

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

busca proteger.
- Aplausos.

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - ¿Se dan cuenta cómo los profesores han hecho atractivo un tema que podría no haber resultado tan ameno? Es tiempo que ustedes les transmitan algunas dudas, si es que las tienen.

Luego de unos momentos:

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - Parece que no existen dudas, por lo cual damos por cerrado este acto.

Aplausos .

<p>Tema: PROTECCIÓN DE LA PERSONA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO</p>
--

Relatores: PROFESORES DOCTORES STELLA MARIS BIOCCA Y EDUARDO LEOPOLDO FERMÉ

Fecha: 20 DE NOVIEMBRE DE 1991

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO, DOCTOR JORGE HORACIO

ALTERINI. - Hoy realizamos la última de las mesas redondas destinadas a la tutela de la persona, y se la abordará en el derecho internacional privado. Serán expositores dos destacados profesores de derecho internacional privado: la doctora Stella Maris Biocca y el doctor Eduardo Leopoldo Fermé.

La doctora Biocca considerará en particular, según la denominación que ella me ha sugerido, la protección del niño en el derecho internacional privado, y luego el doctor Fermé aportará una serie de pinceladas sobre otros temas que atañen a la tutela de la persona.

Con las sugerencias que ellos formulen, las inquietudes que planteen, los debates que despierten y las preocupaciones o dudas que ustedes nos hagan llegar, se desarrollará esta última mesa redonda.

Doctora Biocca, la escuchamos.

DOCTORA BIOCCA.

Antes de entrar en el tema, quiero decirles que la idea es formular algunos problemas en torno de la protección o de lo que me puede parecer en algunos supuestos la desprotección del niño, pero que apuntan a que luego tengamos un diálogo un tanto más informal, que posiblemente sea más fecundo.

En principio, es bueno recordar que, más allá de toda convención, hay una humanidad con derechos muy anteriores a toda formalidad de las reglas

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

internacionales. Esta humanidad está dotada de unidad y ésta no es sino la unidad en el ser y en su destino final.

Si bien el proceso histórico nos muestra un reconocimiento mayor de estos derechos - y en esto hay un avance evidente -, también hay que decir que todavía nos quedamos excesivamente en la formalidad, en las abstracciones, en las meras declaraciones.

Es cierto que hay mucho material en este tema, y yo lo voy a enunciar para que sobre el podamos tratar respecto a la protección del niño, pero no es menos exacto que esta persona, el niño, no está suficientemente protegida y, aun más, es objeto de la más brutal desprotección.

No obstante estar vigentes las convenciones a las que me voy a referir, no hay una aplicación efectiva de sus normas, y en todo caso hay un divorcio peligrosísimo en el derecho todo entre la realidad y las normas.

Desde 1924 tenemos la Declaración de Ginebra referida a los derechos del niño; tiempo después la Declaración de los Derechos del Niño, dada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1959; vendrá luego la Declaración de los Derechos Humanos y, posteriormente, ya en 1966, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos - retengamos por ahora los artículos 23 y 24 - ; los Pactos Internacionales de Derecho Económico, Social y Cultural, en especial el artículo 10; la Declaración Americana de Derechos Humanos, de 1948, en su artículo 7º; la Convención Americana de Derechos Humanos, de 1969, artículos 4º, 5º y 19º; la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989, y luego todas las declaraciones que se han formulado a través del Sistema Interamericano, del Instituto Interamericano del Niño y de la Asamblea de la Organización de los Estados Americanos.

Estas declaraciones, que comienzan por prestigiar obviamente no sólo el derecho del niño a la vida, a la educación, a vivir en familia, sino también a poder gozar la cobertura de las necesidades básicas mínimas para un desarrollo integral, concluyen con esta Convención, que es quizá lo más armado en torno de normas de derecho internacional sobre el niño.

Todas estas convenciones, declaraciones y pactos parecen dar al niño una protección muy grande; sin embargo, yo he hecho las siguientes observaciones.

Tomemos las primeras declaraciones interamericanas de 1984 y tratemos tan sólo de analizar los títulos. Se refieren, en primer término, a los medios de comunicación y el accionar en los niños.

En este punto bastaría pensar mínimamente si es real que en la actualidad los medios de comunicación apuntan a preservar el desarrollo, la educación y la salud moral de los niños o si exacerban la violencia, las pasiones en sus aspectos más denigrantes, no las pasiones saludables.

Una espléndida declaración de 1984 se refiere a los planes de salud y nutrición... Bastaría tomar las cifras que da la Unicef para advertir cuánto tiene de declamatoria.

Otra, la prevención del menor que deambula, de 1984.

En este caso, pediría a los que nos acompañan hoy que trataran de meditar en la cantidad de menores que deambulan por nuestras calles durante todo el día y la noche.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Otra, la protección del niño trabajador, el maltrato de menores, el abandono, el respeto por sus opiniones y la adopción.

Este es el temario de estas declaraciones. Sin embargo y aun cuando nos parezca extraño, cuanto más declaramos más declamamos sobre todos estos temas, más ineficacia parecen tener la sociedad, la familia, las escuelas, los organismos intermedios y el Estado.

