



La adopción internacional y las nuevas disposiciones del proyecto de Código Civil. Cuestiones de competencia.

Por Norma Graciela Chiapparrone

Abogada, UBA.
Secretaria General de Cámara en el
Ministerio Público Fiscal, CABA.
nchifapparrone@jusbaire.gov.ar



La adopción internacional ha planteado desde antiguo situaciones de conflicto tanto respecto de la ley aplicable como en materia de jurisdicción. La jurisprudencia ha resuelto tales cuestiones en base al principio

del interés superior del niño. El proyecto de reforma ha incorporado buena parte de esas prácticas, sumadas a la convencionalidad internacional como fuente formal.

Las cuestiones que se generan en torno a la adopción internacional podrían llevar a afirmar que la realidad ha superado a la existencia misma de la ley, si hacemos una lectura de la jurisprudencia nacional de las últimas décadas.

Principalmente me voy a ocupar de la adopción que contiene elementos extranjeros, sea por el lugar donde se realiza, por la nacionalidad del niño/a, o bien por la nacionalidad de los progenitores, y las soluciones que el derecho ha encontrado para resolver las situaciones de conflicto que pudieren suscitarse.

La adopción –no ya la internacional–, no estaba permitida en nuestro país –empezando por las disposiciones del propio Código Civil–, por ello adquiere relevancia la doctrina judicial, al tiempo que también se observa una evolución del régimen normativo.

El código de Vélez no contempló la adopción. El artículo 4.050 establecía que no habría adopción por las nuevas leyes, agregando en su nota que: “La Ley nueva no podría regir las adopciones preexistentes sin anularlas retroactivamente, desde que el Código no reconoce adopción de clase alguna”.

Hubo que esperar hasta el año 1948 en que se dicta la primera ley en la materia, la N° 13.252; posteriormente encontramos la Ley N° 19.134, hasta finalmente llegar al año 1997 en que se sanciona la actual Ley 24.779.

Partiendo de la primitiva concepción del Código Civil, que no reconocía el instituto de la adopción, se sostenía que la adopción conferida en el extranjero era sin ningún valor, y este criterio fue el que prevaleció en la jurisprudencia como puede verse –tempranamente– en el caso de la sucesión de Miguel Grimaldi de 1948.

Este caso es bien interesante, pues si bien se hubo reconocido la adopción realizada en Italia, al no estar incorporado ese instituto en nuestro ordenamiento, se desconoció la vocación hereditaria de la hija del causante. Debe mencionarse que, en este caso, al momento de dictarse la sentencia, unos meses antes se había sancionado la primera ley de adopción –la 13.252–, por la que el hijo adoptivo sí heredaba.

La ley 13.252 no tuvo en cuenta la adopción internacional, con lo cual se mantuvieron las incógnitas respecto de la ley aplicable para supuestos tales. Entonces, se consideró que ante la ausencia de disposiciones legales aplicables para validar las adopciones internacionales, correspondía acudir al Tratado de Montevideo.

Inicialmente tanto la ley N° 13.252 como la N° 19.134, no establecían en forma expresa la prohibición para que los extranjeros o no radicados en nuestro país pudieran adoptar a menores domiciliados en la República. Sin embargo, debemos distinguir la adopción internacional –aquella realizada en el extranjero– de la adopción por extranjeros en nuestro país, para no confundirnos.

También, debe señalarse que nuestro país no firmó la Convención de La Haya de 1993¹ en esta materia, por ello un sector de la doctrina considera que son evidentes las dificultades que se presentan. Para los autores del anteproyecto de unificación del Código Civil y el Código de Comercio designados por decreto del Poder Ejecutivo Nacional 685/95, resultaba útil y conveniente la ratificación de dicho convenio.²

Asimismo, corresponde advertir que al momento de ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño, Argentina formuló una reserva por el artículo 21, incisos b, c y d en cuanto al reconocimiento del sistema de adopción in-

ternacional. Tal reserva se fundó en que dichos incisos “no regirán en su jurisdicción por entender que, para aplicarlos, debe contarse previamente con un riguroso mecanismo de protección legal del niño en materia de adopción internacional, a fin de impedir su tráfico y venta” (art. 2°, Ley 23.849).

Podría suponerse que esta objeción estaría superada en 1994 con la sanción de Ley N° 24.410, por la cual se modificó el Código Penal penalizando el tráfico de niños. No obstante, Argentina no ha retirado dicha reserva.

Finalmente al sancionarse la Ley N° 24.779 se incorporó el requisito de la residencia permanente mínima de 5 años en nuestro país para todas las personas que deseen adoptar menores argentinos.

