



*Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación*

Buenos Aires, 23 de febrero de 2010.-

Al Señor Jefe de Gabinete de Ministros

Dr. Aníbal D. Fernández

S _____ / _____ D. **COPIA**

De mi mayor consideración,

Me dirijo al Sr. Jefe de Gabinete, en mi carácter de Defensora General de la Nación, en respuesta a la Nota JGM N° 489/2010 mediante la cual se realiza a este Ministerio Público de la Defensa consulta sobre la situación jurídica relativa al ingreso de niños haitianos a nuestro país.

En primer término resulta pertinente destacar que en lo que se refiere al caso concreto del ingreso a la República Argentina de la menor [REDACTED] este Ministerio no se encuentra en condiciones de efectuar consideración alguna por cuanto el caso resulta competencia de la justicia mendocina.

Por su parte, se efectúan a continuación las apreciaciones correspondientes a los temas referidos en vuestro cuestionario en orden a la adopción internacional.

1.- Procedencia de la adopción internacional en el sistema constitucional y legal argentino. El rol del Ministerio Público de la Nación.

A partir de la reforma de 1994 nuestra Carta Magna ha incorporado con jerarquía constitucional, entre otros tratados internacionales, la Convención sobre los Derechos del Niño (conf. art.75, inc.22, de la Constitución Nacional).

Esta Convención trata la adopción internacional en el art.21, incs. b), c) d) y e), de los cuales nuestro país - como es sabido - ha hecho reserva, manifestando que no regirán en su jurisdicción por entender que, para aplicarlos, debe contarse previamente con un riguroso mecanismo de protección

USO OFICIAL

STELLA MARIS MARTINEZ
DEFENSORA GENERAL DE LA NACION

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

Sin embargo, dicha reserva que implica que no regirán aquí las disposiciones mencionadas, no significa que nuestro país prohíba la adopción de niños extranjeros o que no la reconozca cuando emana de una sentencia extranjera que cumpla con todas las prescripciones legales.

De hecho, el art. 339 del Código Civil (tras la reforma introducida por la ley 24.779) reconoce la adopción internacional al establecer que *“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”*; y luego el art. 340 dispone que *“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”* -

A su vez, no debe olvidarse que el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación regula la ejecución de sentencias de tribunales extranjeros en los arts. 517, 518 y 519, de acuerdo a los procedimientos y requisitos allí prescriptos.

De este modo, es dable concluir que si bien no rige en nuestro país lo dispuesto por el art. 21, inc. b), c) d) y e) de la Convención sobre los Derechos del Niño atento a la reserva efectuada, debe reconocerse la adopción realizada en otro país cuando emane de una sentencia de tribunales extranjeros que cumpla con los requisitos previstos en los arts. 517 a 519 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Asimismo, debe respetarse la situación jurídica, los derechos y los deberes del adoptante y del adoptado regidos por las leyes de domicilio de este último, cuando la adopción ha sido conferida en el extranjero (conf. art. 339 del Código Civil). Además, en caso de que se solicite la transformación al régimen de adopción plena en nuestro país, se podrá realizar tal acto en tanto se reúnan los requisitos establecidos en el Código Civil, debiendo acreditar dicho vínculo y prestar su consentimiento adoptante y adoptado, debiendo intervenir el Ministerio Público de Menores cuando el último fuere menor de edad (conf. art.340).



*Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación*

Desde ya, las decisiones judiciales que se dicten en tales situaciones deberán contemplar especialmente el interés superior del niño, pues esta es una directriz de jerarquía constitucional que emana del art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

COPIA

2.- Validez de las sentencias judiciales de adopción emanadas por tribunales extranjeros que se encuentran en condiciones de ser inscriptas en nuestro país, así como también aquellas sentencias que no contemplan los requisitos formales de admisibilidad.

El ordenamiento legal argentino reconoce, como no podría ser de otro modo pues no se trata de una institución desconocida en nuestro derecho, las sentencias extranjeras de adopción.

De acuerdo a lo previsto por el art. 517 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, las sentencias de tribunales extranjeros tendrán fuerza ejecutoria en los términos de los tratados celebrados con el país de que provengan.

