

**ADOPCIÓN INTERNACIONAL EN EL PROYECTO DEL CÓDIGO CIVIL Y
COMERCIAL 2012. JURISDICCIÓN Y DERECHO APLICABLE**
**INTERNATIONAL ADOPTION IN DRAFT CIVIL AND COMMERCIAL
CODE 2012. JURISDICTION AND APPLICABLE LAW**

Amalia Uriondo de Martinoli

RESUMEN

Las normas de Derecho internacional privado que regulan la adopción contenidas en el Proyecto de Código Civil y Comercial comprenden los ámbitos propios de esta disciplina: determinación de la jurisdicción y del derecho aplicable. Tienen por objeto proteger a los niños que son los destinatarios de una adopción, por ello, al tiempo de tomar cualquier decisión sobre cuestiones referidas al tema, los tribunales deben intensificar la cooperación internacional y actuar siempre bajo la luz del interés prioritario del niño, según las circunstancias concretas de la causa y acatar las prescripciones de la Convención sobre los Derechos del Niño.

PALABRAS CLAVE

Adopción internacional-Jurisdicción-Derecho aplicable-Cooperación internacional-Interés superior del niño

ABSTRACT

The rules of private international law governing the adoption contained in the Draft Civil and Commercial Code include the proper areas of the discipline: determining jurisdiction and applicable law. They aim to protect children who are recipients of an adoption, so while taking any decision on matters relating to the issue, courts should strengthen international cooperation and always act in the light of the priority interest of the child, as the specific circumstances of the case and comply with the requirements of the Convention on the Rights of the child

KEY WORDS

International adoption- Jurisdiction- Applicable law- International cooperation- Best interests of the child

SUMARIO: 1.Adopción en el plano internacional: a) Concepto. 2. Derecho internacional de los Derechos humanos. 3. Instrumentos de Derecho internacional privado: a) Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940; b) Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores; c) Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del

niño y a la cooperación en materia de adopción internacional. 4. Proyecto de Código Civil y Comercial: a) Jurisdicción; b) Derecho aplicable; c) Reconocimiento de la adopción conferida en el extranjero; d) Conversión de la adopción realizada en el Estado de origen. 5. Conclusión. Bibliografía consultada

1. ADOPCIÓN EN EL PLANO INTERNACIONAL. – Las normas que analizaremos a continuación, están contenidas en el Título 4 que incluye disposiciones de Derecho internacional privado (en adelante DIPr.) que determinan la jurisdicción, limitada *ratione materiae*, y el derecho aplicable a las situaciones privadas internacionales. Desde esta perspectiva y en materia de adopción, junto a las normas de conflicto tradicionales existe también espacio para las normas materiales.

a) *Concepto*. La adopción es internacional cuando el o los futuros adoptantes están domiciliados en un Estado distinto a aquél en que el adoptando tiene su domicilio o residencia habitual¹; y éste haya sido o vaya a ser desplazado a otro Estado, bien después de la adopción o con la finalidad de ser adoptado². Asimismo, se entiende por adopción internacional el “vínculo jurídico de filiación que presenta un elemento extranjero derivado de la nacionalidad o de la residencia habitual de adoptantes y adoptandos”³. Este concepto cubre tanto la adopción de personas menores de edad como la adopción de personas mayores de edad (art. 597).

El proceso legislativo de la adopción gradualmente fue recibiendo la influencia de las nuevas ideas sociológicas, se la considera más que un remedio para una pareja sin hijos como un medio eficaz de acudir en ayuda de la infancia privada de los cuidados más elementales. Es por ello, que la adopción reverdece en todas las naciones como consecuencia de una real necesidad social, advirtiéndose, al mismo tiempo, la adjudicación de efectos más fuertes al vínculo.

Los motivos para adoptar han cambiado con el devenir histórico, desde la naturaleza religiosa de la edad antigua para llegar a la nueva concepción: considerar a la adopción como el sistema de protección por excelencia para el menor carente de familia propia o en peligro material y moral.