El actual artículo 339 establece que los derechos y deberes del adoptante y adoptado entre sí, se rigen por la ley del domicilio del adoptado al tiempo de la adopción, cuando ésta hubiera sido conferida en el extranjero. Y el artículo 340, por su parte, señala que la adopción constituida en el extranjero de conformidad con la ley del domicilio del adoptado, podrá transformarse en adopción plena, en cuanto se reúnan los requisitos establecidos en el Código Civil, debiéndose acreditar el vínculo y prestar consentimiento adoptante y adoptado. En los casos en que el adoptado fuere menor de edad, debe intervenir el Ministerio Público Pupilar.

Lo que debemos pensar es cuáles son los conflictos que se suscitan y cuáles los modos de resolverlos partiendo del principio del interés superior del niño como manda la Convención. Como principio rector puede afirmarse que se trata de una “definición-marco” como lo denomina Grosman, ya que resulta difícil establecer su alcance, toda vez que constituye una idea en permanente evolución, y que varía entre los distintos Estados ratificantes, según sus propias pautas culturales y sociales.³

En caso de conflicto, los puntos de conexión serían el domicilio del adoptado y el domicilio del adoptante; ahora bien, según que se utilicen uno u otro serán las dificultades que pueden suscitarse. Lo cierto es que –para algunos– parecería que el juez del domicilio del adoptante –donde el niño/a se habrá de incorporar a la familia y donde habrá de vivir– es el más indicado razonablemente para entender en la cuestión.

1. El Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional establece salvaguardas para asegurar que la adopción internacional tenga lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto a sus derechos fundamentales. El Convenio reconoce que la adopción internacional puede presentar la ventaja de dar una familia permanente a un niño que no puede encontrar una familia adecuada en su Estado de origen. En aplicación del mismo es necesario que sean examinadas primeramente las posibilidades de colocación del niño en su Estado de origen. El Convenio instaura un sistema de cooperación entre las autoridades de los países de origen y de recepción, creado para asegurar que la adopción internacional tenga lugar en condiciones que ayuden a garantizar las mejores prácticas para la adopción y la eliminación de abusos. Las salvaguardas establecidas por el Convenio

tienen el objetivo de prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de niños. El Convenio garantiza el reconocimiento en todos los Estados contratantes de las adopciones hechas en conformidad con el mismo. Fuente: www.iin.oea.org. Los Convenios de la Haya sobre los niños-Protección para los niños a través de las fronteras multinacionales.

2. Uriondo de Martinoli, Amalia. *Adopción internacional*. Federación Argentina de Colegios de Abogados. XIII Conferencia Nacional de Abogados. Jujuy Abril 2000.

3. Grosman, Cecilia P. (dir.) *Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad*, Universidad, 1998, en Convención sobre los derechos del niño. Inés M. Weinberg. Directora. Rubinzal – Culzoni Editores. Pág. 101.

4. www.oas.org

5. Uriondo de Martinoli, op. cit. en nota 2.

Otra situación que puede darse es que el niño/a si acudimos al domicilio de éstos para establecer la ley aplicable, residan en un lugar distinto al de sus progenitores que son quienes deben intervenir en el juicio de adopción, o bien éstos pueden estar ausentes o ser desconocidos.

En estos casos se podría seguir el criterio de las disposiciones de la Convención Interamericana de La Paz de 1984 sobre conflicto de leyes en materia de adopción de menores⁴ – la cual no ha sido ratificada por nuestro país– siguiendo la opinión de Uriondo de Martinoli, que integró la comisión de reforma del Código Civil dispuesta por Decreto del P.E.N. N° 685/95.5 Este plexo normativo establece que el punto de conexión debe ser la residencia habitual del adoptado, asegurando de esta forma la aplicación de las leyes del respectivo Estado. Acá la residencia habitual suplente al domicilio, otorgándole en el caso específico al menor un domicilio propio.

Seguidamente, analizaré algunos fallos que demuestran la interrelación de las normas internas locales y las del derecho extranjero, y las soluciones acordadas por nuestros tribunales.

A ■ La causa Oreiro Miñones, José, s. sucesión, que tramitó por ante el Juz. Nac. Civ. 30, –sentencia de fecha 27/08/73–, es un caso en el cual como cuestión previa, debió decidirse acerca de la validez de la adopción de la hija del causante, para luego, resolver el tema de la legitimación hereditaria. Había varios temas a dilucidar en torno al derecho aplicable, y es un caso en el cual, habiendo un conflicto transitorio de normas del Derecho Internacional Privado, se resuelve finalmente mediante la aplicación del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940.

