

Inscripcion De Sentencia Extranjera Interes Superior Del Nino Kafala Derecho A La Identidad

JURISPRUDENCIA

Buenos Aires, 25 de septiembre de 2020.-

VISTOS Y CONSIDERANDO: I.- A fs. 49/52 se presenta la Sra. A. M. S. y el Sr. A. H. solicitando el reconocimiento judicial de la sentencia extranjera, recaída en la Corte Judicial de Oum El Boughu Tribunal de Ain El Beida de la ciudad de Meskiana, República de Argelia, en la que con fecha 17 de julio de 2019 se otorgó la kafala definitiva respecto de la niña N. H.. Explican que si bien el instituto en cuestión no es reconocido por nuestro ordenamiento jurídico, solicitan el reconocimiento de la mentada sentencia, conforme los alcances previstos por el instituto de la tutela judicial. Refieren que contrajeron matrimonio el día 19 de diciembre de 2001 y que frente a la imposibilidad de concebir un hijo decidieron comenzar los trámites necesarios a fin de realizar una kafala en Argelia, país de origen del Sr. A.. Aclaran que transcurridos dos años -en 2017-, desde la Embajada de dicho país, les informaron sobre una niña en situación de ?kafala?, requiriéndoles la necesidad de viajar a la ciudad de Meskiana para iniciar el proceso judicial y administrativo correspondiente. Agregan que una vez cumplido todos los trámites, el 8 de octubre de 2019, retornaron a la Ciudad de Buenos Aires junto a la niña, N. H. (nacida el 22 de julio de 2018, conf. documentación obrante a fs. 7/10) con quien conviven y comparten desde entonces su vida. Posteriormente, con fecha 27 de febrero la Sra. Defensora de Menores entrevistó en forma personal a los peticionantes, oportunidad en la que el Sr. H. explicó que resulta ser argelino nativo, que llegó a nuestro país a los 26 años de edad, afincándose aquí por lo que decidió nacionalizarse. Ambos manifestaron que durante su matrimonio, tuvieron como proyecto la adopción y que tras nueve años de espera (estando inscriptos en el RUAGA), sin ser convocados, pensaron en la opción de la ?kafala?, pues se encontraban conectados cultural y afectivamente con el mundo musulmán. Explicaron que como la niña no contaba con apellido, el Sr. H., a través de un trámite ante el Ministerio de Justicia argelino le "donó" su apellido, por eso figura así en los documentos. Agregan que es su deseo que cuando la niña adquiera la mayoría de edad, quede protegida patrimonialmente, por eso estudiarán la forma de que sus bienes pasen a ella. Sostienen que su preocupación principal en la actualidad es lo relativo a la cobertura de salud, explicando que si bien la Sra. S. cuenta con Accord Salud por su empleo en la SENNAF, se encuentra imposibilitada de afiliarla habida cuenta que no la tiene a su cargo. También les preocupa su condición migratoria, ya que deben iniciar en lo inmediato los trámites de residencia para regularizar su situación. II.- El juicio de exequatur posibilita el ejercicio de una acción ante el órgano jurisdiccional a cuya revisión se somete una sentencia extranjera a fin de obtener su reconocimiento, o sea que se pretende una declaración sobre su eficacia para equipararla -en cuanto a sus efectos- a una sentencia nacional. Tal revisión no implica una valoración de los "justos motivos" tenidos en cuenta para dictar la sentencia que se pretende reconocer, sino que importa la observancia de ciertos requisitos específicamente establecidos en el art. 517 del Código Procesal, a los que necesariamente debe ajustarse la sentencia extranjera. El objeto del procedimiento de exequatur no es la relación sustancial debatida en el proceso cuya sentencia se pretende hacer reconocer, sino la decisión o fallo extranjero como tal a través de un examen de índole procesal tendiente a verificar su idoneidad para producir efectos ejecutorios en el país. Hay tres aspectos que son materia de la declaración que emite el órgano jurisdiccional tratándose de la aplicación de una sentencia extranjera: a) autenticidad; b) legalidad del proceso; c) orden público internacional (conf. CNCiv. Sala D, 13-8-92, "S. c/ A."; idem CNCiv. Sala G, 21-3-89, "M.A.A.E. e Y.S.G. s/exequátur") III.- La documentación agregada a fs. 3/6 (sentencia), como así también las complementarias obrantes a fs. 7/10 (partida de nacimiento), fs. 11/12 y fs. 13/16 (acta de entrega administrativa) y fs. 18 (donación de apellido) cuentan con las legalizaciones consulares correspondientes, por lo que pueden tenerse como auténticas. De igual modo, tanto los hechos que revelan, especialmente la intervención de la autoridad administrativa local para la situación de la niña y el desconocimiento de vínculos filiatorios, como la afirmación del cumplimiento de los recaudos legales internos de fondo y forma permiten sostener que el procedimiento extranjero ha sido legal. En cuanto a la cuestión relativa al orden público, cabe señalar que se hace en principio visible a través de la Convención Nacional sobre los Derechos del Niño (CDN), del año 1989 a la que Argentina adhiere en el año 1990 y que desde 1994 adquiere jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22) donde reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho, creando un punto de inflexión respecto de la concepción de la infancia y su relación con el Estado, debiendo éste ser garante de los derechos humanos de los niños. En su art. 20 ?...Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.? Bajo estos preceptos, puedo adelantar que -en principio- la ?kafala? no es contraria a los principios de nuestro ordenamiento jurídico. IV.- Si bien no