El problema de la filiación adoptiva en el plano internacional no es uno, sino dos. El primero, la creación válida de la relación jurídica; el segundo, la eficacia de esa relación jurídica. La cuestión que preocupa básicamente, la eficacia, está supeditada o subordinada a la primera de las condiciones, pues si no existen objeciones al acto de constitución, no hay ningún inconveniente para comenzar aceptar que produzca los efectos jurídicos propios. En tal sentido, Calvento Solari señala que los problemas jurídicos a resolver son: a) determinar las autoridades competentes, la ley que deben aplicar y fijar el procedimiento; b) asegurar el reconocimiento de la adopción en los

¹ Así delimita su ámbito de aplicación la Convención Interamericana de La Paz de 1984 sobre conflicto de leyes en materia de adopción de menores (art. 1).

² Convención de La Haya de 29 de mayo de 1993 sobre protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional, art.1.

³ Ley española 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional (art. 1.2).

países interesados; y c) impedir que se concedan autorizaciones de adopción sin las necesarias precauciones⁴.

En materia de familia y, en especial, de la filiación adoptiva, nuestro sistema tiene una base convencional construida sobre dos pilares fundamentales: instrumentos de Derecho internacional público que integran el bloque de constitucionalidad y convenios celebrados en el ámbito del Derecho internacional privado que regulan la adopción internacional en general o algún aspecto de esta institución en particular.

2. Derecho internacional de los Derechos humanos. La existencia de relaciones humanas que trascienden las fronteras territoriales es un fenómeno que se ha incrementado en los últimos años debido a múltiples factores, la facilidad de los medios de transporte y comunicaciones, la movilidad laboral, la apertura de las fronteras nacionales, los que han traído consigo junto con numerosos beneficios, nuevos riesgos para los niños. Se habla de la globalización y ese concepto agrupa una serie de elementos que llevan a una mayor cercanía entre países y culturas, constituyendo uno de los problemas más relevantes del Derecho en general y del DIPr. en particular. En efecto, la sociedad del siglo XXI refleja las tensiones entre los modelos culturales que imperan en el mundo dentro del ámbito de las instituciones familiares que, necesariamente, se traducen en conflictos entre diferentes ordenamientos legales. En la actualidad, las reformas legislativas son mucho más frecuentes que tiempos atrás y operan “a una multiplicidad de niveles (convenios internacionales, legislador estatal, organizaciones de integración regional, legisladores infraestatales, capacidad normadora de la administración y de los particulares, etc.)”. En este sistema cada vez más complejo, la universalidad de los Derechos humanos se presenta como un elemento de cierta permanencia que permite orientar la actividad legislativa y la interpretación del conjunto del sistema⁵.

Es en el campo del Derecho de familia donde podemos apreciar una plena interacción entre las prerrogativas consagradas tanto en el Constitución de 1994, como en los Tratados de Derechos humanos que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico en los términos del art. 75, inc. 22. Estos instrumentos inciden ciertamente en los distintos sectores del DIPr., ya sea en el de la competencia judicial internacional, como en el del derecho aplicable o del reconocimiento de decisiones extranjeras. Dicha normativa informa de modo particular la excepción de orden público, cuya activación evita la aplicación de leyes extranjeras o el reconocimiento de decisiones contrarias a los derechos fundamentales reconocidos en tales convenios, especialmente en las cuestiones referidas al Derecho de familia. Lenta y progresivamente esta materia fue apartada de los encasillados de los códigos civiles y ha alcanzado su verdadera carta de

⁴ CALVENTO SOLARIS, UBALDINO, "La adopción de menores en Latinoamérica", Instituto Interamericano del Niño (IIN), Uruguay 1983, p. 27.

⁵ ARENAS GARCÍA, RAFAEL "El Derecho internacional privado (DIPr.) y el Estado en la era de la globalización: la vuelta a los orígenes", p. 76, disponible en: <http://librarycat.unog.ch/vwebv/holdingsInfo?bibId=244098>

naturaleza, tanto desde el punto de vista sustancial, como procesal⁶. Los Códigos de Familia de Bolivia de 1989, Cuba de 1975, Honduras de 1984, Panamá de 1995, son ejemplo de algunas regulaciones independientes.

De la superficial consideración de los convenios mencionados, se advierte que desde la *Declaración Universal de Derechos Humanos*⁷ de 10 de diciembre de 1948, se proclama que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y que tiene el derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (art. 16.3). Incluye dentro de ese marco de protección a la maternidad, la infancia y a todos los niños nacidos del matrimonio o fuera de él (art. 25.2).