A raíz de todo esto, yo me he permitido traerles un trabajo, que estimo que es uno de los más interesantes que ha efectuado Defensa de los Niños Internacional, organismo no gubernamental con sede en Ginebra que funciona desde 1979, y que también actúa en nuestro país a través de una investigación que lleva a cabo juntamente con la Secretaria de Desarrollo Humano y de la Familia. ¿Qué tema trata? El de la venta y el tráfico de niños, que en alguna medida vamos a puntualizar en esta reunión.

Respecto de este tema, sobre el cual nosotros hemos hecho algún tipo de investigación, por supuesto no de la envergadura con que lo han iniciado ellos, puede decirse que hay una serie de factores y elementos que coadyuvan a que haya un tráfico muy importante.

En primer lugar me voy a referir al tráfico internacional que, como ustedes saben, se da en nuestro país fundamentalmente a través del Chaco, Formosa y Misiones. Esa es la principal área de salida; más aun, podemos decir que los niños provienen en gran medida del sur, de las provincias de Buenos Aires, de Santiago del Estero y de Salta.

Suele haber muchos mitos sobre el tema del tráfico internacional del niño. Por eso, sólo vamos a referirnos a si los convenios internacionales y las últimas medidas adoptadas desde el punto de vista legislativo en la Argentina son realmente suficientes como para eliminar este problema que nos muestra, por oposición, que no es tal la protección del ser humano a través del espacio.

Una de las razones de ello es la de no tratar debidamente la cuestión de la adopción. ¿Qué queremos decir al respecto? Cuando se suscribió la Convención Interamericana del Niño se incorporaron algunos artículos referidos a la adopción internacional y precisamente la Argentina hizo reserva para impedir que exista adopción internacional.

No tengo dudas de que los autores de esta iniciativa, con la cual sin quererlo agravaron el tráfico del menor, se basaron en una teoría conforme a la cual el interés del menor puede verse seriamente perjudicado si se lo trasplanta desde su país de origen a otro país. Y nosotros pensamos que es probable que sea así porque todos a los que nos interesa el derecho internacional sabemos que si Mancini tuvo razón en algo fue en decir que el suelo, la raza, el grupo social, la religión, la lengua, las modalidades, estilos y costumbres inciden en la formación del sujeto. Pero también es cierto que un niño puede sentir el desarraigo si se lo trasplanta, por ejemplo, desde nuestras tierras a Suecia. ¿Cómo se sentiría ese niño, trasplantado repentinamente, ante la cultura de Suecia, tan distinta de la argentina?

Un segundo argumento en abono de esta tesis sostiene que si el número de niños en estado de abandono no alcanza a satisfacer el número de pedidos de personas que esperan adoptar en la Argentina, ¿por qué razón habrá

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que admitir una adopción internacional? Ya vamos a ver que la realidad puede desvirtuar este argumento.

Una tercera incidencia en esta posición está dada por las dificultades que se presentarían para el seguimiento durante el período del proceso de adopción. Por todas esas razones se estima no conveniente la adopción internacional y se pone, a través de la reserva que hizo la Argentina a la Convención Interamericana del Niño, una seria valla a la adopción internacional, en el sentido de niños que puedan ser adoptados y salgan del país; concretamente, el caso de dos personas que desde el extranjero intentan adoptar un niño en la Argentina.

¿Cómo se resuelve esta situación? Por vías de hecho. ¿Cómo se detecta que el hecho se produce? Por una circunstancia de orden administrativo que no ha podido soslayarse debidamente,

y es la falta de adecuada información de los organismos migratorios, de manera que los niños salen con una guarda otorgada por escribano. En este caso, diríamos que más o menos está garantizado que el niño ha querido ser dado en adopción.

Y es aquí donde se presenta el doble problema del menor: el menor niño hijo, la menor madre. En estos casos actúan quienes en buena medida hacemos seguimiento de madres adolescentes, de madres muy jovencitas, la mayoría de las veces las madres solas, y no resulta tan claro que hayan querido dar su consentimiento más allá del tema estrictamente jurídico de si requiere o no el consentimiento de los padres. Y digo más allá porque quienes investigamos este tema sabemos que esas menores adolescentes tienen padres que no quieren contener a la madre con su hijo, es decir, que a ese menor lo quieren alejar rápidamente, mediante guardas acordadas.

Otra cuestión que se plantea es la existencia de numerosas agencias intermediarias de la adopción. Si bien no cobran, perciben una comisión por la intermediación, que en buen romance de alguna manera es un precio.

¿Por qué se produce el hecho? Por un doble fenómeno.

Los países altamente desarrollados, por distintas razones que no son del caso tratar hoy, tienen una baja tasa de natalidad, llegando incluso a situaciones críticas, como las que se dan en Europa. Por el contrario, Latinoamérica tiene una situación de subdesarrollo, de desmesurados bolsones de pobreza, de no adecuada instrucción sexual respecto de si corresponde o no planificar la familia, y, al mismo tiempo, de una falta de educación y de acomodamiento de los valores a la realidad de esa gente.

Todo este conjunto de situaciones se da en ese tráfico que quienes investigan el tema lo señalan como uno de los elementos en análisis, y aquí aclaro que el mayor tráfico de niños es interno. ¿Cómo se detecta si hay tráfico? ¿Hay tráfico en toda la materia de adopción? Las estadísticas que nos brindan nos indican que es mayor el número de adopciones acordadas internamente que el número de niños declarados abandonados; en algunos casos hay duplicaciones de cifras.