Nuestro país ha firmado y ratificado la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, pero este instrumento - de acuerdo a la información que surge del Departamento de Derecho Internacional de la Organización de los Estados Americanos en su página web www.oas.org/JURIDICO/spanish/tratados/b-41.html - ha sido firmado por Haití, pero no habría sido aún ratificado. En caso de que Haití lo ratificara sin hacer reservas, ello permitiría otorgar eficacia a las sentencias dictadas en aquél país reuniendo las condiciones expresadas en el art. 2 de la Convención, a saber:

- a) Que vengan revestidos de las formalidades externas necesarias para que sean considerados auténticos en el Estado de donde proceden;
- b) Que la sentencia, laudo y resolución judicial y los documentos anexos que fueren necesarios según la presente Convención, estén debidamente traducidos al idioma oficial del Estado donde deban surtir efecto;
- c) Que se presenten debidamente legalizados de acuerdo con la ley del Estado en donde deban surtir efecto;

USO OFICIAL

STELLA MARIS MARTINEZ
DEFENSORA GENERAL DE LA NACION

- d) Que el juez o tribunal sentenciador tenga competencia en la esfera internacional para conocer y juzgar del asunto de acuerdo con la ley del Estado donde deban surtir efecto;
- e) Que el demandado haya sido notificado o emplazado en debida forma legal de modo sustancialmente equivalente a la aceptada por la ley del Estado donde la sentencia, laudo y resolución jurisdiccional deban surtir efecto;
- f) Que se haya asegurado la defensa de las partes;
- g) Que tengan el carácter de ejecutoriados o, en su caso, fuerza de cosa juzgada en el Estado en que fueron dictados;
- h) Que no contraríen manifiestamente los principios y las leyes de orden público del Estado en que se pida el reconocimiento o la ejecución.

Desde ya, se eximiría el inc. e) ya que en el proceso de adopción no hay parte demandada.

De todas maneras, si Haití no ratificara esta Convención, correspondería aplicar lo dispuesto en el art. 517, segundo párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en cuanto a que "cuando no hubiese tratados, serán ejecutables si concurriesen los siguientes requisitos:

- 1) Que la sentencia, con autoridad de cosa juzgada en el Estado en que se ha pronunciado, emane de tribunal competente según las normas argentinas de jurisdicción internacional y sea consecuencia del ejercicio de una acción personal o de una acción real sobre un bien mueble, si éste ha sido trasladado a la República durante o después del juicio tramitado en el extranjero.
- 2) Que la parte demandada contra la que se pretende ejecutar la sentencia hubiese sido personalmente citada y se haya garantizado su defensa.
- 3) Que la sentencia reúna los requisitos necesarios para ser considerada como tal en el lugar en que hubiere sido dictada y las condiciones de autenticidad exigidas por la ley nacional.
- 4) Que la sentencia no afecte los principios de orden público del derecho argentino.
- 5) Que la sentencia no sea incompatible con otra pronunciada, con anterioridad o simultáneamente, por un tribunal argentino."

Por lo tanto, aquellas sentencias de adopción dictadas por Tribunales de la República de Haití que reúnan los requisitos mencionados,



*Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación*

podrían ser ejecutadas en nuestro país, siguiendo el proceso legal correspondiente. Y dado que en nuestra legislación es obligatoria la intervención del Ministerio Público en representación de menores de edad (conf. art.59 del Código Civil y Ley 24.946), está claro que en los procesos vinculados a tales sentencias de adopción deberán tomar parte los Defensores de Menores e Incapaces.

En el curso de dicho proceso, si se advierte que la sentencia dictada en el extranjero no contempla los requisitos formales de admisibilidad, quedará a cargo del Juez competente la decisión que corresponda 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.

Más allá de la imposibilidad de dar pautas previas a un poder que es independiente, lo cierto es que no sería prudente adelantar un criterio general único para casos, como los de adopción, que merecen un análisis de cada uno en particular, pues cualquier decisión que se adopte debe contemplar el interés superior del niño (art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño). Este interés superior del niño es una noción "flexible, toda vez que permite y exige a su vez, en cada caso puntual, calificarlo y redefinirlo, atendiendo a las particularidades de la situación. Así el interés superior del niño dependerá de circunstancias específicas... Esta particularidad obliga a los órganos de aplicación de la Convención, ya sea la administración o el Poder Judicial, a asumir la importantísima tarea de "descubrir" qué curso de acción llevará a la defensa del interés superior del niño en cada caso particular" (conf. Inés M. Winberg, "Convención sobre los Derechos del Niño", pag. 101, Editorial Rubinzal Culzoni, 2002).

Por ello, las decisiones a adoptar deberán ser libradas al prudente arbitrio de los jueces, quienes deberán evaluar cada caso y resolverlo según el interés superior del niño del que se trate.

3.- Posición de la República Argentina ante las sentencias de adopción dictadas en terceros países respecto de niños haitianos retirados de su patria por razones humanitarias en el marco de la catástrofe recientemente acaecida.

