

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Tema: LA SEGURIDAD JURÍDICA Y EL DERECHO DE FAMILIA

Relatores: PROFESORES DOCTORES JORGE O. AZPIRI, NELLY MINYERSKY Y STELLA MARIS BIOCCA

Fecha: 26 DE OCTUBRE DE 1993

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO, DOCTOR JORGE HORACIO ALTERINI. - Continuamos con el ciclo sobre la seguridad jurídica, deteniéndonos en esta oportunidad en aspectos del derecho de familia. La exposición del doctor Azpiri, aludirá a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y a su correlación con la ley interna. Luego expondrá la doctora Minyersky sobre la adopción internacional y nos hablará sobre una reciente reunión celebrada en La Haya. Finalmente, la doctora Biocca insistirá en algunos aspectos de la adopción internacional.

Por cierto que, por los profesores que la integran, es ésta otra calificada mesa redonda.

Invito al doctor Azpiri a que sea el primero en enriquecernos.

DOCTOR AZPIRI.

En realidad los voy a defraudar un poco porque no voy a hablar sobre adopción internacional. Hablaré de un tema importante en punto a la seguridad jurídica, porque ustedes saben que toda ratificación de una convención internacional puede o no modificar o contradecir la legislación interna sobre determinada cuestión; y entonces se presenta una larga y vieja discusión en nuestra doctrina - no resuelta explícitamente - acerca de si la ratificación de un convenio internacional por una ley del Congreso implica la incorporación automática a la legislación interna de esas normas de derecho internacional y, como consecuencia de ello, la consiguiente modificación de las normas específicas que regulaban esos temas en la legislación interna.

Este tema, evidentemente, atañe a la seguridad jurídica porque se nos va a plantear una duda de interpretación a los abogados, a los jueces, a los profesores y a toda la gente vinculada con el derecho, respecto de si una norma está vigente o no, si ha quedado modificada o no, como consecuencia de la ratificación de una convención internacional.

En el caso concreto del tema que nos ocupa ustedes saben que la Asamblea de las Naciones Unidas sancionó una Convención sobre los Derechos del Niño en noviembre de 1989, con una gran amplitud en cuanto a su contenido y con algunas normas específicas referidas a la protección y a los derechos de los menores, que pueden tener una incidencia directa sobre las normas de la ley de adopción.

Esta convención fue ratificada por la ley 23849 en setiembre de 1990 y -

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

como les decía hace un instante - tenemos que dilucidar si esta sola ratificación ha implicado la modificación de la legislación interna, es decir, de la ley 19134. Cuando el Congreso Nacional ratifica esta Convención, expresamente formula una reserva sobre varios incisos del artículo 21, que regulan la adopción internacional, y dice la ley 23849, cuando fundamenta las razones de esta reserva, que las normas objetadas no regirán en su jurisdicción - dentro del derecho interno - por entender que para ello 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.

Siguiendo la costumbre que tenemos los abogados de interpretar las normas por lo que ellas no dicen, parecería que si estos incisos b) a d) del artículo 21 no rigen porque han sido objeto de reserva, entonces todo lo demás sí rige y, por lo tanto, el resto de la convención estaría incorporado a la legislación interna.

Tenemos algunos antecedentes más o menos cercanos sobre la cuestión de la ratificación de una convención internacional y su posterior modificación por una ley interna. Tal el caso de la Convención Interamericana de los Derechos Humanos, conocida también como Pacto de San José de Costa Rica. Allí había una serie de normas que podían incidir sobre la legislación interna y se originó la misma discusión que aquí estamos comentando. Uno de los artículos de la Convención Interamericana decía que la ley no podía discriminar a los hijos por razón de su nacimiento y todavía no se había sancionado la ley 23264, que incorporó a nuestra legislación interna la igualdad de derechos de los hijos.

Lo cierto es que frente a esta situación tenemos que comparar qué dice la Convención y qué normas de la ley de adopción estarían en contradicción con la sanción de esta Convención.

Existen al menos cuatro situaciones controvertidas. La primera de ellas se presenta con el artículo 7° de la Convención, que consagra entre otras cosas - el derecho del niño a tener un nombre y conocer a sus padres. Dentro de la ley 19134, de adopción, advertiremos que, en el caso de la adopción plena, el artículo 17 expresamente señala que se cortan los vínculos con la familia de sangre, es decir que no hay más parentesco con ella. Por su parte el artículo 19 permite el cambio de apellido y, por lo tanto, la sustitución del apellido de sangre por el del adoptante. Se trata de una serie de disposiciones tendientes a eliminar el nombre de familia.

Por otra parte, la ley 18248, es decir, la ley del nombre, prevé la posibilidad de sustituir totalmente el nombre de pila en los casos de adopción de menores de seis años. Asimismo, en el caso de niños mayores de seis años se establece la posibilidad de adicionar un nombre al de origen. Consecuentemente, el derecho del nombre, consagrado por la convención de la Organización de las Naciones Unidas, tiene importantes limitaciones en la ley de adopción .

Por último, el artículo 19 de la ley de adopción prohíbe, por un lado, que luego de la adopción plena los padres de sangre reconozcan voluntariamente al adoptado plenamente, y por el otro, la posibilidad de que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

el adoptado inicie acciones tendientes a investigar su paternidad o maternidad para el establecimiento del vínculo correspondiente. Si a esto le agregamos que el artículo 241 del Código Civil - fruto de la redacción de la ley 23264 - establece que el registro civil no puede expedir certificados en los que quede constancia de que la relación es matrimonial o no, o de que ha mediado una adopción plena, nos encontramos con que existe una imposibilidad prácticamente absoluta en el sentido de que el adoptado plenamente pueda conocer su nombre de origen y quiénes son sus padres. De esta forma, comprobamos que existe una contradicción muy clara y evidente entre las normas derivadas de la convención de la Organización de las Naciones Unidas que resguardan el derecho de todo niño a dar su nombre y a conocer su identidad y quiénes son sus padres - y las normas internas de adopción plena, que crean un marco legal que imposibilita este acceso a su verdadero nombre.

¿Cuál es la solución que puede adoptarse para este problema? En tal sentido, quisiera señalar que probablemente se deba llegar a una modificación de la legislación interna a fin de clarificar este tema. La adopción plena tendrá que ser menos rígida en este punto, al tiempo que deberá dejar algún cabo suelto o alguna pista para que el adoptado plenamente pueda rastrear - llegado el caso su filiación de origen, más allá de que no existan vínculos jurídicos con los padres de sangre o de que no haya posibilidad de establecerlos en el futuro. Por lo menos, en lo que se refiere al derecho de toda persona en este caso, de todo niño a saber quiénes son sus padres y cuál es su nombre de origen, debería procurarse una tutela o protección de ese derecho a través de una modificación de la legislación interna.

Existe otro tema respecto del cual puede haber una contradicción en cuanto a la necesidad de modificar la ley de adopción. Me refiero al artículo 8° de la Convención, por el que se establece que los Estados se comprometen a preservar la identidad incluida en la nacionalidad, en el nombre y en las relaciones familiares, sin injerencias ilícitas. Asimismo, la segunda parte del mencionado artículo determina que cuando el niño sea privado ilegalmente de alguno de sus elementos de identidad o de todos ellos, los Estados deberán prestar asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

Nos encontramos aquí frente a casos que, desgraciadamente, hemos vivido en nuestro país. Me refiero a la situación de los hijos de personas desaparecidas, quienes fueron adoptados ya sea por gente que conocía su origen o por quienes no lo sabían. No obstante, en uno u otro caso el estado de desamparo de estos menores se ha originado en un acto ilícito. Pero cuando se descubrió el origen biológico de estos menores, había un acto legal regular de por medio, que era la adopción, al tiempo que también había muchos años de vinculación con la nueva familia adoptante. En nuestra legislación interna no hay normas que contemplen específicamente esta situación y que en consecuencia prevean alguna sanción o alguna forma de supresión de este vínculo adoptivo cuando el mismo tiene su origen en un acto ilícito como el que acabo de mencionar. En otras

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

palabras, estoy refiriéndome a aquellos casos en los que el menor o sus padres han sido víctimas de un delito, generándose de esa forma una situación de desamparo que pone al menor en un estado de adoptabilidad. La norma interna que regula la adopción establece casos de nulidad absoluta y casos de nulidad relativa. Así, el artículo 30 de la ley 19134 determina que hay nulidad absoluta cuando se dicta una adopción violando la edad del adoptado o cuando se ha infringido la diferencia de edad que debe existir entre adoptante y adoptado. Asimismo, hay nulidad relativa cuando no se tiene la edad mínima para adoptar o cuando ha mediado un vicio del consentimiento en la adopción.