Sucesivamente, se fue reafirmando a la familia como institución social y jurídica fundamental, con derecho a la protección del Estado y de la sociedad. Se debe conceder a la familia la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. Así lo establecen el apartado 1 del art. 10 del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* y los apartados 1, 2 y 4 del art. 23 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*⁸, cuyo contenido puede ser complementado con la disposición que atribuye a la familia, a la sociedad y al Estado la responsabilidad de garantizar el derecho que tiene todo niño, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menores requiere (art. 24.1). El Estado hará efectiva esa protección especial, por medio de la legislación, de la actividad administrativa y de la aplicación jurisdiccional.

En la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, firmada en la ciudad de San José (Costa Rica) el 22 de noviembre de 1969, el niño está permanentemente presente, ya sea mencionándolo en forma directa o implícitamente al referirse a la familia. Al mismo tiempo que reitera la necesidad de proteger a los hijos en caso de disolución del matrimonio, añade que las disposiciones deberán adoptarse sobre la base única del interés y conveniencia de ellos (art. 17.4).

Con el correr de los años los instrumentos jurídicos, tanto de ámbito universal como regional, reafirmaron y desarrollaron estas prerrogativas al añadir al “derecho” el correlativo “deber jurídico” a cargo de la sociedad y del Estado, para que la familia pueda asumir plenamente sus responsabilidades en el proceso del cuidado y educación de los hijos, pues paralelamente se reconoce que el niño debe crecer en el seno de una familia para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad⁹. La interrelación entonces, no sólo es posible sino querida por las normas supranacionales cuando se trata de proteger a la familia, tal cual lo prescribe el Pacto de San José de Costa Rica al

⁶ Cfr. PITTÍ G., ULISES, “El régimen económico matrimonial de las uniones de hecho”, en *Nuevos Perfiles del Derecho de Familia* (Coordinadores KEMELMAJER DE CARLUCCI, A./PÉREZ GALLARDO) L.B., Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 74.

⁷ Aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III).

⁸ Los Pactos fueron aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966.

⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 17.1) y Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.

declarar, en el apartado 1 del art. 32, la correlación entre deberes y derechos, disponiendo que toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad.

En orden a ratificar que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, sin diferencia alguna y por ende, sin distinción de sexos, el 18 de diciembre de 1979 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*. El apartado 1 del art. 16, exige que los Estados Parte aseguren a la mujer en condiciones de igualdad con el hombre... “los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera sea su estado civil, en materia relacionadas con sus hijos; en todos los casos los intereses de los hijos serán la consideración primordial (literal d); y los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos los intereses de los hijos serán la consideración primordial (literal f)”.

Los organismos internacionales no permanecieron indiferentes frente al fenómeno social de la niñez desvalida, huérfana o abandonada. Con el propósito de atraer la atención mundial hacia los menores, estos organismos formulan declaraciones relativas a la situación y los derechos del niño. Entre ellas, es posible citar las siguientes: la Declaración de Ginebra de 1924, revisada en 1948, que en su art. 2 establece "... el huérfano y el abandonado deben ser recogidos"; la creación en 1927 del Instituto Internacional Americano de Protección a la Infancia, hoy Instituto Interamericano del Niño; la Declaración de Oportunidades para el Niño de 1942, aprobada por el VIII Congreso Panamericano del Niño. En la IX y XI reunión que tuvieron lugar en Caracas (Venezuela) en 1948 y en Bogotá (Colombia) en 1959, se recomendó la introducción en la legislación de los países americanos de la institución de la adopción como medio de protección y a favor exclusivamente de menores de edad; la Declaración de Caracas sobre la Salud del Niño de 1948; la Declaración de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959 - amplía y se inspira en los derechos propuestos en la Declaración de Ginebra de 1924 redactada por Englantyne Jebb como consecuencia de los desastres de la Primera Guerra Mundial- cuyo Preámbulo expresa: “la humanidad tiene el deber de dar a los niños lo mejor que pueda ofrecerles”; y la Declaración de Naciones Unidas sobre los principios sociales y jurídicos aplicables a la protección y al bienestar de los niños de 3 de diciembre de 1986¹⁰.