En esta investigación se efectuó un análisis bastante interesante sobre la forma de obtener la documentación.

La Secretaría de Recursos Humanos nos indica que hay siete variables

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

posibles para lograr la documentación.

Veamos algunas de ellas. Primera variable: ingreso a la clínica de una mujer, partida de defunción de un bebe; ingreso a la clínica de otra mujer, partida de nacimiento de un niño.

Todos sabemos que en general no se formulan reclamos - salvo los que se peticionan por razones religiosas - ni hay inhumaciones de bebes nacidos al tiempo del parto.

Una segunda variable se da con la inscripción en una provincia y la inscripción en otra provincia; son inscripciones directas. Una tercera variable consiste en la guarda ante escribano y presentación a posteriori para un pedido de adopción.

Una variable muy importante, que afortunadamente ha quedado derogada, tenía por base una resolución administrativa conforme a la cual la guarda podía ser dada administrativamente.

Durante mucho tiempo la guarda se podía dar administrativamente: basta una mera declaración firmada por la madre.

No hace falta que entre en mayores análisis respecto a que en este punto en general hay, además, un consenso. El hecho ocurre porque hay un cierto consenso.

¿Cual es este consenso? Un primer tipo de consenso se basa en que el niño no va a educarse adecuadamente en un ambiente o en una familia de muy menguados ingresos económicos, y que en cambio va a tener un mejor destino y formación en una familia de recursos medios. El segundo tipo de consenso se da porque no hay conciencia jurídica de que el hecho en sí mismo consista en un hecho ilícito. En este sentido, en las entrevistas abiertas realizadas en esta investigación, nos fueron mostrando, por ejemplo, que si bien a alguien se le preguntaba: "Para usted, ¿el niño es una persona?", la respuesta era inmediata: "Sí, por supuesto". "¿Para usted, ¿el niño es una cosa?" " No, de ninguna manera". Sin embargo, en múltiples relaciones es posible darle el tratamiento de cosa. Así observamos que, dentro de estas variables, es casi un objeto: si no se puede tener la criatura, se consigue un lugar para colocarla, y aquí, aunque pueda ser terriblemente doloroso, la estamos asimilando a cosa. La intermediación se da a veces a través de las patronas, si se trata de personal doméstico: a veces, en determinados centros o en llamados equipos para la adopción, y a veces en organismos de tipo oficial o paraoficial.

Esta situación también está internalizada en Tribunales. ¿A qué llamo yo internalizada en Tribunales?

Ustedes saben que cuando una persona no puede mantener a su hijo por falta de medios económicos, se encuentra sola, su familia no la quiere recibir, recurre a un tribunal de menores atestado de causas y mucha paciencia. A esa gente, a la que lamentablemente le cuesta asimilar y expresar ideas, y mucho más conceptos jurídicos, se le hace llenar escritos en formularios, con planchas, sin alcanzar a comprender qué está haciendo, que es conceder la guarda del hijo con fines de adopción. En rigor esa gente no tiene por lo general la menor idea de lo que hace. Pero quien lo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

hace, quien los llena, tampoco tiene conciencia de que está haciendo algo que no es muy lícito. Actúa conforme a lo que yo les decía antes: en el consenso que afirma: es mejor que sea así. Es decir, ese derecho del niño al vínculo biológico, que tan enfáticamente se viene diciendo desde Ginebra hasta ahora, no está exactamente internalizado.

Otra de las cuestiones más discutidas de la Convención Internacional sobre adopción, dada por la CIDIP III, está centrada en su artículo 7º que se refiere al secreto. Y esto está vinculado con lo que estamos diciendo. Al respecto, hay toda una hermosa teoría francesa sobre el secreto, y una vieja práctica de la legislación francesa, según la cual no hay ninguna posibilidad de que el niño - que sería el interesado a posteriori - pueda acceder a conocer cuál ha sido su origen biológico. Este criterio ha sido receptado en la mayor parte de la legislación europea, que apunta a tratar de borrar definitivamente tal origen.

Sin embargo, la psicología nos indica que el derecho a conocer el origen es también un derecho inmanente al hombre. El tratar de borrar todo este vestigio nos muestra que cuando se dice que todas estas instituciones bregan por el interés del niño, el interés del menor, no es tan así, porque el interés atendido es el de los adultos.

El peso respecto al verdadero origen del niño adoptado no lo tiene el niño, sino quien lo adopta, por una razón absolutamente respetable, la psicológica, ya que quiere tratar de incorporar de tal suerte a sí mismo a este niño que adopta borrando su origen. No es verdad que este principio esté asentado en el interés del menor.

Todas las declaraciones dicen que el menor tiene garantizado su derecho a conocer, su derecho a saber, pero cuando analizamos si eso es lo que realmente se proponen en la actualidad las instituciones educativas, creemos que tampoco este principio tiene absoluta vigencia. Es muy difícil saber si más allá de lo que declaran estas convenciones existe una protección del niño suficiente, eficaz, efectiva en el derecho internacional. Yo considero que tampoco la hay en el derecho interno. Creo que, en primer lugar, es declamatorio, en segundo término, demagógico, y en tercer lugar, como el mundo es de los adultos, no hacemos una aplicación práctica, eficaz.

