

Comisión n° 6, Familia: “Identidad y filiación”

**EL DERECHO A LA IDENTIDAD Y LA AUTORIDAD DE LA COSA  
JUZGADA A LA LUZ DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX  
OFICIO EN EL PROCESO DE FAMILIA**

**Autor:** Roxana Del Valle Foglia\*

**Resumen:**

*En el proceso de familia, la identidad revela a flor de piel que los seres humanos somos únicos e irrepitibles, despojarnos a través de una decisión judicial de nuestra identidad es desconocer nuestra dignidad y es lo que pretendemos resaltar en el análisis de un precedente judicial en que la resolución anulaba la adopción “pos mortem” otorgada, sin reparar en el Interés Superior del Niño, anulando en definitiva la existencia concreta del ser en el mundo.*

*“...la identidad de una persona consiste, simplemente, en ser, y en no ser no puede ser negado”<sup>1</sup>*

**1. Presentación de la cuestión a tratar**

El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina tiene, entre sus fundamentos, la reafirmación, de manera expresa, del paradigma protectorio de los más débiles y la tutela de la persona humana<sup>2</sup>, con normas de fuerte tradición humanista y que buscan plasmar una verdadera ética de los vulnerables.

Los operadores de la orbe tribunalicia en los últimos años, sobre todo a partir de la reforma de la Constitución Nacional (año 1994), en los casos sometidos a su competencia, fueron poco a poco perfilándose, muchos de ellos, como jueces del sistema internacional del ius cogens, en particular cuando el interés superior del niño, niña y adolescente era de protección obligada en la causa a resolver; la constitucionalización del derecho civil ingresaba a los pasillos tribunalicios dotando de efecto útil a los Tratados sobre Derechos Humanos con jerarquía suprema (art. 75 inc. 22 CN) y su interpretación auténtica efectuada por los organismos internacionales pertinentes.

Precisamente en los procesos de familia el nuevo ordenamiento privado es contundente en el cumplimiento de las exigencias atinentes a la tutela judicial efectiva<sup>3</sup>, encaminada en resguardar, en procesos de adopción, el interés superior en jaque que le permitirán al juzgador *buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las*

---

\* Docente en Derecho Procesal Constitucional y Derecho de Amparo, Facultad de Derecho y Cs. Ss., Universidad Nacional de Córdoba. Adscripta a la Cátedra “A” de Derecho Procesal Civil y Cátedra Derecho Constitucional.

<sup>1</sup> SARAMAGO José, *Sin papeles*. El mundo 4/12/1998; *La identidad del niño, niña y adolescente*, UNICEF, CIPPEC y propuestas. Buenos Aires. 2003, p. 9.

<sup>2</sup> Fundamentos del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, ley nacional n°26994.

<sup>3</sup> Art. 706 CC y C de la Nación Argentina.

*formas puede conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional*<sup>4</sup>.

La Alta Magistratura de nuestro país, en resguardo de esa tutela diferenciada que reclama la protección de los más vulnerables, dejó sin efecto una sentencia nulificante dictada contra otra resolución judicial firme que había otorgado una adopción “pos mortem” y la declaratoria de herederos pertinente, en el marco de una acción autónoma de nulidad de cosa juzgada, por parte de quienes alegaban el perjuicio de haber sido desplazado de la línea sucesoria por el menor adoptado; en esa oportunidad parafraseando precedentes de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, en un diálogo jurisdiccional, resalto el derecho a la identidad como un derecho humano de los menores<sup>5</sup>.

Varias aristas saltan a la palestra a méritos de tales decisorios cuyo tratamiento se centra en la importancia de los intereses en conflicto y su ponderación en el caso concreto; entendiendo respecto de los procesos judiciales relativos a la protección de los derechos humanos de las personas menores de edad y, en particular, los relacionados con la adopción, la guarda y la custodia de niños, niñas y adolescentes, deben ser manejados con una especial sensibilidad; exacerbando la diligencia y celeridad que cabe a los jueces en asuntos de familia al tratarse de menores, transitando su primer infancia.

