamente al matrimonio<sup>95</sup> e incluye a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano.<sup>96</sup> Así, el derecho de un padre o madre y su hijo de vivir juntos es un elemento fundamental de la vida familiar, aunque la relación entre los padres se haya roto, y las medidas internas que lo impiden constituyen una injerencia en este derecho protegido por el artículo 17.<sup>97</sup>

**110.** Para que esta injerencia sea acorde con los parámetros de la Convención Americana, la separación procede sólo en circunstancias excepcionales, cuando existan razones determinantes para ello, en función del interés superior del niño.<sup>98</sup> En este caso, la separación debe ordenarse por orden judicial, de acuerdo con la ley, mediante un proceso en el que se respeten las garantías del debido proceso. Adicionalmente, en caso de producirse una separación de un niño respecto de su núcleo familiar, el Estado debe procurar preservar ese vínculo interviniendo temporalmente y orientando su accionar a la reincorporación del niño a su familia y su comunidad siempre que eso no sea contrario a su interés superior. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido muy clara al establecer que en estas situaciones, los niños deben ser devueltos a sus padres tan pronto lo permitan las circunstancias<sup>99</sup>.

**111.** En este sentido, la Corte Interamericana señaló: El niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. El derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia y del niño, y además está expresamente reconocido por los artículos 12.1 de la Declaración

---

<sup>92</sup> Corte I.D.H., Opinión Consultiva OC-17 del 28 de agosto de 2002, párrafo 72.

<sup>93</sup> Corte I.D.H., Opinión Consultiva OC-17 del 28 de agosto de 2002, párrafo 76.

<sup>94</sup> Corte I.D.H., Opinión Consultiva OC-17 del 28 de agosto de 2002, párrafo 73.

<sup>95</sup> Corte I.D.H., Opinión Consultiva OC-17 del 28 de agosto de 2002, párrafo 69.

<sup>96</sup> Corte I.D.H., Opinión Consultiva OC-17 del 28 de agosto de 2002, párrafo 70.

<sup>97</sup> Corte I.D.H., Opinión Consultiva OC-17 del 28 de agosto de 2002, párrafo 72.

<sup>98</sup> Corte I.D.H., Opinión Consultiva OC-17 del 28 de agosto de 2002, párrafo 77.

<sup>99</sup> Corte I.D.H., Opinión Consultiva OC-17 del 28 de agosto de 2002, párrafos 75 y 77.

Universal de los Derechos Humanos<sup>100</sup>, V de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre<sup>101</sup>, 17 del Pacto Internacional derechos Civiles y Políticos<sup>109</sup>, 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>102</sup> y 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos<sup>103</sup>. Estas disposiciones poseen especial relevancia cuando se analiza la separación del niño de su familia.<sup>1104105106</sup>

**112.** En el presente caso, los peticionarios alegan que Milagros fue entregada en guarda preadoptiva por su madre al día siguiente de nacer, sin el conocimiento del padre. Agregan que el hecho que los Tribunales otorgaran esa guarda y luego concedieran la adopción de Milagros contra la voluntad del padre, violó el derecho de ambos de convivir como familia. El Estado ha hecho referencia a las diferentes decisiones judiciales como válidas, aunque no presentó alegatos específicos al respecto.

**113.** La Comisión observa en primer lugar que es un hecho probado que el Sr. Fornerón es el padre biológico de Milagros. Asimismo, que la guarda preadoptiva fue concedida por su madre a un matrimonio sin el conocimiento del padre y que posteriormente, se concedió la guarda judicial y la adopción de Milagros contra la voluntad del Sr. Fornerón.<sup>107108</sup>

Asimismo, considera probado que el Sr. Fornerón no tuvo ni tiene acceso a Milagros y que las acciones judiciales que intentó para conseguir la determinación de un régimen de visitas no han sido efectivas.

**114.** La Comisión considera que, como ha señalado la Corte Europea, en la determinación de lo que constituye el bien superior del niño las cortes nacionales

---

<sup>100</sup> Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

<sup>101</sup> Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar. <sup>109</sup> Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

<sup>102</sup> Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

<sup>103</sup> En este sentido, el artículo 8 de la Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales establece que

<sup>104</sup> .- Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

<sup>105</sup> .- No puede haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta interferencia esté prevista por la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

<sup>106</sup> Corte I.D.H. Opinión Consultiva OC-17 del 28 de agosto de 2002, párrafo 71.

<sup>107</sup> El Código Civil establece entre los requisitos del otorgamiento de la guarda, citar a los progenitores para que presten su consentimiento: Art.