Como vemos, ninguno de estos casos permitiría llegar a la nulidad de la adopción cuando la situación de desamparo del menor haya tenido su origen en un acto ilícito cometido respecto del menor o de sus padres de sangre. Consecuentemente, también sería necesario adecuar la legislación interna a estas normas de la Convención que prevén el resguardo de la identidad del menor cuando la pérdida de esa identidad tiene su origen en un acto ilícito.

Otra disposición de la Convención que puede tener alguna contradicción con la ley de adopción está dada por aquellos casos en que los menores han sido temporal o definitivamente privados de sus ámbitos familiares. En tal sentido, la Convención contempla una serie de instituciones destinadas a reinsertar a los menores en un ámbito familiar adecuado, entre las que se menciona expresamente a la adopción. Pero la última parte del artículo 20 de la Convención determina que al considerarse las soluciones se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico. Pero cuando en la legislación interna observamos cuáles son los criterios que el juez debe valorar para determinar si una adopción es conveniente o no para un menor, nos encontramos con que el inciso d) del artículo 10 de la ley 19134 establece que el único elemento que el juez debe contemplar está dado por los medios de vida y por las cualidades morales y personales del adoptante o de los adoptantes. Esto significa que no se toma en cuenta - o, por lo menos, no está explicitado así en la ley - el origen étnico, cultural y lingüístico del menor, sino que se considera la situación económica y las cualidades morales y personales de los adoptantes. Pero a fin de determinar si una adopción es conveniente o no, no se contempla el desarraigo o la trasculturización que puede sufrir el menor a través de la adopción. Imaginemos el caso de un menor desamparado que tenga un origen toba o mapuche. Es evidente que cualquiera de estas etnias posee su propia cultura - rudimentaria o no, más o menos desarrollada - y su propia lengua. Consecuentemente, si un menor que tiene un origen étnico como el mencionado es trasladado súbitamente desde el sur de nuestro país hacia la Capital Federal, sin lugar a dudas va a perder en este último ámbito su lengua y su acervo cultural, y ello se debería a que el juez, siguiendo las pautas de la ley vigente, sólo habrá considerado la situación económica y las cualidades morales y personales de los adoptantes. Obviamente, todo esto tiene una importancia mucho mayor en el caso de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

adopción internacional. No obstante, no se le puede restar significación a los ejemplos mencionados, ya que nuestro país tiene una amplia configuración, al tiempo que existe la posibilidad de que estas diferencias étnicas, culturales y lingüísticas también se manifiesten, con la misma gravedad e intensidad, en el caso de una adopción que implique un traslado muy significativo para el menor.

Por lo expuesto, pienso que aquí también sería necesario adecuar la legislación interna para que el juez, en el momento de valorar la conveniencia de la adopción, considere el origen del menor, es decir, de dónde proviene y qué pérdida puede sufrir desde el punto de vista cultural como consecuencia del traslado. No sólo se debe tomar en cuenta el aspecto material - si el niño va a estar bien cuidado y atendido, y si los adoptantes son buenos padres - sino que también hay que evaluar este origen, este desarraigo o estas raíces que trae el menor desamparado.

Por último, creo que otro punto donde también se presenta un conflicto entre la Convención de las Naciones Unidas y la ley de adopción se vincula con la necesidad de que cuando los adoptantes van a dar su conformidad para que el menor sea adoptado estén debidamente asesorados y tengan clara conciencia del alcance de esta decisión que están tomando. Por lo tanto, debería regularse la legislación interna a los efectos de adecuar las normas de la ley de adopción de modo de permitir que el padre que va a dar su conformidad para la adopción de su hijo cuente con un adecuado asesoramiento a efectos de que sepa a ciencia cierta cuáles son las consecuencias de dicho acto.

El artículo 21 inciso a) de la Convención - respecto del cual no se ha efectuado reserva alguna - exige que el consentimiento para la adopción se brinde sobre la base del asesoramiento que sea necesario. Pero por otro lado nos encontramos con que el artículo 11 de la ley de adopción establece que los padres no serán necesariamente citados al juicio, y uno de los ejemplos que se dan para no citar a los padres de sangre al juicio de adopción es cuando ellos han manifestado su voluntad de que sus hijos sean adoptados y esta manifestación de voluntad se ha hecho ante el organismo administrativo competente, ante la autoridad judicial o por instrumento público. No existe ninguna certeza en estos tres casos en cuanto a que haya mediado asesoramiento. Cuando la manifestación de voluntad se realiza ante un organismo estatal o autoridad judicial podemos suponer que se ha dado a los padres un panorama legal de cuál es la significación jurídica de dar a un hijo en adopción, pero me aventuro a afirmar que no tenemos la misma certeza cuando la conformidad se ha prestado mediante instrumento público. Ello es así, porque no es función del escribano que pueda haber labrado el acta, explicar cuáles son las consecuencias del consentimiento que el padre está dando para que el menor sea adoptado, y luego tenemos que eso le va a vedar la posibilidad de intervenir en el juicio de adopción.

Prácticamente toda la doctrina - y algún fallo judicial - ha dicho que esta norma es inconstitucional, porque se estarían desprendiendo voluntariamente de derechos inherentes al estado de familia y, por lo tanto,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

si se presentan en el juicio de adopción debe permitírseles la intervención. Lo cierto es que la norma está vigente y la declaración de inconstitucionalidad se refiere a casos puntuales en los cuales debe ser planteada. Si la norma de orden internacional nos impone que cuando se requiera el consentimiento demos el debido asesoramiento al padre que se está desprendiendo del hijo para que sepa cuáles son las consecuencias legales, para dar mayor seguridad jurídica resulta necesario modificar la legislación interna y, como consecuencia de ello, exigir que la conformidad que deba dar el padre o la madre para que el menor sea adoptado se brinde con el debido asesoramiento para que puedan conocer exactamente cuáles son las consecuencias de esta decisión o de este desprendimiento. Estos enfrentamientos entre las normas de derecho internacional y la legislación interna han sido tratados ya el año pasado en el I Congreso Interdisciplinario de Adopción Nacional y del Cono Sur, llevado a cabo en noviembre en el Teatro San Martín, bajo el auspicio de la Asociación de Abogados. Esto significa que de alguna manera existe una inquietud en cuanto a la inseguridad jurídica que resulta de esta confrontación de normas. Estamos aquí otra vez hablando de inseguridad jurídica y volvemos a tratar este tema porque creo que es muy importante hacer coincidir estas normas para que no se presenten las dificultades de orden interpretativo que están en todos nosotros como hombres de derecho (aplausos).

DOCTORA MINYERSKI.

I. Aproximación al problema de la adopción internacional.

La institución de la adopción crea inquietud. Es difícil mencionarla sin que se susciten determinados sentimientos, muchas veces contradictorios.

No se puede hablar de adoptar sin hablar al mismo tiempo de abandono. Si bien parecerían términos antinómicos, no hay adopción sin abandono. Se podrá decir que no siempre el niño objeto de una adopción ha sido abandonado; muchas veces las madres o familiares los entregan por imposibilidad de mantenerlos. Incluso podría considerarse digna de respeto la actitud de una persona que por no cuidar a su hijo renuncia a algo tan maravilloso como es ser madre o padre.

Lo cierto es que para el menor el abandono existe, y éste podrá ser objetivo o subjetivo. Cuando hablamos de abandono no queremos que se interprete el término en forma peyorativa. Se trata de una situación traumática que torna difícil la elección de la palabra adecuada para designarla. Se ha hablado de menor en situación difícil o de menor en situación de riesgo. Están los que dicen que antes de utilizar estas denominaciones es preferible hablar de abandono porque, en última instancia, al niño que ha sido abandonado no lo convertimos en el sujeto sobre el cual recae la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

calificación y/o conducta reprochable.

Respecto del tema en particular que nos ocupa - la adopción internacional - debemos también realizar una acotación sobre las denominaciones.

Se dice que no hay que hablar de adopción internacional ya que no nos referimos a relaciones entre Estados. Existe un menor que emigra de un país para trasladarse a otro, porque allí se encuentra la familia - monoparental, matrimonial o ensamblada - que lo va a acoger. En Europa, muchos prefieren hablar de menor venido del extranjero o menor venido de afuera.

Si bien consideramos que la denominación no es correcta, a los fines prácticos y de un mejor entendimiento continuaremos utilizando el término adopción internacional y, en su caso, transnacional.

II. Nuestra posición frente al fenómeno.

Frente a la adopción internacional podemos intentar dos tipos de análisis, uno como ciudadanos argentinos, otro como integrantes de la América latina.