Quiero cerrar mi intervención con una última cuestión. Todas estas convenciones proponen que el menor pueda tener un acceso directo a la protección. Y qué difícil es, sin embargo, que en la realidad se produzca la audiencia para que el juez tome contacto directo con el menor y respete sus emociones, sus sentimientos y a veces su opinión.

Creo que en esta materia, como en ninguna otra, existe una divergencia entre lo meramente normativo y la realidad. En lo normativo no habría prácticamente nada que decir. Esto me suena tanto a lo que puedan haber sido las declaraciones de derecho de las constituciones. Nada más habría que agregar. Casi les diría que sólo con la Constitución no haría falta ninguna regla más. Sin embargo, no es de aplicación real y concreta.

Mi propuesta en esta convocatoria, que llamó mi atención, fue la de mostrar por el absurdo que hay una absoluta protección del menor desde el punto de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

vista de las normas. La lectura de la Convención Interamericana es extraordinaria, pero les pediría como un ejercicio penoso que traten de verificar si por lo menos un cinco por ciento de esas reglas son de cumplimiento en América Latina. Me limitaría a América Latina, y veríamos cómo dolorosamente en América Latina nada de esto está siendo realmente aplicado. Y ésta es responsabilidad de todos.
Aplausos.

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - Su turno, doctor Fermé.

DOCTOR FERMÉ.

Ya estoy arrepentido de haber dejado a mi colega que eligiera quién hablaría en primer término ... (Risas).

Cuando hace un tiempo conversamos acerca de lo que íbamos a tratar en esta mesa redonda, teníamos una idea aproximada de que podíamos apuntar a un próximo debate de amplitud mayor, por lo que la mesa redonda nos serviría como una suerte de fogueo previo para delimitar, dentro de este tema tan vasto, qué es lo que tendríamos que hacer en el campo del derecho internacional privado para ir en línea con las ideas que en el terreno del derecho civil se expusieron sobre la protección de la persona

La doctora Biocca eligió rápido. Y bien. Con precisión de cirujano puso de manifiesto un tema acuciante, doloroso, de una realidad tremenda en nuestro país.

En lo que me queda por decir, yo había hilvanado algunas ideas sobre qué temas del ámbito del derecho internacional privado vinculado con la persona y su protección podían motivar el interés futuro, por lo que casi les diría que adhiero con entusiasmo a que sea la temática de la protección del niño y no otra la que nos ocupe preponderantemente en el día de hoy.

Lo que voy a mencionar podría parecer superabundante, o quizás frívolo, pero su utilidad puede subsistir en la medida en que nos sirva para reafirmarnos en que el tema del niño requiere en verdad un tratamiento preponderante y anterior a cualquiera de esas otras cuestiones y aspectos a los que yo pueda pasar revista.

El tema es vasto, amplísimo. Inclusive hasta podríamos preguntarnos, casi como en un juego, si en el derecho internacional privado existe la protección de la persona. No voy a hablar de conflictualismo, de si el derecho internacional privado se ocupa de conflictos de leyes o de otras cosas, pero si hay algún alumno presente, podría pensar que lo que voy a decir es útil para establecer que al derecho internacional privado se le asigna la mera función de resolver un conflicto de leyes. Pensando de esa manera, es dudosa su verdadera utilidad. En cambio, si lo concebimos como una rama del derecho positivo que se ocupa de resolver los problemas de las personas de carne y hueso, sí puede haber verdadera importancia en la protección de la persona en el ámbito del derecho internacional privado.

Valdría la pena considerar si la protección de la persona en ese ámbito debe ser encarada como un problema de una rama del derecho positivo, y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

más particularmente de una rama del derecho positivo argentino, o si será útil generalizar en mayor medida y hablar de la protección de la persona en el ámbito de la ciencia del derecho internacional privado en general y los aportes que esa ciencia puede hacer en miras al mejoramiento del mencionado derecho positivo o, eventualmente, de su práctica, ya que como muy bien señalaba la doctora Biocca, el derecho positivo en el campo ideal de las normas puede mostrarse perfecto, pero en la realidad muestra una cara muy triste.

Podemos hablar de una crisis del derecho internacional privado y también de una crisis de la protección por la que nos estamos interesando. Esta crisis del derecho internacional privado no sería sino una consecuencia de una crisis general de los valores. Así, estamos asistiendo a un desenvolvimiento vertiginoso de transformaciones políticas, sociales y económicas; cambios que hace dos años ni se nos hubiera ocurrido pensar. Cómo vamos a hablar ahora del derecho internacional privado comparado de los países socialistas, por caso, con un sistema político y económico que de la noche a la mañana se cae como el muro de Berlín.

De otro lado, el derecho internacional privado parece estar abandonando construcciones dogmáticas y principios muy generales para preferir, a través de sus cultores, o de la jurisprudencia, soluciones inductivas, en la búsqueda de criterios más justos para cada caso particular.

Sin duda alguna, metodológicamente asistimos a una crisis del método conflictual al modo tradicional.

Confieso haber sido tal vez antiguo en mis ideas creyendo que podía sobrevivir un derecho internacional privado construido sólo en torno de un sistema conflictual.

Hoy tenemos que reconocer la pluralidad de métodos, aunque pudiéramos aferrarnos a una pureza metodológica y decir: yo no me ocupo de este aspecto o las soluciones construidas mediante un método distinto no forman parte del objeto de mi dedicación.