En materia de derecho de familia, en diversos pronunciamientos de la orbe forense, se abre o cierra el grifo a procesos autónomas revisorios, centrados en principios propios, enlazando los avances científicos (ADN)<sup>6</sup>, el desarrollo de la biotecnología durante el siglo XX<sup>7</sup>, etc., a la luz de uno de los presupuestos constitucionales actuales como es la “verdad jurídica real”, con el entramado jurídico actual expandido por la incorporación de los mencionados instrumentos internacionales en la Norma Fundamental, interrelacionando el derecho sustantivo con el derecho procesal, sobre todo en el procedimiento de familia<sup>8</sup>.

El organismo jurisdiccional del sistema interamericano internacional afirmó que *Las relaciones familiares y los aspectos biológicos de la historia de una persona, particularmente de un niño o una niña, constituyen parte fundamental de su identidad, por lo que, toda acción u omisión del Estado que tenga efectos sobre tales componentes, puede constituir una violación del derecho a la identidad*<sup>9</sup>; el desconocimiento de ese derecho hace al Estado responsable internacionalmente, recordando la Corte Argentina la misión específica de los tribunales especializados en temas de familia que deben resolver problemas humanos conforme a las circunstancias del caso que la ley les manda concretamente valorar; en esa valoración el derecho a la

---

<sup>4</sup> CSJN, causa M. 73. XLVII, Recurso de Hecho en autos “M.d.S., R. y otra s/ ordinario s/ nulidad de sentencia e impugnación declaratoria de herederos”. 26/09/2012, párrafo 16).

<sup>5</sup> CSJN, causa M. 73. XLVII, Recurso de Hecho en autos “M.d.S., R. y otra s/ ordinario s/ nulidad de sentencia e impugnación declaratoria de herederos”. 26/09/2012.

<sup>6</sup> GOZAÍNI, Osvaldo A., *La valoración de la prueba científica*. Sup. Doctrina Judicial Procesal 2009 (setiembre), 01/01/2009, 47; Cita Online: AR/DOC/3056/2009.

<sup>7</sup> NALLAR Florencia, *El derecho a la identidad y los alcances de la cosa juzgada frente a los avances de la Biotecnología*, LL. Patagonia 2008 (febrero), 01/01/2008, 19. Cita Online: AR/DOC/3551/2007.

<sup>8</sup> FAMÁ, María Victoria, *La prueba genética en el Proyecto de Código*. La Ley 25/09/2013, 25/09/2013, 1 - La Ley 25/09/2013, 1 - La Ley 2013-E, 943; Cita Online: AR/DOC/3337/2013.

<sup>9</sup> CIDH, Caso Fornerón e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242.

identidad de menores no puede ser soslayado por la aplicación de fórmulas o modelos prefijados in abstracto, se requiere de *una justicia de rostro más humano*<sup>10</sup>.

## **2. El respeto por el derecho a la identidad en los procesos de custodia, guarda y adopción**

La filiación adoptiva, debe transitar necesariamente por los pasillos judiciales disponiéndose en la normativa de fondo *La adopción de menores no emancipados se otorgará por sentencia judicial*<sup>11</sup>; gestionando en una primera etapa la guarda preadoptiva del o de la menor.

En la casuística forense, en un caso de particular configuración fáctica<sup>12</sup>, cuya resolución final anticipa esa mirada humanista del proceso de familia que recoge el código unificado argentino, parte de un hecho fatal, como es el fallecimiento de quien ejercía la guarda preadoptiva de un menor, generando dos procesos judiciales, por un lado, se solicitó por parte de la Defensora de Pobres y Menores, a través de una medida autosatisfactiva y en miras al interés superior del niño, que se conceda la adopción plena “pos mortem”, resuelta favorablemente la pretensión incoada; y de otro costado, de forma simultánea, los padres de la causante-guardadora promovieron la sucesión ab intestato de su hija, declarándose al niño único heredero. Esta situación motivó que los progenitores, alegando el perjuicio por el desplazamiento como sucesores de la herencia, promovieran acción autónoma de revisión de la cosa juzgada, con miras a la declaración de nulidad de la sentencia de adopción y de la consecuente declaratoria de herederos, lo cual fue acogido por el tribunal superior de la causa, recurrido el decisorio, habilitó el avocamiento de la CSJN en la causa, que dejó sin efecto la sentencia recurrida.