Decimos esto porque la República Argentina, hasta ahora, no se ha encontrado frente a la adopción internacional en la misma situación que otros países de América latina. A nuestro juicio - y podemos afirmar esto con plena certeza - la Argentina tiene una cultura interna en materia de adopción mayor que la de otras naciones de América latina.

No estamos haciendo aquí un juicio de valor, pero los guarismos avalan lo expuesto. Por ejemplo, resulta llamativo observar que en el caso de Colombia - donde el número de adopciones anuales se ubica en promedio entre 3.200 y 3.500 casos - prácticamente el 80% de las mismas es de origen extranjero. En el caso de Guatemala, si bien no se dispone de cifras estadísticas, se hace referencia al 95% de las adopciones. Lo mismo sucede en Perú y en Costa Rica, aunque en esta última nación el porcentaje es un poco menor. Lo cierto es que en Honduras y en los demás países de América Central el índice es muy elevado, es posible que de cada 100 adopciones 90 sean extranjeras.

Así como hubo décadas durante las cuales los países asiáticos eran los principales proveedores de niños, hoy la realidad indica que este rol pasó a ser desempeñado fundamentalmente por América latina.

Tanto es así que las cifras correspondientes a los países proveedores - es duro hablar de países proveedores o de origen, pero lo cierto es que éstos son los términos que se utilizan en las naciones de recepción - indican que en estos últimos años se ha registrado un aumento, llegando a ser 60 las naciones que abastecen de niños a los países desarrollados.

Las cifras alcanzan a decenas de miles, y sorprende enterarse que por ejemplo en Corea se han "exportado" 100.000 niños y citamos este caso porque nos parece particularmente interesante. Después de la Guerra de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Corea esa nación fue una de las grandes proveedoras de niños, hasta que el desarrollo económico que alcanzara en su momento y a comprobación de lo que estaba ocurriendo con su niñez - la transculturización y los problemas derivados de ella - hicieron que Corea comenzara a poner en práctica una política interna tendiente a propiciar la adopción en el propio país.

En lo que se refiere al fenómeno de las migraciones, es importante destacar que el mismo no ha surgido recién ahora, sino que se ha mantenido presente a través del tiempo

Así, por ejemplo, en el siglo pasado hubo migraciones de poblaciones infantiles que en forma masiva eran trasladadas desde Inglaterra e Italia hacia los Estados Unidos de América. Los niños italianos eran enviados a las colonias de inmigrantes de esa nacionalidad, y lo mismo ocurría con los niños ingleses. Los pequeños fueron empleados en la realización de tareas agrícolas. No obstante, ese tipo de migraciones masivas infantiles terminaron por transformarse en muchos casos en adopciones.

Se confirma esto porque las primeras leyes en materia de adopción son aquéllas correspondientes a los Estados de la Unión en los que se llevaron a cabo estos movimientos

Existen muchos fenómenos de este tipo y al respecto hay que ser cuidadosos con la idiosincrasia de cada grupo. En cierta forma eso es algo que va siendo señalado por la propia vida. Por ejemplo, las comunidades indígenas norteamericanas han logrado que se prohíba la adopción de niños indígenas por familias que no tengan ese origen étnico.

Ahora bien, frente a este fenómeno los argentinos no podemos limitarnos a considerar que no constituye un problema en nuestro país.

Si bien en la República Argentina, y más concretamente en la provincia de Buenos Aires existen - de acuerdo a lo señalado por el doctor Atilio Alvarez en su carácter de presidente del Consejo Nacional del Menor - varios miles de futuros padres adoptivos que se encuentran aguardando un turno para recibir un niño en adopción, es de público conocimiento que salen del país, en forma legal e ilegal, gran cantidad de niños, y que al respecto existen las denominadas "cifras negras".

A pesar de las investigaciones realizadas - entre ellas podemos mencionar la llevada a cabo por Defensa Internacional de la Infancia - no se ha podido detectar, aunque sea aproximadamente, el número de víctimas de tráfico o venta. La dificultad, evidentemente, reside en que quienes llevan a cabo estas acciones delictivas no van a reconocer que anotaron un niño como propio, o que lo adoptaron habiendo llegado el menor a su poder por medios ilícitos, o que sencillamente vendieron a su hijo.

La internacionalidad de la adopción aumenta y modifica el tipo de problemas a encarar y resolver, en particular cuando la institución nace como tal por la concurrencia de elementos sometidos ab initio a órdenes jurídicos diversos, calidad que la distingue de los efectos extraterritoriales de la adopción extranjera que tienen por punto de partida una categoría jurídica del derecho material interno.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

III. Análisis legislativo.

La importancia del tema deriva de las diversidades legislativas, evidentes desde la misma aceptación de la adopción en los ordenamientos internos, como la consideración de su validez, cuando ha sido otorgada en un país distinto de aquél en que se producen sus efectos.

No podemos dejar de mencionar que existen doctrinas, autoridades y hasta leyes, que se oponen frontalmente y/o por lo menos cuestionan a la adopción internacional, por creer que ella produce el desarraigo del menor de su sociedad de origen y vulnera su derecho a vivir en el país donde ha nacido; así como se lesiona el derecho de soberanía y de desarrollo del respectivo país.

Según este concepto cada nación o cada Estado o cada sociedad tendría el derecho - deber de retener a su población infantil y, en mérito a ello, encontrar una solución que, sin violentar los principios enunciados, regule la adopción internacional en miras de la protección del menor.

Sin perjuicio de esa posición, se han regulado diversos sistemas en la órbita de la adopción internacional para determinar la ley aplicable a fin de dirimir las controversias que pueden suscitarse en la adopción con elementos extranjeros.

En América latina encontramos, por un lado, los países que se encuadran en el Tratado de Derecho Civil de Montevideo de 1940: Uruguay, Bolivia, Perú, Paraguay, Colombia y Argentina. Se rigen conforme lo establecido por los artículos 23 y 24 en lo que atañe a la capacidad de las personas, "en lo que respecta a las condiciones, limitaciones y efectos por las leyes de los domicilios de las partes en cuanto sean concordantes, con tal que el acto conste en documento público. Las demás relaciones jurídicas concernientes a las partes se rigen por las leyes a que cada una de éstas se halla sometida". Por otro lado, tenemos a los países que no se encuadran en el Tratado. Cuando existe conexión con Argentina se aplica la ley 19134 - Ley Nacional de Adopción - .

Su texto introduce dos normas de Derecho Internacional Privado, el artículo 32, que establece "La situación jurídica, los derechos y deberes de los adoptantes y adoptados entre sí, se regirán por la ley del domicilio del adoptado al tiempo de la adopción cuando ésta hubiera sido conferida en el extranjero"; y el artículo 33, que expresa: "La adopción conferida en el extranjero de conformidad a la ley del domicilio del adoptado, podrá transformarse en el régimen de la adopción plena establecida en la presente ley, acreditándose dicho vínculo y prestando su consentimiento los adoptantes y los adoptados, quienes deberán ser mayores de edad".

Las normas resultan insuficientes y oscuras y en consecuencia obligarían a recurrir a otras normas del Código Civil argentino y a aplicar analógicamente las normas del Tratado mencionado, como ocurrió durante la vigencia de la ley 13252 que no contenía previsiones al respecto.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

En la Tercera Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado, realizada en Bolivia, en mayo de 1984, se suscribió la "Convención Interamericana sobre conflicto de las leyes en materia de adopción de menores". En la referida Convención se adopta el sistema de fragmentación, en tanto en su artículo 3° determina: "La ley de la residencia habitual del menor regirá la capacidad, consentimiento y demás requisitos para ser adoptado, así como cuáles son los procedimientos y las formalidades extrínsecas necesarios para la construcción del vínculo".

En su artículo 4°: "La ley del domicilio del adoptante (o adoptantes) regirá: ...la capacidad... la edad y estado civil... el consentimiento del cónyuge ... los demás requisitos para ser adoptante. En el supuesto de que los requisitos de la ley del adoptante (o adoptantes) sean manifiestamente menos estrictos a los señalados por la ley de la residencia habitual del adoptado, regirá la ley de éste".

La Argentina se encuentra entre los países que no la han ratificado, posición que compartimos en principio, pues la Convención respondería a criterios impuestos por los países desarrollados. No prioriza la adopción por parte de personas domiciliadas en el país del adoptado y no tipifica como delito ni prevé sanciones para la mediación con fines de lucro destinada a proveer menores para adoptar, tal como lo expresan las bases vigésima y vigésima primera, aprobadas por la Reunión de Expertos sobre Adopción de Menores del Instituto Interamericano del Niño reunida en Quito, Ecuador, en marzo de 1983.