desconozco que dicho instituto no se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico, es preciso destacar que su finalidad es la protección de la niñez desamparada. La *kafala* se erige como la institución de mayor protección para los menores en el mundo musulmán ya que al no ser posible crear relaciones jurídicas que no tengan carácter biológico, a través de ella se asume el compromiso de proteger, educar y mantener a un menor desamparado. Dicha figura se constituye cuando una persona (*kafil*), quien debe profesar el Islam, se hace cargo voluntariamente de las necesidades de un niño que fue privado de su familia (*makful*) y se comprometa a educarlo en la religión musulmana. El principal objetivo de ésta figura es ofrecer al menor abandonado o huérfano un entorno familiar donde pueda desarrollarse como persona y sea protegido por adultos responsables y afectuosos, en definitiva consiste en la búsqueda del bienestar de la infancia. V.- Bajo estos preceptos, es preciso evaluar y asegurarse que la validez y ejecutoriedad pretendida satisface el interés superior de la niña. Al respeto se ha sostenido *el interés superior del niño debe interpretarse como un principio garantista, en virtud del cual el juez valorará en cada caso, de acuerdo a las circunstancias particulares inevitables, por cierto-, pero teniendo en cuenta y como eje fundamental, los derechos y garantías en juego, de tal forma que el interés superior del niño sea la máxima satisfacción de los derechos posibles -en el caso concreto-, consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño, y no la expresión deliberada y libre del intérprete.* (SOLARI, Néstor: *Aplicación del interés superior del niño en fallos de la Corte Suprema, DFyP 2010 (septiembre), 01/09/2010, 24. AR/DOC/5604/2010*). En este aspecto, los argumentos esgrimidos por el máximo Tribunal señalan que *...cada supuesto exige una respuesta personalizada, pues el interés superior del menor no es un concepto abstracto, sino que posee nombre y apellido, nacionalidad, residencia y circunstancias, y la solución que se propicia no importa preterir la relevancia que adquieren las gestiones realizadas a fin de impedir la inobservancia de los requisitos legales, el tráfico de niños o las anomalías en la entrega de menores en estado de adoptabilidad.* (Corte Suprema de Justicia de la Nación ~2015-05-27~ M., M. S. s/ guarda. AR/DOC/2379/2015). Ello así, este interés superior debe manifestarse específicamente en el logro de la mayor cantidad de derechos y por otro lado en la menor restricción de ellos, analizándose a tales efectos cómo los derechos y los intereses del niño se ven o se verán afectados por las decisiones y las medidas que se tomen en relación a su persona o, en su caso, por la omisión de su dictado. La legislación vigente en nuestro país, en el art 2640, al tratar los institutos de protección establece *... otros institutos de protección de niños, niñas y adolescentes regularmente constituidos según el derecho extranjero aplicable, son reconocidos y despliegan sus efectos en el país, siempre que sean compatibles con los derechos fundamentales del niño.* La disposición no implica el reconocimiento de un acto jurisdiccional extranjero sino, propiamente, de la forma de colocación o de reubicación de niños creada en el extranjero. Para ello, se recurre al llamado *“método de reconocimiento”*, entendido como aquel que opera para insertar una situación jurídica que ya ha sido creada al amparo del derecho extranjero y con la finalidad de que esta despliegue efectos en el foro, sin necesidad de someterla al procedimiento de exequatur ... En consecuencia, se evita el trámite previsto en el art. 517 CPCCN y sus equivalentes en los códigos procesales provinciales. Esta posibilidad obedece principalmente a la consideración del derecho a la estabilidad de los vínculos familiares como un derecho humano fundamental, en concordancia con decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, dentro del límite fijado estrictamente en referencia a los derechos fundamentales del niño -que resulta mucho más reducido del que propone la confrontación con el orden público internacional-, se admite la inserción de instituciones provenientes de sistemas culturalmente diferentes respetando sus particularidades, tal como el caso de la *Kafala* (mediante la cual se adquiere voluntariamente un compromiso de cuidado, educación en la fe musulmana y protección similar a la de padre e hijo aunque sin alterar los vínculos biológicos). La inserción de estos institutos resulta sumamente respetuosa del derecho a la identidad de los sujetos protegidos puesto que no se requiere, necesariamente, la asimilación del instituto creado en el extranjero a las propias del foro. (*Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Marisa Herrera-Gustavo Caramelo-Sebastián Picasso. Primera Edición, Diciembre 2015. Tomo VI. Pág 403.) En este sentido, haciendo uso de la técnica proporcionada por el Derecho Internacional Privado denominada *“ajuste”* o *“adaptación”*, se busca brindar una regulación armoniosa y coherente. Ello *... supone atribuir efectos en el foro a los conceptos y categorías, que aún cuando difieren técnicamente respecto a otro ordenamiento jurídico, en ambos cumplen una función jurídica similar equivalente respecto de las mismas instituciones...* (Fernández Rozas, José C. *Coordinación de ordenamientos jurídicos estatales y problemas de adaptación*? Revista Mexicana de Derecho internacional Privado y Comparado N° 25, 2009.pp15.). Desde esta perspectiva, considero adecuada la pretensión de los peticionantes de aplicar las reglas de la tutela de nuestro derecho interno (art. 104, 105 y concs. Del CCCN.). El art. 104 del CCCN, establece que la tutela está destinada a brindar protección a la persona y bienes de un niño, niña o adolescente que no ha alcanzado la plenitud de su capacidad civil cuando no haya persona que ejerza la responsabilidad parental. De tal manera, se aplican los principios generales enumerados en el Título VII del Libro Segundo respecto de la responsabilidad parental de modo tal que debe respetarse a) el interés superior del niño; b) su autonomía progresiva conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo, disminuyendo la representación en la medida que aumenta la autonomía, y c) su derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez. VI.-