<sup>108</sup> . La adopción de menores no emancipados se otorgará por sentencia judicial a instancia del adoptante. (...) (*Artículo sustituido por art. 1º de la Ley N° 24.779 B.O. 1/4/1997.*); Art. 316. El adoptante deberá tener al menor bajo su guarda durante un lapso no menor de seis meses ni mayor de un año el que será fijado por el Juez. El juicio de adopción solo podrá iniciarse transcurridos seis meses del comienzo de la guarda. (*Artículo sustituido por art. 1º de la Ley N° 24.779 B.O. 1/4/1997.*); Art. 317. Son requisitos para otorgar la guarda: a) Citar a los progenitores del menor a fin de que presten su consentimiento para el otorgamiento de la guarda con fines de adopción. El juez determinará, dentro de los sesenta días posteriores al nacimiento, la oportunidad de dicha citación. No será necesario el consentimiento cuando el menor estuviese en un establecimiento asistencial y los padres se hubieran desentendido totalmente del mismo durante un año o cuando el desamparo moral o material resulte evidente, manifiesto y continuo, y esta situación hubiese sido comprobada por la autoridad Judicial. Tampoco será necesario cuando los padres hubiesen sido privados de la patria potestad, o cuando hubiesen manifestado Judicialmente su expresa voluntad de entregar al menor en adopción. b) Tomar conocimiento personal del adoptando; c) Tomar conocimiento de las condiciones personales, edades y aptitudes del o de los adoptantes teniendo en consideración las necesidades y los intereses del menor con la efectiva participación del Ministerio Público, y la opinión de los equipos técnicos consultados a tal fin. d) Iguales condiciones a las dispuestas en el inciso anterior se podrán observar respecto de la familia biológica. El juez deberá observar las reglas de los incisos a), b) y c) bajo pena de nulidad. Art. 318. Se prohíbe expresamente la entrega en guarda de menores mediante escritura pública o acto administrativo. Art. 321. En el juicio de adopción deberán observarse las siguientes reglas: h) Deberá constar en la sentencia que el adoptante se ha comprometido a hacer conocer al adoptado su realidad biológica.

necesariamente tienen un rol y responsabilidad primordial, debido a que son ellas las que están en contacto directo con las partes. Por lo tanto, no es el papel de la Comisión sustituir a los tribunales nacionales en la determinación de la custodia o guarda, sino revisar las decisiones que los tribunales tomen, a la luz de los derechos reconocidos por la Convención Americana con el fin de analizar la compatibilidad de los estándares aplicados.

**115.** En lo relativo al acceso de los padres a sus hijos y a la adopción de medidas que protejan su derecho de familia, dicho análisis toma en cuenta la naturaleza excepcional de las restricciones. Lo anterior debido al riesgo que estas limitaciones adicionales dañen dichas relaciones familiares.<sup>109</sup>

**116.** La CIDH analizará si en los procesos se respetó el derecho del Sr. Fornerón y el de Milagros de mantener una convivencia que protegiera su derecho reconocido bajo el artículo 17, y en caso contrario, si existieron motivos determinantes para ello, establecidos en un proceso judicial con las debidas garantías y de acuerdo con la ley.

**117.** En relación con los motivos determinantes, la CIDH observa que en ningún momento durante los procesos judiciales los tribunales concluyeron que el Sr. Fornerón estaba incapacitado para ejercer el cuidado de Milagros. Por el contrario, desde la sentencia de primera instancia sobre la guarda, se consideró que sería beneficioso establecer un régimen de visitas. Las razones para otorgar la guarda son fundamentalmente los vínculos que ya se han establecido con el matrimonio guardador durante el transcurso de los procesos judiciales y no la incapacidad o falta de idoneidad del Sr. Fornerón. Por lo tanto, la CIDH concluye que no existían motivos válidos bajo la Convención Americana y el *corpus iuris* aplicable para impedir el acceso y mantener el respeto por el derecho de Milagros y su padre a mantener una convivencia.

**118.** De acuerdo con los principios enunciados, la determinación de separar a un niño de su familia debe hacerse de acuerdo con la ley. Al respecto, la legislación argentina establece en el artículo 317 del Código Civil, la necesidad del consentimiento de los progenitores del niño: Son requisitos para otorgar la guarda: a) Citar a los progenitores del menor a fin de que presten su consentimiento para el otorgamiento de la guarda con fines de adopción. El juez determinará, dentro de los sesenta días posteriores al nacimiento, la oportunidad de dicha citación. (...) No será necesario el consentimiento cuando el menor estuviese en un establecimiento asistencial y los padres se hubieran desentendido totalmente del mismo durante un año o cuando el desamparo moral o material resulte evidente, manifiesto y continuo, y esta situación hubiese sido comprobada por la autoridad Judicial. Tampoco será necesario cuando los padres hubiesen sido privados de la patria potestad, o cuando hubiesen manifestado judicialmente su expresa voluntad de entregar al menor en adopción.