De todos modos, debemos tener en cuenta que los individuos son los sujetos natos del mundo jurídico. En último lugar, absolutamente todo el derecho debe estar referido y remontarse a la persona física.

Sin embargo, el hombre es un ser social, un ser político, por lo que podríamos interrogarnos qué posibilidades de protección puede brindar esta rama del derecho a la persona individualmente considerada si no nos aseguramos de su existencia en comunidad.

Mi colega destacó muy bien la importancia de la protección de las raíces del sujeto.

El derecho internacional público se interesa, o debiera ocuparse, de esta protección de la existencia de la persona en comunidad. Incluso, si vamos a referirnos como algo esencial al sujeto, al derecho a la paz, el papel del derecho internacional privado podría parecer, frente al que le corresponde al público, insuficiente o casi inexistente.

Sin embargo, en la medida que el derecho internacional privado es un derecho de la tolerancia, tiene una función docente, puede cumplir una finalidad de enseñar a respetar, de poner el acento en la posibilidad de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

convivir en la diversidad. De existir más iusprivatistas con papel relevante en la política mundial y nacional, no asistiríamos, quizás, a dramas, como el que actualmente aflige a Yugoslavia, porque allí está triunfando la intolerancia.

En cambio nosotros, con modestia, poniendo granitos de arena, tratamos de construir el edificio de la convivencia, de la armonía, del respeto a las concepciones diferentes que hay en el mundo.

Cultivamos la cooperación en el ámbito del derecho procesal internacional a través de la cooperación judicial internacional y, en el campo nacional, procuramos la coordinación y adaptación del derecho extranjero con el propio para la solución de los casos mixtos.

En la protección del individuo hay ciertos aspectos que están librados a la aplicación de normas propias del derecho internacional público, nacional. Por ejemplo, frente a ciertas reglas del derecho y que el privado tiene que tomar como puntos de partida para la construcción de un derecho internacional público, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, que no puede modificar ningún derecho nacional, sea civil o internacional privado.

¿Qué podemos considerar nosotros de los distintos aspectos de la realización del individuo? Por de pronto, pienso que el derecho internacional privado tiene que ocuparse de la protección de sus expectativas. El sujeto tiene expectativas en cuanto a estado, condición y capacidad. Se procura que las soluciones, logradas a través de normas materiales, o bien con el auxilio de los derechos materiales a través del método conflictual, sean justas. Sin embargo, como esas soluciones en el derecho internacional privado transitan hoy día por la búsqueda de soluciones basadas en criterios particulares, soluciones para el caso concreto que están libradas sólo al magistrado porque no hay puntos de conexión precisos, firmes, cerrados, se pone en tela de juicio la seguridad.

Yo no dudo de que la justicia debe ser puesta por encima de la seguridad. Pero la justicia requiere también un mínimo de seguridad, y para que haya seguridad es necesario un cierto grado de previsibilidad, de modo que los comportamientos puedan resultar pronosticables para los operadores del derecho.

¿Cuáles son estos aspectos de la persona a los que podemos pasar revista para determinar si el sistema conflictual está brindando, o no, soluciones apropiadas? ¿Cuáles son los fenómenos nuevos que no encajan con precisión en estos moldes de las escasas normas que suele contener un sistema de derecho internacional privado positivo?

Desde el ángulo visual de nuestra materia no podemos poner en tela de juicio que todo ser humano es persona. Esto puede aceptarse ya como un principio de orden público internacional, o bien como una regla de derecho internacional público. Sin embargo, a medida que profundizamos en la cuestión, la de que todo ser humano es persona, de inmediato podemos poner en tela de juicio cuándo estamos en presencia de un ser humano, cuándo comienza eventualmente la existencia de la persona. Porque si una persona va a ser protegida, debemos tener la certeza de que hay persona a

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

proteger.

El derecho internacional privado argentino, por ejemplo, no tiene reglas muy claras y precisas, salvo en el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940. Pero si observamos en dicho tratado cuál es el criterio sobre la ley aplicable, veremos que resulta ser la domiciliaria. Así, un ser concebido será protegido como persona en la medida en que la ley domiciliaria lo considere tal.

Pero ¿qué domicilio tiene un ser por el que nos preguntamos si será reconocido como persona? Obviamente, es un incapaz de hecho absoluto. Tendría como representante legal a la madre que lo lleva concebido, y - por tanto - el domicilio de ésta. Su existencia y reconocimiento como ser susceptible de protección estarían librados al derecho domiciliario de la persona que podría estar eventualmente interesada en que no tenga protección como persona. Esto puede parecer muy crudo, pero es real.

Por tanto, ¿quién protegería a ese ser concebido, que de acuerdo con un derecho domiciliario puede ser considerado persona y susceptible de protección, de un comportamiento fraudulento que provoque su cambio de domicilio o de un simple viaje a una clínica en el extranjero donde el aborto no estuviese penalizado?

Luego de esto, que es tan serio, podríamos preguntarnos por algo que puede parecer frívolo. Se ha ocupado el derecho internacional privado de algún derecho inherente a la persona como podría ser el de un título de nobleza. La Argentina es un país republicano, los títulos de nobleza han sido abolidos hace tiempo, pero en el ámbito internacional pueden ser considerados porque todavía hay países que los otorgan.