USO OFICIAL

STELLA MARIS MARTINEZ
DEFENSORA GENERAL DE LA NACION

La respuesta a este planteo varía, dependiendo del país de donde provenga la sentencia a ejecutar aquí, pues como señala el art. 517 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en caso de existir tratados celebrados con el país del que proviene el fallo, tendrá fuerza ejecutoria en los términos de esos acuerdos. Caso contrario, deberá analizarse la concurrencia de los requisitos previstos en la segunda parte de dicha norma.

Sin embargo, preciso es advertir que la salida de Haití de niños por razones humanitarias no debe encubrir situaciones de tráfico de personas, pues ello resultaría violatorio del orden jurídico internacional en tanto afectaría derechos humanos básicos como la libertad y la dignidad (Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 1, 2, 3; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 7; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art.1; Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 12, 13, 14, 15), además de infringir la prohibición de ser sometido a esclavitud y a ser sometido a torturas, a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 4 y 5; Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 5 y 6); y de no cumplir con la obligación de adoptar medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero (art. 11 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

UNICEF ha confirmado que varios niños han desaparecido de los hospitales de las zonas días posteriores al terremoto. Se sospecha que los mismos puedan estar siendo víctimas de redes de trata. Lamentablemente este problema aqueja a este país con anterioridad a la catástrofe ocurrida. Según estadísticas aportadas por dicho organismo, alrededor de 2.000 niños haitianos al año son objeto de trata, a menudo con el apoyo de sus padres.

La política que lleva adelante UNICEF en el territorio haitiano, luego del terremoto, consiste principalmente en buscar a los familiares del niño que ha quedado solo, y lograr la reunificación familiar. La adopción es analizada como última opción, cuando todas las alternativas de búsqueda hayan fracasado.

En este punto es preciso recordar que nuestro país en materia de adopción internacional, al hacer reserva de los incs. b), c), d) y e) del art.21 de la



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

ES COPIA

Convención sobre los Derechos del Niño, lo ha hecho poniendo especial énfasis en la intención de impedir su tráfico y venta. Claramente, tales actos implicarían una violación al interés superior del niño que debe regir toda medida que lo concierna que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos (art. 3).

Por ello, más allá de que la validez de sentencias dictadas por terceros países respecto de niños haitianos que se sometan a decisión jurisdiccional en este país deberán ser analizadas por el juez competente, con la independencia y autonomía que el estado republicano garantiza, deberá realizarse una evaluación exhaustiva a fin de corroborar la inexistencia de actos ilícitos que afecten los Derechos Humanos primordiales de los niños involucrados. En su caso, la violación de alguno de los derechos mencionados daría lugar al supuesto del inc. 4 del art. 517 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

4. Procedencia de guardas con fines adoptivos dictadas en los supuestos anteriores.

Al igual que en los casos de sentencias de adopción dictadas por tribunales extranjeros, ya sea de la República de Haití o de terceros, deberá analizarse la validez de la sentencia que confiere la guarda de acuerdo a las normas mencionadas en el punto anterior.

Este examen debe efectuarse en relación a los requisitos para que la sentencia sea válida, y reunidos ellos no sería posible para el juez de este país abordar la procedencia de guardas con fines adoptivos dictadas en otros países, pues es un tema ajeno a su competencia. En efecto, una vez evaluada la procedencia de la guarda con fines preadoptivos por un tribunal extranjero, la tarea del Juez en nuestro país debe limitarse a la ejecución de la sentencia extranjera (conf. art.517 a 519 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), que no es poco análisis ya que los requisitos que debe reunir para ello implican una evaluación exhaustiva, que contempla asegurarse de que el fallo no afecte los principios de orden público del derecho argentino.

USO OFICIAL

STELLA MARIS MARTINEZ
DEFENSORA GENERAL DE LA NACION

5.- Posición a adoptar ante postulantes con fines adoptivos con tramitaciones privadas, administrativas o judiciales ya iniciadas en la República de Haití.

En primer lugar cabe señalar que la decisión de una o dos personas de adoptar niños en otro país es una acción personal libre, que en tanto no viola las leyes nacionales, no puede ser objeto de intromisión alguna por parte del Estado. Es que conforme al art.19 de nuestra 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 será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”*.

El tema radica, en todo caso, en la asistencia que podría corresponder otorgarles, teniendo en cuenta la particular situación de los niños haitianos tras la reciente catástrofe. En este sentido, si los postulantes han iniciado con anterioridad al terremoto del 12 de enero de 2010 guardas con fines preadoptivos, será necesario evaluar en cada caso particular cuál es el estado de dicho trámite, cuál es la ayuda que se podría brindar y la posibilidad de otorgarla, respetando siempre los procedimientos legales.