En otro aspecto, sin lugar a dudas el tema de la religión, tal como lo expone la Sra. Defensora de Menores e Incapaces en su dictamen, es un punto medular en la especie, por lo que corresponde formular ciertas consideraciones. La sentencia en cuestión obliga al kafil a "...educar a la niña según la religión musulmana...". En este sentido, pasar por alto el tema religioso, importaría eludir o prorrogar aún más un abordaje que resulta esencial. Nuestro derecho positivo no autoriza a los poderes públicos a operar con una mentalidad de superficie, avalando a ciegas lo que los padres ejecuten con relación a sus hijos sin que estos tengan el debido conocimiento e intervención. (MIZRAHI, Mauricio L. opcit p 259). El art. 12 in 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) establece que los padres tienen derecho a que sus hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. Sin embargo, dicho precepto no puede ser interpretado en forma aislada sino a la luz de la Convención de los Derechos del niño, en primer lugar; y de la ley 26061 y el Código Civil y Comercial en segundo. En el art. 14 in 1 y 2 de la CDN los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, los padres tendrán el derecho y el deber de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades. ¿De ninguna manera podrán aquellos decidir que reciba compulsivamente credo. El derecho de los padres, por ende, es guiar, pero no imponer. La CDN no autoriza a los padres a imponer creencias a ninguna edad del niño? (MIZRAHI, op. cit. p. 285). La Ley 26.061 reconoce al niño el derecho a tener sus propias creencias y culto religioso (art. 19 in a) y el deber de los padres de respetar las garantías que asisten a los hijos (arts. 3,7,10,15,19), y determina el criterio de la capacidad progresiva. La familia es responsable en forma prioritaria de asegurar a las niñas, niños y adolescentes el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías. (art. 7 ley 26.061). Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la vida privada e intimidad de y en la vida familiar. (art. 10 ley 26061). Tienen derecho a la libertad, derecho que comprende, entre otros: tener sus propias ideas, creencias o culto religioso según el desarrollo de sus facultades ejercerlo bajo la orientación de sus padres, tutores, representantes legales o encargados de los mismos, pero con las limitaciones y garantías consagradas por el ordenamiento jurídico; tienen además derecho a poder expresar su opinión en los ámbitos de su vida cotidiana, especialmente en la familia, la comunidad y la escuela. (art. 19 ley 26061). En este orden se ha expedido la Cámara Civil y Comercial de La Plata ¿ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y al desarrollo de su hijo, debiendo ser su preocupación fundamental atender el interés superior del niño (art. 12, Pacto de San José de Costa Rica; 14, 18, CDN). No se trata en el caso de dejar librado a la voluntad de J - de 4 años de edad- que es lo conveniente para su vida, sino, simplemente de fijar como límite de las decisiones de los adultos que tienen a cargo su crianza, respetar el interés superior de quien también tienen derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, derecho a la educación, al juego y a una vida social acorde a su edad (art. 14, 27, 28, 29 CDN, art. 75 in 23, CN; 36 inc 2; CP)...?. Por ello, frente a las características particulares que presenta el instituto a estudio (kafala) en tanto implica cierta dificultad de separación fáctica entre creencia práctica religiosa e identidad cultural musulmana, entiendo que corresponde respetar la autonomía progresiva de la niña, imponiéndole al Sr. A. H. el deber de guiar a N. H., de acuerdo a sus propias convicciones y en línea al culto que profesan, pero, de modo alguno pueden imponerla ni cercenarle ninguno de sus derechos. VII.