El problema a resolver era determinar la validez de la adopción otorgada en España por adoptantes domiciliados en la República Argentina de una menor domiciliada en aquel país, al tiempo de la adopción. Por lo tanto, había que determinar cuál era el derecho civil que regía la adopción, teniendo en cuenta que ésta, había sido efectuada el 1 de agosto de 1968, o sea, anterior a la fecha en que entró en vigencia la ley 19134. Dicha ley, en su artículo 34, contenía una disposición transitoria, según la cual *"las adopciones anteriores a la vigencia de esta ley quedan sometidas al régimen de la adopción simple, pero podrán ser convertidas en adopciones plenas a pedido de los adoptantes..."*.

Ahora bien, como la ley 13.252 no contenía disposición alguna respecto a adopciones celebradas en el extranjero,

y ante la inaplicabilidad de la ley 19134, aparecía configurada una "laguna" de Derecho. En tal situación, estimó el sentenciante que ante la ausencia de convenio con España y de normas no convencionales en el Derecho Internacional Privado argentino en materia de adopción en la ley 13.252, resultaban aplicables analógicamente las disposiciones del Tratado de Derecho Civil Internacional en Montevideo 1940 en el caso, su artículo 23.⁶

En cuanto a la validez sustancial de la adopción de marras, debía regirse acumulativamente por el derecho español del lugar del domicilio de la menor, al tiempo de la adopción, y por el derecho argentino del lugar del domicilio conyugal de los adoptantes, o sea, por la ley 13252; y en lo que hace a la validez formal, el artículo 23 del Tratado citado exige que conste en instrumento público. Ello significa que si ambos Derechos resultan concordantes en dar validez a la adopción, la misma habrá de ser tenida como válida en la República. Al coincidir los derechos español y argentino de adopción en calificar como válida dicha adopción, corresponde considerarla ajustada a derecho, por aplicación del referido artículo 23 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940.

B ■ La sentencia del Juz. Civ. y Com. de Conciliación y Familia, Deán Funes, del 07/04/95, S., C. H.⁷, si bien inicia con un extenso *"obiter dictum"* contrario a las adopciones solicitadas por extranjeros que no tengan su residencia habitual en el país, concluyó concediendo la misma, a partir de una guarda previa también concedida por la justicia argentina.

La niña había sido dada en guarda con fines de adopción, por un tribunal de la misma jurisdicción, mediante auto n° 29 del 18 de noviembre de 1992, por tanto, a la fecha de dictarse la resolución hacía ya casi 2 años y medio que vivía con los peticionantes de la adopción.

Se tuvo en cuenta que si bien el matrimonio accionante residía en Alemania, sólo uno de los adoptantes era extranjero (de nacionalidad alemana), puesto que la mujer adoptante era argentina, con lo cual –a criterio del sentenciante– la menor no perdería sus raíces, así como también tendría parientes por parte materna en el país. Es decir, que este caso, el magistrado entendió que se trataba de un caso con un matiz diferente al de una adopción internacional típica. Se tuvo en cuenta que se habían cumplido los recaudos de la Ley 19.134, por lo que se entendió que se habían cumplido las exigencias legales para la procedencia de la adopción plena, por resultar ello conveniente para la menor.

6. El artículo 23 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 (ratificado por decreto-ley 7771, del 27 de abril de 1956) dispone: *"La adopción se rige en lo que atañe a la capacidad de las personas y en lo que respecta a las condiciones, limitaciones y efectos, por las leyes de los domicilios de las partes en cuanto sean concordantes, con tal de que el acto conste en instrumento público"*. El fundamento doctrinario fue el siguiente: Werner Goldschmidt, Derecho internacional privado, ed. El Derecho, Buenos Aires, 1970, pág. 359, N° 292; resolución del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, 22-IV-1970, autos "Held, Carlos Eugenio", en reseña por Ana Lia Berçaitz, "Cuestiones de derecho internacional privado", en J.A., diario 4260, del 23-IV-1973, pág. 7, n° 50.

7. Publicada en LLC 1996, 246.

8. Ciuro Caldani, Miguel Ángel. La filosofía orientadora de los Tratados de Derecho Internacional Privado de Montevideo (con especial referencia a las pequeñas y medianas empresas). Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social.

9. Esplugues Mota, Carlos. El nuevo régimen jurídico de la adopción en España, Revista di diritto internazionale privato e procesuale, N° 1, 1997, citado por Uriondo de Martinoli, en op. cit. en nota 2.