En la Asamblea General de 20 de noviembre de 1989, los pueblos de las Naciones Unidas suscribieron la *Convención sobre los Derechos del Niño* (en adelante CDN) al considerar que la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana; y al estar convencidos de la necesidad de brindar a la familia la protección y asistencia necesarias para que pueda asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad. Este tratado ha tenido un

¹⁰ Resolución de la Asamblea General 41/1985.

elevado número de ratificaciones y constituye no sólo un compromiso de los firmantes desde el punto de vista internacional, sino que fundamentalmente redefine las obligaciones ineludibles de las políticas públicas respecto a la niñez, la adolescencia y la familia. En efecto, obliga a los Estados Parte a respetar los derechos enunciados en su texto y a garantizar su aplicación, sin distinción alguna, cualquiera sea la condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales (art. 2 ap. 1 y 2)¹¹.

La siguiente disposición recoge el “interés superior del niño” como directriz interpretativa que deberá estar siempre presente cada vez que se tomen medidas concernientes a los niños¹² y como principio rector para la resolución de los derechos en pugna¹³. La doctrina, la jurisprudencia y las leyes han procurado delinear los contornos de este concepto por demás impreciso. Así, se considera que el interés superior del menor es un principio general del derecho; otros conciben que dicho interés es multiforme y algunas de sus formas son impalpables. También se lo ha entendido como factor de aproximación entre sistemas jurídicos, delegación del poder normativo o una abdicación del legislador, criterio de interpretación y resolutorio de conflictos, concepto jurídico indeterminado¹⁴. La gran variedad de calificativos que existen sobre el interés superior del niño, ha llevado a afirmar que “si hay alguno que los reúne a todos, sería el de ser un concepto mutante”¹⁵. El vocablo superior significa que, en caso de conflicto entre los derechos e intereses de los niños frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos -el de sus padres o la sociedad- deben prevalecer los protegidos por la Convención. La CSJN ha precisado el alcance de este principio en los siguientes términos “... esta regla jurídica que ordena sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones tiene, al menos en el plano de la función judicial donde se dirimen controversias, el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los otros sujetos individuales o colectivos, incluso, llegado el caso, el de los padres. Por lo tanto, la coincidencia entre uno y otro interés ya no será una situación normal y regular pero contingente que, ante el conflicto, exigirá justificación puntual en cada caso concreto”¹⁶. Es un “principio de contenido indeterminado sujeto a la comprensión y extensión propios de cada sociedad y momento histórico”, por lo que

¹¹ URIONDO DE MARTINOLI, AMALIA, “La familia en los Tratados sobre Derechos Humanos”, en *Estudios de jurisprudencia. Temas de Derecho Internacional Privado*, Lerner Editora, Córdoba, 2011, pp. 54-61.

¹² El art. 3.1 establece: “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”. La primacía del interés del niño también ha sido plasmada en numerosas disposiciones, arts. 9.1 y 3; 18.1; 20.1; 21; 37, c) y cc.

¹³ AZPIRI, JORGE O., “Juicios de filiación y patria potestad”. *Colección Procesos Civiles 11*, Hammurabi, Bs. As., 2006, p. 46.

¹⁴ CALVO CARAVACA, A. L. / BLANCO MORALES LIMONES, P., “La protección de menores en la era de la globalización. Del conflicto de leyes a las técnicas de flexibilización” en *Globalización y Derecho*, Colex, Madrid. 2003. p. 218.

¹⁵ SANTOS BELANDRO, RUBÉN, “El interés superior del menor en el derecho internacional privado”, disponible en: eldial.com.ar, Biblioteca Jurídica Online, 18 de julio de 2006.

¹⁶ CSJN, 02/08/05 “S., C s/adopción”, ED, 06/09/05 y 13/03/07 “A., F.,s/protección de persona”, elDial AA3BDB.

constituye un instrumento técnico que permite a los jueces apreciar tal interés, de acuerdo con las circunstancias del caso dado¹⁷.

En una clara alusión al cumplimiento de las funciones propias de la familia, el art. 5 también compromete a los Estados Parte a respetar las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, para que el niño ejerza los derechos reconocidos en su texto.

Respecto a la adopción, el primer apartado del art. 20 describe la situación en que debe encontrarse el niño para ser sujeto de protección y asistencia especiales por parte del Estado: privado temporal o permanentemente de su medio familiar o cuyo interés superior exija que no permanezca en este medio. A renglón seguido menciona, entre otros tipos de cuidado para esos niños, la colocación en hogares de guarda, la adopción, o de ser necesaria la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las distintas soluciones, el art. 20.3 *in fine*, pide prestar particular atención a “la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico”, aspectos comprensivos del derecho fundamental a la identidad.