**119.** Por su parte, el artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece: Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y: a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y

---

<sup>109</sup> Véase, Corte Europea de Derechos Humanos, Johansen V. Norway, 7 de Agosto de 1996, 1196-III, No13, para.64 y Corte Europea de Derechos Humanos, Sommerfeld v. Germany, 8 de julio de 2003, 31871/96, para 63.

representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario; (...)

**120.** En el presente caso, ha sido probado que el Sr. Fornerón manifestó en todos los procedimientos su oposición a la guarda. No consta de los expedientes que se haya hecho una declaración de incapacidad del Sr. Fornerón que hubiese obviado este requerimiento, o el cumplimiento de los demás requisitos establecidos en el artículo 317. Por lo tanto, la CIDH concluye que los requerimientos de la ley interna no fueron cumplidos en este caso. **121.** Con base en lo anterior, la Comisión considera que la determinación del Estado de otorgar una guarda judicial y posteriormente una adopción, a pocos días de nacer, sin el conocimiento inicial y en oposición a la voluntad del padre biológico, constituyó una restricción ilegítima del derecho de familia del Sr. Fornerón y de Milagros. Lo anterior, por cuanto dicha decisión, sin haber asegurado debidamente el acceso del padre a Milagros, no sólo interfirió en el ejercicio que la Convención les garantizaba de su derecho de familia, sino que trajo aparejado adicionalmente el riesgo que se generaran lazos afectivos con el tiempo que luego sería difícil revertir, sin generar un daño a la niña. Esta decisión, como ha establecido la jurisprudencia europea en casos similares, no sólo puso en peligro el desarrollo de los lazos de familia del Sr. Fornerón con su hija, sino que puso en marcha un proceso que con el tiempo hace cada vez más difícil la restauración de los vínculos. Dicho proceso colocó al Sr. Fornerón en una situación de desventaja en relación con los solicitantes de adopción.<sup>110</sup>

**122.** Adicionalmente, cabe agregar que en razón que, de acuerdo con la información con que cuenta la CIDH, el Estado argentino no ha tomado las medidas necesarias para implementar un régimen de visitas oportuno, Milagros, quien tiene un padre biológico, ha sido privada de su derecho de acceder a diversos aspectos de su identidad, a contar con información significativa para su desarrollo y de desarrollar vínculos con su familia biológica.

**123.** La Comisión concluye por lo tanto que la decisión del Estado de separar a Milagros de su padre biológico, sin dar acceso a un régimen de convivencia, violó el derecho de familia de Milagros (artículo 17 de la Convención Americana) y de Leonardo Fornerón, en relación con los derechos establecidos por el artículo 19 y 1.1 de la Convención.

**C. Obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos humanos en relación con los derechos del niño. (Artículos 1.1., 2 y 19 de la Convención Americana)**

**124.** El artículo 1(1) de la Convención Americana establece que: Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

**125.** El artículo 2 de la Convención Americana establece que: Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a

---

<sup>110</sup> Véase Corte Europea de Derechos Humanos, Keegan v. Ireland, 26 de mayo de 1994, 16969/90, para 55 y W. V. United Kingdom judgement, July 1987, para 62.

adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

**126.** Aunque los peticionarios no presentaron un reclamo bajo dicho artículo, la Comisión, con base en los elementos de hecho y de derecho presentados por las partes en el proceso contradictorio, encuentra necesario analizar su aplicación *iura novit curiae*.

**127.** Con respecto a estos requisitos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que: El deber general del Estado, establecido en el artículo 2 de la Convención, incluye la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen una violación a las garantías previstas en la Convención, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de dichas garantías.<sup>111</sup>

**128.** La Corte agregó: En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial.<sup>21</sup> La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención.

**129.** En el presente caso, los peticionarios alegan que Milagros fue objeto de tráfico de niños. Alegan asimismo que el Estado incumplió su obligación de investigar y sancionar debidamente este hecho, al archivar la causa sobre averiguación previa, por no estar tipificado dicho delito en la legislación argentina. Los peticionarios alegan que esta es una práctica general en algunas provincias de Argentina, y que sin embargo, no existe una legislación que sancione dichas conductas. El Estado no presentó alegatos a este respecto.