La adoptante fallecida había sorteado de manera acreditada la etapa preadoptiva, señalándose por el juez otorgante que su decisión se fundaba no sólo en el hecho de que la *solicitante había demostrado su solvencia e idoneidad moral, espiritual, afectiva, económica y material*, sino también entendió que en el *hogar provisto por la guardadora se había generado una realidad afectiva producto de una arraigada y consolidada estabilidad familiar*.

Justamente estos lazos afectivos, acogedores y estables de contexto y contención familiar, es de protección en la Convención sobre los Derechos del Niño, de jerarquía constitucional en nuestro sistema jurídico, señalando el art. 8.1 de tal instrumento que los *Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos...las relaciones familiares de conformidad con la ley*.

El trato como hijo desde los 8 meses de vida, mientras se encontraba bajo el cuidado de la guardadora, conforma la identidad filiatoria, no es necesariamente, como ha dicho la CSJN en retirados precedentes, correlato del elemento puramente biológico, la verdad biológica<sup>13</sup> no es un valor absoluto en relación al superior interés del niño, *pues la identidad filiatoria que se gesta a través de los vínculos creados por la adopción es*

---

<sup>10</sup> ARAZI Roland, *La reposición o reconsideración como instrumento “Para una justicia de rostro más humano”*, en Revocatoria “In Extremis” (Director Jorge W. Peyrano). Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe. 2012, p.131.

<sup>11</sup> Art. 594 Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

<sup>12</sup> CSJN, causa M. 73. XLVII, Recurso de Hecho en autos “M.d.S., R. y otra s/ ordinario s/ nulidad de sentencia e impugnación declaratoria de herederos”. 26/09/2012.

<sup>13</sup> MOISSET de ESPANÉS, Luis Moisés, Benjamín, *¿Impugnación de reconocimiento o impugnación de paternidad? Un curioso caso de inconstitucionalidad*. DJ23/07/2008, 831 - DJ2008-II, 831; Cita Online: AR/DOC/1508/2008.

*también un dato con contenido axiológico que debe ser alentado por el derecho como tutela del interés superior del niño.*<sup>14</sup>

Si bien, en el caso de comentario, la adopción no se había concretado judicialmente en vida por el abrupto fallecimiento de la guardadora, el niño desde sus primeros albores de existencia fue acogido en un ambiente familiar<sup>15</sup> y, adentrándonos, en esa mirada necesaria de interdisciplinariedad que aborda la noción de familia, desde la perspectiva *psicológica* pone de resalto la estructura social básica que yace en esa noción, generando un *interjuego diferenciado de roles, integrada por personas que conviven en forma prolongada, en interacción con la cultura y la sociedad, dentro de la cual se desarrolla el niño, requerido por la necesidad de limitar la situación narcisista y transformarse en un adulto capaz*<sup>16</sup>.

La identidad, como derecho humano que asiste al menor, se ha conceptualizado como el *conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad*, la individualización del menor con un nombre asignado desde temprana edad por la guardadora, al cual trató como su hijo, de modo público y en el seno familiar, es parte de la identidad personal del niño que debe ser respetada por toda decisión judicial pues *si el acento debe ponerse en los efectos emocionales y psicológicos que la decisión puede tener sobre la persona del niño no resulta posible tomarla, de acuerdo con el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, sin reparar en el factor tiempo que cuando se trata de un niño, cuya personalidad se encuentra en formación, tiene un efecto constitutivo, ... es en ese curso temporal en que se desarrollan los procesos de maduración y aprendizaje*<sup>17</sup>.

El juez en los procesos de adopción debe ponderarse la construcción de una identidad atendiendo a la relación del niño con el ámbito de crianza, formación y desarrollo, y en especial la relación entablada como hijo en el trato dispensado por su madre-guardadora.

El interés del menor, que prima, en todo proceso judicial, tiene dos finalidades básicas, apuntadas por la doctrina judicial del órgano de cierre interpretativo de la Constitución Nacional, siendo por un lado, en constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, la restante está dada en constituirse en un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor; esa intervención incumbe necesariamente al poder judicial, *el principio ... proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño*<sup>18</sup>.