De acuerdo al art. 21, inc. a) los Estados contratantes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán que el interés superior del niño sea la consideración primordial, que dicha adopción sólo sea autorizada por las autoridades competentes (principio de autoridad competente) y que las personas interesadas hayan dado su consentimiento, sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario (principios relativos a los requisitos para la constitución de la adopción). La “adopción en otro país” está prevista como otro medio de cuidar del niño, siempre que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva, o atendido adecuadamente en el país de origen (principio de subsidiaridad) y cuando las normas del país en que haya de ser adoptado sean equivalentes a las existentes respecto de la adopción en su país de origen (principio de equivalencia de garantías). En el caso de la adopción en otro país, los Estados se asegurarán que la colocación no de lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participen en ella. Entre las medidas para promover los objetivos del presente artículo, se prevé la concreción de acuerdos bilaterales o multilaterales (principio de cooperación de autoridades)¹⁸, a la vez que compromete a los Estados a garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes (incs. b, c, d y e).

No obstante aceptar el sistema de la adopción, nuestro país interpuso reserva a los últimos incisos mencionados al momento de depositar el instrumento de ratificación, en el sentido que éstos no serán aplicados hasta que no se cuente con un sistema de protección legal que controle estrictamente la adopción internacional, a fin de impedir el

¹⁷ GROSSMAN, CECILIA, “Significado de la Convención de los Derechos del Niño en las Relaciones de Familia”, La Ley, 1993-B-1089.

¹⁸ La enunciación de los principios que se desprenden de la Convención puede verse en CARRILLO CARRILLO, BEATRIZ L., *Adopción internacional y Convenio de La Haya de 29 de mayo 1993*, Colección Ciencia Jurídica y Derecho Internacional, ed. Comares, Granada, 2003, pp. 34-38.

tráfico y venta de niños¹⁹. El art. 21 se refiere a la “adopción en otro país”, lo cual significa que no ha contemplado la adopción que se confiere en el país de origen en favor de adoptantes extranjeros que no comporte un traslado transfronterizo del menor²⁰.

3. Instrumentos de Derecho internacional privado. a) Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940²¹.

Entre las reformas introducidas al texto homónimo de 1889, en el Título 7 se incorporan dos disposiciones relativas a la ley aplicable a la adopción, aunque no se incluyó la correspondiente regla para determinar la jurisdicción internacional. Se suprimió, además, el art. 58 del Tratado anterior, que confiere competencia al juez del domicilio para decidir sobre la capacidad e incapacidad de las personas que, de haberse mantenido, hubiera permitido resolver la cuestión jurisdiccional atinente a la adopción.

Ante el silencio normativo, se hace necesario recurrir a la regla general del art. 56 que en el primer párrafo establece que: “Las acciones personales deben entablarse ante los jueces del lugar a cuya ley está sujeto el acto jurídico materia del juicio”. La disposición nos remite al art. 23, que exige el empleo simultáneo de las leyes del domicilio del adoptante y del adoptado para regir la capacidad de las personas, las condiciones, limitaciones y efectos de la adopción. Por la aplicación del principio del paralelismo entre jurisdicción directa y ley aplicable, resultaría que las acciones pueden iniciarse ante los jueces de uno u otro país.

Ahora bien, ¿cuál fue la intención del legislador internacional al momento de elaborar una norma que emplea una asociación de conexiones de aplicación acumulativa? Su elección no ha sido fruto de la casualidad o el azar, sino que la solución jurídica ofrecida pone de manifiesto el valor de *favor minoris* y su interpretación requiere cuidar que tal valor no quede desvirtuado por los diferentes problemas que suscita su aplicación²². Como el criterio acumulativo importa la concordancia de ambas leyes, en el supuesto que ésta fuera parcial, la adopción deberá ajustarse a la ley más estricta. Ateniéndonos a la última hipótesis y planteada la disyuntiva, se justificaría elegir entre los dos foros propuestos el del domicilio del adoptado.

