

Publicación: Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración

Número 2 - Julio 2015

Fecha: 21-07-2015 Cita: IJ-LXXX-739

La adopción internacional en la Argentina

A 25 años de la Convención sobre los Derechos del Niño*

Federico G. Vicente Herrero**

I. Introducción [arriba] -

I.1. Presentación del problema

Este trabajo tiene como meta colocar sobre el escenario el debate respecto a la adopción internacional como instituto jurídico alternativo capaz de brindar un hogar a niños que, habiéndose agotado todas las instancias (a saber: permanencia en la familia de origen -o ampliada- y la adopción por adoptante/s con domicilio en la República Argentina), no tienen más opción que permanecer institucionalizados.

Precisamente, en razón de la importancia del desarrollo integral de una persona en el seno de una familia este artículo tendrá por objeto repensar el instituto de la adopción internacional como variante para que niños, niñas y adolescentes (en adelante “NNA”) que no puedan vivir con su familia de origen, ni tampoco encuentran contención familiar fruto de la adopción interna, puedan hallar una familia aún cuando el domicilio de sus integrantes (adoptante/adoptantes) se encuentre en el extranjero.

No resulta aventurado señalar que en muchos casos, en los que la adopción interna no garantice al NNA su derecho a una familia, la adopción internacional podría resultar un recurso aceptable siempre que se tomen estrictos recaudos a la hora de su instrumentación. Así, por ejemplo, cuando se tenga certeza de que el NNA desamparado e institucionalizado, ya no será requerido en adopción por familias domiciliadas en la República Argentina, lo cual puede resolverse fijando una edad límite a partir de la cual puede acordarse la adopción internacional.

Es sabido que cuanto mayor es el NNA más dificultoso se torna su inserción en una familia adoptiva. Ante tal situación nos interrogamos: ¿es preferible un NNA institucionalizado o desamparado ante la posibilidad de emplazarlo en una familia domiciliada en el extranjero?

Es aquí donde esta institución podría aparecer en el horizonte de muchos NNA como una oportunidad para escapar a su situación de vulnerabilidad y desamparo, y para encontrar una familia que -pese a estar domiciliada en el extranjero- les brinde el amor y la protección adecuados para su desarrollo integral.

En ocasión de cumplirse el 25 aniversario de la aprobación[1], por parte de las Naciones Unidas, de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (en adelante “CDN”), nos proponemos reflexionar sobre la subsistencia -o no- de los motivos brindados por nuestro país para efectuar la reserva de los incisos b), c), d) y e) del artículo 21 de dicho instrumento internacional[2]. Reserva que impide la adopción de NNA con residencia habitual en nuestro país a favor de personas domiciliadas en el extranjero.

Además, de modo subsidiario -esto es, de haber sido superados los obstáculos para dejar sin efecto la mencionada reserva- podremos considerar la posibilidad de que nuestro Derecho Internacional Privado adopte un marco normativo, de fuente interna e internacional, que brinde seguridad jurídica en la constitución de un vínculo adoptivo que presente elementos extranjeros.

Este análisis nos llevará a introducirnos en la posición que a lo largo de los años ha adoptado el Estado argentino en torno al tema. Posición que, entre otras cuestiones, ha sido la causa de que en nuestra legislación no se subsane el vacío normativo imperante en la materia, el cual perdura desde que fue sancionado el Código Civil de Vélez Sarsfield en 1869.

A su vez, observaremos que -como señala la Dra. Nieve Rubaja- las fuentes normativas vigentes en nuestro país no logran regular acabadamente las cuestiones relativas a la adopción internacional, persistiendo la incertidumbre y la laguna en la materia a través del tiempo y de los cambios de legislación[3].

Desde nuestra óptica, resulta trascendental señalar que no se puede prolongar indefinidamente el disfavor hacia la adopción que se infiere de la reserva efectuada a la CDN, sin procurar con premura mecanismos de protección legal que permitan prevenir y combatir la venta y el tráfico de niños.

La consideración prevalente del interés del niño no es sólo una norma que sirve para dirimir conflictos de derechos, sino que es un principio jurídico que irradia políticas públicas en materias en las que el niño resulte involucrado.

Además, no podemos pasar por alto que en los últimos años en los países americanos han crecido en gran número las adopciones de NNA realizadas a nivel internacional, lo que suscita con gran frecuencia problemas de jurisdicción competente y derecho aplicable.

En efecto, como podemos apreciar la institución en cuestión se presentaría, bajo rigurosos mecanismos de control, como una posible solución al flagelo de la niñez desamparada y vulnerable. Sin embargo, al parecer, el Derecho argentino por el momento no observa con buenos ojos su positivización.

1.2. Objetivos principales

Con el objeto de cumplimentar las expectativas del presente trabajo nos hemos propuesto dar cuenta de la posición de la República Argentina respecto de la adopción internacional a lo largo de los últimos 25 años.

Asimismo, hemos procurado recabar y analizar las normas de Derecho Internacional Privado de fuente convencional sobre la materia. Así como también valorar las propuestas efectuadas por la normativa proyectada.

Además, daremos cuenta de dos antecedentes jurisprudenciales nacionales que revelan ciertas peculiaridades sobre la temática en cuestión. Y examinaremos las posiciones doctrinarias esgrimidas en nuestro país que rondan en torno a la adopción internacional.

1.3. Objetivos específicos

Aparecen como objetivos específicos de este trabajo estudiar las posibles dificultades que presentaría la aplicación del instituto de la adopción internacional en nuestro país, teniendo primordialmente en cuenta los motivos esgrimidos para efectuar la reserva al momento de ratificar la CDN.

En idéntico sentido, considerar los beneficios que reportaría que nuestro país recete normas de Derecho Internacional Privado tanto de fuente interna como convencional que regulen la adopción internacional. Así como analizar la necesidad del desarrollo de un marco normativo en esta materia, tendiente a brindar herramientas prácticas a los operadores del derecho.

Y, por último, elaborar propuestas mínimas para la regulación de las adopciones internacionales desde el Derecho Internacional Privado.

II. Puntos de partida [arriba] -

II.1. Sobre la evolución de la Familia

Atento a que el presente trabajo centrará su atención en la figura de la adopción, más precisamente en la adopción internacional -es decir, aquella que cuenta con elementos extranjeros-, resulta imposible comenzar nuestra tarea sin detenernos a observar cómo ha sido la evolución del concepto de familia en nuestra sociedad (concepción que no siempre ha tenido su correlato en nuestro ordenamiento jurídico) con el devenir de los años.

La importancia del desarrollo de la noción de familia está dada en virtud de que la adopción puede ser una de las -diversas- formas en que se inaugura un proyecto de vida familiar. Ahora bien, como veremos más adelante, este instituto jurídico no siempre estuvo contemplado en nuestro ordenamiento normativo, sino que incluso nuestro Codificador expresamente manifestó que no resultaba conveniente su regulación en nuestra legislación. Esta decisión, sin dudas, obedece a la concepción familiar que se tenía en aquella época, donde “la familia” se hallaba definida por el matrimonio y por los hijos biológicos o “naturales” nacidos dentro de éste.

Para comenzar, debemos tener en cuenta que, tradicionalmente, en el campo de lo jurídico la familia -ampliamente considerada- comprende a todas las personas entre las cuales existe un vínculo jurídico derivado del parentesco o del matrimonio.

Desde esa concepción tradicional imperante en la época, el Código Civil de 1869 convalidó jurídicamente el modelo de relaciones familiares del derecho canónico. Así, reconoció por sobre cualquier otra forma de organización familiar a aquella constituida a través del matrimonio religioso indisoluble, consagró al varón como jefe indiscutido de la familia y titular exclusivo de la patria potestad sobre sus hijos menores, impuso fuertes restricciones a los derechos civiles de la mujer y consolidó las diferencias jurídicas entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, a los que clasificó en naturales, adulterinos, incestuosos y sacrílegos.

Partiendo de lo expresado anteriormente, nos encontramos con distintas opiniones doctrinarias que reflexionan sobre la institución familiar y la evolución que fue experimentando con el correr de los años. De este modo, conviene traer a colación los postulados de reconocidos autores con el objeto de aproximarnos a una definición más acabada de lo que hoy entendemos por “familia”.

Así, para los Dres. Bossert y Zannoni[4] la familia ha evolucionado desde relaciones de tipo endogámica, es decir, las que se asentaban sobre relaciones sexuales que existían indiscriminadamente entre todos los varones y mujeres que componían la tribu (ello daría cuenta de un origen matriarcal de la familia); hasta su organización actual fundada en la relación monogámica, en la cual un solo hombre y una sola mujer sostienen relaciones sexuales exclusivas y de ellos deriva la prole que completará el núcleo familiar. Asimismo, los mencionados doctrinarios entienden que desde una perspectiva sociológica, la familia es una institución permanente que está integrada por personas cuyos vínculos derivan de la unión intersexual, de la procreación y del parentesco.

Por otro lado, el Dr. Belluscio[5] considera que la familia en sentido amplio (familia como parentesco) es el conjunto de personas con las cuales existe algún vínculo jurídico de orden familiar. Mientras que desde una perspectiva restringida, la familia sólo comprende el núcleo paterno-filial -denominado también “familia conyugal” o “pequeña familia” -, es decir, la agrupación formada por el padre, la madre y los hijos que viven con ellos o que están bajo su potestad. El mencionado autor sostiene que a diferencia de la familia en sentido amplio, definida por la existencia de relaciones jurídicas familiares y que determina el campo del derecho de familia, la familia en sentido restringido asume mayor importancia social que jurídica. Es el núcleo más limitado de la organización social y el que ha merecido la atención

de numerosos textos constitucionales del siglo XX, que tienden a imponer al Estado su defensa o protección.

A su turno, el Dr. Azpiri[6] coincide con las nociones clásicas del concepto de “familia” esbozadas en los párrafos anteriores. No obstante, indica que resultaría oportuno precisar que es incuestionable que el matrimonio configura un elemento esencial para la constitución de una familia, dando origen así a la llamada “familia matrimonial”; pero considera que, además, debe incluirse a la pareja de hecho como generadora de una familia, produciendo la “familia extramatrimonial”, y también a la familia que se forme entre un solo progenitor y su hijo -conocida como “familia monoparental”-, porque estima que tanto una situación como la otra son merecedoras de una regulación legal.

Ahora bien, resulta imponderable apuntar que la familia, como institución sociocultural, fruto de la interacción de diversos factores que repercuten en su estructura y composición, ha sufrido notables transformaciones a lo largo del tiempo, dando lugar a nuevas prácticas y tendencias que aclaman su reconocimiento jurídico.

En ese sentido, los Dres. Gil Domínguez, Herrera y Famá[7] en pos de comprender esta transformación de “la familia” por “las familias” -en sentido plural- señalan que factores de distinta índole, como ser: económicos, políticos, demográficos, sociales y culturales han dado lugar a una alteración del modelo de vida familiar “ideal”. Explican que este modelo presentaba transiciones previsibles y duraciones largas en cada una de sus etapas, a saber: de la casa paterna -familia nuclear completa- se pasaba a integrar una nueva familia como consecuencia del matrimonio -hogar de dos miembros- hasta el nacimiento de los hijos - familia nuclear completa-, que luego se casaban dejando a la pareja sola -nido vacío-.

Los destacados doctrinarios indican que no debemos perder de vista la incidencia de los avances tecnológicos, que también nos llevan a un replanteo de la institución matrimonial. En síntesis, proponen que en contraposición con condiciones ideológicas, culturales, económicas y políticas impulsadas desde los diversos sectores de poder, que impusieron desde siempre el modelo familiar nuclear como la única forma adecuada de reproducción social, se presentan diversas alternativas fruto de la autonomía de la voluntad y la libertad individual que nos permiten pensar en nuevos modelos de convivencia, sin dejar de lado la familia, considerada a la luz de criterios más amplios.

Sin embargo, es menester apuntar que, paralelamente, se fueron produciendo cambios normativos que acompañaron esta evolución sociológica de la familia. Así las cosas, notables fueron las reformas introducidas por las leyes N° 11.357 (Ley “Sobre derechos civiles de la mujer”) y N° 17.711. Asimismo, comportaron singular importancia en la configuración de la estructura familiar las leyes N° 23.264 (que determinó la titularidad conjunta de la llamada “patria potestad” y equiparó los derechos de los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio) y N° 23.515 (que introdujo el divorcio vincular).

Todos estos cambios normativos reconocen un hito fundamental en el año 1994 dado que se vieron reforzados por la reforma constitucional, que tuvo una colosal influencia en el

derecho de familia, especialmente en virtud del otorgamiento de jerarquía constitucional a ciertos tratados internacionales de derechos humanos (artículo 75, inciso 22 CN).

Asimismo, dan cuenta de las permanentes transformaciones en el campo del derecho familiar las recientes leyes de Matrimonio Igualitario (Ley N° 26.618) y de Identidad de Género (Ley N° 26.743) que avanzan en el reconocimiento de nuevas formas de familia, consagrando nuevos derechos para un sinnúmero de personas que no contaban con la protección legal para desarrollar su proyecto familiar.

Detentando una concepción cada vez más amplia de lo que entendemos hoy por “familia”, en donde los lazos afectivos y los proyectos de vida no responden a un solo modelo sino -por el contrario- que se basan en la tolerancia, la no discriminación y el pluralismo, me permito humildemente coincidir con la noción propuesta por Gil Domínguez, Herrera y Famá[8], en tanto entienden que una familia resulta digna de protección y promoción por parte del Estado cuando es posible verificar la existencia de un vínculo afectivo perdurable que diseña un proyecto biográfico conjunto en los aspectos materiales y afectivos.