Y el tema no se resuelve sólo con consideraciones de orden público. Además, no es descabellado pensar que en la Argentina se suscite un pleito - y lo ha habido - entre herederos de alguien que tuvo título de nobleza, acerca no ya de a quién se transmite el título. Aquí, sí, el orden público argentino reaccionaría inmediatamente irritado, pero ¿a quién le corresponde ser depositario, por ejemplo, del escudo de armas de la familia?

En países donde hay monarquía, tendrán seguramente en claro que el depositario será aquel al que se transfiera el título de nobleza.

¿Cuál es el derecho que debe regir esta cuestión? Habrá de ser investigado, mas no es desdeñable pensar en que lo rija el de aquel país que reconoce la existencia del título y su transmisión, dejando a salvo, según las características de cada caso, los aspectos del problema que lesionen el orden público.

También podremos interesarnos respecto de los problemas vinculados con la capacidad de derecho.

Si bien puede argüirse que los artículos del Código Civil son largamente centenarios en este aspecto, no es menos cierto que el legislador argentino está en deuda porque la discusión doctrinaria es tan vieja como eso. Sin embargo, pese a que se ha modificado varias veces el derecho civil, las cuestiones de derecho internacional privado siguen en el cajón.

Si nos referimos a la cuestión sobre la capacidad de hecho, el tema tiene

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

mucha más miga. Evidentemente, tendríamos que ocuparnos de la protección del incapaz. La doctora Biocca se ha referido muy concretamente a los problemas de protección de menores, pero desde el ángulo visual del derecho internacional privado, que siempre anda valiéndose del derecho comparado para resolver problemas, tal vez podríamos aportar un granito de arena a una discusión de derecho civil: ¿Es o no tiempo de bajar el límite de la adquisición de la capacidad de hecho en el derecho civil argentino?

Parecería que normativamente no son muchos los casos en que aplicamos derecho extranjero sobre esta cuestión, pero en la realidad de los hechos, da la impresión de que la

Argentina ha importado hace rato derecho extranjero en el sentido de que la capacidad se adquiere con mucho menos de 21 años. No en el terreno de las normas; estoy hablando de las conductas vividas diariamente. ¿Cuántos hijos están hoy de hecho sometidos - ésta es la palabra precisa - a la regla de la patria potestad? ¿Acaso en este momento los 21 años son el límite social en la Argentina? ¿Qué podríamos preguntarnos sobre si un derecho extranjero vulnera o no el orden público cuando tiene límites o disposiciones muy generosas relativas a la emancipación en esta materia frente a esta realidad? Otra cuestión que ha de ser investigada y debatida es la del derecho a la filiación. El tema puede abordarse desde diversos aspectos. Podemos referirnos a la filiación como un derecho del hijo, pero podemos encontrar dificultades. Sabemos cómo cuestiones de orden público internacional motivaron soluciones en los Tratados de Montevideo de 1940. Hoy día son otros los aspectos a considerar. ¿Qué sucede con la filiación en relación con la maternidad asistida o con la fecundación artificial? ¿Cuál es el derecho que rige eventualmente los derechos de las personas sobre un óvulo fecundado o sobre semen congelado? ¿Cuál es el derecho más justo (en cuanto a su elección) para regir el eventual derecho de una esposa divorciada o separada de su marido a fecundarse artificialmente, utilizando - tal vez - semen del esposo oportunamente conservado, o a llevar adelante un embarazo sobre las bases de la conservación de un óvulo ya fecundado? No tengo respuestas por el momento.

Otras cuestiones se relacionan con el derecho a la subsistencia, y he aquí el campo del derecho a alimentos. No sé si hoy tiene sentido abrir el debate respecto del derecho internacional privado argentino sobre la materia, que posee lagunas normativas sobre el particular.

Otra cuestión interesante a investigar atañe a la protección de la integridad física del sujeto en el ámbito internacional. ¿Son todavía válidas las soluciones clásicas relativas al derecho aplicable a la responsabilidad por hechos ilícitos vinculadas con el lugar de la perpetración del hecho ilícito? Soluciones actuales requieren muchas veces ahondar en las características del caso concreto.

Aspectos modernos de la cuestión pueden llevarnos a preguntar qué derecho correspondería aplicar a un contagio de sida por accidente, o a través de una relación sexual.

También protegemos a la persona cuando protegemos su derecho a la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

formación de una familia. En cuanto al derecho internacional privado matrimonial, no hay mucho por analizar, pues en los últimos años se ha debatido bastante con motivo de la sanción de las modificaciones a la ley de matrimonio. Desde el punto de vista del derecho a una familia, podemos pensar en normas referidas a la familia extramatrimonial, o eventualmente al derecho vinculado a la filiación desde el ángulo visual del padre, el derecho a la paternidad.

¿Podemos dejar librado exclusivamente al derecho que regula la adopción este derecho de la familia de sangre que, a través del secreto a que se refería mi colega, se corta en su relación con el adoptado? Frente al tema de la minoridad, tan acuciante, todas éstas y otras cuestiones pueden parecer minúsculas, poco importantes o, como dije, frívolas. Incluso, podríamos agregar un capítulo sobre si dentro de la protección de la persona cabría hacer referencia a la de la voluntad, con lo cual el tema podría ampliarse de manera descomunal pensando en la voluntad contractual y en la póstuma. Pero supongo que tal no ha sido la intención de los organizadores.