A fin de reforzar tal deducción, invocamos el art. 9 de la Convención Interamericana de Montevideo de 6 de mayo de 1979 sobre normas generales de

¹⁹ Es importante mencionar los Protocolos facultativos de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas -25 de mayo de 2000-, uno relativo a la participación de niños en los conflictos armados, aprobado por Argentina mediante ley 25.616 (10/09/2002); y el otro relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, aprobado por Argentina por ley 25.763 (BO 23/07/2003)

²⁰ NAJURIETA, MARÍA SUSANA, *Coordinación de ordenamientos jurídicos en materia de adopción internacional*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Advocatus, Córdoba, 2004, p. 345.

²¹ Aprobado por el decreto-ley 7771/56, el tratado vincula a Argentina con Paraguay y Uruguay.

²² FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ C./SÁNCHEZ LORENZO, SIXTO, *Derecho Internacional Privado*, Primera Edición, Civitas, Madrid 1999, p. 164.

Derecho internacional privado²³, que reclama la aplicación armónica de las leyes designadas “tratando de realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones. Las posibles dificultades causadas por su aplicación simultánea, se resolverán teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto”. Conforme a la doctrina, al derecho positivo comparado y a las convenciones internacionales, el principio inspirador básico en la materia es el “interés superior del menor”.

En cuanto a la ley aplicable, ya adelantamos que el art. 23 regula la adopción “...en lo que atañe a la capacidad de las personas y en lo que respecta a condiciones, limitaciones y efectos, por las leyes de los domicilios de las partes en cuanto sean concordantes, con tal de que el acto conste en instrumento público”. El primer interrogante a plantear es ¿qué se entiende por domicilio de las partes?

A diferencia del texto de 1889 que delega a la ley del lugar donde reside la persona la determinación de las condiciones requeridas para que la residencia constituya domicilio, la versión de 1940 incorpora una solución uniforme al respecto. El art. 5 establece, en orden sucesivo, cuáles son las circunstancias que determinan el domicilio civil de las personas físicas. Éstas son: la residencia habitual más el *animus manendi*; a falta del elemento subjetivo, la residencia habitual en un mismo lugar del grupo familiar -cónyuge e hijos menores o incapaces- o la del cónyuge con quien haga vida en común o a falta de cónyuge, la de los hijos menores o incapaces con quienes conviva; el lugar del centro principal de sus negocios; y la simple residencia. En tanto que el domicilio de las personas incapaces sujetas a patria potestad, a tutela o a curatela será el de sus representantes legales (art.7).

Con respecto a la expresión “en cuanto sean concordantes”, el art. 23 no exige que las leyes de los domicilios de las partes coincidan sino lo que requiere es que la adopción cumpla con las leyes mencionadas cuando resultaren discrepantes²⁴. La dualidad de legislaciones aplicables necesita una labor de acoplamiento entre las soluciones en ellas contenidas. Conforme lo anticipáramos, se plantea el problema de la adaptación entre ambas, siendo esencial la búsqueda de un equilibrio entre la determinación del derecho aplicable y la obtención de un resultado justo. Es decir, compatibilizar las exigencias de la lógica jurídica con las de la equidad. Entre los posibles remedios para la adaptación de las relaciones inadaptadas, Quintín Alfonsín propone “calificar cada elemento de la relación o cada relación vinculada con arreglo a su propio supuesto o categoría, y luego adaptar entre sí los Derechos privados aplicables a cada elemento o cada relación vinculada, modificándola convenientemente hasta eliminar las incongruencias que ofrezca la aplicación conjunta de ellos”²⁵. También se considera que la necesidad de armonizar y adaptar las soluciones será más urgente si se

²³ Aprobada por ley 22.921 (BO, 27/09/83).

²⁴ GOLDSCHMIDT, WERNER, *Derecho Internacional Privado- Derecho de la Tolerancia*, Décima edición actualizada por Alicia M. Perugini Zanetti, Abeledo Perrot, Bs. As., 2009, p. 527.

²⁵ ALFONSÍN, QUINTÍN, *Curso de Derecho Privado Internacional - Teoría del Derecho Privado Internacional*, Montevideo, 1955, pp. 623/627.

juzga inválida la adopción multinacional por falta de estricta "concordancia" o ajuste de aquellos derechos²⁶.

