

ASPECTOS PRÁCTICOS DE LA
ADOPCIÓN INTERNACIONAL.
INTERVENCIÓN JURISDICCIONAL
Y ACTUACIÓN PROFESIONAL

CUADERNOS DE PRÁCTICA
DE DERECHO INTERNACIONAL
PRIVADO ARGENTINO

LILIANA ETEL RAPALLINI

ISBN: 978-987-97126-9-6

Editorial del
Colegio de Abogados de La Plata



LILIANA ETEL RAPALLINI

DOCENTE DE GRADO Y DE POSGRADO
ESPECIALIZADA EN DERECHO
INTERNACIONAL PRIVADO

DIRECTORA DEL INSTITUTO DE DERECHO
INTERNACIONAL PRIVADO DEL COLEGIO
DE ABOGADOS DE LA PLATA

Prólogo

LA PRÁCTICA Y DIFUSIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO AMERITA EN NUESTROS DÍAS, UN TRATAMIENTO ESPECÍFICO E IMPERIOSO, TODA VEZ QUE LOS CASOS CON ELEMENTOS EXTRANJEROS SE PRESENTAN CON NOTORIO INCREMENTO Y NECESIDAD DE RESOLUCIÓN.

TANTO EL MAGISTRADO COMO EL ABOGADO DE PARTE, REQUIEREN DE LA IMPLEMENTACIÓN DE PROCEDIMIENTOS IMAGINATIVOS Y EXPEDITIVOS TENDIENTES A EFECTIVIZAR LOS DERECHOS MÁS ALLÁ DE LAS FRONTERAS NACIONALES Y, FRECUENTEMENTE, NADA ESCRITO HAY SOBRE ELLO.

SE GENERAN FRENTE A LA CASUÍSTICA INTERNACIONALPRIVATISTA DUDAS E INTERROGANTES QUE ES TIEMPO DE DESPEJAR.

LA PRESENTE ES LA PRIMERA ENTREGA DE UNA SERIE DE TEMAS DE INTERÉS QUE, COMO MERA PROPUESTA, PODRÍAN SER DESARROLLADOS EN EL AFÁN DE CONSTITUIR UN APOORTE A DESAFÍOS QUE APARECEN EN EL CAMBIANTE ESCENARIO DE NUESTRA PROFESIÓN.

Dirección y coordinación:
Área Información y Publicaciones
Diseño y Diagramación:
Juan Manuel Guerra



ASPECTOS PRÁCTICOS DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL

INTERVENCIÓN JURISDICCIONAL Y ACTUACIÓN PROFESIONAL

I. INTRODUCCION

Si fuera menester detectar el objeto actual del Derecho Internacional Privado, ineludiblemente la búsqueda de la jurisdicción internacionalmente competente y la del derecho aplicable lo identifican desde antaño; empero, en la actualidad la dimensión cobrada por la disciplina y la necesidad cada vez mayor del reconocimiento extrafronterizo de decisivos jurisdiccionales, anexan a la cooperación jurídica internacional como uno de los pilares fundamentales que hacen a su existencia, naturaleza y finalidad. Dicho en otros términos, todo instituto del derecho reconoce en la cooperación al medio propicio para garantizar prerrogativas más allá de la frontera de origen, premisa extendida como válida para las diferentes instancias y encuadres de la adopción internacional.

Así es como la adopción internacional inviste la modalidad de recaer en un proceso nacional así como en la de responder a un mecanismo de contacto entre las partes que integran el futuro vínculo parental de naturaleza jurídica, supuesto este último comprendido dentro de la cooperación jurídica internacional.

Primariamente, su ubicación natural la encuentra dentro del estatuto personal; hace al estado de la persona y por sobre todo otro valor, a exponer a la integración de ésta dentro del contexto familiar. El estatuto real aporta como secundario y fácil es deducir que la adopción conserva o extingue relaciones patrimoniales con la génesis biológica e, igualmente, puede acontecer con el nuevo vínculo familiar que se entable.

Siendo entonces el estatuto personal el convocado, las conexiones previsibles e idóneas sugieren a la nacionalidad, al domicilio y a la residencia habitual como rectoras de la adopción; no obstante, la realidad indica que la nacionalidad ha perdido vigencia, más aún, en materia que convoca a la niñez que reconoce en la última residencia habitual a la radicación natural de fuerte connotación sociológica por sobre la rigidez del concepto jurídico.

Así entendida, la adopción interna como la internacional conforman un estatuto jurídico personal de carácter solemne y de orden público que crea entre los partícipes relaciones de paternidad y de filiación. Se trata de un acto jurídico por excelencia constitutivo en sus efectos, imperiosamente iluminado por su prosperidad frente a los imperativos o principios rectores que integran el bienestar del niño que ha de ser adoptado.

En el inicio, evocamos al objeto del Derecho Internacional Privado. Pero no debemos olvidar que las diferentes culturas jurídicas traen como consecuencia diferentes acepciones. Encuadrar, entonces, un instituto del derecho foráneo dentro de las categorías del ordenamiento nacional conduce a la imperiosa tarea de las calificaciones. Conforme sea su resultado, podrá exponernos a situaciones tales como el instituto “desconocido” o el “atípico”. La interculturalidad como advirtiera, juega un papel predominante en la problemática.

Así como no todo sistema reconoce a la adopción como un vínculo de filiación basado en la ficción jurídica, de igual modo aquellos que la admiten identifican grados o variables que le conceden mayor o menor grado de independencia del hijo adoptivo con su genealogía biológica.

Otras veces, en menor cuantía en nuestros días, la adopción no es admitida como tal; esta engorrosa situación es la que evidenciaba el primigenio ordenamiento argentino que luego desarrolla la figura en pos de la modernización de su contenido.

En cambio y con actual vigencia, otros ordenamientos nacionales otorgan marco suficiente a situaciones que podríamos denominar intermedias como es el caso de las “tenencias vitalicias” en las que un niño es tenido como hijo sin extinción del vínculo biológico de origen. Podríamos aquí consignar a la “kafala” arraigada en la sociedad

musulmana al punto de observarse notoria prosperidad en su concesión por cierto limitativa en sus efectos, en relación comparativa con la adopción propiamente dicha.¹ De igual modo puede citarse a la “tutela hindú” de considerable difusión en el Reino Unido de la Gran Bretaña como país de acogida.

El principio de equivalencia y la intención de erradicar los derechos claudicantes, merecen una permanente revalorización de situaciones fáctico- jurídicas propendiendo a la armonización y adecuación de las mismas.

A partir de la Convención de los Derechos del Niño, la vigencia del “interés superior” evidenciado en el “bienestar” de todos y cada uno de los sujetos de derecho protegidos por ella reafirma, y a su vez condiciona, a la adopción internacional como un remedio contra el desamparo afectivo. Su solvencia se fundamenta en diversos factores que se resumen en la altruista voluntad de dar a la niñez el imperioso soporte familiar que le permita un sano crecimiento.²

Tanto una adopción interna como una internacional, como otras modalidades de protección de la niñez, no deben entenderse como una oferta para mejorar la calidad de vida social y económica del niño si éste se encuentra integrado a un grupo familiar; los institutos de protección de la niñez están orientados al niño en situación de desamparo sea por abandono u orfandad. Esta interpretación responde al espíritu de la Convención de los Derechos del Niño que en su artículo 8 apartado 1 sienta una base que es la licitud de toda cuestión que compromete los intereses vitales de los pequeños: “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño, a preservar su identidad, incluidos su nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley, sin injerencias ilícitas”; comunicando el precepto visto con el 9 apartado 1 que expresa en su inicio: “Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos.....” queda conformado el marco de referencia mínimo por el cual una familia puede desmembrarse y dar nacimiento a una nueva contención que sobre todo otro valor, será afectiva.³

II SUPUESTOS DE INTERNACIONALIDAD DE LA ADOPCIÓN DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO ARGENTINO

Las relaciones personales y, sobre todo, las filiales son difíciles de compatibilizar en un mundo en que las diferencias interculturales siguen existiendo y se trasladan a diversos ámbitos.

En el ámbito internacional, precisamente, la adopción de niños suscitó cuestiones de duro tratamiento pero, en verdad, la problemática se reduce a puntuales supuestos frente a los cuales cada ordenamiento nacional expone su parecer desde la órbita interna y de allí a la internacional, materializando condiciones y límites.

En el caso de Argentina, al momento de ratificar la Convención de los Derechos del Niño hace lo propio formulando reserva a la adopción internacional. Incluso al tiempo de incorporarse determinados tratados internacionales sobre derechos humanos al texto de la Constitución Nacional, dicha incorporación se formula en los términos de vigencia del documento en cuestión; de manera tal, la carta magna de la niñez se anexa conforme

¹ La Profesora argentina María Susana Najurieta trabajó arduamente el tema de la dificultad de una visión uniforme de la adopción, en su brillante tesis titulada *Coordinación de Ordenamientos Jurídicos en materia de Adopción Internacional* publicada por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, año 2004. En su vasto estudio cita el caso de la kafala como típica institución del derecho musulmán creada a semejanza de la guarda pero no de la adopción ni siquiera simple, dado que aquella no genera vínculo parental alguno con la familia de acogimiento. Es más, al tiempo de la elaboración del Convenio de La Haya específico en la materia y al que se aludirá, quedó en claro que corresponde asimilarla a una colocación familiar tuitiva de la niñez. Diría que, en la actualidad, se observa a la kafala como una posibilidad agregada a las ya conocidas como protectoras de la niñez, más allá de su nominación y efectos.

² El “interés superior del menor” volcado a los procesos adoptivos internacionales debe observarse en su contexto; partiendo del artículo 3 por el que se erige a los poderes públicos como partícipes activos en el manejo de las instituciones concernientes al bienestar de la niñez, pasando a los artículos 20 y 21 específicos del tema tratado en donde se refleja el carácter subsidiario de la adopción transnacional frente a la filiación natural o biológica y en donde, además, el principio garantista cobra relevancia preservando la integridad del niño como sujeto protagónico del proceso adoptivo.

³ Santos Belandro, Rubén B.: *Minoridad y Ancianidad en el mundo actual. Un estudio desde el Derecho Internacional Privado comparado*. Asociación de Escribanos del Uruguay. Montevideo, 2007. Página 97.

la mencionada reserva. El corolario indica que, de retirarse la reserva por parte de nuestro país, debería procederse a la reforma de la Constitución Nacional a los fines de erradicar la reserva y así modificar el texto de la Convención que integra a su vez, el texto de la Constitución Nacional en su parte dogmática.

En ese entonces, la toma de posición de nuestros legisladores obedeció a la necesidad de eliminar al máximo posible el tráfico de niños incentivado por la participación de agencias o instituciones intermediarias en la colocación de adopciones internacionales. No obstante, ni siquiera los datos estadísticos ofrecen actualmente un número certero sobre la cantidad de niños dados en adopción al margen de un sistema legal y lícito que garantice sobre todo otro valor, sus derechos humanos. En verdad, erradicar del marco normativo a la adopción internacional derivada de mecanismos cooperativos no constituye garantía alguna de eliminar, o por lo menos paliar, las conductas delictivas.⁴ También se ha entendido que la reserva es transitoria, perdurando hasta tanto el país cuente con mecanismos cooperativos idóneos. Como opinión personal, considero que crear entes colaboradores de adopciones internacionales no es cuestión tan costosa desde ningún punto de vista. Pero no es la única arista a considerar dado que no sólo se adoptan residentes extranjeros sino también niños residentes en Argentina; si es que nos incorporamos al mecanismo adoptivo cooperativo la adopción es un intercambio ambivalente. Quizás lo sugerente sea, en primer lugar, reformular el régimen de la patria potestad, luego el de la adopción y recién allí verificar si reunimos madurez e infraestructura suficientes como para incorporarnos a la adopción internacional bajo el amparo de un sistema de cooperación internacional entre autoridades.

La ambivalencia expuesta entre tráfico internacional de menores y adopción supone conceptos ubicados en polos opuestos; con la adopción se propende a mejorar la calidad de vida afectiva y material de un niño; con el tráfico el objetivo redundante en su explotación; pero los supuestos de tráfico suelen combinarse y es entonces cuando se trafican niños para darlos en adopción.⁵

Pero la cooperación no cesa en sus resortes y la consecuencia es proteger al menor propendiendo a la anulación de la adopción ficta, a su restitución al entorno de origen y a la penalización de los autores.

El tema “baja” entonces, desde la Constitución Nacional de un Estado, lo cual obliga a observar qué supuestos atinentes a la adopción internacional quedan “expuestos” y por ende, comprendidos y cuáles se excluyen; de allí en adelante, el ordenamiento nacional del que se trate se enrolará en las variables de mecanismos que se ofrecen para dar espacio a la adopción internacional.