10. Berger, Sabrina M.. Afianzamiento de la voluntad procreacional, LA LEY, 14 de mayo de 2012.

11. Juzgado de Familia N° 2, Mendoza, 09-11-10.

C ■ La sentencia del Tribunal de Familia Nº 1, Quilmes, G. S. M. s. exequátur de fecha 02-11-10, planteó a los integrantes del mismo, las siguientes cuestiones: el reconocimiento de sentencia extranjera de adopción obtenida en Haití, conversión de la adopción simple a plena y anexión de nombre. Debían resolver entonces si era procedente la demanda interpuesta, y en su caso qué procedimiento correspondía dictarse.

Habiéndose cumplido con todas las instancias exigidas por la ley extranjera, restaba sólo la emisión del pasaporte del niño para que la adoptante viajara a buscarlo, cuando el 12 de enero de 2010 se produjo uno de los terremotos más devastadores de ese país, por lo cual no pudo conseguir los originales de la sentencia. Esta situación fue considerada como un hecho notorio, debiéndose tener por probado, y justificó así la imposibilidad de acompañarse la documentación original. Asimismo, se consideró que no se encontraba vulnerado nuestro orden público, toda vez que la sentencia de adopción dictada en el extranjero reunía los requisitos previstos por el 515 del código adjetivo provincial.

Por último, y lo más importante, desde mi punto de vista, es el argumento relativo a los tratados internacionales incorporados a nuestro derecho interno con jerarquía constitucional, los cuales hacen expresa mención que debe reconocerse el derecho de todo niño a crecer en el seno de una familia, grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de sus miembros. Ello con más la invocación de las normas de fondo y procesales aplicables al caso, se fundamentó la conversión de la adopción simple a plena del niño.

La lectura de los casos jurisprudenciales permite inferir que se ha producido una evolución y un cambio en la interpretación de las normas aplicables y la justicia para cada caso en concreto.

Así, ante la inexistencia de una legislación específica en materia de adopción internacional, el juzgador echó mano del Tratado de Montevideo de 1940 –como vimos en el caso Oreiro Miñones–. En este sentido, Ciuro Caldani dice que los Tratados de Montevideo optaron por soluciones privatistas “pesadas”, es decir con fuerte relación con los Estados donde se encuentra el asiento de los casos.⁸ En la actualidad, considero que existen elementos superadores en la aplicación de la ley y su interpretación, a estar por la filosofía y la letra del proyecto de reforma en curso.

El artículo 1° del proyecto de reforma del Código Civil establece que en los casos que el Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, y que la interpretación debe ser conforme con la Constitución Nacional y los tratados en los que la República Argentina sea parte. Vale decir que, ya desde el inicio el proyecto incorpora la aplicación de los tratados como fuente de aplicación para resolver los casos. Y aún más, yendo al segundo artículo proyectado, cuando se refiere a la interpretación establece la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados de derechos humanos, los principios y los valores jurídicos de modo coherente con

todo el ordenamiento.

En consecuencia, en el tema en análisis, adquieren una importancia fundamental los lineamientos de la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Ello sin perjuicio de las disposiciones proyectadas que en modo expreso se incorporan en la materia. Así, el artículo 2636 establece que los requisitos y efectos de la adopción se rigen por el derecho del domicilio del adoptado al tiempo de otorgarse la adopción. Por su parte, en cuanto a la anulación o revocación de la adopción se rige por el derecho de su otorgamiento o por el derecho del domicilio del adoptado. Y en el artículo 2.637 se establece que una adopción constituida en el extranjero debe ser reconocida en la República cuando haya sido otorgada por los jueces del país del domicilio del adoptado al tiempo de su otorgamiento.

Las disposiciones proyectadas no parecen contrariar las soluciones halladas antes de ahora, pero sí, entiendo que hay dos elementos que son netamente diferentes: por un lado la manda legislativa referidas a la aplicación de los tratados internacionales, y por otra el denominado procedimiento de reconocimiento, que en el tema bajo estudio, imponen considerar prioritariamente el interés superior del niño.