En consecuencia, siguiendo esta noción podemos entender que existe una familia entre: a) dos personas de distinto sexo unidas en matrimonio por ley civil con o sin hijos; b) dos personas de distinto sexo unidas en matrimonio religioso con o sin hijos; c) dos personas de distinto sexo que conviven con o sin hijos; d) dos personas de igual sexo unidas en matrimonio por ley civil con o sin hijos; e) dos personas de igual sexo que conviven con o sin hijos; f) dos o más parientes consanguíneos o afines, convivan o no; g) una persona que vive sola con sus hijos tras haberse separado o divorciado; h) el progenitor y sus hijos con los que no convive tras haberse separado o divorciado; i) una madre que cría y educa sola a su hijo no reconocido por su padre; j) dos personas divorciadas que conviven con los hijos del matrimonio anterior de uno o ambos.

Al mismo tiempo, no podemos perder de vista que la familia o las familias cumplen un rol decisivo, ya que a pesar de las transformaciones sufridas por ellas, hoy se recupera y revaloriza la función más importante que es constituir de la familia un medio de socialización del individuo. Por tanto, intentaremos averiguar a lo largo del presente trabajo si un niño en situación de vulnerabilidad -llegado el caso- podría crecer, desarrollarse e integrar ese medio de socialización, aunque su posible familia se encuentre domiciliada allende las fronteras del Estado argentino.

Como cierre de este acápite, entonces, resulta imprescindible tener presente que constituir una familia es un derecho fundamental y un derecho humano emergente de forma expresa de la regla de reconocimiento constitucional argentina. Se construye desde la subjetividad de sus miembros (excluyendo la idea de la familia como un ente con vida propia más allá de los derechos de sus integrantes), y surgen de su contenido -en forma de potestades- posiciones iusfundamentales que pueden ser opuestas a terceros y al Estado[9].

II.2. Sobre la adopción interna

Antes de adentrarnos de lleno en el tema propuesto, resulta imprescindible sentar ciertas consideraciones sobre el instituto jurídico a nivel interno, las que serán útiles para comprender el posicionamiento de nuestro país respecto de la adopción internacional.

Como primer medida, debemos tener en cuenta que la adopción constituye por excelencia uno de los medios de protección de la infancia, particularmente de la que se encuentra en situación de desamparo. No obstante, es necesario considerar que se trata de una institución tendiente a efectivizar el derecho de todo NNA a vivir en familia tras haberse descartado la viabilidad de respetar otro derecho humano como es el de permanecer con la familia de origen.

Entonces, desde la obligada perspectiva de los Derechos Humanos, la mirada o eje central debe estar puesta en los NNA y en la satisfacción de su derecho a vivir en familia; con su familia de origen en primer término, o en su familia ampliada (ya que puede ocurrir que los padres no se encuentren en condiciones -de manera permanente o transitoria- de hacerse cargo de sus hijos pero sí algún familiar como un abuelo, tío o hermano mayor) o, si ello no fuera posible, en una familia adoptiva.

Adicionalmente, como enseña la Dra. Marisa Herrera[10], no se nos puede pasar por alto que la doctrina de los derechos humanos deviene una perspectiva exigida desde la cual analizar todas las cuestiones que involucra, de manera directa o indirecta, a los derechos del hombre -sean adultos o niños-. En esta línea, resulta innegable que la adopción de niños constituye una institución jurídica multifacética, que involucra varios derechos humanos que titulariza cada uno de sus protagonistas. En relación a los niños, algunos de los principales derechos involucrados son: el derecho a vivir con dignidad, el derecho a vivir y/o permanecer en la familia de origen, el derecho a vivir en un entorno familiar, el derecho a la no discriminación por la condición de adoptado, el derecho a conocer los orígenes, el derecho a la identidad, entre tantos otros.

Ahora bien, no menos importante resulta apuntar que la institución que hoy conocemos no tiene nada que ver con la adopción conocida en siglos anteriores. Los Dres. Bossert y Zannoni[11] puntualizan que, en el pasado, fueron determinantes de esta figura jurídica el afán de los hombres de prolongar tras su muerte el culto de los dioses domésticos, el linaje, el nombre o la fortuna familiar, o incluso, asegurar para su alma prácticas religiosas que quedaban a cargo del adoptado.

Es así que la historia de la moderna adopción empieza recién con la Primera Guerra Mundial y la conmoción que produjo en los países europeos el espectáculo de la infancia desvalida; perdidos los hogares de millones de niños, se buscó el paliativo a través de la adopción que se convierte, entonces, en un medio de protección de la infancia desprovista de hogar.

En nuestro país, el drama de la infancia desvalida estuvo signado por la devastadora incidencia del terremoto acaecido en la provincia de San Juan el 15 de enero de 1944. Ello motivó que en 1948 se sancionase la Ley N° 13.252, pese a que -desde 1933- numerosos proyectos habían sido presentados en el Congreso Nacional, debatidos y nunca sancionados.

Efectuada esta disquisición, nos proponemos pasar revista sobre cómo ha sido considerada la adopción en el ordenamiento interno por el legislador nacional. Esto nos permitirá apreciar las dificultades y controversias que se fueron presentando al momento de su regulación, desde el vacío normativo consagrado con la sanción del Código Civil de Vélez Sarsfield (1869) hasta la Ley N° 24.779, norma que actualmente regula la figura en nuestro derecho positivo.

Comencemos. Hasta la sanción del Código Civil, la adopción estuvo regida por la legislación española contenida en las Partidas. Sin embargo, el Codificador decidió no regular este instituto. Las razones fueron expuestas en la nota enviada en 1865 al Ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública[12], con la cual acompañaba el Libro Primero del proyecto de Código Civil.

Luego de numerosos proyectos[13] presentados en el Congreso de la Nación para su regulación, la adopción fue objeto de legislación en el año 1948 a través de la Ley N° 13.252[14]. Mediante esta norma se incorporó la que hoy se conoce como adopción simple, esto es, aquella que creando un vínculo legal de familia entre adoptante (o adoptantes) y adoptado, limita el parentesco entre ellos sin extinguir definitivamente los vínculos con la familia de origen.

Posteriormente, en el año 1971, mediante la Ley N° 19.134 se incorporó a nuestro derecho positivo la adopción plena. Admitida en casos de niños abandonados, sin filiación acreditada, huérfanos o cuyos padres hubiesen perdido la patria potestad, ello en razón de que esta nueva figura confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen (el adoptado deja de pertenecer a su familia biológica y se extingue el parentesco con los integrantes de ésta, así como todos sus efectos jurídicos, con la sola excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales). Sin perjuicio de esta incorporación, se mantuvo la adopción simple respecto de niños que no se hallaren en alguna de estas situaciones.

En sus más de veinticinco años de vigencia, la Ley N° 19.134 demostró las virtudes de la adopción plena que, como institución, adquirió carta de ciudadanía. No obstante, en su aplicación se fueron advirtiendo ciertos defectos u omisiones que requerían encarar la ardua tarea de su reforma. Es así que prácticamente desde 1984 se sucedieron diversos proyectos legislativos de reformas a la Ley N° 19.134. En líneas generales, todos ellos coincidían en mantener el doble régimen de adopción -plena y simple-, pero tratando de flexibilizar requisitos o suplir deficiencias advertidas en la aplicación de aquélla.

De este modo, llegamos a la sanción de la Ley N° 24.779[15] que incorporó el régimen de la adopción al Código Civil, como Título IV, de la Sección Segunda del Libro Primero (artículos 311 a 340). Esta legislación más moderna, si bien mantuvo una estructura similar a la reemplazada, se encuentra directamente influenciada por el espíritu de la CDN, ya que persigue el aseguramiento de los derechos y garantías del niño como sujeto de derecho.

Finalmente, este recorrido encuentra su destino -al menos de momento- en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación sancionado recientemente y que entrará en vigencia el 1° de

agosto de 2015. El nuevo cuerpo normativo reconoce ambos tipos de adopción -simple y plena- e incorpora la adopción de integración con una entidad propia.

Como podemos apreciar la adopción es una figura que ha tenido una prolongada evolución en nuestro derecho interno, que comenzó por desconocerla y atravesó diferentes estadios, esto es fruto de los resquemores y sensibilidades que han existido y aún percisten en torno a ella.

A partir de esta somera descripción podemos ir advirtiendo la dificultad que se nos presentará cuando, llegado el momento, nos adentremos en las aristas internacionales que pueden atravesar al instituto de la adopción.

II.2.A) Derecho a permanecer en la familia de origen

Tal como afirmamos anteriormente, debemos remarcar que la adopción se encuentra orientada a satisfacer el derecho fundamental de todo niño a crecer dentro del seno de una familia. De ello surge que no existe un derecho de los pretensos adoptantes a que se les confieran niños, sino un derecho de los niños a ser criados por una familia.

En consonancia, la Dra. Silvia Fernández[16] indica que la adopción, como institución dirigida a materializar el derecho constitucional de las niñas, niños y adolescentes a la vida familiar (arts. 20 y 21, CDN), opera con carácter subsidiario debiendo agotarse previamente las posibilidades de reintegro al ámbito de origen.

Corresponde mencionar que este derecho a vivir y/o permanecer en la familia de origen presume que este grupo o hábitat social se presenta, a priori, como el más adecuado para proteger y satisfacer los derechos de niñas, niños y adolescentes. En virtud de ello la CDN reproduce en sus diversas disposiciones el derecho esencial del niño a vivir con sus padres y a ser cuidado por ellos (artículos 7, 9, 10 y 11, entre otros).

En ese sentido, resulta importante destacar el invalorable aporte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Atala Rifo e hijas vs. Chile”[17], que no determina un concepto cerrado de familia, ni mucho menos protege un modelo único de la misma. Sino que allí ha establecido que el término “familiares” debe entenderse en sentido amplio, abarcando todas las personas vinculadas con un parentesco cercano.

II.2.B) La adopción y el interés superior del niño

La CDN se encargó de introducir en su artículo 3.1[18], que -en consonancia- fue receptado por la Ley N° 26.061 (artículo 3), el principio del “interés superior del niño”. Normativamente considerado como la “máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley” a las niñas, niños y adolescentes.

Se sostiene que el interés superior del niño es un principio vago, de contenido indeterminado y sujeto a múltiples interpretaciones, ante lo cual muchas veces resulta arduo para el legislador y el juez decidir el alcance de dicho interés en el caso concreto. No obstante, sin perjuicio de dicha vaguedad, resultará en interés del niño toda acción o medida que tienda a respetar de manera efectiva sus derechos fundamentales[19].

De este modo, la Corte Interamericana de Derecho Humanos ha procurado determinar o precisar su configuración en la Opinión Consultiva N° 17/2002[20], y sobre ello expresó que “este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño”.

Este principio se constituye en el eje rector de todas las cuestiones relativas a los niños, entre las cuales se encuentran las decisiones a tomarse vinculadas con la adopción de un NNA. Al comportar la columna vertebral de la CND significa, en una interpretación armoniosa del texto, un límite y una orientación respecto del accionar del Estado y de los adultos.

Resulta trascendental comprender que, al hallarnos en presencia de un concepto jurídico indeterminado, el criterio para definirlo también radica en la valoración de las circunstancias particulares y concretas del caso.

De este modo, se sostiene que la primacía del interés del niño se superpone al interés de sus propios padres biológicos y a las demás personas que puedan verse afectadas por la filiación adoptiva. Ello en virtud de que el interés del niño está primero en orden de jerarquías, es decir, antes que el interés de los padres y el interés de los adoptantes[21].

II.2.C) La adopción y el derecho a la identidad

De acuerdo a lo pregonado por la Dra. Marisa Herrera[22] el derecho a la identidad en la adopción es un derecho humano de niños, adolescentes y adultos, que debe verse respetado y resguardado contra injerencias arbitrarias, sea que éstas provengan del Estado o de los particulares.

Sobre este aspecto, sostiene Fanzolato[23] que el derecho a la identidad es uno de los más discutidos frente a esta institución. Dentro del derecho a la propia identidad, a ser uno mismo y no otro, a tener mismidad, distinguimos diversos aspectos o diferentes connotaciones. En primer lugar, en el derecho a la identidad se distinguen aspectos estáticos y aspectos dinámicos.

Las connotaciones estáticas se refieren fundamentalmente a la identidad biológica, a conocer el origen familiar, los genes recibidos, las raíces o linaje del que proviene la persona: a ser hijo de tal o cual, haber nacido en determinado lugar, en tal ambiente cultural, pertenecer a una determinada raza o a un determinado grupo social.

Mientras que los aspectos dinámicos se refieren a circunstancias o elementos que se adquieren posteriormente, con el desarrollo sociocultural del individuo que le permite formar un verdadero patrimonio intelectual, político, social, religioso, ideológico, profesional que van apareciendo e incorporándose a la persona en base a circunstancias concretas y unívocas en el ambiente social en el que vive.

El mencionado autor explica que, en el caso de una persona adoptada, su correcta identidad se integra con el conocimiento que el adoptado deberá tener de la circunstancia de que su origen biológico no coincide con su filiación jurídica; podrá o no llegar a conocer su concreta y específica realidad natural según que su filiación consanguínea esté o no establecida o pueda llegar a determinarse; pero lo que no podrá desconocer es que él ostenta una filiación adoptiva.

Entonces, sencillo resulta comprender que una de las principales aristas de este instituto se focaliza en la repercusión que éste tiene sobre el derecho a la identidad, tanto en el adoptado, como en la familia adoptiva y en la de origen. Por tal razón, este derecho se encuentra expresamente consagrado en la CDN (artículos 7 y 8) y en nuestro ordenamiento interno, que crea dos mecanismos destinados a su efectiva protección: la obligación de los adoptantes de hacerle conocer su historia y coloca en cabeza del adoptado, a partir de los 18 años, el derecho de acceder al expediente de adopción (artículo 328, Código Civil).