Aplausos.

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO. - Es el tiempo en que ustedes pueden expresar sus dudas, sus inquietudes en este apasionante tema.

DOCTORA CHALITA - Lo expuesto en una parte de la exposición de la doctora Biocca, que comparto, me trae a la memoria la existencia de un proyecto de ley sobre adopción, sancionado por el Senado y a estudio de la Cámara de Diputados.

Tengo entendido que, en lo que respecta al derecho internacional privado, esa iniciativa no lo ha modificado en nada, lo que me parece tremendo. Pero lo que me ha llamado poderosamente la atención es que ese proyecto tendría un artículo relativo al derecho del adoptado a conocer la identidad del padre biológico. Querría saber si es así o no.

DOCTORA BIOCCA - Así es; ese artículo, el 11 del proyecto, establece textualmente que "los adoptados tienen derecho a conocer su identidad de origen".

Yo manifesté que este problema se planteó en la CIDIP III. Es decir, lo que podemos cuestionar es eso. Dentro de la conciencia jurídica argentina no está el secreto, el ocultamiento.

DOCTORA CHALITA - Al contrario.

DOCTORA BIOCCA - Cuando lo ha habido, obedeció a razones de orden irregular.

Doctor FERME - La ley podrá consagrar el derecho, pero en la medida en que subsistan las maniobras a las que se refirió la doctora Biocca, no hay derecho sustentado en ley que valga, porque no hay posibilidad de rastrear el antecedente.

DOCTORA CHALITA - A mi juicio, la concepción de la adopción en la Argentina y en los países latinoamericanos en general es muy distinta de la que se plantea en países europeos.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Me da la sensación de que aquí se adopta en función de los papás que quieren tener a sus hijitos, pero sería muy interesante inculcar y desarrollar la idea de que la adopción tiende a proteger al niño para que tenga una familia, y que ese niño pueda ser albergado incluso por matrimonios que ya tienen hijos. Esto se podría hacer al solo efecto de proteger la niñez. Nuestra concepción es absolutamente errónea.

PARTICIPANTE - Antes de iniciar la mesa redonda comentábamos que una gran cantidad de alumnos privilegiaban el sistema de adopción por sobre el sistema de fecundación extracorpórea, como manera de resolver el problema.

Es éste un problema cultural, y sería de interés profundizar más el sistema de adopción.

DOCTORA BIOCCA - Es correcto lo que usted dice. Además, es significativo - quienes estudian el tema de menores van a advertirlo rápidamente - que incluso se desalienten las acciones tendientes a determinar la paternidad; la idea es que los que en las investigaciones se llaman "menores en riesgo" sean dados en adopción.

En lugar de alentar a que se investigue quién es el padre y a darle atención de alguna manera a la madre biológica, se tiende a desalentar toda acción al respecto.

Este es también un fenómeno cultural que, como usted señaló, los alumnos lo vierten en las discusiones.

PARTICIPANTE - De la referencia que usted hizo a Suecia y a la Argentina parecería surgir una cierta relación con países exportadores e importadores de capitales, lo que tendría un cierto paralelismo con esta exportación e importación de niños.

Si el tema es eminentemente conflictivo a nivel interno, cuánto más lo será a nivel internacional. Incluso podríamos referirnos a nuestra situación en materia de reformatorios, etcétera.

Existe un convenio argentino - uruguayo relativo a la restitución de menores, que adopta como punto de conexión el tema de la residencia en el sentido de domicilio, y precisamente la define como el centro de vida del menor, y eso va a determinar la jurisdicción y, en consecuencia, la ley aplicable.

DOCTOR BIOCCA - En términos generales, a las asociaciones de derechos humanos siempre les ha preocupado mucho el verdadero alcance del centro de vida. Sin embargo, si nos manejamos con definiciones internacionales, podemos resolverlo bastante bien diciendo que la habitualidad en la residencia nos daría una noción de domicilio, y el centro de vida sería ese domicilio efectivo.

Ahora viene a cuento una de las cosas que no dije y que quedó como muchas otras.

Creo que usted ha captado mi intención cuando me refería a Suecia.

De lo que he visto, me resultan bastante significativas las normas y límites que establece el Canadá para la adopción internacional que quizás, si nosotros reflexionamos, pueda ser una buena solución. En el Canadá se concede la adopción internacional a niños mayores de 7 años; en otros términos, cuando ya el niño no puede ser adoptado en su país.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Sobre adopción internacional me ha tocado una experiencia judicial que muestra que puede haber un punto en donde ya no hay posibilidad de que el niño sea adoptado en el país. Es un chiquito institucionalizado, y no es bueno, porque el sistema de institucionalización aunque lo imagináramos muy perfecto, tiene inconvenientes porque el ser humano necesita una familia o lo que más se parezca a ella.

Entonces, cuando ya se está en la imposibilidad de adoptarlo internamente, podría ser una posibilidad que estos niños puedan ser adoptados.

Ustedes preguntarán por qué. La explicación nos la dio un psicólogo con quien, con motivo de los niños desaparecidos, nosotros tuvimos que tratar con frecuencia a raíz de la revisión de adopciones.

Cuando un niño no tiene contacto alguno con la cultura de otro país se produce una ruptura en su historia, de tal suerte que es un volver a nacer.