Asimismo, es objetable la falta de conceptualización de lo que debe entenderse por residencia habitual para evitar conflicto de leyes, de interpretación y el traslado ilegítimo de menores. También criticamos la inclusión de la legalización y habilitación de instituciones públicas o privadas dedicadas a la adopción internacional (artículo 8°) por ser pasibles de violar el orden público internacional, salvo que las mismas se organicen con un estricto control de los tres poderes del Estado.

Se infiere de lo expuesto la necesidad acuciante de dar respuesta en el orden estadual latinoamericano a la problemática de la adopción, estableciendo la uniformidad de las legislaciones, por intermedio de una convención interamericana o de convenciones bilaterales, a fin de impedir la salida ilegal de los menores y determinar las situaciones límite para otorgar la adopción a nivel internacional, evitando el desarraigo del menor de su núcleo familiar y social, así como la despoblación de nuestro continente, tal como se pronunciaron los magistrados de América del Sur en el Duodécimo Congreso Internacional de la Asociación de Magistrados, celebrado en Río de Janeiro.

El 27 de setiembre de 1990 nuestro país sancionó la ley 23849 por la que se ratificó la Convención de los Derechos del Niño adoptada por las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

El artículo 2° de la referida ley establece que: "La República Argentina hace reserva de los incisos b), c), d) y e) del artículo 21 de la Convención Sobre los Derechos del Niño y manifiesta que no regirán en su jurisdicción por entender que, para aplicarlos, debe contarse previamente con un riguroso

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

mecanismo de protección legal del niño en materia de adopción internacional, a fin de impedir su tráfico y venta".

No han sido ratificados los incisos b), c), d) y e) del artículo 21 de la Convención que establecen la posibilidad de adopción de personas de países distintos al del domicilio del niño adoptivo.

Es la concepción denominada "adopción abierta", posición combatida ya antes por nuestro país por no establecer pautas, límites ni prioridades con respecto a la permanencia de los niños dentro de la comunidad de origen; prueba de ello es la no suscripción por parte de la República Argentina de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP - III), suscrita en La Paz, Bolivia, el 14 de mayo de 1984.

Nuestro país sostiene la concepción de "adopción cerrada", dentro del territorio, entre otros motivos porque existen muchos padres adoptivos y para que Argentina no se convierta en un reservorio de bebés para los países centrales con decrecimiento de la natalidad.

Fundamentalmente se quiere evitar el acaecimiento de ilícitos tales como la supresión de identidad de los niños, su secuestro, venta y tráfico, así como los irreparables daños psíquicos que éstos producen en los menores.

IV. La ley argentina y la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

La disimilitud existente entre las leyes de adopción de cada uno de los países latinoamericanos, y entre éstos y la de los países europeos, hace que la situación se proyecte en forma harto perjudicial para la institución.

Ante esta realidad nos hemos preguntado sobre la conveniencia de propiciar la unificación de la legislación interna en los países de América latina. Creemos que en particulares debe analizar - del plexo de instrumentos legales posibles: ley interna, pactos bilaterales, convenciones internacionales - cuáles contribuirían a optimizar la institución y, en consecuencia, elegir el camino a seguir.

Nuestra ley no prevé la adopción internacional. Es más, según nuestra opinión, no la autoriza.

Distintos elementos avalan lo expuesto, en particular la reserva efectuada por nuestro país respecto al artículo 21 de la Convención de los Derechos del Niño, que ya comentáramos; asimismo, todo el articulado de la ley 19134 es acorde con lo señalado.

En primer término, en lo concerniente al mecanismo de contralor del año de guarda, ya que estaríamos incurriendo en una apreciación o interpretación muy forzada si sostuviéramos que esas guardas pueden ser cumplidas en otro país.

A la Convención relativa a la cooperación internacional y a la protección del niño en materia de adopción internacional, suscrita en La Haya en mayo de 1993, asistieron 60 países. Creemos que es la primera vez que se

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

integraron los países que podríamos denominar "de origen", es decir, los que proveen a los niños. Hasta hace poco tiempo la presencia europea era prácticamente exclusiva. La Argentina fue país miembro de la comisión, estando representados otros países de la región como Brasil y Uruguay.

Cuando Argentina ratifica la Convención de los Derechos del Niño, la mencionada reserva al artículo 21 tiene lugar ante la ausencia de contralor y debidas garantías en el mecanismo allí implementado. Debemos analizar por lo tanto si este nuevo instrumento va a reunir esos requisitos, permitiendo que Argentina retire su reserva.

En los países europeos, en especial Francia e Italia - dos de los países que más niños han recibido, el mecanismo de adopción es muy complicado. Si el niño sale de su país de origen con una adopción simple (de Perú o de algún país que no tenga adopción plena o en el que, existiendo esta última, se otorgó la adopción simple) y llega con su nueva familia, por ejemplo a Francia, debió haber cumplido todos los requisitos de la ley francesa que establece una especie de contralor previo. La autoridad francesa analiza primero quiénes son los futuros adoptantes, les concede una especie de conformidad. Con esa conformidad pueden tramitar la visa y recién después corresponde realizar el trámite de adopción o guarda en el país de origen del menor. Lo mismo ocurre en Italia.

Se trata, en general, de leyes nuevas. Si no se las cumple, si el niño sale de su país de origen con una filiación adoptiva o con una guarda, o de países que no contemplan la adopción - como los islámicos -, llega a Europa y allí no puede consolidar el vínculo. De modo que este niño se puede encontrar frente a un triple abandono: primero, el objetivo o subjetivo de su familia; segundo, el de su país de origen y tercero, el que debe entrenar en el país de destino.

Estamos entonces frente a una flagrante violación de la seguridad jurídica. Ocurren también otras situaciones peligrosas. No todos los países requieren una guarda o intervalo de espera. El niño sale con una sentencia de guarda de algún país de América latina, llega a Francia, Italia o Alemania, y muchas veces, por distintos motivos, formales o de fondo, allí los padres adoptivos tienen que reiterar los trámites, no siempre con el mismo éxito. A veces sólo les reconocen los derechos emergentes de la patria potestad, pero el niño no adquiere un enraizamiento firme en ese país al cual pertenecen sus padres adoptivos.

Podríamos preguntarnos si no estamos contribuyendo al tráfico. Consideramos imprescindible trabajar sobre este tema. Si decimos no a la adopción internacional por la existencia de una cultura interna loable sobre la materia - que mucho respetamos - pero al mismo tiempo no nos abocamos al estudio en profundidad del tema, podríamos estar contribuyendo en última instancia, al tráfico ilegal de menores.

La Convención de los Derechos del Niño, que ha alcanzado jerarquía constitucional con la reforma de la Constitución Nacional del 22 de agosto de 1994 que alcanza también a la reserva efectuada por Argentina, hecho éste que conlleva el empleo de mecanismos de mayor complejidad para una eventual ratificación de la Convención de La Haya en marzo de 1993 o

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de cualquier otro instrumento similar -, constituye un cuerpo normativo que debemos difundir. Sus normas, aunque perfectibles, seguramente podrán mejorar un poco esta institución.

V. Análisis de la Convención relativa a la cooperación internacional y a la protección del niño en materia de adopción transnacional.

De la primera lectura de esta Convención que, como adelantáramos precedentemente se suscribió en mayo de 1993, luego de diversas reuniones realizadas por los países signatorios, surgen algunas inquietudes que vamos a reseñar rápidamente

Primero la contradicción, ya señalada, entre la reserva formulada por nuestro país respecto al artículo 21 de la Convención de los Derechos del Niño, y la suscripción por el mismo de este Convenio. Como antecedente, en cuanto a las dificultades que se encuentran para celebrar convenciones en esta materia, podemos recordar los obstáculos que han encontrado los anteriores cuerpos normativos para recibir adhesiones. Vemos así como la Convención de La Paz prácticamente recibió nada más que la ratificación de Colombia y México. No sabemos muy bien la suerte que correrá esta nueva Convención debido a algunas objeciones que surgen, como dijimos antes, luego de una primera lectura.

1) El artículo 20 en cuanto no admite ningún tipo de reserva, esto crea una limitación seria, la obligación de aceptar el cuerpo legal en toda su plenitud, situación que podría traer aparejada para la Argentina la renuncia a algunos principios que consideramos fundamentales y cuya supresión - según nuestra opinión - lesionaría el orden público internacional.

Entonces, la primera cuestión a señalar es la imposibilidad de aceptar el artículo 40, que nos dice que no se admitirá reserva alguna al Convenio.

2) El Convenio prioriza a los países denominados "importadores" o los países de recepción, continúa sosteniendo los principios más caros a éstos. Hemos sostenido que la jurisdicción y competencia, ley aplicable, corresponde en forma exclusiva al país de origen, que es en última instancia donde nació y vivió el menor. Estos principios no están respetados ya que ambas son concurrentes y no se le da ninguna prevalencia al país de origen. Tanto es así que se admite que un niño salga del país solamente con una guarda, y que el juicio de adopción, que es el que en definitiva va a crear el lazo, se deje librado a lo que va a pasar en el país de recepción.