Así, no se nos puede pasar por alto que el derecho del niño a la propia identidad, reconocido por la Convención y por el ordenamiento infra-constitucional, comprende tanto el derecho a conocer el propio origen y, específicamente, en el caso de la adopción, a conocer que es adoptado, como la facultad de interiorizarse sobre su propia historia cultural y genética y la de sus ascendientes, es decir, del linaje biológico al que pertenece.

III. Protección internacional de la niñez [arriba] -

III.1. Marco General

Como es por demás de sabido, en la sociedad existen sujetos que por su condición merecen una protección especial por parte del ordenamiento jurídico, producto de su situación de vulnerabilidad. Desde mucho tiempo atrás a esta parte, la protección de la niñez ha constituido una preocupación fundamental en la comunidad jurídica internacional que ha bregado por garantizar la plena efectividad de sus derechos.

Así en el año 1924, en el marco de la V Asamblea de la Sociedad de las Naciones, dentro de la Unión Internacional para la Protección de la Infancia se emitió la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, primer instrumento internacional que aborda la cuestión de los derechos de la infancia. Esta Declaración da cuenta de la significancia que tiene para comunidad internacional velar por el interés de NNA y asegurar el desarrollo armónico de su

personalidad, por encima de toda consideración de raza, sexo, nacionalidad, religión o condición de nacimiento.

Años más tarde -precisamente en 1948- en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se confirieron al menor “derechos al cuidado y asistencias especiales”.

Con posterioridad, en el año 1959, fue proclamada la Declaración de los Derechos del Niño por la Asamblea General de las Naciones Unidas que dispuso en su segundo apartado que “(...) el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con ese fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”.

A mayor abundamiento, corresponde señalar que en términos análogos se ha pronunciado el Convenio de Protección de Menores de 1961, adoptado en el marco de la Conferencia Internacional de La Haya. También debemos mencionar las Convenciones relativas a Alimentos (1958 y 1973), a Sustracción de Menores (1980) y a Adopción (1993). A su vez, en el año 1996, fue aprobada la Convención sobre Competencia, Ley Aplicable, Reconocimiento, Ejecución y Cooperación respecto a la Responsabilidad Parental y las Medidas de Protección de Niños.

En el ámbito interamericano, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- de 1969 indica en su artículo 19 que “(...) todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

De lo explicitado podemos inferir que la preocupación, por parte de la comunidad internacional, por brindar protección a los sujetos más débiles de la sociedad no es reciente. Este camino ascendente hacia la protección integral de NNA encuentra su cima con la aprobación de la CDN, que ha venido a marcar un hito fundamental en la materia.

III.2. Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CDN) y los derechos de la niñez en la República Argentina

Como mencionáramos anteriormente, el tratamiento de la niñez como fenómeno particularizado reconoce un hito el 20 de noviembre de 1989, con la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Para la Dra. Marisa Herrera[24] es aquí donde se produjo el verdadero reconocimiento de los derechos humanos de la infancia y la adolescencia.

Ello en virtud de que este instrumento internacional de derechos humanos de carácter específico (referido a una franja etaria de la sociedad: personas hasta los 18 años de edad -

artículo 1 CDN-) ha modificado de manera radical la concepción -y por ende el tratamiento- de niños y jóvenes.

De este modo, se instaló una nueva relación entre el Derecho y las niñas, niños y adolescentes. Ello ha comportado un quiebre en la historia jurídica de la niñez, al concebir a los niños y adolescentes como reales “sujetos”, titulares de los mismos derechos fundamentales de los que resultan titulares los adultos, más un “plus” de derechos específicos justificados por su condición de personas en desarrollo. Se intenta dejar atrás la concepción paternalista que considera a los niños y adolescentes “objeto” de tutela y representación por parte de sus progenitores o representantes legales y el Estado.

La CDN introduce una forma emancipadora y constructora de ciudadanía para todos, mediante la identificación de todo niño -en tanto persona, independientemente de su “alcurnia”- sujeto de derechos en un contexto democrático que facilite su interacción con la familia, el Estado y la sociedad.

En esa dirección, se ha sostenido que la CDN es, precisamente, el instrumento internacional que permitió expandir la ciudadanía a la infancia, ya que reconoce que todos los niños, niñas y adolescentes tienen derechos ante el Estado y la comunidad, y que los estados partes deben adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en ella[25].

Por otro lado, respecto de su amplia aprobación, se ha afirmado que la ratificación universal de la CDN revela un consenso poco usual entre países cultural, socioeconómica y jurídicamente diversos, fenómeno digno de ser analizado no solo desde la perspectiva de la evolución histórica de los instrumentos internacionales de derechos humanos, sino también desde un ángulo más afín a la sociología del conocimiento y la historia de las ideas, disciplinas orientadoras a desentrañar los procesos sociales e ideológicos más profundos que subyacen tras los llamados cambios paradigmáticos[26].

En este caso, la República Argentina no constituyó la excepción y aprobó la CDN mediante la Ley N° 23.849[27], ello implicó la incorporación a nuestro derecho positivo de un Convenio destinado a la niñez que nos obliga como país a repensar y readecuar nuestro ordenamiento interno en pos de bregar por el tan nombrado “interés superior del niño”.

No obstante, al momento de su aprobación nuestro país decidió efectuar una reserva respecto a ciertos incisos de un artículo en particular, específicamente, los incisos b), c), d) y e) del artículo 21. Reserva que, como veremos en el apartado IV.2., permite inferir la posición adoptada -y mantenida hasta la actualidad- por parte del Estado argentino en materia de adopción internacional.

Años más tarde, precisamente en 1994, se produjo la última reforma de nuestra Ley Fundamental, momento en que la CDN adquirió jerarquía constitucional. Sobre este punto, señala Molina[28] que la Argentina ha mostrado una preocupación fundamental en lo legislativo al elevar a la condición de normativa constitucional a toda la Convención.

Silvia Fernández[29] infiere que en la órbita constitucional, los derechos de la niñez fueron consagrados con la CDN y su incorporación con rango constitucional en el inciso 22 del artículo 75. Sin embargo, a partir del artículo 4 de la CDN -y conforme artículo 75 inciso 23, CN-, el Estado argentino -como todos los firmantes- asumieron el compromiso de adoptar “medidas” para garantizar los derechos de la infancia contemplados en dicho documento internacional.

A su vez, y en esa dirección, el Comité de los Derechos del Niño efectuó observaciones al Estado argentino sobre la necesidad de que adoptase diversas medidas en relación con la infancia y la adolescencia, a los efectos de dar plena satisfacción a los derechos de las niñas, niños y adolescentes que habitaban nuestro país[30].

Así las cosas, más de quince años tuvieron que pasar para que se sancione la Ley Nacional N° 26.061 (“Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”)[31], encargada de regular la temática de la infancia a nivel nacional, receptando los derechos y garantías preestablecidos en la CDN y echando por tierra el Patronato de Menores previsto en la Ley N° 10.903.

Posteriormente, esta norma fue reglamentada por el Decreto N° 415/2006, emitido con fecha 17 de abril de 2006.

Pese a la mora del legislador, fruto del intrincado debate que giraba en torno a la sanción de la ley, el Dr. Mizrahi[32] nos advierte que la necesidad de una norma se imponía atento los pronunciamientos en diversos encuentros científicos de primer nivel que tuvieron lugar en la Argentina, esto es, en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Así, el mencionado autor, destaca las siguientes: a) XVI Jornadas Nacionales (Buenos Aires 1997), donde se concluyó que “El niño, en cualquier situación en que esté involucrado, debe ser considerado como un sujeto y no como un objeto de controversias o pretensiones de adultos”; b) XVIII Jornadas Nacionales (Buenos Aires, 2001) que se pronunció sobre la necesaria modernización del término “patria potestad” por otros más adecuados a la naturaleza de la relación jurídica de las relaciones jurídicas intra y extra familiares que comprende, y sobre el límite que esta patria potestad encuentra en el derecho a la intimidad de los niños, niñas y adolescentes, y por último, c) XIX Jornadas Nacionales (Rosario, 2003), que arrojaron como resultado la necesidad del desarrollo de un nuevo marco legislativo en esta materia.

Asimismo, en el plano federal conviene apuntar que existen tres situaciones diversas, a saber: a) Provincias que tienen ley de protección integral de niñas, niños y adolescentes, sancionada con anterioridad a la vigencia de la Ley N° 26.061 (Buenos Aires, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Chubut, Mendoza, Misiones, Neuquén, Río Negro, Salta, San Juan y Tierra del Fuego)[33]; b) Provincias que tienen ley de protección integral sancionada con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 26.061 o han adherido a la misma (Catamarca, Córdoba, Chaco, Entre Ríos, Jujuy, La Pampa, La Rioja, Santa Cruz, Santa Fe, Santiago del Estero y Tucumán)[34], y c) Provincias que no tienen ley de protección específica (Corrientes[35], Formosa y San Luis).

Es dable apreciar que en materia normativa, en las provincias, existe un variopinto que requiere ciertos “ajustes” o adecuaciones de acuerdo a la legislación convencional-constitucional y nacional, la cual se impone desde una visión integral a partir del tamiz de los derechos humanos.

Fruto de esta disparidad legislativa, parece razonable admitir que existe un saldo negativo en materia de protección de la niñez a nivel provincial, lo que torna por demás de complejo el acabado respeto de los derechos fundamentales de NNA -consagrados convencionalmente- a lo largo y ancho del país. Esto, nos da una pauta de la existencia de ciertas falencias sistémicas, las que nos conducen -indefectiblemente- a alejarnos de nuestra hipótesis inicial (cuál era la superación de los condicionamientos que tornaban inviable la adopción internacional en nuestro país al momento de aprobar la CDN).

Sin embargo, y pese a la ardua tarea que aún resta por emprender, podemos afirmar que desde la aprobación de su texto, la CDN y el plexo normativo dictado en consecuencia, así como la interpretación jurisprudencial y doctrinaria que alrededor de ella se ha edificado desataron una transformación sustancial en el reconocimiento de los derechos fundamentales de la niñez en la Argentina.

Dicha transformación se asienta en la consideración del NNA como verdadero “sujeto” de derecho y en la noción del interés superior del niño, objetivo prioritario a proteger en las relaciones jurídicas en las que concurra algún niño y, en definitiva, directriz básica de toda la legislación destinada a garantizar su protección.

IV. La adopción internacional en nuestro país [arriba] -

IV.1. Nociones generales sobre la adopción internacional

Este proceso de internacionalización de las familias que venimos abordando se ve ampliamente favorecido por un escenario que se caracteriza por el aumento de los medios de comunicación, la flexibilidad de las fronteras y los espacios de integración económica que, a su vez, provocan una mayor circulación de personas por los más variados motivos (laborales, estudiantiles, sociales, entre otros).

De este modo, tal como manifiesta la Dra. Nieve Rubaja[36], resulta sencillo advertir que en mayor medida, las situaciones familiares presentan algún carácter que las torna internacionales. En otras palabras, la internacionalidad de la familia se presenta en la actualidad como una realidad cada vez más frecuente.

A partir de esta plataforma fáctica, en el devenir del desarrollo familiar pueden suscitarse algunas situaciones conflictivas en las que más de un Estado podría tener vocación para atender a estos asuntos. Entonces, aquí resulta pertinente que concurra el Derecho

Internacional Privado con sus criterios tradicionales, con el objeto de aportar sus soluciones. Así las cosas, esta disciplina deberá afrontar las problemáticas relativas a la determinación del juez con competencia internacional para resolver tales cuestiones y el derecho que corresponderá aplicar para ello. Además, la cooperación internacional constituirá una herramienta indispensable para poder llevar adelante estos procedimientos exitosamente.

Sobre el punto, la Dra. Sara Feldstein de Cárdenas[37] ha expresado que cuando se aborda el tema de la adopción internacional resulta conveniente reconocer que nos adentramos en el área de una institución que no resulta fácil de tratar por la existencia de marcadas diferencias entre los diversos sistemas jurídicos en juego.

Como puntapié inicial, afirmaremos que la adopción internacional es aquella donde se presentan elementos extranjeros. Y que, en líneas generales, se trata de aquellos casos donde el domicilio de los adoptantes se encuentra en un país distinto al lugar donde el adoptado tiene su domicilio o residencia habitual.

No obstante, el concepto de adopción internacional no es unívoco, por cuanto lo que constituye un elemento localizador relevante para un sistema jurídico, no lo es para otro. Así por ejemplo, en países como Francia lo relevante es la diferente nacionalidad entre adoptante y adoptado, mientras que para otros países -como el nuestro- la localización determinante está dada por el domicilio o el lugar de residencia habitual en diferentes Estados.

Asimismo, se ha sostenido que una adopción es internacional cuando en su conformación o su desarrollo aparecen elementos extranjeros. Sin perjuicio de ello, insistimos, los elementos de internacionalidad que pueden ser considerados relevantes difieren en los distintos ordenamientos jurídicos, lo cual dificulta la obtención de un único concepto de este instituto.

Entonces, como afirmábamos anteriormente, desde la perspectiva del derecho argentino, una adopción es internacional cuando los domicilios del futuro adoptado por una parte, y el domicilio del o de los futuros adoptantes por la otra, se encuentran localizados en Estados diferentes, resultando así, irrelevante la nacionalidad de las partes[38].

Es dable destacar que son numerosas las causas que dan origen a que se produzcan adopciones transnacionales. Como aproximación podemos mencionar que el incremento de los traslados internacionales de personas y el desequilibrio de los niveles socio-económicos de los Estados, trae aparejado que gran cantidad de niños del llamado tercer mundo sean adoptados por personas de los países desarrollados (países de América del Norte y Europa occidental principalmente, denominados países “receptores de niños”). Mientras que niños provenientes de países con altos índices demográficos y escaso desarrollo económico (denominados países “originarios de niños”), son adoptados cada vez más, por personas que viven en países industrializados y con bajas tasas de natalidad.