**130.** La Comisión consideró probado que el 11 de julio de 2000 el Agente Fiscal solicita al Juez de Instrucción de Rosario de Tala, una serie de medidas bajo la presunción de la comisión de un delito de los previstos en el Título 4, Capítulo 2 del Código Penal (supresión y suposición del estado civil y de la identidad), y que en virtud de esto se inició un expediente sobre averiguación previa. Dicha averiguación fue archivada el 26 de abril de 2001 por no configurar los hechos una conducta penal. La Cámara en lo Criminal de

Guaiguay estableció en su sentencia textualmente que: “sabido es que la reforma de la ley 24.410 (...) no tuvo como propósito la represión de actividades de quienes lucran con la venta o intermedian con la entrega de niños, con fines benévolos o humanitarios. Y que esta última actuación estaba fuera del alcance del Código Penal”. De lo anterior

---

<sup>111</sup> Corte IDH, Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos et al), Serie C Nº 73, Sentencia del 5 de febrero de 2001, párr. 85.

se desprende que no existe en Argentina una legislación que sancione la venta de niños en el ámbito penal.<sup>112</sup>

**131.** La Convención sobre los Derechos del Niño, que como se ha señalado es parte del *corpus iuris* que se incorpora al artículo 19 de la Convención Americana, establece en su artículo 35 que “[l]os Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral o multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.”

**132.** De acuerdo con el artículo 2 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía, se define venta como: “todo acto de transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución.”

**133.** La Comisión concluye que el Estado argentino tenía la obligación en virtud del artículo 2, en relación con el artículo 1.1. y 19 de la Convención Americana, de adoptar las medidas legislativas para prevenir la venta de niños en su territorio y que no lo ha hecho. Lo anterior implicó que no se investigara con la debida diligencia el alegato del Sr. Fornerón y luego presentado por el Ministerio Público, que Milagros podría haber sido víctima de un acto de tráfico de niños.

**134.** En virtud de lo anterior, la CIDH declara que el Estado ha violado los artículos 2, en relación con el artículo 1.1 y 19 en perjuicio de Leonardo Fornerón y Milagros.

## **VI. CONCLUSIONES**

**135.** En virtud de las consideraciones de hecho y derecho expuestas a lo largo del presente informe, la Comisión Interamericana, durante su 139 Período Ordinario de Sesiones, concluye que el Estado de Argentina violó el derecho de Leonardo Fornerón y de Milagros Fornerón a un debido proceso, a las garantías judiciales y a su derecho a la protección a la familia consagrados en los artículos 8(1), 25(1) y 17 de la Convención Americana en relación con los artículos 19 y 1(1) del mismo instrumento. La Comisión concluye asimismo que el Estado argentino violó el artículo 2 en relación con el artículo 1(1) y 19 de la Convención Americana.

## **VII. RECOMENDACIONES**

**136.** Con fundamento en el análisis y las conclusiones del presente informe, la Comisión Interamericana considera que el Estado argentino debe,

1. Adoptar en el corto plazo todas las medidas necesarias para reparar de una manera integral las violaciones a los derechos humanos del señor Leonardo Aníbal Javier Fornerón y de Milagros que se determinaron en el presente informe, con la asistencia apropiada y tomando en consideración el interés superior de la niña.

---

<sup>112</sup> Véase Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas: Observaciones Generales sobre Argentina de 18 de junio de 2010 que establece en sus párrafos séptimo y octavo lo siguiente: “El Comité observa que la legislación del Estado parte incluye disposiciones que sancionan algunas prácticas abarcadas por el Protocolo facultativo; no obstante, lamenta que el Estado parte aún no haya cumplido cabalmente sus obligaciones con arreglo al Protocolo. El Comité observa que el Estado parte ha procurado proponer un proyecto de ley sobre la venta de niños.

Observa además que en abril de 2008 se publicó la Ley 26.364 de prevención y sanción de la trata de personas y asistencia a sus víctimas. (...) El Comité recuerda al Estado parte que su legislación debe satisfacer sus obligaciones respecto a la venta de niños. Aunque ese concepto es similar al de la trata de personas, no es idéntico, y, para aplicar cabalmente las disposiciones del Protocolo facultativo relativas a la venta de niños, el Estado parte debe asegurar que su legislación contenga disposiciones específicas sobre la venta de niños, como dispone el Protocolo facultativo. CRC/C/OPSC/ARG/CO/1

2. Adoptar, entre otras medidas, de manera urgente, las acciones necesarias para crear las condiciones necesarias para establecer la relación entre Leonardo Fornerón y Milagros.
  3. Investigar y aplicar las medidas o sanciones pertinentes a todos los funcionarios públicos que resulten responsables de las violaciones establecidas en el presente informe.
  4. Promover la capacitación de jueces y otros funcionarios relevantes sobre los derechos integrales de la niñez relativos al mejor interés del niño o niña.
  5. Adoptar las medidas legislativas o de otro carácter necesarias para prevenir y sancionar la venta de niñas y niños, de manera de cumplir sus obligaciones establecidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Dado y firmado en la ciudad de Washington, D.C., a los 13 días del mes de julio del 2010.