En consecuencia, la idea es posicionarnos frente a una adopción que convoca por diferentes razones, a más de un ordenamiento jurídico. Y es así como la adopción internacional reconoce diferentes encuadres, que merecen⁶ la acotación previa de sugerir que la **adopción extranjera**, también llamada transfronteriza, es aquella que se constituye fuera del ordenamiento jurídico del foro mientras que la **adopción internacional** es la confluencia de elementos de diferentes ordenamientos jurídicos a través de los sujetos que la integran, bien sea por contar éstos con residencia habitual en diferentes países o bien, con menor frecuencia, por el factor nacionalidad. Pasemos entonces a diferenciar situaciones jurídicas atinentes a adopciones extranjeras e internacionales:

- a. **Como reconocimiento de efectos:** aquí ubicamos a aquellos ordenamientos nacionales como el argentino, que indica el derecho aplicable a la adopción y si ésta fue conferida en el extranjero opera la remisión al ordenamiento señalado; detectamos el caso como una **“adopción extranjera”**.

Es en este supuesto en donde el juez nacional que recibe la sentencia adoptiva extranjera se enfrenta ante la necesidad de calificar al instituto.

En el ordenamiento argentino, el artículo 339 del Código Civil conforme ley 24.479⁷ remite a la ley del domicilio del adoptado al tiempo de la adopción lo que conduce, una vez recibida, a su inserción dentro de las categorías nacionales, esto es, en la especie simple o en la plena.

⁴ Nuccetelli, María Alejandra (con la colaboración de Hilda Fingerhann y Marisa Piergiacomini): Problemáticas actuales del menor y la mujer. Ed. Lex. La Plata, 2009. Página 61.

⁵ Adam Muñoz, María Dolores- García Cano, Sandra: Sustracción internacional de menores y adopción internacional. Ed. Colex. Madrid, 2004. Página 213.

⁶ Boutin, Gilberto: Derecho Internacional Privado- Ed. Maitre Boutin- Panamá, 2006. Página 470.

⁷ B.O. 1/4/1997

La síntesis del supuesto redundante en que será tarea judicial o de la autoridad de registro, calificar a la adopción conferida en el extranjero y reconocerla en consecuencia.

Al respecto puede citarse una reciente sentencia del Tribunal de Mendoza que obra en el Apéndice de Jurisprudencia.

Pero la calificación se acentúa cuando se pretenden efectos de la filiación adoptiva con relación a una acción judicial abierta en la República. Nuestra jurisprudencia exhibe numerosos casos de invocación de vocación sucesoria por adopciones conferidas en el extranjero ante procesos abiertos en el país, constituyendo procesos nacionales que requieren de la formación de un incidente a los fines de decidir sobre la vocación hereditaria del heredero que invoca filiación adoptiva. Se conforman las llamadas cuestiones previas, preliminares o incidentales sobre una principal.⁸

- a. **Como sumisión a leyes materiales nacionales:** el grado de internacionalidad de esta modalidad es relativo. Se presenta cuando residentes de un país deciden adoptar en el extranjero. No media la existencia de un tratado; por el contrario la parte adoptante reúne condiciones suficientes reconocidas por su justicia natural y éstas son captadas por el ordenamiento de la residencia habitual del niño a ser adoptado que frecuentemente, es el de su nacionalidad. Es la segunda, la autoridad jurisdiccional que confiere en adopción al niño y sus adoptantes, quienes trasladan la sentencia para su reconocimiento junto al hijo adoptivo al país en donde residirá el grupo familiar. Es el caso que se plantea con países que están fuera del acuerdo internacional que se verá en el punto c., pero que igualmente facultan con sus normas a entregar a sus niños a adoptantes en el extranjero como el conocido caso haitiano.

Desde otra óptica es el caso de nuestro país. El art. 315, en la segunda parte del párrafo 1 de la ley 24.479, requiere por parte de los futuros adoptantes de una residencia no inferior a cinco años en el país considerada al momento de concederse en guarda al niño a dar en adopción. Vale decir, pretendidos adoptantes extranjeros o residentes en el extranjero pueden adoptar en Argentina probando su residencia habitual y permanente por el tiempo antes mencionado. El proceso adoptivo se materializa absolutamente existiendo total sumisión al ordenamiento nacional. Al punto tal que se genera indirecta internacionalidad a la adopción, dado que la ley no exige residencia del nuevo grupo familiar en Argentina luego de constituido el vínculo jurídico adoptivo.

Al respecto obra en el Apéndice de Jurisprudencia un fallo ilustrativo.

- b. **Como cuestión de fondo contemplada en fuente convencional internacional:** aquí encontramos convocando a Paraguay, Uruguay y Argentina, al Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940. A partir del art. 23 regula al instituto desde la óptica de la acumulación, lo que implica la concordancia entre dos ordenamientos jurídicos para la prosperidad de la figura en cuestión. Con ello, la mencionada fuente pretendió respetar las identidades legislativas nacionales y su grado de evolución admitiendo adopciones entre Estados Parte sólo cuando la adopción estuviere captada en los ordenamientos nacionales pertenecientes al domicilio de la parte adoptante como del adoptado.

El altruista espíritu del referido instrumento, no tuvo mayor repercusión pues en la práctica se convertían en adopciones nacionales, frecuentemente por la traslación física de los adoptantes a uno de los Estados parte, constituyendo allí su domicilio y transformando la adopción en interna o doméstica.

- c. **Como cooperación jurídica internacional:** estamos frente al conocido esquema que Argentina ha repudiado y por el cual una vez agotadas las instancias de la adopción doméstica o nacional, se dará impulso al procedimiento cooperativo de vincular la persona del adoptante con la del adoptado, residentes en países diferentes, a través de un Tratado y de la gestión de autoridades intermediarias o entes colaboradores de adopciones internacionales. Es el caso del Convenio de La Haya relativo a Protección del niño y a la Cooperación en materia de adopción internacional de 29 de mayo de 1993. Este acuerdo, que convoca predominantemente al espacio europeo, se expande y llega a América Latina donde ha

⁸ Los fallos detallados a continuación denotan el crecimiento del instituto en el Derecho Internacional Privado Argentino: "Grimaldi, Miguel s. Sucesión" (CNCivil Segunda de CF del 22/12/1948; "Barazal de Prieto, Rufina c. Rivada de Barazal, María E.s. Sucesión" (Cámara Primera de La Plata, Sala Segunda del 7/5/1963); "Bayaud, Enrique s. Sucesión" (SCJBA del 5/3/1981)

obrado como marco para la firma de bilaterales como el caso de España en vínculo con Méjico y con Bolivia.

No obstante, este instrumento presenta ciertas adolecencias; entre ellas, podemos acotar que no logra unificar las normas de Derecho Internacional Privado de los Estados invitados a participar relativas a la constitución de las adopciones y sólo parcialmente, consigue esbozar normas sobre los efectos de las mismas. Adquiere mayor relieve en lo atinente al procedimiento de instrucción o etapa pre- adoptiva, que precede a la implementación del vínculo en sí mismo y al reparto equitativo de las entidades colaboradoras de adopciones internacionales.

- d. **Como intermediación de tercer país:** es el que sobreviene por la presencia de Agencias de Colocación Adoptiva. Estas reconocen radicación en un país, con ella se contactan los adoptantes y se ubica para dar en adopción a un niño con residencia o nacionalidad de un tercer país.

A mi entender, es la modalidad menos sugerida no sólo por engorrosa sino por utilizar un mecanismo triangular que resta inmediatez a un proceso que, de por sí, requiere de la cercanía de trato.

Luego de esta reseña, es menester tomar una posición práctica y es la de hacer una gran clasificación reconociendo que en materia de adopción internacional, en la actualidad, el universo se resuelve enrolando los **países que están dentro del Convenio de La Haya** y los **países que están fuera de su entorno**.

Y otra conclusión recae en procurar no inducir al error y de lo expuesto se desprende que existen **“adopciones internacionales”** y **“adopciones transfronterizas”**. En las reconocidas como transfronterizas se detectan a todas aquellas obtenidas materializando la normativa del país del adoptado y trasladando luego la sentencia recaída y su reconocimiento como sentencia extranjera de adopción. En la puramente internacional, se exponen elementos pertenecientes a diferentes ordenamientos jurídicos y a una fuente convencional internacional que le da sustento cooperativo.

En suma, toda adopción internacional genera **instancias** que se reseñan en tres. La primera o **pre-adoptiva** destinada a la selección de las personas que darán nacimiento al vínculo de filiación adoptiva. La segunda o **constitutiva**, destinada a la selección y distribución del derecho aplicable a la adopción internacional. La tercera o **post- adoptiva**, tiene como destino el contralor del nuevo vínculo familiar.

III INTERVENCIÓN JURISDICCIONAL Y PROFESIONAL LOCAL

La justicia argentina así como los profesionales del derecho en ejercicio en el País, pueden ser requeridos sustancialmente por dos razones a consecuencia del tema traído. Por una, la parte adoptante reside en la República Argentina y ha constituido una adopción en país foráneo, comparece entonces a los fines de reconocer la sentencia adoptiva extranjera y eventualmente petitionar la conversión en adopción plena. Por la otra, la parte adoptante reside en la República Argentina y pretende adoptar en país extranjero –típico supuesto de países no comprendidos en el Convenio de La Haya- y solicita la expedición de un Certificado de Idoneidad Adoptiva; este último caso concluye una vez obtenida la adopción, encuadrado en el primero pues retornará la sentencia extranjera para ser reconocida y de ser necesario, su conversión en adopción plena.

Veamos cada una de las hipótesis.

A. Efectos de la sentencia extranjera

Cierto es que la regulación jurídica de la adopción internacional ubica su instancia trascendente en la etapa pre-adoptiva dado que en ella es donde se encuentra verdaderamente en juego el interés superior del niño.⁹

Dos situaciones se encuentran latentes en el circuito de una adopción internacional. Una, alude a la “adopción

⁹ Sobre los “Desafíos jurídicos de la etapa post- adoptiva”, la profesora española Salomé Adroher Biosca ha desarrollado una encomiable tarea volcada en Proyectos de Investigación sobre todo en el titulado “Adopción Internacional: la integración familiar y social de los menores adoptados internacionalmente. Perspectivas interdisciplinarias y comparativas”.

truncada” como aquélla que no puede llegar a consumarse o que, constituida la adopción se retrotrae por circunstancias que imposibilitan la generación del vínculo. La otra, presenta a la **“adopción claudicante”** como aquélla eficazmente constituida en un ordenamiento jurídico pero cuyos efectos fenecen con el paso de frontera de la sentencia.

Si nos ubicamos dentro del Convenio de La Haya, entre sus pretensiones se encuentra la de asegurar el reconocimiento en los Estados que son parte del instrumento de las adopciones realizadas en su contexto. Vale decir, a la cooperación le añade más cooperación, lo cual es lógico de entender. Pero también debemos acotar que el Convenio tiene escaso margen de multiculturalidad pues se avoca sólo a adopciones que establezcan vínculo de filiación.¹⁰ Y a ello debemos agregar que sólo abarca adopciones identificadas como simples, erradicando toda variable que implique ruptura vincular del niño dado en adopción con su familia de origen.

En suma, aún dentro del Convenio de La Haya la eficacia de la sentencia dentro de los países que forman parte de él está condicionada a ser calificada por la autoridad de recepción y está limitada a los efectos brindados por la jurisdicción de la que emanó el decisorio.

Lo que es necesario poner en claro es que una sentencia de adopción pertenece a la especie **constitutiva**, hace al estado de la persona. Por su naturaleza, la eficacia de la misma fuera de la jurisdicción de origen es de **reconocimiento involucrado o acertativo**. No se trata de una sentencia de ejecución o condena.

Si enfocamos el tema como país receptor y sabiendo que no estamos incorporados al sistema del Convenio de La Haya, lo cual implica “medir” la eficacia extraterritorial de una sentencia de adopción proveniente pura y llanamente del extranjero deberemos, en primer término, seleccionar la fuente normativa aplicable en materia de reconocimiento de sentencias extranjeras.

Si entre el país de origen de la sentencia y Argentina contamos con fuente convencional internacional, ella será de aplicación. Si no contamos con dicha fuente recurriremos a los Códigos Procesales de Nación o de Provincia en su parte pertinente y conforme sea competente la justicia de acuerdo al domicilio de la parte adoptante que se presenta a peticionar el reconocimiento y, eventualmente, la conversión de dicha adopción en plena si hubiere sido concedida como simple. Recordemos que si, previamente, se ha petitionado ante la justicia argentina el CI (Certificado de Idoneidad), es menester presentar el pedido de reconocimiento de la sentencia adoptiva ante ese mismo juez o tribunal.

La estrecha relación existente entre el reconocimiento de decisiones y la cooperación internacional entre autoridades se refleja notablemente en materia de protección de niños, de manera que se ha dotado al intercambio de sentencias rasgos innovadores diferenciándola de la cooperación general.¹¹ El principio de equivalencia, el de flexibilidad y el de agilización van en crecimiento, lo cual no significa que estemos frente a espacios de libre circulación de sentencias, lo que implicaría la automática nacionalización y procedencia de la sentencia foránea.