3) Otra de las objeciones para nuestra legislación y nuestras costumbres, es el problema serio que supone la obligatoriedad, en determinadas circunstancias, de tener que aceptar agencias privadas. Como sabemos, las agencias son instituciones que no tienen cabida dentro de nuestra cultura, de nuestro sistema, y nosotros siempre hemos bregado por la prevalencia de los organismos jurisdiccionales y el control del Estado en algo tan delicado como es el estado de las personas (artículo 22).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

4) Debemos señalar que aquellas personas que consideramos que la adopción internacional solamente podrá ser considerada como un recurso último y en determinadas circunstancias, encontramos que en la forma en que han sido redactadas las normas de este Convenio no cumplen con los requisitos determinados que consideramos esenciales para poder ratificarlo.

5) Cuando se nos habla de las condiciones de adopción internacional y de un mecanismo de complementariedad entre las instituciones del Estado de origen y las del Estado de recepción, debemos señalar que nos encontramos frente a países que no tienen ni la misma organización, ni los mismos fondos, ni los mismos medios que pueda suponer que ambos se encuentren en paridad de condiciones. La experiencia de los países de América latina nos evidencia que no podrán contar con los elementos suficientes, desde el punto de vista de los recursos humanos y de los materiales, para tener una organización que les permita el contralor y la eficiencia debida en todo el delicado juego de equilibrio que se relaciona con el debido control de los consentimientos, la evaluación de los futuros adoptantes y cómo se va a poder realmente determinar que la adopción internacional responde al interés superior del niño.

6) También se habla de los deseos y opiniones del niño y de evadir pagos o compensaciones. Cómo se va a poder controlar todas estas situaciones, qué países están en condiciones de organizar desde el punto de vista jurisdiccional y administrativo el control que permita afirmar que los consentimientos se plantean mediando el asesoramiento y las condiciones de la - ley.

7) El artículo 22 está en contra de normas de cooperación internacional que tienen relación con la eficacia internacional de las sentencias, cuando éstas han sido dictadas de acuerdo a los requisitos de forma y de fondo exigidos por el país que el congreso ha dictado. Es así que tanto en los campos del derecho civil, comercial, de familia, se ha trabajado con numerases instrumentos internacionales que tienen como objetivo el facilitar el reconocimiento de las sentencias dictadas en otro país.

Los problemas que presentan las adopciones internacionales son jurídicos, políticos socioculturales. Es un fenómeno real para algunos países, posiblemente los paliativos no sean de fondo, las soluciones no sean las legales sino que sean soluciones que corresponden a las condiciones económicas, sociales, culturales y políticas, que son a menudo muy adversas en el mundo de la niñez, en un mundo que se caracteriza por la pobreza, por la enfermedad, por la violencia y por la injusticia social.

Cabe preguntarse si esta Convención es la mejor solución. Consideramos que por lo menos no lo es para nuestro país. Previo a toda ratificación deberá estudiarse acabadamente la problemática interna y procurar a cada niño que así lo necesite una familia adoptante en el país.

A todo evento y ante una posible ratificación, deberá dictarse una ley de adopción que proteja debidamente al niño, y limite las posibilidades de la adopción internacional utilizándola como último recurso, determinando la jurisdicción y competencia exclusiva del país de origen, y deje a salvo en

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

forma efectiva los derechos de los menores, en especial el derecho a la identidad, contemplados en la Convención de los Derechos del Niño.

Pienso que la doctora Biocca se referirá con mucha mayor precisión a todas aquellas cuestiones o aspectos que se relacionan con el derecho internacional privado. Muchas gracias (aplausos).

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO. - A continuación, hará uso de la palabra la doctora Biocca.

DOCTORA BIOCCA.

Observo, con algún grado de satisfacción, que muchas de las ideas que postulamos con fuerza en aquel Seminario sobre Adopción en el Cono Sur se han ido incorporando, de alguna manera, a la conciencia jurídica argentina. ¿Qué es lo que pretendo decir con esto? En aquella oportunidad observé que se confundía "tráfico de niños" con "adopción internacional".

Tráfico de menores es un ilícito, mientras que la adopción es una institución. Por lo tanto, si confundimos ilícitos con instituciones vamos a incurrir en errores aún mayores cuando pretendamos establecer normas sobre el particular.

Evidentemente, esto es así porque como bien lo ha señalado la doctora Minyersky cada vez que se pronuncia la palabra "adopción" aparecen una serie de connotaciones. También es cierto que esto sucede porque se denomina adopción, la ilícita obtención de un niño, en equívoca designación. Uno de esos ilícitos tiene por objeto la concreción de la fantasía de la maternidad biológica cuando se inscribe a un niño como propio a través de los servicios de algún profesional o intermediario que se aviene a entregar un certificado para concretar la inscripción. Esto es algo bastante común, que la conciencia social "legítima", y tiene explicaciones psicológicas y sociológicas de diversa índole, pero lo cierto es que es así.

Tráfico es la circulación y transmisión de un niño a quien por este acto se lo cosifica y pese a las clásicas prohibiciones de los derechos nacionales e internacionales condenando la esclavitud, se la practica con fines de lucro o por actos gratuitos. Como en los casos de entrega por los padres que no pueden retener al niño para la crianza; en estos casos, sin embargo, el beneficio aparece bajo la forma de honorarios profesionales.

El tráfico se vincula con la relación Norte - Sur y por ello el tema se inserta en los debates como el "último pillaje colonial", en tanto los países desarrollados le asignan un carácter solidario internacional que se expresa en las incorporaciones de menores en estos países, procedentes de Biafra y de Vietnam y como una demostración de las dificultades de los países de origen, para garantizar la supervivencia y los derechos de los niños que nacen en sus territorios.

Por ello, es que en definitiva legitiman la adopción, aun cuando tenga un origen ilícito y confunden las nociones.

Esta confusión se trasladó, a mi ver, gravemente a nuestro medio, pues la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

única forma de combatir eficazmente este ilícito - uno de los más graves porque afecta a la humanidad - es diferenciar claramente el delito de la institución.

En Argentina y en los países que adoptan el sistema de la ley domicilio, hay adopción internacional cuando adoptante y adoptado no tienen el mismo domicilio. Esto es importante, ya que hay países en los que la adopción puede ser internacional por una cuestión de nacionalidad.

A mi juicio, en esta materia habría que sentar ciertas bases. Estoy de acuerdo con lo que aquí se ha dicho en el sentido de que no nos bastan las convenciones internacionales ni tampoco la reciente, relativa a Protección del niño y a la cooperación en materia de adopción, La Haya 29 de mayo de 1993, cuya ambigüedad no conviene a los principios de resguardo de los niños de los países periféricos, excepto si éstos tienen una legislación interna adecuada (artículo 28 del Convenio).

En mi opinión, lo primero que debe privilegiarse es la maternidad y la paternidad biológicas. Ello significa que se debe tener en cuenta que la adopción es una institución para sustituir la ausencia de los padres respecto de un niño o menor, pero de ningún modo debe pensarse que la adopción interna o la internacional constituyen una panacea.

De manera tal, que hay que establecer urgentemente todo un sistema de protección para la madre - especialmente para la madre menor - a fin de que verdaderamente pueda afianzarse el vínculo. Esto lo manifiesto porque en esta reunión también se ha dicho que hay distintas maneras de dar en adopción. Me refiero a los padres que quieren dar en adopción. Muchos de estos niños dados en adopción - aun los que han sido correctamente dados en adopción, es decir, con intervención del juez competente y también de un escribano - representan apresuramientos de personas que no tienen apoyatura de ningún tipo, razón por la cual se ven obligados a dar a sus hijos en adopción.

Otra cuestión esencial en materia de derecho internacional privado es la referida a la determinación de la jurisdicción competente, es decir, del juez que será competente para dar en adopción. Asimismo, es necesario establecer si esa jurisdicción será concurrente o exclusiva.

En lo que se refiere al primer aspecto - o sea, a la determinación de la jurisdicción competente -, hay que considerar la existencia de dos esquemas. El primero de ellos es el viejo esquema, que inclusive ha sido receptado en nuestra ley de adopción ya que siempre pareció lo más razonable que como jurisdicción interna nuestra ley diera prioridad al domicilio del pretense adoptante. En el orden internacional se ha propiciado esto a fin de obtener un sentido de unidad, pues a posteriori adoptante y adoptado quedarán sujetos a esa jurisdicción en lo que hace a las cuestiones vinculadas a la patria potestad.