Sobre este aspecto Alejandro Molina ha expresado que, con excepción de la Argentina, a los países de América del Sur, Central y del Caribe, se los reconoce como países de origen o de salida de niños, en tanto que a los europeos, junto con Canadá y los Estados Unidos, se los denomina países de llegada de esos niños[39].

Desde distintas miradas, sobre la adopción internacional se ha dicho: por un lado, que un niño proveniente de un país subdesarrollado o en vías de desarrollo resultaría beneficiado por este instituto dado que le otorga una mejor oportunidad y calidad de vida. A su vez, por otro lado, se ha sostenido que provoca en el niño un profundo desarraigo cuando es trasladado desde y hacia un ámbito social y cultural distinto, que imposibilita la formación de su identidad y que contribuye a la sustracción y el tráfico de niños.

Como veremos más adelante, precisamente, esta última tesis ha sido la esgrimida por nuestro país para realizar la reserva a los incisos b), c), d) y e) del artículo 21 de la CDN, que refieren a la adopción internacional.

Advirtiendo esta problemática internacional, en 1979, las Naciones Unidas, a través de su Consejo Económico y Social, por Resolución N° 1979/28 titulada “Adopción y colocación de menores en el extranjero” sentaron ciertos criterios generales que describen con justeza las soluciones ideales del dilema. Allí se apuntó que en primer término debe reforzarse la familia por todos los medios posibles; luego, si ella no existiere, amparar las necesidades fundamentales del niño incluso a través de la adopción local, reservando el último lugar -en defecto de otras soluciones-, a las adopciones en el extranjero[40].

Esta postura es reafirmada por la Resolución N° 41/85 de Naciones Unidas: Declaración sobre principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional, del 3 de diciembre de 1986, que reafirmando lo dispuesto por el artículo 6 de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, dispone: “siempre que sea posible, el niño deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y en todo caso en un ambiente de afecto y seguridad”.

Como podemos inferir, los organismos internacionales, a la hora de instrumentar este instituto recomiendan que en primer orden se procure agotar todas las instancias para que el niño permanezca con su familia de origen, y luego manifiestan preferencia de las adopciones locales por sobre las internacionales. En función de lo expuesto, estos organismos, sientan como principio para la aceptación de adopciones internacionales la “doble subsidiariedad”, como un medio para preservar y garantizar los intereses supremos del niño.

IV.2. Postura adoptada por la República Argentina respecto a la adopción internacional. CDN y Ley N° 23.849

La adopción internacional en nuestro país ha generado, desde antaño, una profunda controversia y ha sido fuertemente resistida. Como fuere indicado precedentemente, la Ley N° 23.849, al incorporar a nuestro ordenamiento la CDN, formuló una serie de reparos

referidos a la adopción internacional. En ese sentido, determinó una clara posición contraria respecto de la posibilidad de que niños nacionales o con residencia habitual en nuestro país sean adoptados por pretendientes adoptantes residentes en el extranjero.

En primer lugar, el artículo 21 de la CDN, en su primer párrafo determina que “Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de la adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial...”.

Por su parte, el inciso a) del mismo artículo, estipula que “a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario...”.

Entonces, este artículo instruye a los Estados Partes, que en su legislación interna permiten la adopción, a que -en todos los casos- atiendan el interés superior del niño como una consideración primordial. Mientras que en su primer inciso la norma contempla los recaudos mínimos que deben observarse al momento de determinarse una adopción.

Asimismo, este artículo, reconoce que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar al niño, estableciéndose que se velará porque quien haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes en el país de origen respecto de la adopción.

De este modo, el artículo 21 en sus incisos subsiguientes reza: “b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen; c) Velarán porque el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen; d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella; e) Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes”.

Como decíamos, la Ley N° 23.849 incorporó la CDN a nuestro ordenamiento interno, pero efectuando reserva expresa respecto de estos incisos b), c), d) y e) precedentemente citados. Ello dado que el legislador consideró que para su aplicación nuestro país, previamente, debe contar con un riguroso mecanismo de protección legal del niño a fin de impedir su tráfico y venta.

Así las cosas, esta norma determina expresamente en su artículo 2 que: “Al ratificar la convención, deberán formularse las siguientes reservas y declaraciones: ‘La República Argentina hace reserva de los incs. b), c), d) y e) del art. 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 mecanismo de protección legal del niño en materia de adopción internacional, a fin de impedir su tráfico y venta’”.

Como sostiene la Dra. Luciana Scotti[41], ello motivó que la Ley N° 24.779, en lo referente al régimen de adopción, establezca en el art. 315 que la persona que desee adoptar en la Argentina deba acreditar de manera fehaciente e indudable, residencia permanente en el país por un período mínimo de cinco años anterior a la petición de la guarda.

Coincidentemente, para el Dr. Arianna[42] esta exigencia de residencia en el país también tiene su origen en la reserva en cuestión. No obstante el autor estima que la restricción contenida en la regla del artículo 315 del Código Civil no permite discriminar entre nacionales y extranjeros, de modo que la norma alcanzaría a ambos por igual; cuando respecto de los primeros no se hallan en juego las mismas objeciones que suscita la adopción por los segundos. Por lo tanto, esta disposición no resultaría siquiera un adecuado mecanismo de protección a fin de impedir el tráfico y venta de niños, en los términos de la reserva.

Debemos remarcar que, pese a las críticas formuladas por parte de la doctrina, la exigencia de residencia permanente en el país por un período mínimo de cinco años anterior a la petición de la guarda con fines de adopción subsiste en el artículo 600 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Sin embargo, esta normativa se diferencia de su antecesora en que no exige tal plazo a las personas de nacionalidad argentina o naturalizadas en el país.

Asimismo, recurriendo nuevamente a los postulados de la profesora Luciana Scotti[43], coincidimos en que la posición oficial de nuestro país, también puede vislumbrarse en un dictamen del Ministerio de Justicia de la Nación, el N° 321, correspondiente al Expte. N° 172.826/2008 del 18/12/2008, firmado por el Procurador del Tesoro, Dr. Osvaldo C. Guglielmino, que manifiesta: “ante el supuesto de adopción internacional, los organismos públicos se abstendrán de actuar o intervenir en trámites relacionados con ella, a menos que esas solicitudes de intervención provengan de organismos oficiales competentes de Estados extranjeros y estén fundadas en sólidas razones humanitarias”.

A su vez, la profesora continúa ahondando en la materia y explica que pese a esta posición, existen otras como la manifestada por la Defensora General de la Nación, quien se expidió sobre las adopciones internacionales (dictamen del 23 de febrero del 2010), y expresó que la decisión de una o dos personas de adoptar niños en otro país es una decisión unipersonal y libre que, en tanto no viole las leyes nacionales, no puede ser objeto de intromisión alguna por parte del Estado. En su dictamen consideró que conforme el artículo 19 de la Constitución Nacional, las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación está obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe. Entonces, a su entender, lo que importa es favorecer, a través del accionar del Estado, que los niños permanezcan con

su familia de origen y, ante la imposibilidad real de ella, como último recurso arribar a la figura de la adopción. En consecuencia, el Estado debiera expedirse a priori respecto a la decisión de los postulantes a adopción de niños en el extranjero. Colaborar para facilitar y agilizar trámites de adopciones legalmente concedidas implicaría garantizar al niño involucrado una pronta inserción en un ámbito seguro para su integridad y salud, tanto física como psíquica, y para brindarle una contención emocional desde una familia que le pueda proveer amor y cuidados para su mejor desarrollo.

Seguidamente, en lo que concierne al reconocimiento de la sentencia extranjera de adopción, la Defensora expresa en su dictamen que si se advirtiere que la sentencia no contempla los requisitos formales de admisibilidad, queda a cargo del juez competente la decisión que corresponde adoptar debiendo recordar la independencia y autonomía que tienen los integrantes del Poder Judicial a la hora de emitir sus fallos, cualidades que caracterizan y dan vida al estado republicano y democrático. Y culmina afirmando que no sería prudente adelantar un criterio general único en las adopciones, que merecen un análisis de cada caso en particular, pues cualquier decisión que se adopte debe contemplar el interés superior del niño.

Sin embargo, no es posible soslayar que la interdicción de la adopción internacional ha encontrado numerosas causas de justificación. Entre ellas encontramos las siguientes: a) el tráfico de niños: uno de los reparos más utilizados, y que fue expresamente adoptado por el legislador argentino, radica en la necesidad de evitar el tráfico y explotación de los niños en el extranjero; b) el desarraigo cultural: se argumenta en este sentido que no debe sacarse al niño de su medio para incorporarse a otro sustancialmente distinto en cuanto a costumbres, idioma, raza, religión, etc. De este modo, quienes bregan por esta posición no ven con buenos ojos la posibilidad de “colaboración” de los países altamente desarrollados para con los países más pobres. Descartan este argumento por falso, dado que en este caso se centra en la acción de los particulares que en su deseo de adoptar buscan niños en el extranjero al fracasar sus intentos en su país de residencia. Y la intervención de los Estados -simplemente- se limita a poner en comunicación a las familias que quieren adoptar con el país donde puede haber un niño adoptable. Y, por último, c) podemos mencionar como otra causal la falta de control posterior que sobre los adoptantes y sobre el niño pueda hacerse en el extranjero[44].

Llegados a esta instancia, resulta gráfico auscultar algunas voces de las posiciones doctrinarias encontradas en torno al tema en debate, las cuales reflexionan sobre la viabilidad o inviabilidad de regular la adopción internacional en nuestro país, tomando siempre como eje de la discusión los fundamentos brindados por el Estado argentino al momento de plantear la reserva que aquí se estudia.

Por su parte, la tesis que sostiene la viabilidad de la adopción internacional indica que todo niño necesita contención familiar y ser criado y desarrollarse en el seno de una familia. Y que ante la ausencia o destrucción de este ámbito, surge como ideal la adopción nacional en el país de procedencia. Pero cuando no es posible acceder a una colocación familiar apropiada en tiempo útil, una forma alternativa de protección de la infancia es la adopción internacional rodeada de todas las garantías en la etapa previa y posterior a la constitución del vínculo adoptivo[45].

Así, Ignacio Goicoechea y Florencia Castro[46] al analizar los fundamentos de la mencionada reserva a la CDN, entienden que su objetivo habría sido proteger a los niños residentes en la Argentina frente al posible tráfico y venta encubiertos bajo la figura de la adopción internacional. De acuerdo a tal consideración, alegan que los niños que el Estado puede proteger mediante la adopción de medidas directas son los residentes en su territorio y que, por el contrario, los niños residentes en el extranjero, se encuentran sujetos a los mecanismos de protección establecidos en sus propios Estados.

En función de ello, refieren que la reserva solamente tuvo en miras la adopción internacional para las situaciones en que la Argentina fuera país de origen de los niños, mientras que no se habría contemplado a la Argentina como país de recepción al momento de formular y argumentar a favor de la misma.

Los autores reflexionaban, a casi 20 años de la ratificación de la CDN, que cabía preguntarse si la República Argentina debía seguir esgrimiendo el mismo argumento que utilizó en el año 1990 para justificar la reserva. Y plantearon que resultaría conveniente pensar si las razones que llevaron a nuestro país a efectuar la mentada reserva en aquel momento, seguían existiendo. Sostuvieron que de ser así, tendrían que analizarse las razones por las que la Argentina no había podido establecer en veinte años "un riguroso mecanismo de protección legal del niño en materia de adopción internacional; como así también preguntarse cuáles serían las acciones que se deberían tomar para alcanzar dicho objetivo".

En ese sentido, aconsejaron que en caso de que del análisis surgiera que las razones que justificaron la reserva ya no existieren, probablemente debiese procederse a su levantamiento, de manera de dar otro paso hacia la plena aplicación de la CDN en la República Argentina.

En pos de apreciar el avance logrado destacaron que sí se han tomado medidas al respecto, entre las que mencionan: la Ley N° 26.364 que, en el ámbito penal, tipifica el delito de trata de mayores y menores de 18 años; el avance en el proceso de adecuación de la normativa interna a los principios de la CDN; la ratificación de una serie de tratados internacionales, especialmente en lo que refiere a la trata y al tráfico infantil[47]; y, por último, destacaron las bondades de diversas políticas públicas tendientes a combatir el tráfico de niños desde las distintas áreas del Estado argentino.

El mencionado representante ante La Haya, pregonando las bondades de la implementación de la Convención de 1993 (relativa a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de adopción internacional) en países de la región, destaca que gracias al principio de subsidiariedad -uno de principales pilares de esta norma-, América Latina disminuyó sostenidamente el número de adopciones internacionales durante las últimas dos décadas y aumentó significativamente el número de adopciones nacionales.

A su vez, menciona que existen países como Chile y Uruguay que comienzan a imaginarse como países de recepción de niños, lo cual podría generar en el mediano plazo adopciones

intra-regionales. Señala que también se han desarrollado exitosamente muchos programas para promover la adopción internacional de niños con necesidades especiales, como es el caso de Chile, Colombia, Costa Rica y Perú.

Remarca que las adopciones privadas (acuerdos realizados entre los padres biológicos y los padres adoptivos, normalmente facilitados por notarios o abogados), se fueron erradicando paulatinamente, si bien todavía existen algunos casos que deben atenderse, especialmente en la región de América Central.