Sin pretensión de un enunciado exhaustivo y descontando el cumplimiento de recaudos formales como legalización, autenticación y traducción —en caso de corresponder— de la sentencia extranjera serán puntos de examen minucioso todos los extremos en los que se encuentre en juego la ponderación del “interés superior del niño” y su elevado acatamiento, así menciono:

- verificación de la competencia acorde a la residencia habitual primigenia del niño adoptado;
- compatibilidad entre la sentencia extranjera con las dictadas en el foro nacional sin que esto implique una revisión del fondo de la misma; precisamente, estamos frente a un espíritu de homologación con el fin de eliminar el examen de fondo de la sentencia;
- control de la ley aplicable bajo la óptica de la equivalencia de efectos;
- coexistencia entre la sentencia extranjera y el orden público del foro receptor;
- respeto del orden público procesal, vale decir, del debido proceso donde se observen cumplidas las garantías de

¹⁰ Calvo Caravaca, Alfonso- Luis- Carrascosa González, Javier: *Práctica Procesal Civil Internacional*. Ed. Comares. Granada, 2001. Página 519.

¹¹ Herranz Ballesteros, Mónica: *El interés del menor en los Convenios.....Ob. Cit.,* Página 231 y siguientes.

las partes en el proceso adoptivo llevado a cabo en el extranjero.

b. Certificado de Idoneidad Adoptiva (C.I.)

Considero que el enunciado de sus requisitos es la manera práctica de indicar que el escrito de inicio debe reunir además de los convencionales, los específicos que se detallan para su prosperidad y concesión y que una vez concedido, será menester testimoniar a los fines de ser trasladado ante las autoridades pertinentes del Estado de residencia habitual del niño a adoptar y ante las que se constituirá, de prosperar, la adopción.

1. El C.I tramita ante la jurisdicción de la residencia habitual del o los pretensos adoptantes; rigen aquí las máximas sobre competencia por territorio y por materia;
2. Desde la óptica procesal, se aplica la “lex fori”, que equivale a decir que el Derecho Procesal rector, será el del juez o tribunal que está entendiendo en el caso;
3. El ofrecimiento de prueba será el de rutina en el caso, lo cual implica, por ejemplo, demostrar la capacidad de ganancia, los antecedentes penales, la falta de trabas o inhibiciones patrimoniales así como la situación personal que rodea a la parte que pretende adoptar;
4. Expresión del destino a dar al C.I que involucra acepción de país de destino; con esto queremos significar que debe expresarse el Estado donde se pretende adoptar así como una reseña del ordenamiento vigente en el mismo y el enunciado de su requisitoria para adoptar;
5. Ofrecimiento de seguimiento de la instancia pos-adoptiva por parte del juez o tribunal que expidió el C.I. No olvidemos que ante el mismo juez o tribunal es pertinente presentar la sentencia adoptiva para su reconocimiento y conversión en adopción plena, de manera que se transforme en una suerte de órgano de contralor del eficaz desenvolvimiento de la institución jurídico-filiatoria generada; además, con ello se demuestra la inexistencia de evasión de la jurisdicción que naturalmente debe intervenir en la instancia inicial como en la final.

IV) APÉNDICE DE JURISPRUDENCIA

***Juzgado de Familia n° 2, Mendoza, 09/11/10, C. A. V. y otro.**

Adopción internacional. Adopción simple otorgada en Haití. Reconocimiento de sentencia. Legalización. Terremoto. Eximición. Exceso ritual manifiesto. Conversión en adopción plena. Convención sobre los Derechos del Niño.

Mendoza, 9 de Noviembre de 2010.-

Y vistos: Los presentes autos arriba intitulados, puestos en estado de resolver a fs. 171 de los que:

Resulta:

Que a fs. 73/78 se presentan los Sres. C. A. V. y D. A. P. y solicitan el reconocimiento de la sentencia de adopción de su hija adoptiva R. B. P. nacida en Haití. Juntamente peticionan que se transforme el tipo de adopción a fin de equiparar a todos sus hijos adoptivos.

Manifiestan que tramitaron por ante este mismo Juzgado la información sumaria a fin de ser declarados idóneos para adoptar, cuya sentencia les permitió acceder a la adopción de la niña en Haití para fecha 4 de Enero del corriente.

Recuerdan el doloroso momento que vivió ese país unos días más tarde, que dejó como saldo más de 300.000 per-

sonas muertas, entre la que se encuentra el mismo juez que autorizó la adopción de R.; como asimismo la angustia que sintieron por no saber si su hija estaba con vida.

Señalan que la documentación original relativa a la adopción de su hija quedó sepultada bajo los escombros del orfanato y juzgado de paz que sufrieron las consecuencias del terremoto que es de público y notorio conocimiento.

Agregan que la niña fue evacuada junto a otros niños y trasladada a EEUU por razones humanitarias, donde pudieron reencontrarse con ella, y cuyas autoridades identificaron para permitir su salida del país y poder reunirse con sus otros cuatro hermanos, todos hijos adoptivos del matrimonio presentante, de allí que soliciten, además, la conversión de la adopción simple otorgada a plena.

Acompañan copias simples de la sentencia de adopción de la pequeña R., acta de nacimiento y resolución de custodia a favor de los presentantes, debidamente traducidas; y copias de los ejemplares de diarios y revistas que dan cuenta de los crudos sucesos que devastaron Haití y en especial, de la realidad que vivió y vive hoy la niña R..

Que a fs. 82 y 144/145 emite sus dictámenes el DeCI.

Que, atento la cuestión debatida en autos, el Tribunal a fs. 162 dispone la realización de medidas para mejor proveer consistentes en diagnósticos psico sociales por parte de los profesionales del Equipo Interdisciplinario de Adopción (E.I.A.) de nuestros Juzgados de Familia, cuyo informe se agrega a fs. 164/166.

A fs. 168 y 170 emiten sus dictámenes los representantes de los Ministerios Públicos Pupilar y Fiscal, respectivamente.

Y considerando:

I. Que se ha sometido a juzgamiento la habilidad de la sentencia acompañada por los actores a fin de proceder a su inscripción en el registro de las personas en nuestra provincia y poder reconocerse los efectos en nuestro país.

Sabido es que, por razones de conveniencia y de solidaridad, casi todas las leyes procesales vigentes en el mundo, reconocen, bajo ciertas condiciones, la eficacia de sentencias pronunciadas en el extranjero, y autorizan a promover su ejecución dentro de los respectivos territorios. Pero, de acuerdo con el sistema generalmente aceptado, a la ejecución de las sentencias extranjeras antecede un trámite preparatorio, que culmina con el exequátur, que es la declaración en cuya virtud se acuerda a aquéllas la misma eficacia que revisten las sentencias dictadas por los jueces nacionales. Ese previo juicio de reconocimiento no versa sobre la relación sustancial controvertida en el proceso que motivó la sentencia cuya ejecución se solicita. Su objeto, por el contrario, consiste en verificar, por un lado, si el contenido del pronunciamiento se ajusta a las reglas fundamentales de orden público y si el procedimiento seguido en el extranjero ha respetado las garantías del debido proceso (requisitos intrínsecos); y, por otro lado, si la sentencia reúne los recaudos de legalización y autenticación de todo instrumento extranjero (requisitos extrínsecos).

II. Que resulta de aplicación la normativa del CPCMza cuyos arts. 278 y ss. prescriben, en lo pertinente, que:

Art. 278.- EFICACIA DE LAS SENTENCIAS EXTRANJERAS.- Las sentencias dictadas en países extranjeros, tendrán en la Provincia la fuerza obligatoria que establezcan los tratados existentes entre la República Argentina y esos países. A falta de tratados, podrán ejecutarse si se reúnen los siguientes requisitos: 1°) Que la sentencia haya sido pronunciada por tribunal competente en el orden internacional. 2°) Que haya pasado en autoridad de cosa juzgada en el Estado en el cual fue dictada. 3°) Que haya sido pronunciada en virtud de una acción personal o de una acción real mobiliaria, si la cosa mueble objeto de la demanda, fue trasladada al país durante o después de la tramitación del proceso. 4°) Que el condenado haya sido legalmente citado y haya asistido al proceso personalmente o por medio de mandatario o haya sido declarado rebelde, conforme a la ley del país donde se dictó la sentencia.

Salvo, en este último caso, que el condenado, domiciliado en la República no hubiese sido debidamente citado en ésta. 5º) Que la obligación que haya dado lugar al proceso, sea válida según nuestras leyes. 6º) Que no contenga disposiciones contrarias al orden público de nuestro país.

Art. 279.- REQUISITOS FORMALES.- La sentencia extranjera, cuya ejecución se pida, deberá venir íntegramente transcrita, en copia fehaciente, debidamente legalizada. Deberá expresar además, que existen los requisitos establecidos en el artículo precedente y acompañarse traducción suscripta por traductor matriculado. (NOTA: El artículo anterior se refería a los requisitos internos de la sentencia, vale decir, a su contenido y al procedimiento mediante el cual fue dictada. El presente se refiere a las condiciones externas, es decir, a la sentencia como documento o título ejecutorio. Debe venir íntegramente transcrito y no fragmentariamente o sólo la parte dispositiva. Debe estar autorizada por el funcionario judicial encargado de dar testimonio de las sentencias y legalizado. Debe expresarse, en el mismo documento, que en la sentencia y en el procedimiento, se han cumplido todos y cada uno de los requisitos exigidos por el art. 278. Por último, si la sentencia no se hubiera dictado en idioma castellano, deberá acompañarse su traducción).

Art. 280.- COMPETENCIA Y TRÁMITE.- Será competente el tribunal de primera instancia que corresponda conforme a los artículos 5º y 6º. Se dará vista al ministerio fiscal y al condenado, por cinco días a cada uno, para que se expidan sobre el cumplimiento de los recaudos establecidos en los artículos precedentes y se dictará un auto homologando la sentencia o denegando su homologación. Este auto será apelable.

Que en las diversas intervenciones que tuvo en el trámite el Departamento de Colaboración Internacional (DeCI) dependiente de la SCJMza, su representante denuncia el incumplimiento de la documentación acompañada por los presentantes, requiriendo las legalizaciones correspondientes, vale decir que se cuestiona el cumplimiento de los recaudos del art. 279 de nuestro código de rito.

III. Que no obstante lo cual, es necesario analizar la cuestión a la luz de la realidad para que este trámite no se convierta en una ficción, ya que, como lo ha sostenido el máximo Tribunal argentino “*queda totalmente desvirtuada la misión específica de los tribunales especializados en asuntos de familia si éstos se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas, o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda concretamente valorar*” (CSN 15/2/2000).

Así como cuando el legislador, al interpretar la Constitución para dictar una ley, no realiza una pura y mecánica operación lógica de formulación de esa ley (conclusión) en base a una premisa menor (circunstancias del caso) subsumida en la norma constitucional (premis mayor); así tampoco la interpretación del juez constitucional que reexamina esa ley consiste en un puro raciocinio lógico. Juez constitucional y legislador efectúan “política-jurídica”, determinando, dentro de un marco de posibilidades que deja el género constitucional como arbitrio, al órgano intérprete, la especie del caso. Esa política jurídica se realiza en base a las vivencias con que, en el espíritu de dichos órganos, se da el *sentido* de Justicia y demás valores bilaterales en que la conducta jurídica consiste. La interpretación (lato sensu) de la ley no es pura subsunción lógica; no es una luz intelectual que revela el unívoco sentido de la norma; es una “creación de derecho dentro de la subsunción” (conf. Kelsen, Hans: “La teoría pura del Derecho”, ed. Losada, Buenos Aires, 1941, p. 127; Cossio, Carlos: “La valoración jurídica y la interpretación judicial de la ley”, Rev. de la Universidad, Santa Fe, 1941, p. 110; Justo, Alberto M.: “La actitud del juez frente a las transformaciones del derecho”, Rev. LA LEY, t. 9, sec. doct., p. 14; Aftalión, Enrique: “La escuela penal técnico-jurídica y la teoría pura del derecho”, en Rev. LA LEY, t. 23, sec. doct., p. 5). De allí que pretendo evaluar la cuestión del reconocimiento traído a análisis desde la óptica constitucional y a la luz de la realidad.

Veamos: el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos han incorporado en sus textos numerosas normativas que, por influencia del derecho romano, tradicionalmente se reputaban confinadas al derecho privado, tales como el derecho al nombre, a la nacionalidad, los derechos de la mujer y de los niños, normas relativas al matrimonio, a las uniones de hecho, a la determinación de la filiación, a la responsabilidad

parental, etc..

En palabras de Bidart Campos, la trama temática que puede tejerse en la relación de los derechos humanos con la familia ha cobrado últimamente tal amplitud y elasticidad que casi no queda fuera ningún área del mundo jurídico ni de las interdisciplinariedades que lo ligan a otros campos y ciencias (conf. Bidart Campos, Germán “Familia y derechos humanos” en Derecho de Familia y nuevos paradigmas, Ediar, Bs. As., Pág. 29).