Es una típica solución acumulativa, se aplican dos leyes posiblemente diferentes en cuanto sean concordantes, tanto para juzgar sobre la capacidad de las partes, las condiciones y alcances de la adopción, como para establecer sus efectos. Dicho en otros términos, la disposición requiere que el adoptante reúna las condiciones que su ley domiciliar pide a una persona que intenta adoptar, a las que es preciso añadir las condiciones reclamadas por el derecho domiciliario del adoptado, aplicándose analógicamente la misma regla para determinar el estado de adoptabilidad del menor. Trátase, como se comprende, de las leyes de ambas partes al tiempo de la constitución del vínculo. La razón última de este doble control impuesto a la autoridad judicial radica en la subsiguiente necesidad de asegurar que la adopción sea reconocida en el extranjero, evitando constituir situaciones claudicantes, esto es, válidas en el país que se crean pero no en el país de reconocimiento.

El Tratado se aparta así, de los principios generales consagrados para cada uno de dichos elementos, ya que para regular la capacidad de las personas físicas, siempre ha tenido en cuenta la ley domiciliar de cada uno de los interesados (art. 1), en este caso en particular, la cuestión se sujetará a las dos leyes.

Otro tanto sucede con relación a la validez intrínseca de la adopción que, según los mencionados principios, debería regirse por el derecho del país del cumplimiento del acto jurídico y en la mayoría de los supuestos, la adopción se ejecuta en el domicilio del adoptante (art. 37). Sin embargo, en virtud de lo dispuesto por el art. 23 serán aplicables los dos ordenamientos involucrados²⁷.

A favor de esta solución se pronuncian quienes sostienen que la adopción es una institución de efectos continuados, por lo que resulta conveniente cautelar la extraterritorialidad mediante la concurrencia de las dos leyes. Si bien Goldschmidt manifiesta su preferencia por la fórmula mencionada, llega a reconocer que "si se elige entre las dos legislaciones una sola, entonces, en efecto, conviene anteponer la del domicilio del adoptado, puesto que el país donde vive el adoptado no tolerará que el adoptante se lo lleve a su país, a no ser que cumpla con la legislación de aquél"²⁸.

En cuanto a la forma que debe revestir el acto de otorgamiento de la adopción, se impone la del instrumento público para que el vínculo pueda ser invocado en cualquier Estado parte, aunque esa no sea la forma exigida por las dos leyes involucradas en el acto de constitución²⁹.

De acuerdo al art. 24, las demás relaciones jurídicas concernientes a las partes se rigen por las leyes a que cada una de éstas se halle sometida. Así, la patria potestad, en cuanto a los derechos y deberes personales, se rige por la ley del domicilio de quien la

²⁶ BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho Internacional Privado*, T. I, Abeledo- Perrot, Bs. As., 1991, p. 1009.

²⁷ GOLDSCHMIDT, WERNER, *Derecho Internacional Privado*, Décima edición, ob. cit., p.344.

²⁸ GOLDSCHMIDT, WERNER, ob. cit., p. 565.

²⁹ ALFONSÍN, QUINTÍN, *Sistema de Derecho Civil internacional*, vol. I, Biblioteca de publicaciones oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Montevideo, Uruguay, 1961, p. 720.

ejercita (art. 18). A esa misma ley quedan sujetas las relaciones de carácter patrimonial, en todo lo que, sobre materia de estricto real, no esté prohibido por la ley de la situación de los bienes (art. 19).

b) Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores.

El interés del menor atrajo la atención de las Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado en tres momentos distintos. En la década de los ochenta, se elaboraron los convenios que se refieren, en unos casos, a los conflictos de leyes en materia de adopción de menores de 24 de mayo de 1984³⁰; en otros, a mecanismos que bien intentan garantizar un mínimo de atención material - Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias de 15 de julio de 1989³¹- bien buscan protegerles frente a un traslado o retención ilícitos por parte de uno de los progenitores- Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores de 15 de julio de 1989³². Ya en la década de los noventa, se redactó un instrumento de derecho internacional orientado a la prevención y sanción del tráfico de niños- Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores- que ha sido aprobada en México el 18 de marzo de 1994³³.