Conforme a su entender, este análisis indicaría que -más allá de la existencia de algunos problemas en la aplicación que aún deben resolverse- la situación de la adopción internacional en la región ha sufrido profundas y positivas modificaciones desde la puesta en práctica del Convenio. Y coloca como caso testigo a Guatemala, donde -antes de la aprobación del Convenio- la adopción internacional constituía un mecanismo adecuado para transformarse en una industria destinada a satisfacer las necesidades de padres adoptivos. No obstante, destaca que desde la efectiva puesta en práctica del Convenio en 2008, la situación ha variado radicalmente.

Finalmente, concluye su análisis afirmando que -en definitiva- en aquellos países de origen de niños en donde el Convenio no se encuentra vigente, el terreno resulta especialmente propicio para que se desarrollen redes de tráfico de niños a través de la adopción internacional.

Desde la otra orilla, enrolado en una postura de férrea oposición a la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de esta figura se encuentra Alejandro Molina[48], para quien mediante la aprobación de la CDN por Ley N° 23.849, sumado a su posterior jerarquización constitucional -a través de la reforma de 1994-, la Argentina ha adoptado un rígido sistema de rechazo a la adopción internacional respecto de niños nacionales o con residencia en nuestro país, que se pretendan adoptar por residentes en el extranjero, ante tribunales argentinos.

Lo anterior, en virtud de que la aludida jerarquización constitucional de la CDN se efectuó en las “condiciones de su vigencia”, o sea las fijadas por la Ley N° 23.849, que determinó los mentados condicionamientos respecto a la adopción internacional.

El autor sostiene que la negativa a facilitar la adopción internacional de niños residentes en el país constituye una muestra suficiente de políticas diferentes para el amparo de los derechos de los niños y otra razón para reiterar su oposición.

Asimismo, de las entrevistas realizadas a los Dres. Marisa Herrera[49] y Martín Navarro[50], puede inferirse claramente una postura reticente a que niños con residencia habitual en nuestro país sean adoptados por pretendidos adoptantes domiciliados en el extranjero.

Por su parte, la Dra. Herrera al ser consultada sobre el tema refirió que, si bien en 25 años se ha avanzado mucho en materia de políticas públicas, no cree conveniente permitir la adopción internacional de niños con residencia habitual en Argentina. No obstante, agrega que ello en nada impediría a nuestro país la ratificación de la Convención de la Haya de 1993. Lo anterior dado que la ley argentina exige el requisito de residencia de 5 años en el país, estipulación que impediría a pretensos adoptantes domiciliados en el extranjero adoptar niños con residencia habitual en Argentina.

Asimismo, la profesora menciona que mediante la ratificación de este Convenio se podría mejorar el sistema de seguimiento de niños extranjeros que vienen a la Argentina, faceta de la adopción internacional que sí comparte y considera que de impedirse violaría el derecho a formar una familia. Por ello, estima que el Estado debe facilitar las vías para acceder o ver satisfecho este derecho humano.

A su turno, el Dr. Navarro consideró sobre los fundamentos que dieron origen a la reserva que, si bien resultan un tanto escuetos, son bastante precisos y que se mantienen al día de hoy.

A su vez, el Dr. Navarro explicó que la Corte Interamericana de Derechos Humanos fue determinante en el caso “Fornerón” al indicar que las causas socio-económicas no son motivos de separación de los niños de sus padres; no obstante, el funcionario de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia entiende que en nuestro país subsisten esas causales como determinación de la adopción, dado que no se hace un análisis global de la situación de vulnerabilidad familiar. En virtud de ello, sentenció que no están dadas las condiciones para denunciar la reserva a la CDN, dado que los fundamentos que la sustentan se mantienen vigentes al día de hoy.

No obstante, estimó que las adopciones conferidas en el extranjero tendrían que ser reconocidas en nuestro país, lo que de ningún modo implicaría quebrantar la reserva en cuestión.

Reseñadas las principales posturas doctrinarias y las de algunos operadores del derecho sobre las particularidades de la adopción internacional en nuestro país, efectuaremos una descripción de los elementos normativos que tienen como objeto su regulación.

IV.3. Marco normativo[51]

La proliferación de convenciones que han abordado la materia da cuenta de que la comunidad internacional ha advertido la importancia y necesidad de afrontar la penosa situación que atraviesan -y atraviesan- un sinnúmero de NNA a nivel mundial, víctimas de la desprotección y el desamparo por parte de sus familias de origen.

Sin embargo, como veremos a continuación, la mayoría de los instrumentos convencionales que regulan específicamente la adopción internacional no han sido ratificados por nuestro

país. Para la Dra. Susana Najurieta la explicación radica en que la inserción de la figura de la adopción internacional en el ordenamiento jurídico argentino es inescindible de la adopción en general, y ha atravesado las dificultades propias de una institución no arraigada en la cultura argentina, que fue deformada en su funcionamiento -por el flagelo del tráfico de niños- antes de alcanzar la plenitud en el cumplimiento de su función social.

IV.3.A) Fuente convencional

El Tratado de Montevideo de 1940 es la única fuente convencional vigente en nuestro país en materia de adopción internacional (ya que el Tratado de Montevideo de 1889 no prevé la adopción como categoría autónoma). Este instrumento dedica al tema los artículos 23 y 24. La norma emplea una conexión acumulativa, en tanto somete la adopción internacional a los derechos del domicilio de adoptante y adoptado (“partes”) “en cuanto sean concordantes”.

Sobre el punto la Dra. Luciana Scotti sostiene que, en general, la aplicación acumulativa de dos derechos en pie de igualdad conducirá a un resultado restrictivo respecto de la validez de la adopción, ello dado que habrá que atender a los requisitos de la ley más severa o exigente, a los fines de que la adopción sea válida tanto en el país donde el adoptado tiene su domicilio, como en el Estado donde el o los adoptantes tengan el propio.

Al respecto, la profesora refiere sobre la necesidad de armonizar las soluciones brindadas por los diversos derechos aplicables, cuando éstos resultaren “discordantes”, sobre todo en aquellos casos en que ello derive en la invalidez de la adopción internacional. Por su parte, la Dra. Najurieta considera que esta norma aporta una solución restrictiva que da lugar a un emplazamiento estable y evita situaciones claudicantes.

Finalmente, el tratado en cuestión no contempla jurisdicción internacional en materia de adopción, por lo que hay que recurrir a la regulación general contenida en el artículo 56, por el cual resultan competentes los jueces del Estado a cuya ley esté sujeto el acto jurídico materia del proceso. A su vez, las consecuencias jurídicas derivadas de la filiación adoptiva (derecho al nombre, alimentos, protección, sucesión) quedan sometidas a la ley reguladora de cada una de esas categorías, según el artículo 24.

Por otro lado, existen otras convenciones sobre la materia que si bien no han sido ratificadas por la República Argentina, resulta pertinente analizarlas en virtud de su significancia, y considerar sus aportes en pos de una posible adhesión en el futuro por parte de nuestro país.

De este modo, hacia 1928 el Código de Bustamante -que no ha sido ratificado por la Argentina- contempló el régimen internacional de la adopción desde la óptica conflictual. Lo peculiar de este cuerpo normativo reside en que para la época en que fue elaborado, la institución de la adopción no había sido todavía admitida en buena parte de las legislaciones americanas. El Código Bustamante aplica las leyes personales de cada uno de los interesados para la constitución de la adopción, esto es, un sistema distributivo puro.

Posteriormente, en el año 1984, se aprobó el texto de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores (celebrada en La Paz, Bolivia). Esta norma conocida como C.I.D.I.P. III, que no ha sido ratificada por la República Argentina, se aplica a la adopción de niños bajo las formas de adopción plena, legitimación adoptiva y otras instituciones afines, que equiparen al adoptado a la condición de hijo cuya filiación esté legalmente establecida, cuando el adoptante (o adoptantes) tenga su domicilio en un Estado Parte y el adoptado su residencia habitual en otro Estado Parte (artículo 1°).

La Dra. Rubaja asevera que la C.I.D.I.P. III emplea una metodología conflictualista, intentando regular la adopción internacional a través de reglas de conflicto, puesto que lo que se pretendió fue poner en armonía las leyes en la materia de los distintos Estados, pero no uniformizarlas. Sin embargo, el instrumento cuenta con normas procesales y materiales para dar garantías de una adopción exitosa. Sostiene la autora que a los fines de buscar solución a la problemática que plantea la adopción internacional, la Convención opta por poner en manos de las autoridades del país de origen del menor la facultad de autorizar la adopción y dispone que sea mediante la ley de la residencia habitual del niño que se resuelva la constitución del vínculo adoptivo.

Dentro de las bondades de esta Convención se destaca que, con el objetivo de garantizar el interés superior del NNA, propone un doble examen, uno previo a la constitución del vínculo, que compruebe la idoneidad del adoptante, y otro posterior, mediante el seguimiento de la situación durante un período determinado desde que fue establecida la adopción.

La filosofía general de la Convención es la de considerar que la protección del adoptado se alcanza a través del sometimiento del vínculo adoptivo a la ley de su residencia habitual. Predominó el criterio de constituir primero la adopción y luego autorizar la salida del NNA al exterior. Sin embargo, la aplicación de la ley del adoptante a ciertos aspectos de la figura, confirma el interés de ambos Estados en participar de su regulación.

Así las cosas, conforme a su artículo 3°, la ley de la residencia habitual del menor regirá la capacidad, el consentimiento y demás requisitos para ser adoptado, así como cuáles son los procedimientos y formalidades extrínsecas necesarias para la constitución del vínculo. Mientras que en virtud del artículo 4°, la ley del domicilio del adoptante (o adoptantes) determina todo lo concerniente a éste: capacidad, edad, estado civil, consentimiento del cónyuge y demás requisitos. Respecto al tipo de adopción, su naturaleza y alcance, quedan también sometidos a la ley de la residencia habitual del NNA.

De este modo, se deja de lado el sistema de conexión única y se adopta una solución distributiva, es decir, se distribuye la regulación de las condiciones de fondo entre las leyes de la residencia habitual del adoptado y la del domicilio del adoptante.

Resulta pertinente señalar que la C.I.D.I.P. III reconoce la necesidad de conceder a los efectos de la adopción una reglamentación autónoma respecto de las condiciones de la misma. Es decir, que condiciones y efectos se regularán cada uno por su ley propia, conforme a la respectiva conexión, descartando la posibilidad de una regulación única en virtud de la relación que existe entre todos ellos. En cuanto a las relaciones entre adoptante

y adoptado, en la adopción plena y afines, se someten a la misma ley que rige las relaciones del adoptante con su familia “legítima”. En las demás formas de adopción, rige la ley del domicilio del adoptante en las relaciones entre adoptante y adoptado; las de éste con su familia de origen se someten a la ley de la residencia habitual del menor al momento de la adopción (artículos 9 y 10).

Por último, tanto las adopciones internacionales constituidas conforme la Convención, como las adopciones otorgadas conforme al derecho interno que se quieran hacer valer en otro Estado, surtirán efectos de pleno derecho (artículos 5 y 25). El segundo de los supuestos, refiere a los efectos extraterritoriales de las adopciones internas. Los efectos de pleno derecho son los consustanciales de la adopción. Por tanto, y siendo el objeto de exequátur habilitar la ejecución de alguna de las consecuencias de la adopción, no es necesario recurrir a él para que la adopción, internacional o interna, surta efectos en los Estado parte de la Convención. Lima Marques[52] indica que se recoge la tendencia mayoritaria en doctrina, que indica que los actos en materia de estado civil no requieren de exequátur. Agrega que la adopción -otorgada por autoridades administrativas o jurisdiccionales- pertenece, en sentido amplio, a la categoría de los actos de jurisdicción y su admisión puede ser sometida a un procedimiento de verificación mediante el cual se pruebe, por ejemplo, si la jurisdicción ha sido competente, si el documento reúne los requisitos formales necesarios, etc.

Finalmente[53], nos encontramos con el Convenio de la Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de adopción internacional[54] del 29 de mayo de 1993 - que tampoco ha sido ratificado por la República Argentina-, que de acuerdo con su artículo 1° tiene por objeto: a) establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto de los derechos fundamentales que le reconoce el derecho internacional; b) instaurar un sistema de cooperación entre los estados contratantes que asegure el respeto a dichas garantías y, en consecuencia, prevenga la sustracción, la venta o el tráfico de niños; y c) asegurar el reconocimiento en los Estados contratantes de las adopciones realizadas de acuerdo con el Convenio.

Resulta interesante ilustrar sobre la amplia aceptación que esta Convención de la Haya de 1993 ha tenido en la comunidad internacional, ello se refleja en las 93 ratificaciones que ha recibido (a enero de 2014) y, entre otras cosas, en el apoyo constante recibido por parte de UNICEF. Este organismo de Naciones Unidas apoya firmemente esta Convención, sosteniendo que su objetivo consiste en poner en práctica los principios relacionados con la adopción internacional que se estipulan en la CDN. Entre ellos figuran que la adopción sea aprobada por las autoridades pertinentes, que las adopciones internacionales estén protegidas por las mismas normas y salvaguardas que se aplican a las adopciones nacionales y que las adopciones internacionales no redunden en beneficio financiero improcedente para ninguna de las partes involucradas en esas operaciones. Pese a que el objetivo principal de esas estipulaciones es la protección de los niños, éstas tienen también el efecto positivo de brindar a los padres adoptivos potenciales la certeza de que sus hijos no han sido objeto de prácticas ilícitas y lesivas[55].

Se ideó, mediante esta Convención, un mecanismo de cooperación entre los Estados contratantes que asegure que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración del interés superior del niño y del respeto de sus derechos fundamentales y que se prevenga

la sustracción, la venta o el tráfico de niños. Asimismo, la Convención, procura asegurar el reconocimiento en los Estados contratantes de las adopciones realizadas de acuerdo con sus disposiciones.