Aída Kemelmajer señala como causas de esta evolución dos razones fundamentales: a) el mundo se ha hecho cada vez mas pequeño y los sujetos se desplazan de un lugar a otro; estas transferencias generan un aumento cualitativo y cuantitativo de las relaciones, incluidas las familiares, y obviamente, también de los conflictos, y b) el revolucionario avance de las comunicaciones ha favorecido la universalización de las pautas familiares; en todos lados ha perdido vigencia el significado patrimonial clásico, ligado a la antigua idea autoritaria, limitándose a consolidarse como una comunidad de vida solidaria. En este contexto, hay un redimensionamiento de los poderes familiares, que se conceden en el exclusivo interés de quienes están sujetos a ellos (conf. Kemelmajer, Aída. “Derechos humanos y Familia” – Aspectos constitucionales y derechos fundamentales de la familia. Univ. Externado de Colombia. Bogotá, 2001 pág. 59).

A la altura de estas ideas, nuestro art. 75 inc. 22 CN introduce en el campo de la legalidad constitucional una fuente externa, de la cual debe aceptarse tal como viene dada, sin poder modificarla o reinterpretarla. Pero a la vez, dicha fuente externa junto con la Constitución textual conforman el parámetro de validez de las reglas secundarias que oportunamente se produzcan.

Es que las normas jurídicas no se encuentran aisladas entre si, sino que se interrelacionan en un sistema coherente y legitimado denominado sistema jurídico, que contiene normas materiales sustantivas y normas destinadas a regular la producción de normas.

Dicho ordenamiento está presidido por la Constitución que es la fuente básica y creadora, o sea, establece cuáles son los actos o hechos a los que atribuye la capacidad para producir normas jurídicas (conf. Gil Domínguez, Fama, Herrera. “Derecho Constitucional de familia”, Ediar, Bs. As. Pág. 16 y ss).

Así las cosas, la Constitución, como norma jurídica, no consiste en un mero consejo o recomendación hacia los poderes constituidos y los particulares, sino que tiene fuerza normativa en toda su integridad, en todas sus partes, en todos sus contenidos también en sus implicancias.

En este sentido, como norma fundante del orden jurídico del Estado, es el eje obligatorio e imperativo de todo el ordenamiento jurídico político.

Sostiene Bidart Campos que la expansión de la fuerza normativa de la Constitución no se conforma con la existencia de un orden normológico. Por el contrario, las normas deben ser proyectadas a la vigencia sociológica, para que la fuerza normativa alcance una real encarnadura social. El examen permanente entre Constitución formal y Constitución material posibilita detectar coincidencias entre ambas, o desigualdades, o bien mutaciones constitucionales, etc. (conf. Bidart Campos, Germán. “El derecho constitucional y su fuerza normativa”, Ediar, Bs. As., 1995, pág. 55).

Como adelanté, la reforma constitucional de 1994 ha marcado un hito en la historia de nuestra Carta Magna, trayendo consigo cambios fundamentales en el ordenamiento jurídico vigente, entre los cuales, sin hesitación alguna, el mas importante ha sido la jerarquización de varios instrumentos de derechos humanos (conf. Gil Domínguez, Fama, Herrera. “Derecho Constitucional de familia”, Ediar, Bs. As. Pág. 18 y ss).

Esta modificación ha significado un notable avance que ha dado lugar a que buena parte de la doctrina constitucional argentina haya acuñado el concepto de “bloque de constitucionalidad”, que puede entenderse como un conjunto normativo que contiene disposiciones, principios, valores materialmente constitucionales, que no forman

parte del texto de la Constitución, sino que permanecen fuera de él, compartiendo con aquél su misma supremacía, y erigiéndose en parámetro para el control de constitucionalidad de las normas infraconstitucionales.

Los derechos humanos reconocidos a raíz de este nuevo orden resultan, entonces, principios de derecho fundamental (conf. Alexy, Robert. “Teoría de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, AAVV, Trotta, Madrid, 2003 pág. 62 y ss., citado por conf. Gil Domínguez, Fama, Herrera. “Derecho Constitucional de familia”, Ediar, Bs. As., Pág. 21), que **forman parte de la regla de reconocimiento constitucional y resultan vigentes para la sociedad en su conjunto porque han sido delineados por los representantes del pueblo a través de las convenciones constituyentes. Conforman, en síntesis, un mínimo fundamental, común y abarcativo para toda la comunidad, que no puede ser desconocido por reglas secundarias infraconstitucionales, las cuales sólo serán válidas en la medida que emanen de los derechos fundamentales contemplados en la regla de reconocimiento.** (conf. Gil Domínguez, Andrés. “Cuando de swingers se trata la Constitución es la que manda” en LL, 2003-E-501).

Tengo para mí, que la responsabilidad del Estado, a través de cualquiera de sus poderes, se ve comprometida si no se privilegia la jerarquización normativa que propone la Constitución.

Frente a las normas inferiores, emerge con toda su fuerza este bloque de normas superiores que conforman, además, un sistema garantista de legalidad por el que las normas secundarias se deben adecuar o condicionar para no perder eficacia.

Es que “las normas constitucionales y las contenidas en los tratados no están en la periferia, como si fueran externas; no son decorativas, ni adornos de conveniencia para ingenuos. Deben ser apreciadas como categorías ontológicas en cuanto son los sólidos cimiento de un edificio” (Salerno, Marcelo “Las relaciones familiares en los tratados con jerarquía constitucional”, en Anuario de Derecho N° 4, Univ. Austral, Abeledo Perrot, Bs. As., 1998, pág. 117).

Como dejé sentado más arriba, a la luz de estas normas, ideas rectoras y principios analizaré la cuestión en el entendimiento de que **el punto neurálgico de la labor judicial reside en la ponderación o evaluación del “peso” de los derechos fundamentales que entran en colisión en un caso concreto de acuerdo con las condiciones fácticas que lo definen.**

IV. Es un hecho ampliamente conocido por su difusión universal, el trágico episodio ocurrido a nuestros hermanos haitianos en enero de este año, un sismo de características destructivas que dejó un penoso saldo de cientos de miles de muertos y consecuencias posteriores tan dañosas que su cuantificación aún hoy es imposible de precisar.

Es que el 12 de Enero de este año, el mundo entero se despertó con una terrible noticia: edificios destruidos, muchos muertos, gente perdida, enfermedades, era el resultado de un terremoto en un pequeño país pobre de Centroamérica; destrucción y desolación ocupaban los títulos de todos los diarios del mundo que presenciaba impávido un triste espectáculo.

La pequeña R., una niña abandonada en un orfanato de ese país salvó su vida después que el mismo se desplomara, mientras los documentos de la adopción que la emplazaba como hija del matrimonio presentante eran sepultados bajo los escombros del Juzgado cuyo destino fue tan dramático como el de aquél.

Estos hechos no requieren prueba en un expediente judicial, desde que son conocidos por todos, y requerir el cumplimiento de las legalizaciones que, dicho sea de paso, emergen de las autoridades que emiten los documentos originales, en nuestro caso resulta un rigorismo que puede constituirse en una injusticia.

Resulta clara la imposibilidad material de contar con las legalizaciones de la sentencia cuyo reconocimiento se pretende. Se trata de una sentencia sepultada entre los escombros juntos a miles de vidas.

V. De allí la necesidad de armonizar la normativa, para su subsunción en el caso concreto, a la luz de normas de mayor jerarquía, ya que *“la comprensión y aplicación de la ley implica su abordaje como componente del orden jurídico y no como un elemento lógicamente aislado. En consonancia con ese postulado, al realizar esta labor, ha de evitarse atribuir a las normas un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, haciendo prevalecer unas a expensas de las otras; por el contrario, cabe adoptar como correcto el criterio que las concilia y da efectos a todas”* (CSN Fallos: 329:5266).

No debemos perder de vista que los Tratados Internacionales incorporados a nuestro Derecho Interno con jerarquía constitucional hacen expresa mención a 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 y lo dispuesto por los arts. 240, 321, 339, 340 y cc. del C. Civil y arts. 3, 6, 20 y 21 de la ley 23.849 ratificatoria de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

En aplicación de las normas fundamentales que rigen en nuestro país, la Convención de los Derechos del Niño, la Constitución Nacional, nuestro Código Civil y demás leyes, estimo necesario en el caso, atemperar los requisitos de exequátur en relación a las legalizaciones de la sentencia cuyo reconocimiento se pretende.

Lo contrario implicaría cometer una injusticia en el solo beneficio de la ley, del cumplimiento de una formalidad legal ajena a la realidad.

En ese sentido tiene[n] dicho nuestros tribunales: *“Los recaudos procedimentales tienen por fin cuidar ciertas exigencias de orden externo pero no para que los derechos se vean vulnerados, sino por el contrario, para que su realización resulte en todos los casos favorecida; de otro modo, ese orden deviene en ritualismo, es decir, en una forma vacía de contenido, siendo la doctrina pretoriana del exceso ritual manifiesto aplicable en aquéllos en que la decisión sobre el fondo entronaría con lo injusto si no razones formales se desconocen evidencias expedientales que se tiene a la vista”*. (conf. Cuarta Cámara en lo Civil, fecha 11-05-2.000, ubicación LS155, FS. 063).

En definitiva, la realización de la justicia no se alcanza con la mera y fría aplicación de una norma procesal; por el contrario requiere una armonización entre la ley, la realidad y los valores en juego. Pretender alcanzar semejante valor jurídico dándole la espalda a la realidad, a los hechos consumados, importa la negación misma de la justicia y, por definición, una injusticia.

Lo mismo importaría si se le exigiera a los presentantes de autos cumplir a rajatabla con las exigencias procesales frente a los hechos ocurridos en Haití en enero de ese año.

VI. En estrecha vinculación con lo expuesto, cabe destacar la doctrina inspiradora de nuestro máximo Tribunal de Justicia que ha sentado claramente las bases de una noción que funciona como un *stándard jurídico: el exceso ritual*.

La noción de **exceso ritual manifiesto** debe buscarse en la jurisprudencia de los Tribunales. La primera manifestación la encontramos en el caso *“Colalillo”*, de la Corte Suprema de la Nación (Fallos: 238:550) del 18 de septiembre de 1957, cuya doctrina ha sido mantenida por la Corte invariablemente (Corte Suprema de Justicia de la Nación - Monastirsky Salomón y otro c. Falconi, Sergio y otro - 1992-04-07, sobre facultades de los jueces y esclarecimiento de los hechos; Corte Suprema de Justicia de la Nación - Luque, Mauricio c. Servi Chaco S.A. - 2002-05-14 en relación a cuestiones sobre exceso ritual manifiesto; Corte Suprema de Justicia de la Nación - Superintendencia de Seguros de la Nación c. ITT Hartford Seguros de Retiros S.A. y otros - 2003-04-24 por arbitrariedad y excesivo rigor formal; Corte Suprema de Justicia de la Nación - Farias, Helvecia c. ANSES - 1999-08-10 por idénticos temas; Corte Suprema de Justicia de la Nación - Chan, Queenie c. Klein, Edgardo A. - 1999-02-23, entre varios).

Sobre el tema, en aquél caso testigo, la Corte consideró que: *“Que el caso presenta ciertamente características singulares. Y es propio de tales circunstancias la obligación de los jueces de ponderar con mayor rigor la aplicación*

de los principios jurídicos pertinentes, a fin de no incurrir, con daño para la justicia, en una aplicación sólo mecánica de esos principios... Que con arreglo a la jurisprudencia de esta Corte, es condición de validez de un fallo judicial que él sea conclusión razonada del derecho vigente con particular referencia a las circunstancias comprobadas de la causa (Fallos: 236:27 y otros)... Que la condición necesaria de que las circunstancias de hecho sean objeto de comprobación ante los jueces, no excusa la indiferencia de éstos respecto de su objetiva verdad... Que, sin embargo, el proceso civil no puede ser conducido en términos estrictamente formales. No se trata ciertamente del cumplimiento de ritos caprichosos, sino del desarrollo de procedimientos destinados al establecimiento de la verdad jurídica objetiva, que es su norte... Que concordantemente con ello la ley procesal vigente dispone que los jueces tendrán, en cualquier estado del juicio, la facultad de disponer las medidas necesarias para esclarecer los hechos debatidos. Y tal facultad no puede ser renunciada, en circunstancias en que su eficacia para la determinación de la verdad sea indudable. En caso contrario la sentencia no sería aplicación de la ley a los hechos del caso, sino precisamente la frustración ritual de la aplicación del derecho... Las formalidades, los ritos, son parte de todo proceso judicial —máxime en un sistema codificado como el nuestro—. Pero no existen por capricho del legislador: su fin es poner orden en el proceso. Un orden que asegure a las partes un debido proceso, que respete sus garantías y derechos, y que culmine en una decisión conforme a derecho. De lo contrario se transformaría en un “conjunto de solemnidades desprovistas de sentido”.

Cabe aclarar que la doctrina jurisprudencial elaborada alrededor del concepto de “exceso ritual” participa de las características *de ser un derecho judicial de casos excepcionales*, y esto es importante no perderlo de vista.