La etapa de guarda, en cuyo contexto la guardadora demostró acabadamente sus cualidades y calidades requeridas para la postre eventual adopción, ha sido equiparada a una declaración de adoptabilidad, *es un emplazamiento que se hace con respecto al menor pero sin relacionarlo con los guardadores concretos que solicitan la guarda*

---

<sup>14</sup> CSJN, causa S. 1801. XXXVIII, Recurso de Hecho en autos S., *C s/ adopción. Causa*. Sentencia 2/8/2005.

<sup>15</sup> “la familia es “vínculo afectivo que se da dentro de una institución social”, conferencia Dra. BERTOLDI DE FOURCADE María V.; Maestría en Derecho Procesal, universidad Siglo XXI, Córdoba, agosto, 2014.

<sup>16</sup> OSSOLA Alejandro, *Fuero de Familia de Córdoba*. 2º edición. Advocatus. Córdoba. 2007, p. 19/20.

<sup>17</sup> CSJN, causa S. 1801. XXXVIII, Recurso de Hecho en autos S., *C s/ adopción. Causa*. Sentencia 2/8/2005, p.21.

<sup>18</sup> CSJN, causa S. 1801. XXXVIII, Recurso de Hecho en autos S., *C s/ adopción. Causa*. Sentencia 2/8/2005, p.9.

*preadoptiva*<sup>19</sup>. Esa declaración se inserta, en nuestro sistema jurídico, en un proceso jurisdiccional con la intervención de los posibles adoptantes, en ejercicio de la guarda y de ser factible con la de los progenitores, que podrán aceptar, en la oportunidad requerida, la guarda preadoptiva.

La sorpresiva muerte de la guardadora si bien coarctó el paso a la otra etapa, en el procedimiento de adopción, cual es la promoción del juicio de adopción propiamente dicho, no obsta como dato relevante el vínculo materno-filial entablado entre la causante y el menor, la inserción en calidad de hijo en el grupo familiar de la guardadora, su voluntad manifestada en vida en orden a obtener la adopción, voluntad expresada de modo claro cuando hace referencia a “su hijo” en el testamento ológrafo.

### **3. El rol del juez en el proceso de familia**

La entrega del menor en guarda constituyó en su temprana vida un acto jurídico trascendental, debiendo los tribunales ser sumamente cautos en modificar situaciones de hechos generadas, optando por mantener aquellas condiciones de equilibrio que aparecen como más estables evitando de esa manera nuevas situaciones conflictivas en la vida del menor y en su identidad, cuyas consecuencias son impredecibles<sup>20</sup>.

El Estado argentino, asume responsabilidad, por el actuar de la judicatura, cuando no aplica los Tratados de Derechos Humanos que tienen jerarquía constitucional, como es la Convención Americana de Derecho Humanos (art. 75 inc 22 CN), cuya intérprete auténtica, esto es, la Corte Interamericana DH, ha reiterado, precisamente en materia de familia, que *toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de un niño o niña, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia...se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades* (Caso “Fornerón”).

La historia compartida, el fuerte vínculo afectivo y enriquecedor, reconocido en una sentencia que resuelve a favor de una adopción plena “pos mortem”, no puede ser obviada y cuestionada por otro juzgador, atendiendo a cuestiones formales como ser una cuestionable falta de legitimación de quien continuó y concluyó el trámite de adopción iniciada por la causante; torna en un pretexto espurio frente a una verdad real, que yace en el lazo de amor construido de manera interrumpida que no puede ser cortado por interpretaciones dogmáticas, colocando el interés en una niñez desamparada.

El juez en los procesos de familia debe extremar su prudencia y discernir lo justo en referencia a las circunstancias especiales del caso concreto, priorizando el concepto interés superior del niño que *constituye hoy día el prius determinante de la responsabilidad pública en la realización efectiva de los derechos fundamentales de la infancia*.<sup>21</sup>

A través de una sentencia judicial, no puede suprimirse la identidad desarrollada en un ámbito familiar en que el niño comenzó su desarrollo, el cual merece protección jurídica. El ensamble de la realidad del menor con la realidad de su guardadora en una vida en común, de manera prolongada, con fuertes vínculos análogos a los existentes en una familiar de origen biológicos, trae a la palestra el punto de vista sociológico,

---

<sup>19</sup> FANZOLATO Eduardo Ignacio, *La filiación adoptiva*. Advocatus. Córdoba. 1998, ps. 76/77.