El mecanismo propuesto asigna obligaciones a los Estados de origen y de recepción de niños para cada adopción que se tramite en el marco creado convencionalmente y, luego, prevé una etapa de coordinación entre aquéllas. Esta etapa -que se ha denominado "matching"- permitirá que el Estado de origen analice la viabilidad de la adopción, las particularidades que ofrezca el ordenamiento jurídico del Estado de recepción, la situación familiar concreta en que quedaría posicionado el niño y demás extremos que permitirán velar por el interés superior de cada niño en cada caso.

Es menester precisar que este instrumento fue diseñado para aquellas adopciones que importen el desplazamiento de un niño de su Estado de origen a un Estado de recepción, sea que la adopción se haya pronunciado en el primero o que dicho pronunciamiento se vaya a emitir luego del desplazamiento. Entonces, estamos en condiciones de afirmar que - conforme lo estipulado en el artículo 2° - existe un desplazamiento del niño antes o después de pronunciarse la adopción y, además, que su ámbito de aplicación material se limita a aquellas adopciones que importen un emplazamiento del niño en un vínculo de filiación.

El instrumento fija las condiciones exigidas para las adopciones internacionales que deberán tener en cuenta las autoridades competentes del Estado de origen y de recepción.

Entonces, de acuerdo con el artículo 4°, las adopciones sólo podrán ser conferidas una vez que las autoridades competentes del Estado de origen hayan verificado: el estado de adoptabilidad del NNA, que habiendo examinado las posibilidades de colocación de éste en su Estado de origen, la adopción internacional responde a su interés superior, y que se hayan otorgado los consentimientos necesarios a los fines de la adopción, habiendo mediado el debido asesoramiento e información de las consecuencias de tales consentimientos, incluyendo el consentimiento del NNA, teniendo en cuenta su edad y grado de madurez.

Por su parte, atento el artículo 5°, el Estado de recibimiento deberá verificar que los futuros padres adoptivos sean adecuados y aptos para adoptar, tanto legalmente como en sus condiciones socio-psicológicas, que han sido convenientemente asesorados, y que han constatado que el NNA ha sido o será autorizado a entrar y residir permanentemente en dicho Estado.

Dado que lo estipulado en los artículos 4 y 5 configuran garantías mínimas, los Estados contratantes pueden elevar el baremo y exigir condiciones suplementarias a las allí enunciadas.

Una vez más, si bien no son vinculantes, resulta oportuno traer a colación las apreciaciones vertidas por UNICEF, para quien este Convenio en materia de adopción internacional representa un avance importante para las niñas, niños y adolescentes, sus familias biológicas y sus potenciales familias adoptivas extranjeras. Esta afirmación parte de considerar que allí

se estipulan las obligaciones de las autoridades de los países de origen de los niños, así como las de los países que les reciben para su adopción. A su vez, el Convenio tiene como objetivo garantizar que los procesos de adopción sean adecuados y honestos. Se otorga prioridad máxima al interés superior del niño y se ofrece un marco de referencia para la aplicación práctica de los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño referidos a las adopciones internacionales. Asimismo, para UNICEF, el Convenio reporta otras consecuencias positivas, como salvaguardar los derechos de los padres y madres biológicos y dar garantías a los potenciales padres y madres adoptivos de que el niño o la niña no han sido objeto de maniobras ilícitas[56].

IV.3.B) Fuente interna

Como hemos detallado en el apartado II. 2) del presente trabajo, la Ley N° 13.252 incorpora el instituto de la adopción al ordenamiento jurídico argentino, pero nada dice esta norma sobre la adopción internacional. Será la Ley N° 19.134, recién en el año 1971, la que se ocupe del tema en dos de sus artículos que se mantendrán, luego, en la Ley N° 24.779 (que a su vez introducirá el requisito de los cinco años de residencia en el país para ser adoptante).

Tales disposiciones son los artículos 339[57] y 340[58] del Código Civil, que como advierte la Dra. Scotti dejan ciertos vacíos, dado que no determinan expresamente la jurisdicción competente y somete todos los aspectos relativos a una adopción internacional conferida en el extranjero exclusivamente a la ley del lugar del domicilio del adoptado.

Finalmente, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación estipula que en caso de niños con domicilio en la República, los jueces argentinos son exclusivamente competentes para la decisión de la guarda con fines de adopción y para el otorgamiento de una adopción (artículo 2635).

Y, a su turno, el artículo 2636 dispone que los requisitos y efectos de la adopción se rijan por el derecho del domicilio del adoptado al tiempo de otorgarse la adopción. Mientras que la anulación o revocación de la adopción se rige por el derecho de su otorgamiento o por el derecho del domicilio del adoptado.

Por último, el artículo 2637 de la flamante normativa indica que una adopción constituida en el extranjero debe ser reconocida en la República cuando haya sido otorgada por los jueces del país del domicilio del adoptado al tiempo de su otorgamiento. A su vez, también dispone que deben reconocerse las adopciones conferidas en el país del domicilio del adoptante cuando esa adopción sea susceptible de ser reconocida en el domicilio del adoptado.

IV.3.C) Proyectos de Reforma

En este apartado nos proponemos pasar revista, al menos someramente, sobre algunos de los proyectos de reforma que, en materia de adopción internacional, fueron propuestos a lo

largo del tiempo y no lograron reunir el consenso necesario para convertirse en derecho positivo.

En primer lugar podemos mencionar el Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado de Werner Goldshmidt, que contemplaba ciertos aspectos de la adopción en sintonía con el Tratado de Montevideo de 1940.

Luego, en el año 1998 el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado previó, en su Libro Octavo de Derecho Internacional Privado, el criterio de residencia habitual del adoptado para conceder competencia a los tribunales en las cuestiones vinculadas a la adopción.

Años más tarde, en 2003, nos encontramos con el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado, que determinaba que respecto a la jurisdicción para el otorgamiento de la adopción son competentes los tribunales del domicilio de la persona de cuya adopción se trate y subsidiariamente los de su residencia habitual o los del lugar donde se otorgó la guarda. Y en cuanto a la ley aplicable, relativa a las condiciones personales, se encontraba definida por los respectivos domicilios de adoptante y adoptado, o bien si no se pudiese determinar, se recurriría a la residencia habitual.

IV.4. Antecedentes jurisprudenciales

Sobre la temática propuesta como objeto de análisis, estimo que resultará ilustrativo reseñar dos fallos de casos testigos, los cuales dan cuenta de algunas de las peculiaridades que encierra este instituto de la adopción cuando presenta aristas internacionales.

En el primero de ellos, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Santa Rosa (La Pampa) determinó que la reserva que aquí se analiza no constituía óbice alguno para permitir la adopción de una niña por parte de una pareja residente en Canadá, ya que ésta se hallaba compuesta por nacionales argentinos. Mientras que en el segundo de los antecedentes, el Superior Tribunal de la Provincia de Formosa consideró que habiéndose descartado -en el caso- el riesgo de tráfico o venta del niño se encontraba garantizado el objetivo de la reserva; y, en función de ello, resolvió conceder la adopción plena de un niño a un matrimonio de españoles, cuyo domicilio se encontraba en Cataluña (España).

Entonces reseñaremos, en primer lugar, el caso “Defensor General s/ guarda art. 4º, ley 1565”. Aquí la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Santa Rosa, con fecha 1 de marzo de 1996 revocó la sentencia de primera instancia y otorgó la adopción de una menor a adoptantes nacionales con residencia en el extranjero, precisamente, en Canadá. La Cámara manifestó que la adopción dentro de nuestro territorio, de argentinos por argentinos residentes fuera del país no está contenida en la reserva formulada por nuestro país a la CDN. Para el Tribunal, ello es así, pues en una estricta interpretación del artículo 2º de la Ley N° 23.849 y de los incisos del artículo 21 de la citada Convención observados, sólo cabe concluir que lo que allí se contempla está vinculado al marco de prevención al que deberá ajustarse la adopción de niños argentinos en países extranjeros. La prohibición de la adopción de argentinos por argentinos dentro de

nuestro territorio por la única circunstancia de residir estos argentinos adoptantes fuera del país, importaría establecer una desigualdad entre los ciudadanos que contraría los artículos 16 y 19 de la Constitución Nacional.

Prosiguió afirmando la Cámara que no existe impedimento para otorgar la guarda con fines de adopción de una menor argentina a un matrimonio argentino residente fuera del país, pues el aspecto estático de la identidad de la niña se encuentra preservado y, de las constancias de la causa surge también la preservación del aspecto dinámico, los peticionantes demuestran voluntad de adecuarse a los requerimientos necesarios para no obstaculizar el deber impuesto por el art. 63 de la Ley N° 1270 y se ha creado entre las partes involucradas un vínculo afectivo de gran magnitud que es el que, en definitiva, dará satisfacción a los intereses superiores de la niña.

En segundo lugar, nos encontramos con el caso del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Formosa[59]. En este supuesto el Superior Tribunal resolvió, por mayoría de tres votos contra dos, revocar la decisión del Tribunal de Familia y otorgar la adopción plena solicitada respecto de un niño por parte de un matrimonio de nacionales españoles domiciliados en Cataluña, España.

El niño había sido otorgado en "guarda asistencial provisoria" al matrimonio, el 13/3/1996, puesto que había permanecido hospitalizado con trastornos de alimentación e infecciones oculares y otorrinas. El abuelo materno del niño manifestó que su hija era deficiente y autorizó la guarda, mientras que la asesora de menores se opuso y reclamó mayores informes sobre la idoneidad de los guardadores. En mayo de ese año el matrimonio pidió autorización para trasladar al niño a Barcelona, para brindarle una adecuada atención médica, y tras la conformidad de la asesora de menores, el juzgado autorizó la salida del niño del país y el establecimiento en Barcelona por un período de tres meses, que fue prorrogado en sucesivas oportunidades.

Cumplido el año de otorgada la guarda provisoria, el matrimonio promovió la adopción plena del niño, que ya contaba con 1 año y tres meses de edad en ese momento. En esta oportunidad tanto la asesora de menores como la Fiscalía se opusieron al procedimiento, en la inteligencia de que debía agotarse la posibilidad de conferir una adopción nacional y el proceso de la guarda asistencial estaba viciado de nulidad. Además de que el ordenamiento jurídico argentino prohibía la constitución de la adopción internacional.

A su turno, el Tribunal de Familia el 23/3/1998 admitió la continuación del proceso a fin de que se demostraran las condiciones de los candidatos a la adopción, y las cuestiones relativas a los requisitos de orden internacional, como ser el reconocimiento en España de una adopción constituida en el país. Así, se presentaron certificados de idoneidad del matrimonio español expedidos por instituciones autorizadas por la Dirección General de Atención a la Infancia de la Comunidad Autónoma de Cataluña. En esta instancia el abuelo materno se presentó y dio conformidad con la adopción.

Finalmente, mediante sentencia del 26/8/2001, el tribunal, por mayoría, rechazó la solicitud de adopción plena por el matrimonio español, en primer lugar, por la necesidad de seguir el

criterio legislativo contrario a la adopción internacional, tal como se había plasmado en la reserva efectuada por la República Argentina a la CDN; en segundo lugar, atendiendo a la falta de la expresión del consentimiento de modo apropiado por parte de la madre biológica del niño, cuyo grado de discernimiento o incapacidad no había sido verificado por el tribunal; y por último, porque el verdadero interés superior del niño no podía concebirse al margen de un proceso justo conforme a la normativa legal.

Apelada la sentencia, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Formosa resolvió, por mayoría, declarar procedente el recurso extraordinario. En cuanto al decisorio definitivo, argumentó, en primer lugar, que se había rechazado en el caso todo riesgo de tráfico y venta del niño, y que por lo tanto el objetivo de la reserva efectuada por nuestro país a la CDN no se encontraba en riesgo. En esta misma inteligencia, el tribunal consideró que la prohibición que emanaba de la Ley N° 23.849 no podía constituir un obstáculo insalvable en casos en que se enfrentaban normas de igual rango constitucional, aunque con diferentes fundamentos. Es decir, el interés superior de niño. Así, el voto mayoritario entendió que la mejor opción para el desarrollo integral del niño era permanecer en la única familia que conocía y que había cuidado de él desde su nacimiento. Por todo ello se revocó la sentencia apelada y se otorgó la adopción del niño a favor de los adoptantes españoles.

IV.5. Ideas finales

Como puede apreciarse la adopción internacional es un instituto que ha suscitado el más amplio debate en nuestra sociedad.

Llegados a esta instancia podemos aseverar que existe un claro y rotundo disfavor del legislador argentino, el cual no registra mayores variaciones en estos últimos 25 años, sobre la adopción de niños con residencia habitual en nuestro país por parte de personas con domicilio en el extranjero. Criterio que ocasionalmente pudo verse atenuado mediante ciertas y escasas excepciones jurisprudenciales (tal como vimos en el apartado anterior), las cuales fueron objeto de las más diversas críticas por falta de apego a la normativa legal vigente.

Pudimos apreciar también que hacia esa dirección marcha la intención de la reserva propuesta por la Ley N° 23.849 y el requisito de residencia permanente en el país por un período de cinco años anterior a la petición de la guarda con fines de adopción (art. 315 del Código Civil), el cual subsiste en el art. 600 del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Asimismo, como hemos tenido ocasión de apreciar un amplio sector de la doctrina es conteste en afirmar que resultaría prácticamente imposible el levantamiento de la reserva, sin que ello importe pasar por alto que otro sector -bastante más reducido- brega por su denuncia.

Por otra parte, no existe una oposición determinante por parte de la comunidad jurídica a la hora de prestar colaboración para que pretensos adoptantes con domicilio en el país adopten

niños en el extranjero y, posteriormente, se reconozcan los efectos derivados de esa sentencia de adopción en nuestro territorio.