Imaginémonos un chiquito santiagueño que en dos o tres oportunidades ha sido dado en guarda y devuelto otras tantas veces por la falta de adaptación de los futuros adoptantes con el niño y de éste con aquéllos, por lo cual es trasladado a una cultura completamente distinta, con cambios de idioma y hasta de hábitos cotidianos, y esto le ocasiona como un renacer, yo diría un volver a nacer, un volver a empezar.

Como comprenderán, no puedo dar explicaciones psicológicas: sí podríamos reflexionar más.

Nosotros tuvimos un caso muy interesante. Un niño había sido entregado en guarda tres veces y devuelto otras tantas, en razón de sus extraordinarias dificultades de conducta. Periódicamente era trasladado de un instituto a otro hasta que finalmente se lo ubicó en una institución dirigida por monjas, con una de las cuales entabló una vinculación muy interesante, ya que era con la única persona con la que se encontraba cómodo emocionalmente. Pero la monja fue llamada por su congregación para asistir a un seminario en Francia y su ausencia duraría aproximadamente seis meses.

Esa decisión de la superioridad religiosa determinó en el niño un regreso a su conducta, a destrozar cosas, etcétera. La religiosa solicitó al juez de menores a cargo del niño que se le autorizara llevarlo a Francia, lo que acordó el magistrado luego de reuniones, gestiones y trámites que son de suponer. Así ambos partieron para Francia.

Lógicamente, las autoridades de la congregación religiosa no admitieron la presencia del niño, por lo cual la monja decidió pedir a su hermana y al marido de ésta que tuvieran al niño hasta su regreso a la Argentina. El niño se quedó con ese matrimonio, de clase media, sin hijos. No sabía nada de francés ni de las costumbres de ese matrimonio europeo, pero entre ellos se entabló una buena relación.

Concluida la misión de la monja, la idea del regreso desató otro drama, esta vez más complejo, la monja, el chiquito y el matrimonio francés.

Llegados a la Argentina, consultaron sobre la posibilidad de otorgar la adopción del niño al matrimonio francés. Después de gestiones y trámites que son de imaginar, no se encontró norma prohibitiva alguna que impidiera que el seguimiento judicial se hiciera en Francia. El juez tomó contacto con los cónyuges franceses y finalmente se llevaron al niño.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El seguimiento fue interesantísimo, el expediente es una maravilla, con informes, fotografías, con toda la técnica aplicable al caso. La audiencia reglamentaria se había cumplido debidamente, y se acordó la adopción. Por las dudas, se estableció un seguimiento posterior, que fue muy simple: mediante oficio realizado a través de un exhorto internacional, el juez francés cumplimentaba la medida y los informes que se enviaban a la Argentina eran muy completos, con fotografías, diapositivas, dictámenes escolares. En ese momento el niño tenía 9 años y les puedo asegurar que era uno de los chicos que, de no acordarse la adopción, salen de un instituto, van a la calle y vuelven a otro instituto, en un ciclo real, doloroso y común.

DOCTOR FERMÉ - Ese cuento de hadas tuvo un final feliz ...

DOCTORA BIOCCHA. - Por supuesto, se tomó toda clase de precaución.

DOCTOR FERMÉ. - Los adultos merecemos el infierno por las cosas que hacemos con los chicos.

En la Argentina falta el gran debate sobre la ética de la adopción.

Los medios de comunicación, tan propensos a ocuparse de temas triviales, harían un servicio a la comunidad si abrieran un debate sobre la necesidad de que se reflexione acerca de la actitud de adoptar, porque la ley argentina, en su práctica de hoy en día, parecería más encaminada a impedir la que a permitir la.

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO - Doctora Chalita, la escuchamos.

DOCTORA CHALITA - El doctor Fermé hizo referencia al derecho a la vida, al derecho a la persona, a cuándo comienza la vida.

Yo quería comentar que hace muy poco tiempo, en un simposio realizado en Córdoba, se trató el tema de la fecundación asistida, que en alguna medida fue la continuación de las últimas Jornadas de Derecho Civil que se hicieron juntamente con las de Derecho Internacional Privado. Allí se discutió mucho y prevaleció la opinión mayoritaria de acordar status jurídico al embrión, que el embrión es persona, lo que implicaría algo así como aceptar un principio de derecho internacional privado a la vida en tanto y en cuanto no se le reconociera tal carácter. Lo destaco porque había opiniones contrarias.

En cuanto al tema de la fecundación asistida, se planteó el debate acerca de si sirven o no sirven las leyes aplicables a la filiación, y en este orden de ideas todos sabemos las falencias que tenemos al respecto. Pero así como las Jornadas de Derecho Civil implantaron puntos de conexión relativos a la filiación en lo que hace al vínculo matrimonial, en el tema de la fecundación asistida se opinó que había que ampliar aún más la posibilidad expresada en la jornada de Bariloche, es decir, considerar no sólo la ley del lugar de la concepción, sino también la ley del lugar de la implantación. Estamos hablando propiamente de fecundación heteróloga y homóloga.

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO - Todo punto final es melancólico. Sin embargo, el de hoy tiene perfiles reconfortantes, porque como las otras reuniones del ciclo, la de esta noche ha tenido alto nivel académico.

Yo me siento totalmente satisfecho, y les agradezco a los señores profesores y a ustedes que nos acompañaron.