En nuestro caso, la aplicación resulta necesaria. Evidentemente se trata de un caso excepcional, que recuerda a aquellos casos en que se solicitaba el reconocimiento de sentencias dictadas en países extranjeros que a la hora de su petición en el nuestro, se encontraban en guerra o atravesando situaciones de excepción tan graves como el terremoto de Haití de este año; o en aquellas situaciones en que se permitió a refugiados políticos el ingreso a nuestro país y el acceso a la documentación por razones humanitarias. En nuestro territorio, por mencionar sólo algunos supuestos de público conocimiento, el importantísimo terremoto de 1944 cuyo epicentro se registró en la provincia de San Juan y los efectos devastadores en los registros públicos que dejó como saldo la inundación de Santa Fe en 2003. En todos estos casos, los jueces y las autoridades administrativas se vieron en la necesidad excepcional de flexibilizar requisitos de las leyes procesales.

Es que, como sostiene, Pedro J. Bertolino, el “exceso ritual” constituye una exagerada sujeción a las normas formales, las cuales abusivamente son mal o indebidamente utilizadas por quien o quienes, de tal manera, se convierten en “ritualistas” (BERTOLINO, Pedro J., “El Exceso Ritual Manifiesto” p. 4, Ed. Editora Librería Platense, 1979, Pág. 49).

El “exceso ritual” atendido en función descalificatoria es el que se presenta bajo las connotaciones de evidente, claro y patente, esto es, el que no exige un juzgamiento previo en cuanto a su percepción. Expresado de otro modo: es perceptible a simple vista.

Como quedó expuesto más arriba, exigir el cumplimiento de las legalizaciones que ordena el art. 279 CPC en nuestro caso, resulta evidente y claramente un rigorismo formal de difícil cumplimiento.

Si bien es obligación de los jueces atenerse a la palabra de la ley, ello no debe hacerse de tal forma que excluya lo razonable y sistemático. Las normas procesales no deben interpretarse conforme a la desnuda literalidad de sus vocablos, ni según rígidas pautas gramaticales, sino computando su profundo significado jurídico. El ritualismo o formulismo es una especie de injusticia grave por exceso de orden, fenómeno que está ligado a la hermenéutica jurídica bajo la alternativa de “interpretación literal versus interpretación justa de la ley” (Bertolino, Pedro J., ob. cit. p. 101).

En la interpretación de normas procesales debe preferirse la que mejor concuerde con las garantías y principios

establecidos en la Constitución Nacional; y no debe efectuarse de modo tal que ellas prevalezcan sobre la verdad jurídica objetiva que es concorde con un adecuado servicio de justicia y compatible con la defensa en juicio —art. 18 de la Carta fundamental — (obra cit., p. 107).

Es facultad de los jueces valorar la realidad fáctica y subsumirla en el derecho vigente que interpreta y aplica a esa realidad, por cuanto la función de hacer justicia no es otra cosa que la recta determinación de lo justo in concreto, o sea, la solución justa del caso, porque, de lo contrario, la aplicación de la ley se convertirá en una tarea mecánica reñida con la naturaleza misma del derecho (Bidart Campos, Germán J., “La Corte Suprema”, 1982, p. 44.)

Toda solución justa ha de estar presidida por el espíritu de la Constitución que fluye de los fines y valores que la articulan. De allí la relevancia hermenéutica del Preámbulo, a cuya frase “afianzar la justicia” ha remitido la Corte Suprema con frecuencia, para apoyar sus decisiones (Bidart Campos, Germán J., ob. cit. p. 45), como así también ha dicho que nadie puede sustraer a los jueces la atribución y obligación inalienable de hacer respetar la Constitución y, en particular, las garantías personales que reconoce (Fallos 267:215, 1967).

Se destaca en este mismo sentido, el dictamen de la Sra. Agente Fiscal de fs. 170.

VII. Que la Sra. Asesora de Menores, en su dictamen de fs. 168 entiende, por el contrario, que tratándose del desplazamiento de un menor de edad fuera de su lugar de vida deben extremarse los recaudos que garanticen la legalidad y regularidad del proceder.

Por lo expuesto en los párrafos anteriores, surge con la claridad del mediodía que no comparto la opinión de la distinguida representante del Ministerio Pupilar desde que la realidad de la niña R., su historia, su vida y sus “circunstancias” ameritan un tratamiento diferenciado.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que “*El sistema procesal es un medio para realizar la justicia, la cual no puede ser sacrificada en aras de meras formalidades. Dentro de ciertos límites de temporalidad y razonabilidad, ciertas omisiones o retrasos en la observancia de los procedimientos pueden ser dispensados si se conserva un adecuado equilibrio entre la justicia y la seguridad jurídica*” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, enero 30-996; Castillo Páez, Ernesto R.).

Entiendo, pues, que el interés superior del niño debe ser analizado en el caso concreto, y como tal ese principio rector del derecho me inspira a buscar una solución diversa a la propuesta por el Departamento de Colaboración Internacional de la SCJMza, como organismo especializado en la materia.

Por lo demás, no se presenta en el caso un supuesto de “desplazamiento de menores”, que conforma otra figura con alcances jurídicos que comprende los supuestos de sustracción ilícita, traslados ilegales, trata de personas, entre otras. Tampoco estamos frente a típico caso de “adopción internacional”. La cuestión central se vincula a la posibilidad de reconocimiento de una sentencia dictada en un país extranjero que fue prácticamente destruido por un terremoto. Ponerle otro nombre a la cosa, no es más que desviar la mirada, y los Tribunales de Justicia no tenemos el derecho de acudir por esa vía.

Es la propia CSJN quien explora venturosamente los límites móviles y flexibles de la interpretación soberana en su justa y recta función correctora e integradora de normas del standard del interés superior del niño. A dicho argumento central lo construye categóricamente, enriqueciéndolo hasta colmarlo con el rebotante contenido de remisiones también de rango constitucional (art. 21 de la CDN) y de las normas de la 26.061 (art. 3°) y su decreto reglamentario, que a su vez encajaban sin esfuerzos en los favorables informes agregados que les servían de prueba y soporte (conf. Jáuregui, Rodolfo G. En “Exceso ritual: acierto de la Corte. El requisito de la inscripción registral de los guardadores debe armonizarse con el interés superior del niño”, Publicado en: LA LEY 2008-F, 57).

Por un lado, la Convención da por presupuesto que los niños gozan de los derechos que le corresponden, en tanto que personas humanas. Por el otro, en atención a lo antedicho, tiende, como objetivo primordial, a “proporcionar al niño una protección especial”. (CSN 2/12/2008, “Recurso de hecho deducido por el Fiscal General ante la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/ causa N° 7537).

R. tiene sus derechos asegurados por nuestras leyes, pero es el Estado a través de este Juzgado de Familia el que debe hacer efectivos esos derechos, en especial a su identidad, su documentación y a su familia.

VIII. Es función de los jueces velar por que ese superior interés se concrete en el caso. El cambio de paradigma en el modo de abordar los problemas de la niñez que revolucionó el fin de siglo pasado a partir de la CDN, reclama a los jueces y los operadores la obligación de identificar y restituir el derecho amenazado o vulnerado propiciando las modificaciones indispensables y no esperando que ocurran “mágicamente” (Juzgado de Familia de Esquel, 20/04/09, B., C. M.).

Así lo manda la llamada Regla de la efectividad prevista en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, cuyo art. 4 prescribe que “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención”, máxima que se revaloriza en el art. 29 de la ley 26.061 en estos términos: “Los Organismos del Estado deberán adoptar todas las medidas administrativas, legislativas, judiciales y de otra índole, para garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos y garantías reconocidos en esta ley”.

Junto a esta regla, aparecen dos principios rectores en materia de exigibilidad de derechos sociales: progresividad y no regresividad, incluidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en virtud de cuyo art. 2.1 el Estado Argentino se obliga a “aplicar hasta el máximo sus recursos disponibles para hacer efectivos estos derechos”.

El principio de progresividad importa que alcanzado un determinado grado de desarrollo o protección de un derecho fundamental, el Estado no puede adoptar medidas que impliquen un retroceso, disminución o eliminación del estado adquirido.

Entiendo necesario dictar una resolución judicial que prevea el destino y el futuro de esta familia ya que los jueces deben pesar las consecuencias futuras de sus decisiones, sobre todo cuando los destinatarios son los niños (conf. C.S.J.N., 13/3/2007, Fallos, 331:941; con cita de 312:371) para hacer efectivos los derechos y en definitiva, afianzar la justicia.

Frente a la situación planteada me guía el principio de proporcionalidad como herramienta idónea que echa luz a la cuestión al intentar precisar el máximo grado de racionalidad y de respeto hacia la competencia legislativa, y que exige que la solución tenga un fin constitucionalmente legítimo y que el medio sea idóneo para favorecer su obtención.

En el caso, los padres de la pequeña lograron dar con el paradero de su hija en EEUU después de un largo derrotero y obtuvieron la documentación necesaria para trasladarla a nuestro país, donde le darían un hogar a la pequeña R. después del calvario vivido. Estos padres demostraron su amor y su valentía, pero no ahora. Ya lo hicieron antes cuando adoptaron a cuatro niños más a quienes crían, educan y aman formando una familia que les brinda contención y futuro.

Ellos accedieron a la adopción de la niña en Haití una vez que lograron una declaración judicial en este mismo Juzgado que acredita su idoneidad y cuya sentencia expresa: “Aprobar la información sumaria rendida en autos, y en consecuencia, ordenar la entrega de los informes realizados por el Registro Único y Equipo Interdisciplinario de Adopción de Mendoza, Argentina, a los Sres. C. A. V. , D.N.I. N° ... y D. A. P. D.N.I. N° ..., para que los presenten ante los organismos y/o autoridades correspondientes” (Expte. N° 1773/8 V. C. A. y P. D. A. por información sumaria del 17 de Febrero de 2009).

Que en función de las facultades conferidas por los arts. 46 CPC y 83 ley 6354 el Tribunal ordenó a fs. 162 *in fine* la realización de los estudios de rigor en casos de adopción por intermedio del Equipo Interdisciplinario de Adopción (E.I.A.), organismo técnico especializado en la materia de cuyo informe, agregado a fs. 164/166 surge la aptitud del matrimonio presentante y el óptimo grado de vinculación de la niña con su familia.

De allí la conveniencia en la resolución de la causa sin esperar más. Como poéticamente lo destaca Gabriela Mistral: *el futuro de los niños es hoy, mañana es tarde*.

La urgente tutela judicial se hace necesaria para que el tiempo no termine de vaciar irreversiblemente el contenido del derecho ejercitado (Carbone, Carlos Alberto, El nuevo concepto de fuerte probabilidad como recaudo de las medidas autosatisfactivas y su proyección hacia un nuevo principio general del derecho ED 180-1193).

Es que cuando el tribunal llega demasiado tarde para clarificar un derecho invocado de modo que pueda ser ejercido efectiva y útilmente *se está traicionando el principio general del derecho según el cual la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón* (conf. García de Enterría, las batallas por las medidas cautelares 2º ed ampliada, Civitas, Madrid 1.995).

IX. Por lo demás, y en relación con el pedido de conversión en adopción plena, estimo de aplicación la norma contenida en el art. 340 del C. Civil advirtiéndose la conveniencia y necesidad en su despacho favorable atento las circunstancias del caso en que los presentantes son padres de cuatro hijos adoptivos en forma plena.

X. Por último, entiendo necesario referirme a la cuestión vinculada con la adopción en una de sus facetas más trascendentes, la que concierne al derecho a la identidad.

Es que el art. 321 inc. h C. Civil, establece que los adoptantes deben comprometerse a hacer conocer al adoptado su realidad biológica. Si bien esta exigencia de la ley no puede ser ejecutada de modo que se forzara a los obligados a dar cumplimiento efectivo de esta exigencia, sino que queda en el fuero interno de los “padres”, es menester aclarar que el compromiso legal subiste desde que el derecho del menor a conocer su realidad biológica comprende no sólo su estado de hijo adoptivo, sino también la identidad de sus progenitores, para lo cual deberá tener a su alcance la información pertinente acerca de los motivos y circunstancias de su adopción y familia de origen.

Estrechamente vinculado a este tema se encuentra el **derecho a la identidad** personal reconocido por el art. 328 del C. Civil. D’Antonio define a la identidad personal como el supuesto de la personalidad que atañe a los orígenes del hombre y a su pertenencia primaria y general, abarcando su nombre, filiación, nacionalidad, idioma, costumbres, cultura propia y demás componentes de su amplio ser.

Ya desde su preámbulo, la Convención de los Derechos del Niño consagra este derecho fundamental cuando establece que los Estados partes han tenido especialmente en cuenta la importancia de las tradiciones y los valores culturales de cada pueblo para la protección y desarrollo armonioso del niño.