Sin embargo, aún así, nos encontramos con ciertos escollos a la hora de avanzar decididamente sobre este punto. Así las cosas, el principal lo configura el aludido Dictamen del Procurador del Tesoro de la Nación, en el que desaconseja la intervención de cualquier organismo de la administración en adopciones internacionales, salvo escasísimas excepciones.

No obstante, puede mencionarse que el Dictamen de la Defensora General parece dirigirse rumbo a la aceptación de esta posibilidad, al considerar que no se trata de conductas que estén prohibidas y que constituyen decisiones personales exentas de indebidas injerencias estatales.

V. Colofón [arriba] -

Al inicio de este artículo nos planteábamos como hipótesis que tras 25 años de la aprobación de la CDN por parte de la Asamblea de las Naciones Unidas, estarían dadas las condiciones para que Argentina denuncie la reserva efectuada a los incisos b), c), d) y e) del artículo 21 de dicha Convención, y posibilite con ello la adopción internacional de niños con residencia habitual en nuestro país. Sin embargo, tras el desarrollo de nuestra exhaustiva labor nos hemos encontrado con que nuestras ideas iniciales no serían viables actualmente, y quizás tampoco lo sean en un futuro próximo.

Lo anterior atento que tal como fuere expuesto, la adopción es un instituto que por las sensibilidades que despierta resulta muy complejo de regular. Ello quedó suficientemente demostrado al exponerse las cuestiones suscitadas al momento de su incorporación a nivel interno. De hecho, nuestro Codificador decidió desestimar su introducción al Código Civil, y el legislador sólo consideró oportuna su incorporación a nuestro derecho positivo luego de una catástrofe que afectó profundamente las condiciones de la niñez en la provincia de San Juan.

Por otra parte, como vimos, la filiación adoptiva requiere indispensablemente la tutela de derechos fundamentales de la niña, niño o adolescente como ser: el derecho a la dignidad, a su identidad, a conocer sus orígenes, entre otros, que en muchas ocasiones no pueden garantizarse a nivel interno, por lo que difícilmente pueda asegurarse su efectividad en una adopción de tipo internacional.

Lo anterior halla suficiente sustento con el llamado de atención que fuere realizado a nuestro país en el caso “Fornerón”[60], en el año 2012, donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró responsable al Estado argentino por violación de derechos fundamentales del señor Fornerón y de su hija, tales como: a la protección de la familia, a las garantías judiciales, a la protección judicial, entre otros (todos ellos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos).

Asimismo, el Máximo Tribunal de derechos humanos de la región, le señaló al Estado argentino su incumplimiento con la obligación que pesa sobre sus espaldas de adoptar las disposiciones de derecho interno, establecida en el artículo 2 de la Convención Americana. Lo anterior pone de manifiesto las falencias existentes en materia de adopción a nivel interno, por lo tanto, sería requisito inexorable avanzar en esta cuestión fallada por la Corte, antes de tomar cualquier otra eventual decisión.

No es casual que la Corte Interamericana haya determinado en la parte dispositiva del fallo que: en primer lugar, el Estado argentino debe verificar la conformidad a derecho de la conducta de los funcionarios que intervinieron en los distintos procesos internos y establecer responsabilidades (conf. párrafo 172), en segundo lugar, que adopte las medidas para tipificar la venta de niños y niñas (conf. párrafos 176 y 177) y, en tercer lugar, que implemente un programa o curso obligatorio dirigido a operadores judiciales -incluyendo jueces, defensores, fiscales, asesores y demás funcionarios de la provincia de Entre Ríos-, que incluya en los temarios los estándares internacionales de derechos humanos - particularmente, en materia de derechos de los niños y niñas y su interés superior- y el principio de no discriminación (conf. párrafo 182).

A su vez, de acuerdo a los datos recabados y anteriormente expuestos, nuestro país ostenta un pronunciado contraste normativo a nivel provincial en materia de protección integral de la infancia. Entonces, ante una eventual denuncia de la reserva, irremediablemente los NNA de algunas provincias se encontrarían en disparidad de condiciones de protección respecto a los de otra. Por lo tanto, resultaría conveniente la pronta adecuación y uniformidad de la legislación provincial en la materia, siempre bajo el prisma de la Ley N° 26.061, la Constitución Nacional, la CDN y las directivas emitidas por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Párrafo aparte merece el hecho de que los profesionales entrevistados coincidieron en indicar que, al menos de momento, no estarían superadas las condiciones por las que el legislador argentino determinó la no vigencia de los incisos b), c), d) y e) del artículo 21 de la CDN. Y apuntaron que para lograrlo aún debe emprenderse una encomiable tarea desde el Estado, no sólo en materia de política legislativa, sino también en materia de políticas públicas destinadas a la niñez.

Sin embargo, si bien es cierto que nuestro punto de partida no resulta corroborado, dado que aún persisten las causas que dieron origen a la reserva; no por ello debemos dejar de reflexionar sobre ciertas ideas mínimas que podrían ser útiles si en un futuro se denunciase la reserva. Ello conllevaría la habilitación de la adopción internacional como opción viable para que NNA, con residencia habitual en nuestro país -que atravesen por una situación de vulnerabilidad o desamparo- encuentren en una persona o personas domiciliadas en el extranjero la posibilidad de crecer en el seno de una familia que le brinde su amor y contención.

Lo anterior, siempre considerando la postura de aquellos que sostienen la habilitación de esta figura bajo el principio de “doble subsidiariedad”. Esto es, tal como fuere explicado por

la Dra. Nieve Rubaja[61] en la entrevista mantenida en el marco del proyecto de investigación, una vez agotada la posibilidad de que el niño permanezca en su familia de origen (o familia ampliada), se debe recurrir a la adopción por parte de pretensos adoptantes con domicilio o residencia en nuestro país y, agotada también esta opción, como última ratio aparecería en el horizonte la posibilidad de que adopten personas domiciliadas en el extranjero.

Entonces, con el objetivo de dirigirnos hacia esa meta, resultaría conveniente repensar ciertas posiciones determinantes sobre la materia, tal como la que surge del Dictamen del Procurador del Tesoro de la Nación en el cual exhorta a que ningún organismo colabore o participe en la facilitación de adopciones extranjeras de ningún tipo, salvo justificadas razones de índole estrictamente humanitaria.

Es aquí donde tal vez se podrían comenzar a sentar bases firmes para el día de mañana considerar la posibilidad de discutir seriamente el levantamiento de la reserva determinada por la Ley N° 23.849. Esto último atento que, como sostuvo la Dra. Herrera, el Estado tiene la obligación de colaborar en las adopciones iniciadas por pretensos adoptantes (domiciliados en la República) de NNA con residencia habitual en el extranjero (por ejemplo, otorgando los certificados de idoneidad requeridos) y posteriormente debe reconocerle sus efectos en nuestro país.

A su vez, el Dr. Navarro -quien sostuvo una visión más restrictiva hacia la incorporación del instituto en cuestión- estimó que esta posibilidad podría ser que no afectase los términos de la reserva objeto de estudio.

En función de ello, resulta pertinente considerar como solución capaz de compatibilizar la postura de nuestro país sobre el mantenimiento de la reserva y, a su vez, otorgar seguridad jurídica a las adopciones conferidas en el extranjero que pretenden obtener su reconocimiento en la República Argentina, la posibilidad de adoptar -al menos transitoriamente hasta poder alcanzar un estadio más avanzado- el mecanismo de “matching” diseñado a partir de la Convención de La Haya de 1993.

Entonces, este mecanismo permite que los países puedan posicionarse solamente como Estados receptores de niños aunque no admitan la posibilidad de que sus niños residentes sean desplazados al extranjero para el establecimiento de vínculos adoptivos (atento la preocupación del legislador concerniente al tráfico y la venta de niños con residencia habitual en nuestro país).

Así las cosas, como sostiene la Dra. Rubaja[62], llegado el caso sólo superarán la instancia de “matching” las adopciones entrantes, más no las salientes. Conforme esta solución propuesta, y tal como lo aseveró la Dra. Herrera al ser consultada sobre el punto, nuestro país podría ratificar la Convención de La Haya sin que ello, de ninguna manera, signifique admitir la adopción de niños argentinos por parte de residentes en el extranjero.

Entonces, de acuerdo con lo anterior, se estaría respetando la reserva efectuada por nuestro país respecto de los incisos b), c), d) y e) del artículo 21 de la CDN y, también, el requisito de residencia estipulado por el artículo 315 del Código Civil -que subsiste en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en su artículo 600-.

A su vez, esta propuesta significaría que los niños extranjeros adoptados por residentes argentinos y los propios adoptantes gocen de todas las garantías y salvaguardas que ofrece el marco convencional, que sin duda atendería mejor a su interés superior -especialmente en lo que respecta al derecho a la identidad-, a la mayor transparencia del vínculo creado y a descartar que las adopciones estén teñidas por cualquier ilicitud en su origen. Paralelamente, se garantizaría la estabilidad de los vínculos familiares creados y el posible seguimiento del emplazamiento.

Esta solución encuentra asidero en las afirmaciones de Ignacio Goicoechea y Florencia Castro[63], para quienes en el caso de que el Convenio entrara en vigor en la República Argentina, sólo sería aplicable a aquellos supuestos en los cuales niños residentes en el extranjero sean adoptados por residentes en el país. Y aclaran que en cuanto al alcance de la aplicación del Convenio, la Ley de Adopción nacional en nada lo contraría. Ello atento que la limitación estipulada en el artículo 315 del Código Civil es perfectamente aceptable en el marco del Convenio, dado que ningún Estado ratificante está obligado a dar a sus niños en adopción si no lo necesita. Remarcan que de hecho, la República Argentina podría cerrar las adopciones si lo considera apropiado en un determinado momento, ya que los Estados parte están facultados para establecer -además de los del Convenio- todos los requisitos que consideren adecuados para regular la adopción.

En ese sentido, y en tanto este tipo de adopciones conferidas en el extranjero son cada vez mayores, nos permitimos coincidir con la postura de la profesora Luciana Scotti, para quien no reporta un avance en la materia la supresión del tercer párrafo del artículo 2635 del Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación. El cual imponía a las autoridades administrativas o jurisdiccionales argentinas el deber de prestar cooperación a las personas con domicilio en la Argentina, aspirantes a una adopción a otorgarse en país extranjero, que soliciten informes sociales o ambientales de preparación o de seguimiento de una adopción a conferirse o conferida en el extranjero.

De este modo, sería extremadamente favorable que en un futuro inmediato pueda reconsiderarse esta decisión, en pos de asegurar el bienestar superior de ese NNA y de esos progenitores adoptivos que merecen gozar del derecho constitucional a formar una familia.

- [1] Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Aprobada por la Ley N° 23.849, sancionada el 27 de septiembre de 1990, promulgada de hecho el 16 de octubre de 1990, publicada el 22 de octubre de 1990.
- [2] Ley N° 23.849, art. 2: “Al ratificar la convención, deberán formularse las siguientes reservas y declaraciones: ‘La República Argentina hace reserva de los incs. b), c), d) y e) del art. 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 mecanismo de protección legal del niño en materia de adopción internacional, a fin de impedir su tráfico y venta’”.
- [3] RUBAJA Nieve, Derecho Internacional Privado de Familia. Perspectiva desde el ordenamiento jurídico argentino, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p. 368.
- [4] BOSSERT Gustavo A., ZANNONI Eduardo A., Manual de Derecho de Familia, Buenos Aires, Astrea, 2008, pp. 2 y ss.
- [5] BELLUSCIO Augusto C., Manual de Derecho de Familia, Buenos Aires, Astrea, 2004, t. I, pp. 3 y ss.
- [6] AZPIRI Jorge O., Derecho de Familia, Buenos Aires, Hammurabi, 2005, pp. 27-29.
- [7] GIL DOMÍNGUEZ Andrés, HERRERA Marisa, FAMÁ María V., Derecho Constitucional de Familia, Buenos Aires, Ediar, 2006, t. I, pp. 57 y ss.
- [8] GIL DOMÍNGUEZ Andrés, HERRERA Marisa, FAMÁ María V., Derecho Constitucional..., op. cit., pp. 70 y ss.
- [9] GIL DOMÍNGUEZ Andrés, HERRERA Marisa, FAMÁ María V., Matrimonio Igualitario y Derecho Constitucional de Familia: Ley 26.618, Buenos Aires, Ediar, 2006, p. 49.
- [10] HERRERA Marisa, El Derecho a la Identidad en la Adopción, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2008, t. I, p. 123.
- [11] BOSSERT Gustavo A., ZANNONI Eduardo A., op. cit., pp. 481-483.
- [12] De esa carta resulta digno de mencionar un fragmento en que Vélez destaca que la adopción no estaba en las costumbres del país y, a su vez, que no representaba su regulación ningún bien social, ya que no era utilizada por los particulares, sino en casos muy singulares. Ver más en: BELLUSCIO Augusto C., op. cit., t. II, pp. 315-316. En el mismo sentido, en la nota del art. 4050 del Código Civil dispuso que “las adopciones y los derechos de los hijos adoptados, aunque no hay adopciones por las nuevas leyes, son regidos por las leyes del tiempo en que pasaron los actos jurídicos”.
- [13] Por mencionar algunos: en el año 1933 se presentó el primero de ellos, suscripto por el senador Ramón Castillo; posteriormente se sucedieron los proyectos de Código del Niño del diputado José Cabral (en 1941) y el del senador Alfredo Palacios (1943).
- [14] Sancionada con fecha 15/09/1948, promulgada con fecha 23/09/1948 y publicada con fecha 29/09/1948.
- [15] Sancionada con fecha 28/02/1997, promulgada con fecha 26/03/1997 y publicada con fecha 1/04/1997.
- [16] FERNÁNDEZ Silvia E., “El desafío al tiempo en la adopción”, en CAMELO Gustavo, PICASSO Sebastián (dirs.), Revista de Derecho Privado - Año II - Número 6, Buenos Aires, Infojus, 2013, p. 39.
- [17] Corte IDH, “Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile”, “Caso Loayza Tamayo vs. Perú” y Opinión Consultiva N° 17/02.
- [18] Conforme art. 3 inc. 1. CDN: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.
- [19] GIL DOMÍNGUEZ Andrés, HERRERA Marisa, FAMÁ María V., Derecho Constitucional..., op. cit., pp. 566 y ss.
- [20] Corte IDH, Opinión Consultiva N° 17/2002, de fecha 28/08/2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- [21] GREPPI María L., “Adopción. Análisis de doctrina y jurisprudencia a la luz de la

normativa vigente en la materia”, APBA 2012-7-737, AP/DOC/2447/2012.