Entonces, el domicilio del adoptante, el domicilio del padre adoptivo es un elemento unificador. Esto parecía aceptable mientras no se advirtió que había dificultades severas en cuanto a una búsqueda de la mejor conexión jurisdiccional para efectuar el juicio de adopción, resguardando los derechos del menor.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Luego la revelación del tráfico de menores y la utilización de "adopciones" en Estados receptores para encubrir con apariencia legal cada ilícito, obliga a revisar los elementos atributivos de jurisdicción internacional.

Entiendo que el único juez competente - esto es, jurisdicción internacional exclusiva - es el del domicilio del menor. Si el menor ha tenido padres, el del último domicilio de sus padres; si el menor es abandonado, el del lugar donde ha sido hallado

Si los padres hubieran sido trasladados por detenciones ilegales, al no contarse con su voluntad ni consentimiento para fijar su domicilio, éste será el último que ellos tuvieron en libertad.

Fijada la jurisdicción exclusiva para todos nuestros niños, en definitiva los que tienen domicilio en Argentina o aquí fueron hallados, se debe determinar la ley aplicable.

Al hablar de ley aplicable generalmente surge una serie de discriminaciones que son bastante comunes: capacidad para ser adoptante, capacidad para ser adoptado, etc. Creo que conjugar todas las normas internacionales que hoy se han mencionado supone que la prioridad tiene que ser siempre también la del domicilio del menor. Definitivamente tenemos que preguntarnos si la adopción es una institución en favor de los adultos o en favor de los menores. Si es en favor de los menores ello no implica que no tomemos en consideración cuáles son las aptitudes o las capacidades conforme la ley del domicilio de los adoptantes pero las aptitudes para que un niño pueda ser adoptado por una persona no domiciliada en la Argentina tendrán que ser fijadas por la ley argentina.

Por otro lado, estos elementos que hoy se han indicado, como el derecho a la identidad a la cultura, a vivir en la propia tierra, ¿configuran el sustrato, la base o el espíritu de la legislación? Si es así, es de orden público internacional y por tanto no se aplicará ninguna ley, ni se reconocerá ningún acto administrativo ni judicial que contraría estos principios.

Se ha preguntado en esta mesa si estos derechos que están en la Convención son de aplicación efectiva e inmediata. Al respecto existen dos criterios, y si bien yo tengo el mío también enunciaré el otro. Algunos sostienen que, cuando esta Convención, como el Pacto de San José de Costa Rica, formula principios enunciativos que coinciden con garantías constitucionales o están implícitos en ellas, son de aplicación directa y no meramente declarativos. Entiendo que es así. Creo que no falta una ley, sin perjuicio de que podemos coincidir en que conviene siempre tener leyes claras que al mismo tiempo cumplan un rol docente respecto de quienes tengan que aplicarlas. A lo mejor resulta más fácil que una ley interna repita estas garantías del niño. Pero estos derechos humanos reconocidos internacionalmente se insertan fatal y necesariamente en el sistema jurídico argentino a través del artículo 31 de la Constitución Nacional, que ahora tiene un respaldo a través de los dos últimos casos que ha fallado la Corte. Me refiero a los casos Ekmekdjian y Fibraca en los cuales queda muy en claro que las normas de derecho internacional tienen jerarquía superior a las de derecho interno; de manera que, en su aplicación, primero está la Constitución y después el tratado internacional, según el criterio que nuestra

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Corte ha dado luego de algún tiempo en el que había una concepción más de derecho interno que internacional

El otro criterio postula que las normas de la Convención sobre Derechos del Niño son meramente enunciativas. Otra cuestión que también se ha planteado es la de determinar cómo juega el ilícito en la adopción. Tanto en la adopción internacional como en la interna Si uno efectúa un análisis teleológico de las normas advierte que cuando el legislador creó la institución de la adopción nunca pensó que la base podría ser un ilícito. La existencia de un ilícito altera completamente los presupuestos de la ley. Entonces, si descubro un ilícito evidentemente tengo que poder declarar que es nula de nulidad absoluta, porque aun cuando esto pueda ser irritativo resulta evidente que los órganos del Estado han sido fraudulentamente utilizados para dictar una sentencia, crear un acto aparentemente firme y establecer una situación de emplazamiento familiar mediante un fraude. Me parecería muy trágico que frente a esto estuviéramos inermes. Por otra parte, si mediante evaluaciones psicológicas se concluye que a pesar de ello, es conveniente disponer de algún sistema intermedio para no desarraigar al menor de la familia y mantener vínculos con la familia biológica hasta superar la crisis, es propio de peculiaridades casuísticas, pero no puede soslayarse una nulidad que está dada por faltar el elemento de admisión establecido por la norma Implícitamente, porque nunca puede estar esta institución asentada sobre un ilícito.

Es cierto que cada vez que se habla de adopción se piensa en la posibilidad de adopciones de niños muy pequeños. En adopción internacional hemos planteado varias veces las opciones que hay en algunos países y que admiten la adopción internacional solo cuando ya han fracasado todas las posibilidades de adopción interna. Entonces, se podría establecer una edad mínima - que yo fijaría en 6 años, pero alguien puede decir 5 a 7 - y no admitir adopciones internacionales de niños menores de esta edad, pues todavía están a tiempo de ser adoptados en el país.

Siempre me preocupó la prohibición absoluta, que de alguna manera entraña la reserva a la Convención sobre Derechos del Niño. Digo esto porque la adopción internacional tiene todos los defectos que se han indicado, aunque me parece que algunos son comunes a cualquier adopción. Así, por ejemplo, podemos pensar cómo se siente un niño o una niña colombiana en París. Indudablemente, se debe sentir bastante fuera de su medio. Pero al mismo tiempo me pregunto cómo se puede sentir un niño de una villa miseria de General Sarmiento - es decir, el conurbano bonaerense -, por ejemplo, que de golpe es trasladado a uno de los barrios que todavía es considerado como relativamente residencial dentro de la ciudad de Buenos Aires. Así como en el primer caso podemos preguntarnos cómo se siente esa niña colombiana en uno de los mejores colegios de París, en este segundo ejemplo podemos preguntarnos cómo se puede sentir ese niño de una villa miseria en un colegio donde los alumnos estudian castellano por la mañana e inglés por la tarde. Asimismo, podemos pensar cómo se siente al lado de los otros chicos, que aunque de igual nacionalidad provienen de un sector socioeconómico distinto. A mi

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

juicio, esta es una cuestión muy seria, pero en modo alguno constituye un problema derivado de un traslado internacional. Por el contrario, esto también tiene que ver con elementos internos. Piensen por un momento en cualquiera de estos niños que tenemos en diferentes lugares del país, en sus características faciales, y se darán cuenta de que el desarraigo que pueden llegar a sufrir esos pequeños es el mismo que puede padecer la niña colombiana que en nuestro ejemplo era trasladada a París.

Al mismo tiempo, todos estos problemas que se están planteando ahora han sido observados, y también es posible apreciar que en esta nueva Convención a la que hizo referencia la doctora Minyersky, La Haya 1993, los europeos están volviendo sobre sus pasos. ¿Cuáles eran los primeros pasos? La primera forma nos indica que a través de una guarda simplemente administrativa salía un niño que era adoptado ante un tribunal extranjero, domicilio del pretense adoptante; ahora buscan concordancia y jurisdicción del Estado receptor.

La segunda forma consiste en que los padres llevan al niño hasta la frontera, cruzan ésta y luego lo "venden". El niño, sin documentación, llega a otro país, donde aparece como "Hallado", y es allí donde se inicia todo el proceso de "adopción". Existen determinados países de América en los que se efectúan adopciones rapidísimas - les diría que en muy pocos días -, y los niños salen con una guarda provisoria.

La última variante está dada por la realización de un proceso con intervención de los organismos judiciales de los Estados interesados. ¿Por qué aceptan estos países? Algunos son países latinoamericanos. El problema de la infancia es una cuestión difícil de resolver. Entonces, teniendo en cuenta que en algunas naciones los niños están viviendo en la calle y corriendo el riesgo de que los maten - inclusive, hasta con el silencio cómplice de los civiles, ya que no siempre son sólo las fuerzas de seguridad las que los matan -, hay países que prefieren que los niños salgan con una guarda de adopción.

Creo deseable que haya unificación en América latina. Asimismo, considero que la República Argentina puede sentar bases en su legislación como lo propicié en diversas oportunidades, con el propósito de preservar a nuestros niños. Dichas bases que enuncié en aquellas jornadas en el Teatro San Martín son: establecimiento de una jurisdicción exclusiva argentina; aplicación preponderante de la ley del domicilio del menor, es decir, de la ley argentina; consideración de orden público internacional de sus normas; posibilidad de realizar los controles, aun con posterioridad a las sentencias de adopción durante el lapso de un año mediante el sistema judicial; exclusión y prohibición absoluta de la intervención de agencias privadas o no privadas, es decir, intervención judicial exclusiva; y determinación de una edad mínima de seis años para ser dado en adopción internacional.