- Los principios expuestos y la doctrina citada, me permiten concluir que el reconocimiento de la sentencia extranjera resulta la respuesta adecuada para la satisfacción del interés superior de la niña de autos y, también, del interés familiar que debe preservarse. Recuérdense en tal sentido las palabras de Bidart Campos, para quien ¿en correspondencia con pactos internacionales, actualmente con rango constitucional, art. 75, inc. 2º de la reforma constitucional de 1994 (...) el juzgador no ha de perder de vista el fin último de la tarea a desempeñar, el mandato de impartir justicia en la que no ha de estar ausente una correcta evaluación de la situación fáctica que le viene a juzgamiento y las consecuencias que han de derivar del fallo que se dicta. (...) por encima de la ley está la Constitución, y desde nuestra reforma constitucional de 1994, también al lado de la Constitución y con su misma jerarquía los instrumentos internacionales revestidos de ese nivel supremo por el art. 75 inc. 22. Entre ellos, la Convención sobre los Derechos del Niño?. (...) ¿Qué hacer con un parámetro normativo que desde la cúspide del derecho interno argentino nos dice (...) hemos de cuidar primordialmente el interés superior del niño? ¿Suponer acaso que carece de aplicabilidad directa? ¿Y si ese parámetro tropieza con una ley que establece una prohibición, y el tribunal que tiene que aplicarla comprende que, en las circunstancias concretas de la causa, aplicar la prohibición legal conspira contra el interés superior del niño o no lo favorece? Pues debe hacer lo que en este caso hizo: preferir la norma superior y no aplicar la inferior. Es el abecé del derecho constitucional..." (Bidart Campos, Germán, Tratado de Derecho Constitucional, edición ampliada y actualizada 1999-2000, Ediar, Buenos Aires, 2000). Entiendo que el reconocimiento de la sentencia extranjera solicitada resulta beneficiosa para el grupo familiar y, repito, convalida un vínculo fáctico ya existente. En consecuencia, y de conformidad con los extensos fundamentos vertidos por la Sra. Defensora de Menores e Incapaces el 3 de marzo del corriente, a los que ¿brevitatis causae? me remito, lo dictaminado por el Sr. Fiscal el 1º de septiembre y oído que fue el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, RESUELVO: I) Hacer lugar a la inscripción de la sentencia extranjera dictada por la Corte Judicial de Oum El Boughu Tribunal de Ain El Beida de la ciudad de

Meskiana, República de Argelia, el 17 de julio de 2019 por la cual se otorga la kafala definitiva respecto de la niña N. H. al Sr. A. H.. Dicha inscripción deberá realizarse conjuntamente con la del nacimiento de la nombrada ocurrido el 22 de julio de 2018 en Meskiana II) A los fines indicados, librese oficio al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, al que deberá adjuntarse la documentación obrante en autos. III) Designar al Sr. A. H. Pasaporte N° - y la Sra. A. M. S. DNI -, tutores de la niña N. H. Pasaporte N°-, nacida el día 22 de julio de 2018. Hágase saber a los tutores designados que deberán comparecer por ante este Tribunal a aceptar el cargo, el que le será discernido "apud acta" 3) Firme la presente y aceptado el cargo, dese intervención al Registro de Incapaces. Fecho, expídase testimonio. IV) Notifíquese, y a los Ministerios Públicos en sus despachos.- LUCAS CAYETANO AON Correlaciones: Feldstein de Cárdenas, Sara Lidia - El conflicto de multiculturalidad: una mirada desde el derecho internacional privado contemporáneo - Erreius on line - 2011 - Cita digital IUSDC282462A 002475F