[22] HERRERA Marisa, *El Derecho a la Identidad...*, op. cit., p. 72.

[23] FANZOLATO Eduardo I., “Principios comunes que regulan la adopción en los países del MERCOSUR”, en BAGDASSARIÁN Dora (dir.), FERRER Francisco A. (coord.), *La adopción en el MERCOSUR*, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, Rubinzal Culzoni, 2008, pp. 51 y ss.

[24] HERRERA Marisa, *El Derecho a la Identidad...*, op. cit., pp. 142 y ss.

[25] CILLERO BRUÑOL Miguel, “Los derechos del niño: de la proclamación a la protección efectiva”, *Justicia y Derechos del Niño* n° 3, UNICEF, Buenos Aires, 2001, p.50.

[26] PILOTTI Francisco, *Globalización y Convención sobre los Derechos del Niño: el contexto del texto*, Serie de Políticas Sociales n° 48, CEPAL, Santiago de Chile, 2001, p. 10.

[27] Ley N° 23.849, sancionada el 27 de septiembre de 1990, promulgada de hecho el 16 de octubre de 1990, publicada el 22 de octubre de 1990.

[28] MOLINA Alejandro C., “La Convención sobre los Derechos del Niño en el contexto de la realidad americana y local. Perspectivas y esperanzas de una sociedad más justa”, MJ-DOC-283-AR | MJD283, 1-ene-1997.

[29] FERNÁNDEZ Silvia E., “Sistema de protección integral de la niñez en la Provincia de Buenos Aires. La reformulación de los roles de los poderes administrativo y judicial a partir de las leyes 13.298, 13.634 y decretos reglamentarios 300/05 y 44/07, La Ley Buenos Aires-Año 15-Número 4-Mayo 2008, p. 341.

[30] PERCEVAL María C., “La nueva institucionalidad de la ley 26.061: la defensoría de los derechos de niños, niñas y adolescentes”, en GARCÍA MÉNDEZ Emilio (comp.), *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes - Análisis de la Ley 26.061*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2008, p. 165.

[31] Ley N° 26.061, sancionada el 28/09/2005, promulgada de hecho el 21/10/2005 y publicada el 26/10/2005.

[32] MIZRAHI Mauricio L., “La participación del niño en el proceso y la normativa del Código Civil en el contexto de la ley 26.061”, en GARCÍA MÉNDEZ Emilio (comp.), *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes - Análisis de la Ley 26.061*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2008, p.73.

[33] Ley N° 13.298 de Promoción y Protección de los derechos de los niños (Buenos Aires); Ley N° 114, Derechos de las niñas, niños y adolescentes (CABA); Ley N° 4347 de Protección Integral de la Niñez, la Adolescencia y la Familia (Chubut); Ley N° 6354 de Protección Integral de Niño y del Adolescente (Mendoza); Ley N° 3820 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (Misiones); Ley N° 2302 de Protección Integral de la Niñez, Adolescencia y Familia (Neuquén); Ley N° 4109 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (Río Negro); Ley N° 7039 Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia (Salta); Ley N° 7338/2002 de Protección Integral de los derechos de niños y adolescentes (San Juan); Ley N° 521 de Protección Integral de los Derechos de los niños, niñas, adolescentes y sus familias (Tierra del Fuego).

[34] Ley N° 5357 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (Catamarca); Ley N° 9944 de Promoción y Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (Córdoba); Ley N° 7162 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (Chaco); Ley N° 9861 de Protección Integral de los Derechos del Niño, el Adolescente y la Familia (Entre Ríos); Ley N° 5288 de Protección Integral de la Niñez, Adolescencia y Familia (Jujuy); Ley N° 2703 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (La Pampa); Ley N° 8848 protección Integral del Niño y el Adolescente (La Rioja); Ley N° 3062 Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (Santa Cruz); Ley N° 12.967 de Promoción y Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (Santa Fe); Ley N° 6915 Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes (Santiago del Estero); Ley N° 8293 Protección Integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes (Tucumán).

[35] Si bien la provincia ha adherido por Ley 5773 a la Ley nacional N° 26.061, no ha creado el diseño institucional local respectivo.

- [36] RUBAJA Nieve, “Actualidad en Derecho Internacional Privado de Familia”, en RDF, septiembre 2014, vol. 66, p. 351.
- [37] FELDSTEIN DE CÁRDENAS Sara L., Derecho Internacional Privado - Parte Especial, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2000, p. 188.
- [38] RODRÍGUEZ Mónica S., “Según pasan los años...”, en FELDSTEIN DE CÁRDENAS Sara L., Derecho Internacional Privado y de la Integración - Colección de análisis jurisprudencial, Buenos Aires, La Ley, 2011, p. 115.
- [39] MOLINA Alejandro, “La Argentina y la adopción internacional”, MJ-DOC-1230-AR | MJD1230, 1-ene-2000.
- [40] LIMA MARQUES Cláudia, “Filiación”, en FERNÁNDEZ ARROYO Diego P. (coord.), Derecho Internacional Privado en los Estados del Mercosur, Buenos Aires, Zavalía, 2003, pp. 665 y ss.
- [41] SCOTTI Luciana B., “Perspectivas en materia de adopción internacional en Argentina”, en Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración N° 72, www.eldial.com.ar, Ed. Albremática, Buenos Aires, fecha de publicación: 23 de noviembre de 2012.
- [42] ARIANNA Carlos, “La adopción por nacionales y la exigencia de residencia previa en el país”, en RDF 1999-15-259.
- [43] SCOTTI Luciana B., “Perspectivas en materia de adopción internacional en Argentina”, op.cit.
- [44] CARIDE Esteban, NALLAR Florencia, NAVARRO QUANTÍN Jorge H. y SZUCS Esteban, “Convención sobre los Derechos del Niño y Adopción Internacional. Inconveniencia de la Reserva de la República Argentina y del art. 315 del cód. civil”, en Microjuris 1-feb-2003. Cita: MJ-DOC-1965-AR | MJD 1965.
- [45] NAJURIETA María S., “Inserción de adopciones internacionales en el ordenamiento jurídico argentino”, en DREYZIN DE KLOR Adriana, ECHEGARAY DE MAUSSION Carlos E. (dirs.), Nuevos paradigmas de familia y su reflejo en el derecho internacional, Córdoba, Advocatus, 2011, p. 135.
- [46] GOICOECHEA Ignacio, CASTRO Florencia, “Adopción internacional: la Argentina como país de recepción de niños. El Convenio de La Haya de 1993 y la reserva al art. 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño”, en SJA 13/10/2010.
- [47] Tales como: Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, “Convención de Belém do Pará”, por Ley N° 24.632, de fecha 13/3/1996; Convención Interamericana Contra el Tráfico Internacional de Menores, por Ley N° 25.179, de fecha 22/9/1999; Convenio sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación, por Ley N° 25.255, de fecha 7/6/2000; Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, por Ley N° 25.632, de fecha 1/8/2002; Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, “Protocolo de Palermo”, por Ley N° 25.362, de fecha 1/8/2002; Protocolo Facultativo relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, que complementa la Convención sobre los Derechos del Niño, por Ley N° 25.763, de fecha 23/7/2003; Protocolo Facultativo a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, por Ley N° 26.171, de fecha 15/11/2006.
- [48] MOLINA Alejandro, “La Argentina y la adopción internacional”, op.cit.
- [49] La entrevista fue realizada en el marco del trabajo de investigación que origina el presente trabajo, con fecha 16/11/2014. La metodología empleada fue vía correo electrónico en donde se consultó a la Profesora sobre ciertas aristas vinculadas con la adopción internacional en nuestro país.
- [50] El Dr. Martín Navarro es Director de la Dirección de Asuntos Legales de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, organismo de aplicación de la Ley N° 26.061. La entrevista fue realizada en el marco del trabajo de investigación, por espacio de 50 minutos, el día 14/11/2014. Metodología: la entrevista fue grabada y tuvo lugar en las oficinas de la Secretaría.

[51] Para esta sección se ha consultado: NAJURIETA María S., Coordinación de ordenamientos jurídicos en materia de adopción internacional, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2004, pp. 335 y ss. RUBAJA Nieve, “Adopción internacional. Los procesos de adopción con elementos extranjeros”, en SJA, 8/12/2010. SCOTTI Luciana B., “Perspectivas en materia de adopción internacional en Argentina”, en Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración N° 72, www.eldial.com.ar, Ed. Albremática, Buenos Aires, fecha de publicación: 23 de noviembre de 2012.

[52] LIMA MARQUES Cláudia, op. cit., pp. 675-677.

[53] Corresponde indicar que a nivel europeo, e inicialmente a raíz de las drásticas consecuencias en relación con la desprotección de niños producto de la Segunda Guerra Mundial, hubo una fuerte repercusión en la comunidad jurídica en el intento de buscar paliativo a la problemática. Y con esa intención se aprobó en el seno de la Conferencia de la Haya la Convención sobre conflicto de leyes y de jurisdicciones en materia de adopción el 15/11/1965. Posteriormente, en el año 1967, se aprobó la Convención Europea relativa a la Adopción de Menores suscripta en Estrasburgo.

[54] En el año 2008, la Oficina Permanente de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado elaboró la Guía de Buenas Prácticas, dirigida a las personas que diseñan políticas públicas involucradas en la planificación a corto o largo plazo de la implementación del Convenio en su país, así como a jueces, abogados, funcionarios de la Administración, trabajadores sociales y otros trabajadores que requieren de directrices sobre algunos aspectos prácticos o jurídicos del funcionamiento del Convenio. “Guía de Buenas Prácticas N° 1. La puesta en práctica y el funcionamiento del Convenio de la Haya de 1993 sobre adopción internacional”, Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, 2008, www.hcch.net.

Asimismo, en el ámbito de la Unión Europea, el 19 de enero de 2011, el Parlamento Europeo dictó la Resolución sobre la adopción internacional (2012/C 136 E/05) -teniendo en cuenta que todos los Estados miembros de la Unión Europea han ratificado la Convención de la Haya sobre Adopción Internacional- en la cual exhorta a la Comisión para que examine el funcionamiento de los sistemas nacionales a escala europea. Considera que se debería dar prioridad, siempre que sea posible y en interés superior del niño, a la adopción en su país de origen, con posibles alternativas de atención familiar, como la acogida o la atención residencial o buscando una familia a través de la adopción internacional, con arreglo a la legislación nacional y los convenios internacionales pertinentes, y que solamente debería recurrirse al internamiento en instituciones como solución temporal. Disponible en

http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:136E:0024:0026:ES:PDF.

[55] UNICEF, “Intercountry adoption”, disponible en: http://www.unicef.org/media/media_41918.html, [compulsado el 24 de octubre de 2014].

[56] UNICEF, “Intercountry adoption”, disponible en: http://www.unicef.org/media/media_41918.html, [compulsado el 24 de octubre de 2014].

[57] Art. 339: La situación jurídica, los derechos y deberes del adoptante y adoptado entre sí, se regirán por la ley del domicilio del adoptado al tiempo de la adopción, cuando ésta hubiera sido conferida en el extranjero.

[58] Art. 340: La adopción concedida en el extranjero de conformidad a la ley de domicilio del adoptado. Podrá transformarse en el régimen de adopción plena en tanto se reúnan los requisitos establecidos en este Código, debiendo acreditar dicho vínculo y prestar su consentimiento adoptante y adoptado. Si este último fuese menor de edad deberá intervenir el Ministerio Público de Menores.

[59] Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Formosa, “R. G., J. y M. G., T. s/adopción plena”, 4/2/2003, ED 205-524/547.

[60] Corte IDH, “Caso Fornerón e hija vs. Argentina”, sentencia del 27/04/2012.

[61] La entrevista fue realizada con fecha 7/11/2014. Metodología empleada: charla durante el lapso aproximado de una hora en la Sala de Profesores de la Facultad de Derecho de la

Universidad de Buenos Aires. La conversación giró en torno a los aspectos principales de la adopción internacional en nuestro país. Las respuestas surgen de las anotaciones realizadas en un cuaderno de notas.

[62] RUBAJA Nieve, “Actualidad en Derecho Internacional Privado de Familia”, op. cit., p. 365 y ss.

[63] GOICOECHEA Ignacio, CASTRO Florencia, “Adopción internacional: la Argentina como país de recepción de niños. ...”, op.cit.

** El presente ensayo es fruto de un trabajo de investigación elaborado en el marco de la materia “Protección Internacional de la Familia” a cargo de la Profesora Dra. Luciana Scotti. Diciembre de 2014.*

*** Estudiante de la carrera de Abogacía, Facultad de Derecho (U.B.A.). Integrante del proyecto UBACyT “Hacia una ley especial sobre técnicas de reproducción humana asistida. Bioética, Derechos Humanos y Familias”, dirigido por la Dra. Marisa Herrera.*

© Copyright: Derecho Internacional Privado