Es posible que en este momento me esté olvidando de la inclusión de algún requisito. No obstante, a lo expresado precedentemente me permitiría agregar lo siguiente: en primer término, el derecho a la intimidad no puede ocultar el origen y los datos de los padres biológicos; y, en segundo lugar, la entrega del niño a los padres debe ser realizada personalmente por el juez.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Con relación a este último aspecto, es conveniente señalar que el trámite es muchas veces doloroso, ya que el niño es enviado directamente en un avión. En cambio, lo que yo propongo es que vengan a buscar al niño, ya que de esta forma el juez deberá tener, por lo menos, dos entrevistas personales con los pretendidos padres. Pienso que con este sistema podríamos llegar a tener en algunos casos la posibilidad de dar en adopción niños que, si no, están en este momento institucionalizados. A quienes les interese este tema quiero recordarles que existe un circuito denominado circuito infernal, en virtud del cual todo niño institucionalizado cuando sale vuelve a ser internado en institutos penales.

Por lo expuesto, si quisiera establecer una escala de valores, diría que, en primer término, hay que reforzar el vínculo biológico; en segundo lugar, tendría en cuenta la adopción interna, y en última instancia, contemplaría la adopción internacional. Pero, fundamentalmente, lo que no se puede hacer es prohibirle a cualquier niño el derecho de tener un hogar (aplausos).

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO. - Luego de estas excelentes exposiciones, los panelistas que nos han acompañado procederán a responder las preguntas que los participantes de esta reunión deseen formularles.

PARTICIPANTE. - Yo siempre insisto sobre lo mismo: la especialización, a mi juicio hace a la agilidad. Creo que muchos de los que estamos aquí presentes vamos diariamente a tribunales, y así, por ejemplo, podemos observar lo que demora un expediente referido a una separación. En materia de separación, gracias a Dios, se han creado ahora los juzgados de familia. Pero no entiendo por qué no se ha buscado esa misma especialización con relación a la adopción a fin de hacer más sencillo su trámite. En mi opinión, al mezclarse las diferentes necesidades que tiene la sociedad argentina se termina por lograr que la gente ni siquiera intente efectuar una adopción. En otras palabras, la gente, por ejemplo, prefiere trasladarse a Brasil para adoptar un niño en ese país y volver, posteriormente, a la República Argentina con ese chico. Esa es la falla que noto en materia de adopción.

DOCTORA MINYERSKY. - Creo que aquí se registra una confusión que es frecuente: el trámite de adopción no es complejo. No sé si usted sabe lo que es el juicio de adopción. Yo he realizado una investigación en el ámbito de la Capital Federal, y en tal sentido puedo precisarle que, desgraciadamente, las adopciones son prácticamente juicios sumarios. Yo muchas veces digo que se tiene más cuidado en un juicio patrimonial que en uno de adopción.

He tramitado unas cuantas adopciones en la Capital Federal y en general los jueces no hacen comparecer a los adoptantes. Incluso van madres a ratificar la entrega de su niño y son recibidas en Mesa de Entradas donde le ponen un sello al escrito como si se tratara de una fianza y ellas firman que ratifican la entrega. Estoy hablando de lo que ocurría en los últimos años;

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

creo que ahora todo sigue igual.

No debemos confundir el hecho de poder adoptar con lo que es el trámite del juicio de adopción. La gente confunde generalmente porque tiene una situación afligente y quiere un bebé. Pero hay algo que es claro: no existe un derecho al niño. Lo que hay es el derecho del niño. Así como cuando alguien se embaraza pudo haber estado dos o tres años intentando lograrlo, también quienes adoptan pueden tener dificultades en el trámite de adopción. En muchos juzgados del Gran Buenos Aires se está haciendo un muy correcto trabajo de preparación para los futuros adoptantes. A veces la gente que trabaja en adopción se confunde porque cree que es Dios y que está dando vida. Los operadores del derecho no somos nada más que instrumentos para ayudar a una persona para que ese vínculo o filiación social psicológica tenga el carácter legal debido.

Si nos especializamos más en el derecho de familia vamos a comenzar por dar a la adopción una entidad propia. Por tratar de igualarla con la relación biológica - no es igual sino algo distinto, tan o más valioso - se le ha quitado entidad propia. La adopción debe ser dignificada en sí misma. Una cosa es que los efectos del vínculo legal de la adopción sean los mismos que los de la filiación biológica y otra cosa es decir que la adopción es lo mismo que el vínculo biológico, lo cual es un error. Si los separáramos completamente creo que haríamos una especie de marginación.

PARTICIPANTE. - Con relación al desarraigo, se preguntó aquí cómo se va a sentir un chico que nace en una villa miseria y es adoptado por alguien que tiene un mejor nivel social. Me parecería fatal que el chico de la villa miseria deba ser adoptado por otra persona de la misma villa.

DOCTORA BIOCCA. - El problema del desarraigo no tiene solución. Obviamente puede ser interno o internacional. Esta cuestión se plantea generalmente con el supuesto de un niño de un país subdesarrollado que se traslada a un país desarrollado; estará entonces desarraigado en lo físico y en lo cultural, y esto es cierto. A un adulto también le ocurriría lo mismo, con la diferencia de que en este caso lo hace voluntariamente.

El desarraigo en la adopción constituye un problema ínsito para todo niño que no está con sus padres biológicos. Pero ocurre que la misma persona que critica al sostener que un niño no puede ser enviado al exterior porque sufriría el desarraigo, ve espléndido que un chico del conurbano sea traído a vivir a la avenida Alvear. Este chico también va a sufrir un desarraigo. Un niño colombiano en París o un chico del conurbano bonaerense en la Capital Federal sufrirán el desarraigo por igual. Si tienen un intenso vínculo afectivo quizás el problema se resuelva, pero no nos engañemos: la única manera de evitar el desarraigo no consiste en dejar al niño en la Argentina sino que éste conserve a su familia biológica, pobre, rica o como fuera. Lo que hay que hacer es proteger a toda la gente que en este momento está dando en adopción a sus hijos porque no los puede mantener. Gran cantidad de mujeres deben entregar a sus hijos en adopción porque no tienen dónde vivir, sus padres las echan, sus patronos no las dejan trabajar

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

con una criatura, no pueden pagar una plaza de hotel y si pueden hacerlo no tienen dónde mantener a la criatura durante las horas de trabajo. Es en este aspecto en donde resulta necesario implementar una acción seria por parte de una sociedad que pretende llegar a ser madura.

En este momento el grueso de los niños que son entregados en adopción proviene de una situación de marginalidad, falta de vínculos de la misma madre o su abandono. Estas son las situaciones que hay que ver; el desarraigo existe siempre.

PARTICIPANTE. - Quería preguntar a la doctora qué pasa en el caso concreto de una chiquita abandonada por su madre a la familia de su padrastro. El juez de menores convoca a determinadas personas para que la tengan bajo guarda. Supongamos que la chiquita es sacada de la villa por haber sido abandonada por su madre de la cual nada se sabe -, y se la traslada a una casa común y corriente de clase media, que es diferente al ambiente que la niña tenía. Por otro lado, quien, al tener la guarda, conserva la expectativa de adoptar a la menor algún día. Pero el juez dice que si se localiza a la madre y ésta reclama a su hija se le debe devolver. ¿Hasta dónde llega la patria potestad de la madre o de los padres? Con esta medida podría producirse un daño doble a la nena en cuanto al desarraigo. Posiblemente durante dos años la niña que tiene seis años de edad - reciba una educación, tenga una casa con dormitorio propio y una serie de comodidades y luego, si la madre aparece, resulta que debe retornar a la villa a compartir una pieza con cuatro personas más.

Creo que la ley debería poner un límite a la patria potestad. Es cierto que existen situaciones extremas como la que recién se planteaba, pero cuando una madre sabe que tiene una criatura que abandonó hace dos años, los vecinos denuncian que ésta fue sometida a malos tratos y el juez considera que todavía tiene derechos, esto hace que las personas que tenemos hijos propios - como yo - y que no nos importaría adoptar un chico de seis años, nos encontremos ante la disyuntiva de tener que esperar a ver si la madre aparece o no. ¿No se va a regular este aspecto de la patria potestad? ¿Hasta dónde llegan sus derechos?