En este mismo orden de ideas el art. 8 de la Convención de los Derechos del Niño en su esencial inciso 11 establece que 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. Cabe advertir que la Convención otorga al derecho de la identidad su concreta y real denominación y, en el mencionado inciso procura delinearla en su contenido para el reconocimiento. Al hacerlo, entiende la doctrina, queda a mitad de camino, ya que los elementos que enuncia no son todos los integrantes del presupuesto personal a que nos referimos. Entiende la suscripta que en este punto la Convención se integra con disposiciones de tanta relevancia jurídica y filosófica como aquella del art. 8 mencionado. Se integra, por ejemplo, por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada y proclamada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 que consagró en su art. 15 el derecho de la persona a su nacionalidad, y en su art. 26, 2 el derecho a una educación que favorezca la comprensión entre todos los grupos étnicos o religiosos; la Convención Americana sobre los De-

rechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), en tanto, estableció el derecho a la protección de la honra y la dignidad, a la libertad de conciencia y de religión, de pensamiento y de expresión, y al nombre, encontrando esta convención -como la antes referida- igual jerarquía de positividad que la que versa sobre los Derechos del Niño, reforzada en atención a su inclusión en el inciso 221 de la Constitución Nacional, reformada en 1994. Estos reconocimientos de elementos referidos a la identidad personal en el marco general encuentran en relación a los niños y adolescentes una precisión más profunda en atención a los requerimientos emergentes de su particular situación de sujetos en desarrollo.

En este aspecto los arts. 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ensamblados y encuadrados en un ordenamiento lógico, constituyen el núcleo consagradorio de este esencial presupuesto de la personalidad, y la norma contenida en el art. 11 de la ley 26.061 concreta el derecho consagrado en la Convención.

XI. Las costas se imponen a los presentantes y en relación a los honorarios de la letrada interviniente estimo de aplicación la norma contenida en el art. 10 de la ley 3641 que prevé la regulación en caso de juicios sin monto. Tengo particularmente en cuenta las actuaciones desarrolladas en autos (inc. a), la situación económica y social de las partes (inc. d), las consecuencias morales y la influencia para las personas (inc. e) y especialmente, la novedad del problema y la trascendencia de la solución (inc. h)

La Corte Federal ha advertido que “la validez constitucional del honorario no depende exclusivamente de la magnitud del pleito porque además interesa a la consecución de la regulación pertinente que se examinen los agravios propuestos y conducentes, y también la labor desarrollada, en su calidad, eficacia y extensión, así como lo relativo a la complejidad y naturaleza del asunto” (CSJN, 1981/06/09, “Gobierno nacional c. Salvia S.A.”, LL 1981-D, 191 - ED, 94-589; También ha dicho: “La interpretación de las normas arancelarias no puede prevalecer sobre la necesidad de acordar primacía a la verdad jurídica objetiva, que es concorde con el adecuado servicio de justicia y compatible con la garantía constitucional de la defensa en juicio” 9/2/1.988, “Silanes Artaza, María C. c. Columba, Ramón”, JA 1988-I, 370).

Por todo lo expuesto, constancias de autos, citas legales, doctrinarias y jurisprudenciales, pruebas rendidas y oídos los Ministerios Públicos Pupilar y Fiscal:

Resuelvo:

I. Hacer lugar a la demanda y en consecuencia disponer el reconocimiento de los efectos de la sentencia extranjera de adopción de la niña R. B. nacida en Puerto Príncipe, Haití, el 28 de junio de 2008 hija biológica de R. E. B., dictada en la República de Haití en fecha 4 de enero de 2010.

II. Hacer lugar al pedido de conversión de adopción de simple a plena. Art. 340 C. Civil.

III. Firme la presente, gírese oficio a la Dirección de Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas de Mendoza para su toma de razón y a fin de ordenarle la inscripción de la adopción plena de la niña, debiendo registrarse bajo el nombre de R. M. P. V., sexo femenino, nacida en Puerto Príncipe, República de Haití el 28 de Junio de 2.008 hija de C. A. V., DNI N° ... y D. A. P., DNI N°....

IV. Hacer saber a los presentantes que deberán poner en conocimiento de la niña adoptada su realidad biológica conforme a lo establecido por el art. 328 del C. Civil con el alcance que le otorga esta sentencia.

V. Imponer las costas a los presentantes.

VI. Regular los honorarios profesionales de la Abog. F. M. Q .en la suma de PESOS ... (\$...-), por la labor desarrollada. Art. 10, incs. a, d, e y h de la ley 3641.

VII. Tratándose de una cuestión de adopción, expídase copia a los fines de su remisión al R.U.y E.I.A. y en función

de lo dispuesto por el art. 83 inc. b) ley 6.354, omitase la aparición en lista.

Cópiese. Regístrese. Notifíquese. Oficiése.- R. G. Díaz.

Superior Tribunal de Justicia de Formosa, 23/08/2002, R.G.J. y otro.¹²

Adopción Internacional - Adoptantes Extranjeros

1) RESEÑA:

El fallo traído conduce a analizar los motivos fácticos y jurídicos que llevaron a los solicitantes R.G.J. y T.M.G a recurrir una sentencia dictada el 23 de agosto de 2002 por el Tribunal de Familia que rechazó la adopción plena del menor S.D.P. a favor del matrimonio, pues los cónyuges no habían acreditado el tiempo de residencia en la Argentina estipulado por nuestro Código Civil. Plantearon contra dicho resolutorio recurso por arbitrariedad de la sentencia por ante el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Formosa (STFormosa), revocándose el decisorio del Tribunal de Familia el 4 de febrero de 2003.

2) HECHOS:

Un matrimonio que residía en el extranjero solicitó y obtuvo la guarda asistencial de un niño recién nacido, ante el desinterés de su madre biológica y demás parientes de sangre. Los cónyuges J. R. G. y T. M. G., ambos con domicilio en Barcelona, España, constituyendo domicilio procesal, se presentan en Formosa a petitionar la adopción plena del menor S. D. P., (1 año y medio) hijo de R. E. P.. Precisan que son guardadores asistenciales del niño desde el 13 de febrero de 1996, conforme la Resolución del Juzgado de Menores dictada en los autos "P. S. D. s/ medidas tutelares. (Expte. N° 131- F° 148- Año 1996). Manifestaron que se había cumplido el término de un año de guarda que exige la ley de adopción, durante el cual el niño recibió trato de hijo, y dada la patología congénita que padecía se le había brindado el tratamiento adecuado. Señalaron que la madre había prestado el consentimiento en el Juzgado de Menores. Fundaron su derecho en la Ley 19.134. Acompañaron la documentación que certificaba las patologías que padecía el niño, según los certificados médicos. Ofrecieron como prueba el expediente tutelar. Transcurrido el plazo legal de la guarda, los interesados pidieron la adopción plena. El tribunal de familia desestimó dicha petición. Concedido el recurso extraordinario local por arbitrariedad de sentencia, el Superior Tribunal de Formosa revocó el pronunciamiento de grado.

Es necesario destacar que los Sumarios y las Sentencias del Excmo Tribunal de Familia y del Superior Tribunal de Formosa que a continuación se transcriben, fueron reproducidas textualmente del fallo motivo de este trabajo, publicado en LL Litoral 2003.

3) SUMARIOS:

1. Debe rechazarse el pedido de adopción plena formulado por un matrimonio que no acreditó haber residido permanentemente en la República Argentina durante por lo menos cinco años antes de la petición de guarda -art. 315, Cód. Civil, texto según ley 24.779 (Adla, LVII-B, 1334)-, no obstante la prolongada relación afectiva e integración que tienen con el niño, así como el desinterés de la familia biológica, si al otorgarse la guarda no se verificó el citado recaudo, ni se dio intervención a la madre alegándose que padecía una enfermedad mental sin haberse probado su grado de incapacidad, ni se produjo el informe social y psiquiátrico de los peticionarios (Del fallo del Tribunal de Familia, voto mayoritario).

2. Es procedente la adopción plena, aun cuando los guardadores no hayan residido en el país durante los cinco años anteriores a la petición de guarda -art. 315, Cód. Civil, texto según ley 24.779 (Adla, LVII-B, 1334)-, recaudo que no fue verificado al tiempo de su otorgamiento, si existe peligro de marginación o graves e intolerables perturbaciones para el niño -la madre padece una enfermedad mental y la familia de sangre presenta condiciones de promiscuidad y hacinamiento-, ya que su interés debe prevalecer sobre la prohibición legal y la reserva efectuada

¹² Fallo comentado por la Dra. Nélida Beroch para el Proyecto de Investigación J112 "Los mecanismos de la Adopción Internacional" dirigido por la Dra. Liliana Etel Rapallini.

por la República Argentina al art. 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño en materia de adopción internacional (Del fallo del Tribunal de Familia, voto minoritario).

3. La reserva de la República Argentina al art. 21, incs. b), c) y d) de la Convención sobre los Derechos del Niño -art. 2º, ley 23.849 (Adla, L-D, 3693)- no está prevista para operar “sine die”, sino de modo transitorio, hasta contar con mecanismos para evitar el tráfico internacional de menores, debiendo acogerse la adopción plena aun cuando los peticionarios no hayan residido en el país durante los cinco años anteriores a la petición de guarda -art. 315, Cód. Civil, texto según ley 24.779 (Adla, LVII-B, 1334)-, si ello permite preservar el interés superior del niño -la madre padece una enfermedad mental, la familia de sangre evidencia promiscuidad, hacinamiento y desinterés por el niño- (Del fallo del Superior Tribunal de Justicia, voto de la doctora Colman).

4. Cabe apartarse de la prohibición de adopción internacional -arts. 315, Cód. Civil, texto según ley 24.779 (Adla, LVII-B, 1334) y 2º, ley 23.849 (Adla, L-D, 3693)- si su aplicación conduce a una situación de inequidad manifiesta que vulnera el interés superior del niño -en el caso, la madre padece una enfermedad mental y la familia de sangre evidencia promiscuidad, hacinamiento y desinterés por la suerte del menor-, conduciendo a su institucionalización (Del fallo del Superior Tribunal de Justicia, voto del doctor Hang).

5. La adopción internacional está prohibida en la República Argentina mientras no se derogue la reserva formulada respecto del art. 21, incs. b), c) y d) de la Convención sobre Derechos del Niño -art. 2º, ley 23.849 (Adla, L-D, 3693)-, con sustento en la carencia de un mecanismo para proteger rigurosamente a los niños del tráfico y la venta internacional de menores, cobrando plena vigencia la prohibición instituida en el art. 315 del Cód. Civil -texto según ley 24.779 (Adla, LVII-B, 1334)-, que exige a los adoptantes un mínimo de cinco años de residencia en el país antes de la petición de guarda (del fallo del Superior Tribunal de Justicia, voto en disidencia del doctor Tievas).

3) SENTENCIA DEL EXCMO TRIBUNAL DE FAMILIA DE FORMOSA DICTADA EL 23 DE AGOSTO DE 2002

A mérito del Acuerdo precedente, el Tribunal de Familia, sentencia: 1) No haciendo lugar a la adopción del niño S. D. P. a favor de los peticionantes. 2) Regular los honorarios profesionales de la doctora B. F. de S. por su actuación en autos como apoderada de los peticionantes en la suma equivalente a ...JUS (...Jus) (conf. arts. 8º, 10, 13 y 45, ley 512). - Elsa Cabrera de Dri. - Stella Maris Zabala de Copes. - Luis E. Eidler.

4) SENTENCIA DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE FORMOSA DICTADA EL 4 DE FEBRERO DE 2003

... Que con las opiniones concordantes de los doctores Colman, Coll y Hang se forma la mayoría que prescribe el art. 25 de la ley 521 y sus modificatorias y art. 126 del Reglamento Interno para la Administración de Justicia, y los votos en disidencia de los doctores Tievas y González, por lo que el Superior Tribunal de Justicia, resuelve: 1) Hacer lugar al Recurso Extraordinario intentado por la doctora B. F. de S., en representación del matrimonio R. G. - M. G., declarando procedente la adopción del niño S. D. P. a favor de los peticionantes. 2) Regular los honorarios de la doctora B. F. de S. en el 35% del monto que se le regulara en la baja instancia (art. 15, ley 512). - Héctor Tievas. - Arminda del C. Colman (en disidencia). - Ariel G. Coll. - Carlos G. González (en disidencia). - Eduardo M. Hang.

También es necesario señalar que al analizar los fundamentos de lo resuelto por los señores Jueces del Excmo Tribunal de Familia y del Superior Tribunal de Formosa en este caso es mi intención reflexionar sobre los reales alcances del interés superior de los niños argentinos, como así también aclaro que transcribiré algunos párrafos de doctrina y jurisprudencia citados por los Ministros del Superior Tribunal de Justicia en el acápite 6).

5) FUNDAMENTOS QUE TUVO EN CUENTA EL TRIBUNAL DE FAMILIA

Antecedentes fácticos: Origen de la guarda del niño conforme las actuaciones del Juzgado de Menores; causa “P. S. D. s/ situación”, Expte. N° 131 Año 1996.