Resulta claro que colaborar desde el Estado Argentino en trámites de guardas preadoptivas o en adopciones que no sigan los procedimientos legales correspondientes, según la ley de la República de Haití donde se lleven dichos procesos, conduciría a convalidar y fomentar situaciones de tráfico de personas, lo cual resultaría inaceptable por violar derechos humanos básicos, como ya se señalara. Pero a su vez, colaborar para facilitar y agilizar trámites de guardas o adopciones legalmente concedidas implicaría, por el contrario, 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.

La postura del Estado a este respecto no debe fomentar, patrocinar ni amparar del tráfico de niños. Por su parte, de manera alguna debe “alentarse” que los pretendidos adoptantes recurran al extranjero para adoptar un niño, pero no se puede prohibir que se concreten los deseos de formar una familia,



*Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación*

COPIA

debiendo analizarse cada caso en forma individual en virtud del interés superior del niño.

6.- Actitud a asumir frente a nuevas postulaciones, pedidos u ofrecimientos.

Tal como se señalara en el punto anterior, de acuerdo con lo dispuesto por el art.19 de nuestra Constitución Nacional, el Estado Argentino no puede inmiscuirse en los actos privados de sus habitantes que no ofendan al orden y la moral pública, ni perjudiquen a un tercero. En consecuencia, el Estado no debería expedirse *a priori* respecto a la decisión de los postulantes a adopción de niños en el extranjero.

En su caso, será responsabilidad de las autoridades judiciales nacionales realizar el contralor de las sentencias dictadas en el extranjero que lleguen a su conocimiento para corroborar que las mismas no contraríen el orden público interno y hayan sido tramitadas conforme a derecho.

Debe recordarse que la concepción de la figura de adopción está destinada a la protección del niño, a fin de proveerle al mismo un hogar y una familia. Es el emplazamiento de una persona en el estado de hijo.

Lo que importa entonces es favorecer, a través del accionar del Estado, que los niños permanezcan con su familia de origen y, ante la imposibilidad real de ello y como último recurso, arribar a la figura de adopción.

La primer actitud a asumir debería ser entonces rever, por parte de las autoridades competentes, la efectividad de la aplicación de la ley 24.779 que en el orden nacional regula la inserción familiar de niños dentro del territorio. Existiendo niños habidos de ser incluidos en pretensas familias y matrimonios o individuos deseosos de encontrar niños para adoptar, el Estado Argentino debería implementar mecanismos ágiles y eficaces para la pronta resolución de las adopciones dentro de su nación.

Sin embargo, es lógico pensar que el estado no puede desentenderse de la situación por la que se encuentran atravesando los niños haitianos a causa de la catástrofe ocurrida recientemente.

Días atrás, UNICEF ha solicitado a los gobiernos que las nuevas solicitudes de adopción sean congeladas durante la "fase de urgencia" por la

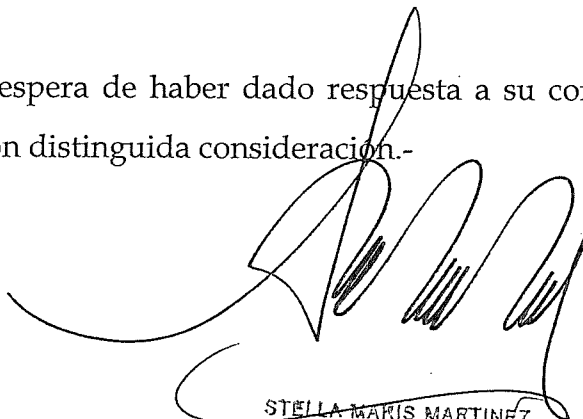
USO OFICIAL

que se encuentran atravesando en dicho territorio. No así aquellos casos en que las adopciones hayan sido finalizadas antes del terremoto, debiendo contar para su efectivo cumplimiento con un proceso real de identificación de las mismas.

Frente a la particular situación que se registra en Haití, y las múltiples denuncias sobre tráfico de niños por parte de numerosos organismos, parece prudente ante nuevas postulaciones, pedidos u ofrecimientos atender a la sugerencia aportada por el organismo de Naciones Unidas para la infancia que se encuentra realizando un trabajo de campo en la región. Y para aquellos casos en que se cuente con procedimientos de guarda o adopción iniciados previo a la catástrofe, que no dejen dudas sobre la inexistencia de tráfico o venta de niños, otorgar toda la ayuda posible en pos de dar a los niños haitianos la esperanza de una mejor calidad de vida.

De igual forma, se acompaña el dictamen con opiniones en la materia emitido por el Sr. Defensor Público de Menores e Incapaces, Dr. José Atilio Álvarez.

A la espera de haber dado respuesta a su consulta, saludo al Sr. Jefe de Gabinete con distinguida consideración.-



STELLA MARIS MARTINEZ
DEFENSORA GENERAL DE LA NACIÓN



CON ADJUNTOS