<sup>20</sup> CSJN, *fallos* 328:2870 y 331:147.

<sup>21</sup> Dictamen de la Procuración General de la Nación, en causa G. 617. XLIII, Recurso de Hecho en autos “G., M.G. s/ protección de persona –causa n° 73.154/05, fs. 6.

arraigada en sectores doctrinarios, respecto a pensar a la familia como un institución *que no es creada por el derecho, el cual no puede desconocerla sino sólo regularla en sus aspectos concretos*<sup>22</sup>.

#### **4. Los Tratados sobre Derechos Humanos con jerarquía Constitucional**

La adopción ha sido definida como institución jurídica cuyo objetivo es proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir en una familia que le otorgue protección y cubra las necesidades afectivas, primando entre otros los principios el respeto por el derecho a la identidad<sup>23</sup>, el menor es sujeto de derechos, *se trata de enterrar la noción o idea de que el niño es objeto de derecho*<sup>24</sup>.

Cabe agregar que la adopción plena y su irrevocabilidad han sido reconocidas constitucionales, *no importa el desconocimiento del derecho que tiene el niño a preservar y ejercer su propia identidad...no vulnera norma constitucional alguna siempre que la sentencia respectiva sea dictada con todos los recaudos legales pertinentes, garantizando la posibilidad al menor a conocer su origen biológico*<sup>25</sup>.

En las acciones de adopción hay un interés social que trasciende el interés de las partes, protegiendo el derecho del menor de acceder a un emplazamiento familiar, reparando que la identidad debe ser entendida como un camino que se inicia con la concepción y trasciende la muerte en la memoria de quienes guardan recuerdo de la persona a fin.

#### **5. El control de convencionalidad ex officio**

La adopción plena, como principio general, es una *clase de filiación*, por el vínculo que crea<sup>26</sup>; y una sentencia judicial que nulifica, en un proceso autónomo, esa filiación reconocida por otra resolución jurisdiccional, sin atender al interés del adoptado y su derecho a la identidad, es eludir el rol más humano al cual está llamado a ejercer todo juez del sistema americano.

Hay un deber en metiruar en los casos de familia las directrices plasmadas en los Tratados de Derechos Humanos (art. 75 inc. 22), en los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y, en una ampliación sustancial, en el ius cogens atendiendo a que el interés superior del niño o niña es un derecho humano; es una garantía mínima protectoria que acoge nuestra Corte Címera, dando efecto útil y eficacia a las sentencias con autoridad de cosa juzgada internacional de la Corte supranacional (CIDH) respecto de las pautas o criterios que fue señalando en materia de familia, recordando que los derechos humanos conforman un orden sustancial propio, son un verdadero y nuevo sistema solar<sup>27</sup> alrededor del cual debe girar el derecho en general, al decir del Dr. Lorenzetti.

El efecto directo o subjetivo de las sentencias de la CIDH y efecto indirecto, reflejo u objetivo de sus precedentes se irradian a todo el sistema judicial argentino a través de la

---

<sup>22</sup> OSSOLA Alejandro, *Fuero de Familia de Córdoba*. 2º edición. Advocatus. Córdoba. 2007, p. 33.

<sup>23</sup> Art. 594 CC y C. de la Nación Argentina.

<sup>24</sup> LLOVERAS Nora, *Nuevo régimen de adopción. Ley 24779*. Depalma. Buenos Aires. 1998, p.38.

<sup>25</sup> KEMELMAJER de CARLUCCI Aida, “*El derecho de familia en la República Argentina en los inicios del siglo XXI. Su inexorable proceso de constitucionalización y de adecuación a los tratados internacionales de derechos humanos*”, *Revista de Derecho comparado. Derecho de familia II*, n° 10. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2005, p. 50.

<sup>26</sup> LLOVERAS Nora, *Nuevo régimen de adopción. Ley 24779*. Depalma. Buenos Aires. 1998, p. 46.