El niño S. D. P., nació el 21 de diciembre de 1995, en la Maternidad de la ciudad de Formosa, siendo su madre R. E. P. El Juzgado de Menores, inicia sus actuaciones el 13 de febrero de 1996, con motivo del pedido del matrimonio formado por J.R.G y T.M.G., para que se les otorgue la “guarda” del bebe con fundamento en la salud de la madre, de la carencia de recursos económicos de la familia y de que el niño tiene un problema de hipoacusia que requiere

tratamiento a la brevedad. El matrimonio tenía su domicilio real en Asunción, y se desempeñaban laboralmente en la ciudad de Clorinda. El abuelo paterno L. R. P., expresó que su hija de 23 años, discapacitada mental había tenido varias internaciones por dicha causa en el Hospital Central, y que autorizaba la entrega del hijo de la misma en guarda asistencial por el término de un año, y con estricto control del Juzgado, en conocimiento de que el niño sería llevado por los guardadores a su domicilio real.

El matrimonio peticionante mencionó que eran españoles, con domicilio comercial en Clorinda, a la que venían todos los días, y el domicilio real era en Asunción. Manifestaron que se enteraron de la situación del niño por unas amigas de la Liga de Madre de Familia de la Ciudad de Formosa, por lo que se comunicaron directamente con la familia de la madre, quienes estaban de acuerdo que ellos asumieran el cuidado del niño, y que ya lo venían haciendo desde el 9 de febrero. Como tenían la intención de iniciar posteriormente la adopción plena del menor, se les hizo saber que podrían promover dicho trámite ante el Juzgado de Clorinda o ante el Excmo. Tribunal de Familia de Formosa. Expresaron que ya tenían conocimiento de tal situación y que tendrían al niño bajo su guarda hasta tanto se les concediera la adopción y cambio de apellido.

Con estos elementos y un informe médico del niño, se dicta la resolución concediendo la guarda asistencial provisoria del mismo.

Seguidamente, se agrega un informe social de la familia biológica del niño, cuyas conclusiones son: promiscuidad y hacinamiento. La psiquiatra rinde su informe sobre la salud mental de la madre biológica: "... deficiente mental sin condiciones para hacerse cargo del bebé". La inscripción del niño es ordenada el 19 de febrero.

Al tomar intervención la Asesora de Menores peticionó se practique informes asistenciales en el domicilio de los guardadores y control de evaluación a cargo del personal técnico del Juzgado de Clorinda. Aunque mencionó que los guardadores se domiciliaban en el extranjero.

Posteriormente comienzan las actuaciones para obtener la autorización del Juzgado de Menores para trasladar al niño a España para conocer a los abuelos -de adopción-, ofreciendo su fianza personal.

La Asesora de Menores, prestó su consentimiento a la autorización por un término y a los fines invocados. Requirió previamente la realización de un informe social en el domicilio.

Practicado dicho informe, (en el domicilio que residían) se dicta la Resolución el día 13 de junio de 1996, autorizando a trasladar al menor a la ciudad de Barcelona, España, a efectos de realizarle tratamientos médicos especializados para detectar posible enfermedad mental, por el "término de tres meses"

Estas autorizaciones se repiten sucesivamente con el asentimiento de la Asesora de Menores. Importa señalar que el 31 de octubre de 1996 según surge del acta, tanto la madre biológica como el abuelo, prestaron su consentimiento ante la juez de Menores para que los guardadores adopten al niño.

Finalmente el 4 de marzo de 1997 los guardadores inician en el Tribunal de Familia el juicio de adopción.

Ante la petición realizada por R.G.J. y T.M.G solicitando la adopción plena del menor S. D. P y darse intervención a la Asesora de Menores, la misma se opuso a la procedencia de la acción por considerar que no se daban los requisitos de la residencia de cinco años que actualmente exige la ley y además por la "reserva argentina" al momento de ratificar la Convención de los Derechos del Niño al art. 21, que refiere a adopciones internacionales. Efectivamente los peticionantes de la adopción eran de nacionalidad española -lo cual no era un obstáculo- pero residían en su país, más precisamente en Barcelona (Estado Catalán).

Asimismo la señora Asesora expresó que previo a otorgarse una adopción a extranjeros debe agotarse la posibilidad de que S.D.P. permanezca en guarda con argentinos, notificándose el Fiscal de Cámara.

Teniendo en cuenta la problemática jurídica planteada, el juez de Trámite dispuso que el Tribunal en Pleno resolviera desde el inicio de la causa si se continuaba con el trámite del proceso de adopción. De lo contrario, se deberían tomar medidas sobre la situación de hecho del niño (es decir su permanencia con los guardadores y evitar en su caso la profundización de los vínculos afectivos). La Asesora de Menores -quien es parte procesal en la causa de conformidad a lo dispuesto en el art. 321 inc. b) del Código Civil - expresó que no estaba de acuerdo con que se tramitara la causa fundado en la "reserva" argentina. Nada expresó en tal oportunidad sobre la situación concreta del niño. El tribunal tuvo que resolver las medidas a tomar. El Tribunal resolvió por mayoría, (Fallo N° 104/98) que se debía admitir y continuar la causa de adopción, permitiendo que a través del proceso se demuestre si los

peticionantes reunían las condiciones personales y materiales para acceder a la misma, así como otros requisitos de derecho internacional privado que garantizaran que el niño tendría reconocimiento como hijo en el Estado extranjero. Esta resolución quedó firme. Como colofón se continuó la causa.

A través del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de la República Argentina -Departamento de Legalizaciones- el Departamento de Justicia de Barcelona España, eleva los estudios e informes realizados para ser presentados al Tribunal de Familia de Formosa, Argentina, para que dicho Ministerio -obviamente- los legalice.

El Director General de Atención a la Infancia del Departamento de Justicia de Cataluña, certificó que los peticionantes cumplían los requisitos de capacidad exigidos por la legislación española (ley estatal 21/87 del 11 de noviembre y Ley Autonómica del Parlamento de Cataluña 37/91 del 30 de diciembre). Se concluyó que eran considerados idóneos para adoptar al menor S. D. P., nacido el 21 de diciembre de 1995 en Formosa, Argentina. Dicha certificación se expidió en base a los informes realizados por un psicólogo y una asistente social y visados por el Colegio de Psicólogos y Asistentes Sociales de Cataluña que tienen convenio pactado con esta Dirección General, y que han sido debidamente autorizados por ésta en su calidad de entidad pública competente en materia de protección de menores y de adopciones en el territorio de la comunidad Autónoma de Cataluña, de acuerdo con la disposición Adicional Primera de la Ley Estatal. Para que así conste se extendió el certificado en Barcelona el 24 de julio de 1997.

El Consulado General de la República Argentina en Barcelona certificó que la firma que aparece del Director General obra en los registros. Ello es certificado por el Departamento de Legalizaciones de la Cancillería Argentina, obrando en los autos el informe social y el informe psicológico, ambos legalizados en igual forma.

Se ordena la comparecencia a audiencia de los futuros adoptantes, y se ordenan entrevistas psicológicas de los mismos y médicas del niño.

La Asesora de Menores dictamina que se deben cumplir los siguientes requisitos: citar a la familia de origen al proceso para que conozcan el lugar de residencia del niño cuando sea adoptado, acreditar con la legislación respectiva el reconocimiento en España del vínculo de filiación en caso de dictarse la sentencia de adopción, citar a la madre y a la familia biológica a audiencia, ordenándose la notificación por cédula.

Se levanta el acta de la audiencia que marca el art. 317 inc. 1º del CC, es decir la inmediatez con los adoptantes y adoptado, por parte del Tribunal en Pleno y de la Asesora de Menores.

Obra el acta por el cual compareció ante la juez de Trámite y la Asesora de Menores, L. R. P., abuelo materno quien expresó que presta su conformidad a la presente adopción. Y que anteriormente ya había dado su consentimiento para que el niño salga del país con esta familia, rumbo a España. Con respecto a la madre biológica, su hija, precisó que no conoce el paradero, porque siendo una enferma mental no tiene domicilio determinado. En una segunda audiencia y con patrocinio letrado expresó que está de acuerdo que se otorgue la adopción a los peticionantes que se domicilian en el extranjero. Precisa que su hija fue atendida por varios médicos neurólogos. La Asesora de Menores peticionó que al momento de comparecer la madre lo haga asistida de la Defensora de Incapaces.

De la lectura del fallo se puede inferir que se libró cédula de notificación a la madre R. E. P., quien se notifica personalmente -y firma- de que está citada al Tribunal a una audiencia, así como la citación al proceso para ser informados del país donde residirá el niño, y para que ejerza su derecho de defensa en la causa, como también obra el informe de la Asistente Social sobre las condiciones de la familia biológica para asumir la guarda del niño y la nueva ratificación del abuelo.

Asimismo se ordena la comparecencia por la fuerza pública de la madre, lo que se ordena a la Policía de la Provincia, requiriéndose a la Asistente Social su actuación para que investigue en la red familiar el paradero de la misma. El resultado fue negativo.

A pedido de los peticionantes, dictaminan la Asesora de Menores y el Fiscal; la primera, en su dictamen se opone a la adopción. El Fiscal adhiere hasta tanto no se acredite fehacientemente el grado de incapacidad y por ende el valor de la voluntad que manifestara la progenitora del menor.

Al peticionarse que se dicte sentencia, se ordena el pase al Acuerdo, en el que los Jueces integrantes del Tribunal luego de expresar sus opiniones fáctico- jurídicas, normativa aplicable, antecedentes jurisprudenciales, concluyeron con el dictado de la sentencia que no hizo lugar al pedido de adopción, tal como se encuentran transcritas en

el acápite 3) y en base a los fundamentos jurídicos del acápite 2).-

Los guardadores del menor S. D. P., ante tal situación, deducen Recurso Extraordinario por arbitrariedad de Sentencia contra el Fallo N° 169/01 del Excmo. Tribunal de Familia que resuelve no haciendo lugar a la adopción del niño S. D. P. a favor de los peticionantes.

Corrido el pertinente traslado del remedio impugnativo impetrado, contesta el mismo el señor Asesor de Cámara de conformidad a la normativa prevista en los arts. 321, inc. b) y 59 del Código Civil y art. 35 del Código de Procedimientos del Tribunal de Familia; habiendo sido oportunamente declarado admisible mediante Fallo N° 61/02 del Tribunal de Familia y el Dictamen N° 4159/02 de la Procuración General.

El argumento impugnativo que sustentó la parte recurrente para ocurrir ante este Superior Tribunal refiere a que el mantenimiento del decisorio recurrido causaría un daño de imposible reparación posterior y que el mismo es inexcusablemente erróneo al arrogarse dicho Tribunal el papel de legislador sin sentirse limitado por el orden jurídico, que por tratarse de un fallo con una disidencia en su primer voto favorable a su petición, solamente cuestionó de arbitrariedad los fundamentos de los restantes votantes.

En sus agravios invocó como causal de arbitrariedad que se dan como fundamentos pautas de excesiva amplitud en sustitución de normas positivas directamente aplicables, ya que el voto negativo se sustentó en anteriores negativas basadas en sus criterios personales, análisis que se realizó no en base a las circunstancias actuales sino sosteniendo meras razones obtenidas a priori, también manifestó que se contradicen las constancias de las causas, tales como las actuaciones realizadas ante el Juzgado de Menores sobre la guarda del niño, donde ni siquiera el Ministerio Público las ha cuestionado en esa instancia solicitando la restitución.

La recurrente invocó como causal de arbitrariedad la existencia de afirmaciones dogmáticas y de fundamento aparente en lo referente a las consideraciones de los juzgadores en torno al «interés superior del niño» al no dar una solución reparadora, a su vez y en torno a la prescindencia del texto legal aplicable al caso, discurre sobre la Convención sobre los Derechos del Niño, la vigencia de la ley 19.134 y sobre la adopción internacional, concluyendo que al iniciarse el trámite bajo la ley anterior no estaba prohibida ni impedida la adopción donde los sujetos tuvieran distinta nacionalidad y que se prescindió del texto de la ley 19.134 sin darse razón plausible alguna.

En el cuestionamiento recursivo se realizó una valoración e interpretación de la reserva formulada por nuestro país en relación a los incisos b), c), d) y e) del art. 21 de la Convención de los Derechos del Niño conforme al art. 2° de la ley 23.849 que aprobara la misma.

Con respecto a los agravios acerca de invocación de pruebas inexistentes, nuevas contradicciones con otras constancias de la causa y prescindencia de prueba decisiva, realizó distintas consideraciones sobre elementos agregados a la causa y sobre el trámite impreso, sosteniendo que no han sido correctamente valorados o considerados causando incluso contradicciones.

Por último realizó una relación entre la causa y la cuestión constitucional considerada como violación de la garantía de la defensa en juicio y del debido proceso en perjuicio de los derechos personales del menor.

A modo de colofón y por los motivos expuestos en el decurso del comentario del caso materia de estudio la mayoría de los integrantes del Superior Tribunal de Formosa votó, en consecuencia, por dejar sin efecto el fallo y hacer lugar a la adopción solicitada.

6) DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA CITADA POR LOS MINISTROS DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE FORMOSA.-

a) Respecto del órgano judicial, es resorte del Poder Público en orden a la interpretación y aplicación de la ley a casos concretos, por lo que es este aporte interpretativo y jurisdiccional el que debe ser considerado a los fines de analizar la recepción del concepto «interés superior del niño» en nuestro país. Conforme lo apunta Grossman (Grossman Cecilia, «Los Derechos del Niño en la Familia. Discurso y Realidad», Universidad, 1998), este concepto se encuadra dentro de las llamadas «definiciones marco», ya que no resulta sencillo establecer su alcance, pues es una idea en permanente evolución y transformación, que necesariamente varía entre los distintos Estados ratificantes según sus pautas culturales y sociales («Convención sobre los Derechos del Niño», Inés Weinberg, Directora, Rubinzal Culzoni, marzo 2002, p. 101).

b) Que, a su vez, y respecto de cuestiones que suscitan cierto estudio sobre el rumbo interpretativo, la Corte Supre-

ma de Justicia tiene dicho que «Los jueces cuando resuelven sus casos deben derivar razonadamente desde «todo el derecho vigente» la solución justa para el conflicto que disciernen imperativamente. De una manera explícita o implícita, en las respuestas jurídicas está presente todo el ordenamiento jurídico, al modo -como metafóricamente lo expresara Cosío- de una esfera que se apoya en un punto, pero ese punto descansa sobre todo el derecho. Esta visión sistemática del derecho implica distinguir y jerarquizar sus distintos componentes, y en este punto se considera acertada la perspectiva que, además de normas, reconoce la existencia de principios y valores. Es que, precisamente, el núcleo de validez jurídica primaria desde donde se ordenan y justifican las normas son los principios, o sea, los derechos humanos, que a su vez pueden ser atribuidos o remitidos a valores» (Corte Suprema de Justicia, Santa Fe. Fallo en Expte. CSJ N° 1105-96, Sentencia del 12 de agosto de 1998. Sumario SAIJ: J0022270).

c) Que del análisis y estudio de la presente causa surge inevitable que la cuestión detenta su núcleo de conflicto en determinar la aplicación al caso de las declaraciones y reservas hechas por nuestro país a distintos incisos del art. 21 de la Convención Sobre los Derechos del Niño conforme al art. 2° de la ley 23.849, donde se manifiesta que 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, y que al no haberse hasta la fecha reglamentado dicho mecanismo debe necesariamente discernirse sobre la posibilidad de adopción internacional. d) Así tenemos que Nelly Minyersky, en su tema «Acerca de la llamada adopción internacional» -Biblioteca Electrónica de la Asociación de Abogados de Buenos Aires-, expresa: «Debe entenderse que la llamada adopción internacional no está permitida en nuestro país hasta tanto se deje sin efecto la reserva al art. 21, incs b), c) y d) de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño por los medios que prevé la Constitución Nacional»... « En el mes de febrero de 1997 fue sancionada la nueva ley de Adopción con el número 24.779. En lo que respecta al tema que nos preocupa, el artículo que se incorpora al Código Civil con el número 315 establece que podrá ser adoptante toda persona que acredite, en forma fehaciente e indudable, residencia permanente en el país por un período mínimo de cinco años anteriores al pedido de guarda, posición coherente con la asumida al ratificar la Convención de los Derechos del Niño, ya que creemos, se trata de una prohibición velada de la adopción internacional».

e) «La reserva efectuada por la Argentina al art. 21 de la Convención importa una vez más el rechazo a la adopción internacional por parte de nuestro país» (Inés M. Weinberg, «Convención Sobre los Derechos del Niño», Rubinzal-Culzoni Editores, p. 344/345). Por todo lo expresado se advierte la improcedencia de la tacha de arbitrariedad del pronunciamiento judicial atacado, ya que las críticas que la recurrente dirige contra las conclusiones de la mayoría de los juzgadores son insuficientes para demostrar que dicha decisión resulte irrazonable o que carezca de los necesarios y suficientes requisitos de fundamentación lógicos y razonables exigidos por la garantía del debido proceso. f) Los argumentos vertidos en los agravios no demuestran la absurdidad de los fundamentos que motivaron la resolución contraria a sus pretensiones. La doctrina excepcional de la arbitrariedad no debe conducir a la sustitución del criterio de los jueces de las instancias ordinarias en la interpretación del derecho, por lo cual y en tanto la sentencia impugnada reconozca fundamentos jurídicos suficientes en relación a los hechos comprobados de la causa, no cabe invalidarla (CSN, 286:82; 291:545; 293:596 y Fallo 2443/87 del S.T.J. de Formosa).

Considero de esencial importancia la actuación de fs. 30, de fecha 04 de junio de 1997, en la que la juez de Trámite expresamente meritúa la necesidad de resolver la posibilidad de un rechazo «in limine» del pedido de adopción (en virtud de la normativa vigente y ante al cambio reciente de legislación), teniendo en cuenta el caso especial, pedido de adopción por parte de extranjeros, residentes fuera del país.

Dicha resolución va más allá de una providencia de mero trámite, al señalar -con rigor lógico y científico- la gravedad de permitir «que se consolide una situación de hecho, el «status quo» del menor, y la profundización de los vínculos afectivos», lo que importaría más adelante la ausencia de «soluciones fácticas posibles, sin dañar al mismo...» y advertir que, de no obrar así, resultaría un dispendio de actividad jurisdiccional, para concluir discutiendo al momento de dictar sentencia, la procedencia o no de la adopción pretendida por el matrimonio español. Hoy, cinco años después, nos encontramos frente a dicha situación, discutiendo si procede o no la adopción del niño S. D. P., por parte del matrimonio M.G.-R.G.

La advertencia formulada por la juez de trámite a fs. 30, no constituyó un acto premonitorio, sino como lo expre-

sé, fue una conclusión plasmada con rigor lógico y científico, derivada de las expresas constancias obrantes en la causa y enmarcada en la legislación vigente.

Ahora bien, sin perjuicio de señalar que comparto absolutamente el análisis y conclusiones a que arribara la Dra. Dri en su voto minoritario, considero que, a fin de resolver el recurso extraordinario por arbitrariedad de sentencia, debe enmarcarse el caso en sus justos límites.

El Ministro preopinante señala que el núcleo del conflicto radica en determinar la aplicación al caso de las declaraciones y reservas realizadas por nuestro país a la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 2º, ley 23.849). Considero que dicha postura constituye una visión parcializada del problema, toda vez que la cuestión tiene mayor envergadura, por lo que debemos vislumbrar y aceptar que nos encontramos ante un verdadero conflicto normativo de cláusulas con jerarquía constitucional. La opción por una u otra norma, ambas con alto contenido axiológico, nos lleva a definir la situación concreta del niño S. D.

g) En efecto, la dicotomía normativa se presenta entre la expresa «reserva» formulada por la República Argentina y el «interés superior del niño»

a) El art. 2º de la ley 23.849:

Dicha norma, al hacer la reserva de los incs. b), c), d), y e) del art. 21 de la Convención de los Derechos del Niño, expresamente dice que «... 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».

Con respecto a la aludida reserva y su relación con el caso en estudio, cabe observar que el segundo párrafo del art. 2º de la ley 23.849, constituye un texto normativo complejo, que contiene en su primera parte una norma prohibitiva al señalar los supuestos que no regirán en esta jurisdicción, develando seguidamente el propósito tuitivo que lleva a adoptar tal solución. Desde otra perspectiva, también se puede afirmar que el texto contiene una norma permisiva de carácter programático. Abordaré ambas situaciones.

b) El expreso propósito de la prohibición es evitar que se consume el tráfico y venta de niños a través del instituto de la adopción internacional. Ahora bien, ¿podemos afirmar que en este caso existe siquiera un potencial peligro de que ello suceda? La respuesta negativa surge indudablemente. Resulta ostensible que ese potencial peligro se encuentra fuera de discusión. El matrimonio español ha dado suficientes garantías de su intención de ser «padres» de S. D. A fuerza de no reiterar lo ya expresado por la Dra. Dri respecto al cuidado del niño por los pretensos adoptantes durante estos años, me interesa poner énfasis también en la circunstancia del matrimonio R. G. - M. G., de someterse desde hace más de seis años a la jurisdicción de nuestros tribunales, esperando y luchando por una resolución judicial favorable, lo que hace desaparecer cualquier duda en tal sentido; lo expresado me lleva a afirmar que en este caso, el objetivo de la reserva efectuada por nuestro país, no se encuentra en riesgo.

Ahora bien, el hecho antecedente que motiva la aplicación de la cláusula prohibitiva ha desaparecido, entra en juego la norma permisiva «programática» contenida en el mismo texto, por cuanto la prohibición no fue prevista para operar sine die, sino de manera transitoria hasta tanto se cuente con mecanismos normativos tendientes a evitar aquel flagelo.

c) El hecho de que nuestro país no haya incorporado normas tendientes a tal fin, durante estos años (téngase en cuenta que la ley 23.849 fue publicada el 22 de octubre de 1990), no puede hacer de esta norma (prohibitiva) un obstáculo insalvable, en casos como el presente en que se cotizan o confrontan normas de igual rango constitucional, aunque con diferentes fundamentos tuitivos, una vez demostrada -como se dijo- la ausencia de transgresión a los principios por ella protegidos.

Recordemos también que a través del art. 4º de la Convención de los Derechos del Niño los Estados Partes se comprometieron a adoptar «... todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos...» en la Convención, por lo que la deuda legislativa del Estado, señalada en el párrafo anterior transgrede la propia Convención en su esencia, al no aportar mecanismos legales expresos para la solución de determinados conflictos, debiendo forzosamente recurrirse a la interpretación Constitucional.

d) El «interés superior del niño».

Sencilla y concretamente, la Convención de los Derechos del Niño, pende de esta «norma». No es simplemente

una pauta valorativa, o un «concepto», como parece entender el voto mayoritario del Tribunal de Familia. Es una norma y forma parte del Orden Jurídico Positivo Constitucional vigente en nuestro país y categóricamente constituye la razón de ser de la Convención.

e) El interés superior del niño, como norma y estándar jurídico consagrado en la Convención, debe orientar toda interpretación de sus derechos, máxime que la situación se enmarca estrictamente en el plano de los «derechos humanos». Entiendo que en todo análisis jurídico, no podemos dejar de hacer un enfoque trialista de los casos sometidos a nuestra decisión, toda vez que norma, realidad y valor forman parte de un todo inescindible cuando de examinar conductas humanas se trata.

Así la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo en *Baliarda*, (Fallos: 303:917-La Ley, 1996-A, 558-) que «Si bien es cierto que la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador, también lo es que uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la inteligencia de una norma y su congruencia con el resto del sistema a que está engarzada es la consideración de sus consecuencias, y que tales reglas tienen como presupuesto una adecuada ponderación de las circunstancias tomadas en cuenta para sancionar la ley y, además, la verificación de los resultados a que su exégesis conduzca en el caso concreto».

f) Las consecuencias de convalidar el fallo impugnado son inevitablemente perniciosas y violatorias de los derechos amparados por la Convención y la Constitución. Constituye una privación objetiva del goce de derechos humanos fundamentales ya adquiridos en el transcurso de su vida, a su noción de pertenencia a determinada familia y sociedad, a su identidad misma. El impedimento de la reserva, cede ante este interés superior del niño, por las razones expuestas, en el desarrollo del voto.

No olvidemos que la garantía del debido proceso sustantivo se traduce también en una exigencia de razonabilidad de los actos estatales (Juan Francisco Linares en «Razonabilidad de las Leyes», p. 107), por lo que el examen de la «procedencia o no de la adopción» en esta etapa, con idéntico marco normativo que el examinado años atrás, violenta dicha garantía constitucional.

No podemos pasar por alto que una solución como la que hoy se cuestiona sólo tiene que ver con hacer pesar sobre los justiciables los errores cometidos por el propio Estado, quien vuelve sobre sus propios pasos, sin dar explicación plausible acerca del dispendio jurisdiccional causado, tomando una decisión que válidamente podría haber sido esgrimida cinco años atrás, por encontrarse ya en la causa todos los antecedentes necesarios para ello, causando con ella -en esta etapa- un perjuicio concreto a la garantía constitucional de defensa en juicio, y una afectación directa a los derechos personalísimos del menor, al no priorizar el interés superior del niño, y modificar, en consecuencia, el “status quo” del mismo legítimamente adquirido.

Señalo “ab-initio” que, a mi entender, se da una situación en la que confronta la regla legal específica con el principio... el interés superior del niño. El principio es un “Standard” que no establece un criterio específico como la norma (Duworkin), de allí el probable enfrentamiento o tensión entre ambos. Va de suyo que en estos casos lo más probable es que se enfrente el valor seguridad (al que responde la aplicación de la norma) con el valor equidad o justicia que puede resultar de aplicar el principio. La posibilidad en el caso concreto de aplicar el principio para soslayar la norma no aparece, en principio, descaminada, ya que la doctrina (“Giraudó Esquivó, Nicolás; “El sistema de nulidades en la adopción. Ineficiencia de la Adopción. Nulidad e interés superior del niño”; JA, 2001-IV-871) señaló que el interés superior del niño valida la adopción, aún ante transgresiones a las reglas del Cód. Civil que establece al respecto nulidades absolutas y relativas.

COLEGIO DE ABOGADOS
DEPARTAMENTO JUDICIAL LA PLATA