A modo de epílogo sobre este tema, y teniendo en cuenta la reserva que nuestro país efectuó al ratificar la Convención de los Derechos del Niño, considero que el Estado debe adoptar las medidas necesarias que eviten el tráfico, la sustracción, y la trata y venta de niños, a tenor de la reserva formulada cuando ratificó dicho instrumento. Para ello, es necesario –si existe una real preocupación en el tema vinculada con la adopción internacional– impulsar sistemas de cooperación entre los Estados –vía acuerdos bilaterales o multilaterales– que den protección a los procesos de adopción evitando toda contaminación con los mencionados delitos. También sería de esperar que –reflejando tales preocupaciones– se constituyera un organismo nacional dotado de competencia para el abordaje de esta problemática, cuyo accionar impidiera que la adopción realizada en el extranjero se convierta en un acto claudicante en nuestro país.⁹

En la Argentina actual nos encontramos con nuevas realidades jurídicas que no coinciden con la filiación biológica; es necesario, entonces, abrir el abanico de posibilidades legales que permitan su aprehensión.¹⁰

Entiendo que el hilo conductor de todo el tema radica en una concepción novedosa en el actual siglo, cual es en un punto lo que puede denominarse –también, así como en otros aspectos de la vida humana–, la globalización de la familia.

En este contexto, las antiguas fórmulas insertas en las normas nacionales poco pueden aportar, ante el creciente avance del derecho internacional de los derechos humanos, que universaliza la acreditación y el reconocimiento de los derechos de las personas. Es notable cómo en materia de niñez y adolescencia, impacta de modo progresivo el principio rector de la Convención en orden a instituir el interés

superior del niño a los efectos de resolver cualquier controversia. Claro está, siempre deberán observarse las reglas del orden público internacional cuya interpretación debe ser razonable y sensata.

Las normas proyectadas en materia de adopción internacional, creo, recogen la práctica judicial y la opinión de la doctrina, aportando soluciones para aquellos casos en que la misma tenga lugar en el extranjero. Los casos de adopciones de argentinos en Haití - el que comenté y otro muy similar C.A.V y otro¹¹-, fueron resueltos mediante esa impronta, hoy convertidas en proyecto legislativo.

Desde la reforma constitucional de 1994, nuestro país incorporó a través del art. 75 inc. 22 lo que la doctrina ha denominado bloque constitucional federal para denominar una serie de normativa internacional que nuestro país ha suscripto y que por sobre todo, en el ámbito de derecho de familia, mandó informar desde la óptica de los derechos humanos todos sus institutos. Este bloque coincidió con el cambio de paradigma que se dio en esta rama del derecho, en el cual el niño pasó de ser objeto de derecho a ser sujeto de derecho, en base a lo cual es que se genera el concepto "interés superior del niño".

En todos los casos vistos precedentemente, el análisis del "interés superior del niño" es una constante para dirimir la competencia y para dotar de contenido los derechos en pugna. Esta interpretación del derecho internacional y su validez universal más allá de ciertos plexos normativos

locales, ha impregnado el proyecto de reforma de nuestro código civil que en el art. 2 incluye como fuentes formales a los Tratados y las interpretaciones que de ellos efectuaren sus órganos de interpretación.

Esta "convencionalidad internacional" como fuente formal, viene a facilitar la resolución de casos mediante principios que resultan universales, y excluyen la posibilidad de soluciones que podrían resultar injustas de estar los magistrados acotados a la ley adjetiva local.

La impronta del derecho humanitario universal ha venido a constituirse en una fuente primordial del Derecho Internacional Privado, enriqueciéndolo y expandiendo sus posibilidades en la resolución de conflictos.

El Derecho no debe imponer un orden o un modelo de vida o sistema de familia determinado, y no puede dejarse de lado que el concepto de familia se ha ido modificando, y por eso ahora estamos avocados al estudio de una reforma basada en la igualdad, la diversidad y la multiculturalidad. Es decir, tenemos una posibilidad de alcanzar una norma civil más amplia, no estereotipada, que recepta nuevos paradigmas de la vida humana. La labor del operador jurídico requiere que la aplicación de la ley proporcione certeza, razonabilidad y justicia en cada caso en concreto. Depende de cada uno de nosotros alcanzar esos objetivos. ■

I DIPLOMADO INTERNACIONAL DE ESPECIALIZACIÓN EN SISTEMA PENAL ACUSATORIO:

EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL
PENAL PERUANO A
SIETE AÑOS DE VIGENCIA.
ANÁLISIS COMPARADO

(ACREDITACIÓN APROBADA POR R.D. NRO. 015-13-C.A.C.)

16 DE SETIEMBRE AL 13 DE NOVIEMBRE.

ORGANIZADORES:



www.ilecip.org



Asociación Civil Urbe et Ius
Construyendo ciudadanía
-Argentina-



La Sociedad Mexicana
de Criminología capítulo
Nuevo León, A.C.