<sup>27</sup> LORENZETTI Ricardo L., *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho*. Rubinzal – Culzoni. Editores. Santa Fe. 2006.

docencia y ejemplaridad que impacta en los fallos de la CSJN, pero también a través del diálogo jurisdiccional multidireccional, al cual esta exhortado el juez local a interactuar. La adopción iniciada con un paso previo como es la guarda es un acto jurídico que resulta *constitutivo de estado*<sup>28</sup>, emplazando en el estado de hijo *no es el Estado quien la impone o la revoca, sino quien la declara o la cancela de acuerdo con la voluntad individual y en consideración con las pautas que hacen o no procedente*.<sup>29</sup>

En atención, entonces, a la naturaleza institucional, que en nuestro sistema, impregna al régimen de adopción, y conforme al interés superior del niño y a las medidas positivas (art. 75 inc. 23 CN) deben ser direccionadas las decisiones de la judicatura local.

En el juicio autónomo de nulidad por cosa juzgada írrita, se debió merituar sobre el interés superior del niño y aplicar al caso concreto, entre otros, los arts. 12, ap.1 de la Convención de los Derechos del Niño, debiendo oír al niño, a su vez conforme al art. 21 de dicha convención, en cuanto a la decisión judicial debió reflejar la situación del niño con su entorno, siendo insoslayable, en la interpretación de la fórmula de ese interés superior en orden a observar el *carácter relativo el cual exige la comparación con el interés de los otros sujetos involucrados en la situación*<sup>30</sup>.

## 6. La nulidad en materia de adopción

La nulidad, absoluta o relativa, de la adopción esta prevista conforme a los parámetros señalados<sup>31</sup>, inserta en un régimen dual, siendo aplicables de manera supletoria lo dispuesto respecto a los actos ineficaces de los actos jurídicos (art. 636 CC y C), sin descuidar la particularidad del derecho de familia y *la tendencia a que, siendo que los actos jurídicos familiares tienen una fisonomía propia, cabe admitir de lege ferenda que su nulidad se gobierne por principios distintos de los atinentes a la nulidad de los actos jurídicos en general*<sup>32</sup>.

En materia de adopción, la declaración de nulidad, siempre debe estar prevista en interés superior del niño, por ser de orden publico nacional e internacional y protegido por el *ius cogens*<sup>33</sup>.

Con base al régimen de nulidades, en materia de adopción, se concluye que el principio de irrevocabilidad de la adopción plena cede en casos delimitados por la normativa, ya citada, no obstante se abre paso a la posible revisión de la sentencia otorgante por violar el principio de interés superior comprometido permitiendo esgrimir una acción de nulidad a la luz no sólo de la jurisprudencia del Alto Tribunal argentino que ha resuelto dejar sin efectos la autoridad de la cosa juzgada por írrita, fraudulenta, de insostenible iniquidad, en el diseño doctrinario de la actual visión del proceso, además en atención a su inserción en materia de prescripción en la normativa civil y comercial<sup>34</sup>.

En nuestra sociedad moderna líquida<sup>35</sup>, en la lógica de lo provisional como situación permanente, ha quedado atrapada también la sentencia judicial y cuando ella no encierra la justicia del caso y se desatiende del interés que prima en los procesos de familia y del

---

<sup>28</sup> LLOVERAS Nora, *Nuevo régimen de adopción. Ley 24779*. Depalma. Buenos Aires. 1998, p. 56.

<sup>29</sup> LLOVERAS Nora, *Nuevo régimen de adopción. Ley 24779*. Depalma. Buenos Aires. 1998, p. 57.

<sup>30</sup> FANZOLATO Eduardo Ignacio, *La filiación adoptiva*. Advocatus. Córdoba, 1998, p.32.

<sup>31</sup> Art. 634 a 637 C.C y C. de la Nación Argentina.

<sup>32</sup> BOSSET Gustavo A.; ZANNONI Eduardo A., *Manual de derecho de familia*. 6ta edición. Astrea. Buenos Aires. 2005, p. 513.

<sup>33</sup> También hay que tener en cuenta las Reglas de Brasilia que refiere a los menores y su estado de vulnerabilidad y el art. 75 inc. 23 CN.

<sup>34</sup> Art. 2564 inc. f) CC y C de la Nación Argentina.