DOCTORA BIOCCA. - Quisiera efectuar una aclaración: no puedo referirme a un caso concreto porque, precisamente, no puedo hacerlo, y además, porque no lo conozco. Creo que lo que usted dice es muy importante. Uno de los aspectos más difíciles de resolver consiste en determinar cuándo se produjo el abandono. Por eso, las situaciones socioeconómicas perturban, a veces, las nociones meramente jurídicas.

Quisiera efectuar un planteo en cuanto a este tema. Hay personas que dejan a las criaturas en ciertas instituciones porque no pueden alimentarlas, aunque sí pueden visitarlas. Como estas instituciones son pocas en la provincia de Buenos Aires, por ejemplo, se encuentran alejadas unas de otras y, al mismo tiempo, el transporte resulta muy costoso, entonces empiezan a no concurrir. Consecuentemente ¿hay abandono? De hecho, no tengo dudas. ¿Hay abandono jurídico? Ahí empezamos a tener inquietudes

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

en el sentido de determinar si lo hay. Coincido con usted en que se trata de una noción muy difícil de establecer, y hasta le diría que hay que atenerse a las situaciones del caso. La ley tendrá que fijar pautas, pero se trata de algo muy difícil, ya que son situaciones humanas en las que cada ser es un universo.

En cuanto al otro aspecto que usted ha señalado, se trata de algo cierto. No sé si los demás panelistas compartirán esto. Yo he tenido sentencias sobre este particular. A mi juicio, las nociones mínimas acerca de cómo se fueron modificando las definiciones de patria potestad indican que primero apareció como un derecho de los padres, y posteriormente surgió como un deber. Me da la impresión de que la situación preexistente de la realidad biológica indica que primero es un deber. En principio, los padres solamente tienen deberes, y prácticamente ningún derecho. Esto va escalando posiciones hasta que aparentemente llega un momento en que se emparejan los deberes y los derechos, y posteriormente da la sensación de que se vuelven derechos los de los padres. Me parece que esto que indica la naturaleza es lo que corresponde. Por eso, creo que nosotros siempre hemos ejercido algo así como un derecho sobre los menores, es decir, que la cuestión pasaba por tener en cuenta primero la obligación y los deberes, y después los derechos.

Por lo expuesto, me gustaría analizar con mucho rigor la patria potestad. No obstante, en el caso del abandono hay que considerar la existencia de dificultades socioeconómicas que a veces pueden ocasionarnos algunos impedimentos.

PARTICIPANTE. - En mi época de adolescente en Córdoba fui voluntaria de la Casa Cuna, y había madres que, a pesar de vivir muy cerca de los niños, no los visitaban, sino que aparecían cada quince o veinte días. Pero eran hechos casuales, independientemente de aquellas madres que deseaban visitar a sus hijos y no podían llegar. Por eso digo que como la valoración la tiene que efectuar el juez, y éste no tiene normas...

DOCTORA BIOCCA. - Siempre hay normas.

DOCTOR AZPIRI. - La ley de adopción prevé una pauta en este sentido. Precisamente, el inciso 2) del artículo 11 de la citada norma legal establece que cuando los padres coloquen a un menor en un establecimiento de beneficencia o en un instituto público o privado, y al mismo tiempo se desentiendan durante un año en forma injustificada, entonces el menor quedará en condiciones de adoptabilidad. Esto podrá gustarnos o no, o podremos considerar que un año es mucho o poco tiempo, pero no se puede negar la existencia de pautas en este sentido. Es decir que la ley establece algún criterio como para que el juez determine si hay un incumplimiento justificado o no.

DOCTORA MINYERSKY. - Justamente, hace poco estuvimos trabajando sobre el tema de la conceptualización del abandono en un congreso de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

psicología presidido por la licenciada Eva Giberti. Yo creo que nuestra ley adolece en cuanto a la definición del abandono. Estoy de acuerdo con lo expresado por la doctora Biocca en el sentido de que se trata de un tema muy complejo. Pero al mismo tiempo pienso que la ley de adopción donde se establece una definición indirecta del abandono generalmente ha sido malinterpretada. Así, por ejemplo, en lo concerniente a esta cuestión vinculada al plazo de un año, algunas personas que trabajan en el instituto dicen que los padres van a ver a sus hijos una vez al año, con lo que se interrumpe el transcurso de ese famoso plazo. Ante esta interpretación incorrecta de la ley, he llegado a la conclusión de que hay que efectuar una modificación. En mi opinión, tanto en el ámbito del derecho de familia como en otras esferas del derecho la síntesis es buena. En lo que respecta al derecho de familia, las normas cumplen una función educadora muy grande. Asimismo, existen legislaciones como la francesa y la española que poseen una gran precisión en el sentido de determinar qué actos no implican una voluntad de retomar al niño, como por ejemplo el simple período de noticias o la realización de una visita. Es decir que a fin de que no se haya configurado el abandono se debe evidenciar la intención de querer mantener el lazo filial.

De manera tal que, en última instancia, todas estas son normas. En todo caso, creo que ha sido un defecto de nuestras instituciones, que han pasado a lo largo de todas las guardas administrativas, en el sentido de decir que un niño no puede ser incluido en una lista de menores que deben ser adoptados debido a que su madre vino a verlo hace ocho meses. Eso quedaría dentro del criterio acerca de cómo se debe interpretar una norma. Deseo señalar que la idea relativa al plazo de seis años ha sido incorporada al código de Bolivia. Se trata de una norma nueva en dicho código, y en virtud de ella no se pueden entregar en adopción internacional menores que no hayan cumplido los seis años de edad. Por otra parte, quisiera decir que en un tema tan complejo como éste las encuestas - que se llevan a cabo sobre la base de ciertos estudios - indican que las adopciones que más éxito tienen son las transnacionales.

PARTICIPANTE. - Me gustaría expresar algunas cosas sobre la base de la experiencia que he recogido en mi paso por la Justicia.

En primer término considero que habría que elaborar un código de adopción, ya que en nuestro país sería de mucha utilidad.

En segundo lugar, me parece una barbaridad que a los veinticinco años de edad y nada más que con cuatro años de actuación en un cargo judicial se pueda ser juez, y menos aún juez de familia. Asimismo, pienso que los magistrados - tanto en el caso de los hombres como en el de las mujeres - tendrían que ser casados, pues es malo que no se tenga experiencia personal.

Finalmente pienso que debe establecerse como un trámite necesario la realización de una entrevista personal del juez con los adoptantes y con el adoptado, bajo sanción de nulidad absoluta.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

PARTICIPANTE. - En el caso de un niño abandonado en el ámbito de una iglesia o de un convento, quisiera saber si se está en jurisdicción de la justicia penal y no de la civil. Y en caso de que la respuesta a esta pregunta fuera afirmativa, me gustaría conocer la forma en que se maneja el trámite de adopción en el supuesto de que no haya consentimiento de la madre.

DOCTOR AZPIRI. - En los casos de abandono comprobado judicialmente, normalmente en la Capital Federal interviene un juez de familia y se adopta un procedimiento de protección de personas, donde se procura dar un ámbito adecuado al menor. Generalmente esto termina con la guarda provisoria y finalmente en guarda con fines de adopción. Si no se encuentra quién pueda tener a su cargo al menor éste puede terminar en un instituto de menores.

En esto no hay un plazo establecido. El juez ordena las diligencias propias para resguardar la integridad psicofísica del menor, pero no hay pautas establecidas a seguir para lograr la ubicación del menor.

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO. - Agradecemos mucho la presencia de los panelistas, quienes nos han deleitado con sus exposiciones (aplausos).

Tema: LA SEGURIDAD JURÍDICA Y EL DERECHO AUTORAL

Relatores: PROFESORES DOCTORES CARLOS VILLALBA, DELIA LIPSZYC Y HÉCTOR DELLA COSTA

Fecha: 9 DE NOVIEMBRE DE 1993

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO, DOCTOR JORGE HORACIO ALTERINI. - Ustedes saben que el derecho autoral es una disciplina que no tiene muchos cultores en la Argentina, pero aquellos que seriamente se han dedicado a este tema son de alto nivel. Justamente tenemos a tres de los más destacados representantes de esta especialidad del derecho, que según el orden en el que expondrán acerca de la seguridad jurídica y el derecho autoral, son el doctor Villalba, la doctora Lipszyc y el doctor Della Costa.

Como ellos no necesitan ser presentados - por ser suficientemente conocidos - los dejo directamente en el uso de la palabra, en primer término, la del doctor Villalba.

DOCTOR VILLALBA.

La seguridad jurídica es una de las motivaciones por las cuales el derecho fue elaborado. Por lo tanto, es una de las nervaduras que encontramos cada vez que enfocamos algún aspecto jurídico. El derecho de autor tiene algunas