<sup>35</sup> BAUMAN Zygmunt, *Vida líquida*. Paidós. España. 2006.

derecho de identidad se abre a la revisibilidad, a la par también se apela a la fugacidad de la sentencia frente a la iniquidad, irritabilidad o fraudulencia de un proceso aparente. Conforme al art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño, el juez en sus decisiones, ya sea para revocar o no una anterior sentencia de adopción, por estar viciada de nulidad, tendrá como pauta objetiva el interés superior del niño, implicando que no puede apegarse a un rigorismo formal racionalista normativo<sup>36</sup>, entendiendo que más allá de la configuración de las causales de nulidad de la adopción, la actividad jurisdiccional en materia de derechos humanos, en los cuales está comprometido el interés del menor, debe estar encaminada a la defensa del mismo, como acción positiva a cargo del Estado comprometido internacionalmente, disponiéndose en el artículo citado que *“en todas las medidas concernientes a los niños que tomen ...los tribunales, una condición primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*.

## 7. Colofón

La adopción plena a la luz de la Constitución Nacional es una institución jurídica y una de las columnas de la noción de familia en cuya médula dorsal esta el punto de apoyo que es el interés superior del niño; y si bien es una figura del derecho de familia, *la doble estampa “público-privado” que prima en el derecho de familia permite comprender el interés en destacar la eficacia de los derechos humanos tanto frente al Estado como ante los particulares... se condice con la ...“constitucionalización del derecho privado” y, dentro de ella, la “constitucionalización del derecho de familia”*<sup>37</sup>.

El juez a través del control de convencionalidad debe sujetarse al momento de su decisorio en el caso concreto, aplicando la justicia que el mismo requiere, constituyendo el principio del “interés superior de la niña o niño” una pauta objetiva<sup>38</sup>, que acorde a la sensibilidad exigida permita resolver en lo que resultare ser lo más beneficioso para el niño, involucrando su derecho humano a la identidad la idea de que *cada ser humano es único e irrepetible, la identidad es la condición de nuestra particularidad, de nuestro ser concreto en el mundo...por medio del derecho a la identidad, se protege la vida humana en su realidad radical que es la propia persona en sí, indivisible, individual y digna*<sup>39</sup>; la identidad del niño permite reconocerle el derecho a conocer su origen biológico y también a reconocerle que su identidad se ha forjado en el tránsito de sus vivencias en la etapa judicial de guarda y posterior etapa de adopción plena<sup>40</sup>.

El concepto del interés superior del niño representa *el reconocimiento del niño como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo*<sup>41</sup>, y esto es de vital importancia para el juez de la causa, de lo contrario la decisión no constituirá un acto procesal válido, ni mucho menos jurisdiccional.

---

<sup>36</sup> CSJN, causa G. 617. XLIII, RECURSO DE HECHO en autos G., M.G. s/ protección de persona- Causa N° 73.154/05 C. Sentencia 16/9/2008.

<sup>37</sup> HERRERA Marisa, *El derecho a la identidad en la adopción*. T. I. Editorial Universidad. Buenos Aires. 2008, p. 121.

<sup>38</sup> YUBA, Gabriela, *Divorcio y prueba de ADN sobre los hijos para probar el adulterio de la Madre. “Niños, niñas y adolescentes; ¿Objetos de prueba o Sujetos de Derechos? ¡Esa es la cuestión!.* DF y P 2010 (octubre), 01/10/2010, 76; Cita Online: AR/DOC/6070/2010.

<sup>39</sup> GIL DOMINGUEZ Andrés; FAMA María Victoria; HERRERA Marisa, *Derecho constitucional de familia*. T. II, con prólogo de Aida Kemelmajer de Carlucci. Ediar. Buenos Aires. 2006, p.707/708.

<sup>40</sup> Art. 529 CC y C. de la Nación Argentina dispone: *Parentesco es un vínculo jurídico existente entre las personas en razón de la naturaleza, las técnicas de reproducción asistida, la adopción y la afinidad.*

<sup>41</sup> GROSMAN Celia P., *Significado de la Convención de los Derechos del Niño en las relaciones de familia*. La Ley, 1993-B-1095.