La Convención sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores (no ha sido ratificada por Argentina) tuvo como objetivo colmar el silencio normativo existente en la región, frente al incremento de las adopciones de niños realizadas a nivel internacional e interamericano que suscitan cuestiones de nacionalidad, estado civil, competencia y un problema cultural, por ende, jurídico. La técnica normativa empleada privilegia el método indirecto para lograr la armonía entre las diversas leyes de los Estados contratantes, aunque al lado de éste se observa la inclusión de normas materiales dirigidas a alcanzar la uniformidad de la reglamentación. Sus notas más destacadas son:

- ✓ En el texto se han alineado soluciones de naturaleza sustancial junto a soluciones de naturaleza adjetiva o procesal;
- ✓ Regula la adopción de menores, cualesquiera sea su forma, adopción plena, legitimación adoptiva y otras instituciones afines, cuando sea internacional (art. 1);

³⁰La Convención ha sido ratificada por: Belize, Brasil, Chile, Colombia, Honduras, México, Panamá, República Dominicana y Uruguay. Departamento de Derecho Internacional OEA, abril 2014.

³¹ La Convención ha sido ratificada por: Argentina, Belize, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, y Uruguay. Cfr. Departamento de Derecho Internacional OEA, abril 2014.

³² Son Estados ratificantes: Antigua y Barbuda, Argentina, Belize, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Cfr. Departamento de Derecho Internacional OEA, abril 2014.

³³ La Convención ha sido ratificada por: Argentina, Belize, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay. Cfr. Departamento de Derecho Internacional OEA, abril 2014.

- ✓ Incluye la adopción con "vocación internacional"³⁴. Se trata de una adopción aparentemente interna, aunque "de las circunstancias del caso concreto a juicio de la autoridad interviniente, resulte que el adoptante se proponga constituir domicilio en otro Estado", inmediatamente después de otorgada la adopción (art.20). Con lo cual se configuraría, a posteriori, el supuesto de la internacionalidad prevista en el art.1;
- ✓ El otorgamiento de la adopción, es de la competencia exclusiva de las "autoridades" del Estado de la residencia habitual del adoptado (art 15). No se califica el término autoridades ni la norma aporta medio alguno para concretar tal extremo, es una acepción amplia que comprende tanto autoridades judiciales como administrativas. Solución que estimo no es la acertada, la resolución de las cuestiones atinentes a la tutela de los menores y, por cierto a la adopción, debería corresponder en forma exclusiva a la esfera del Poder Judicial³⁵.
- ✓ Para la revocación y nulidad de la adopción la situación cambia, ya que se determina expresamente que sólo podrán ser decididas por los jueces de la residencia habitual del adoptado al momento del otorgamiento de la adopción (art. 16);
- ✓ La jurisdicción es concurrente cuando se pretende convertir la adopción simple en la forma plena. En este caso, el actor podrá optar entre: las autoridades del Estado de residencia habitual del adoptado al momento de la adopción; las del Estado donde tenga su domicilio el adoptante (o adoptantes); o las del Estado donde tenga su domicilio el adoptado, cuando tenga domicilio propio, al momento de pedirse la conversión (art. 16);
- ✓ Se fraccionan los elementos constitutivos de la adopción, dando ingerencia a las leyes del domicilio y residencia habitual de los pretendidos adoptantes y adoptandos respectivamente, para regular los requisitos de fondo de la adopción internacional³⁶.

c) *Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional.*

Si bien este convenio no ha sido ratificado por Argentina, la reseña de sus aspectos más sobresalientes se justifica dado el elevado número de ratificaciones (93) que ha tenido por parte de los Estados de origen de los menores y de los Estados de recepción³⁷, entre los que se cuentan el resto de los integrantes del Mercosur, más los

³⁴ OPERTTI BADÁN, DIDIER, "Comentarios a la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Adopción de Menores", IIN, Montevideo, 1986, p. 23.

³⁵ En tal sentido, reproduzco las conclusiones de las IV Jornadas Científicas de la Magistratura Argentina - Mar del Plata, setiembre de 1980: "El ejercicio del patronato que se relacione con la situación jurídica de un menor y que involucre la interferencia de la patria potestad, de la tutela o de la entrega o determinación de la guarda debe ser resorte exclusivo del Poder Judicial". En el XI Congreso Mundial de Jueces de Menores y Familia, celebrado en Amsterdam en 1982, entre otros aspectos, se hizo hincapié en que la adopción estuviera sometida a la autoridad judicial como medio para que el juez dirija personalmente el proceso adoptivo, e investigue acerca de las condiciones de admisibilidad y conveniencia de la adopción, cfr. HERNÁNDEZ, LIDIA BEATRIZ/ URIARTE, JORGE ALCIDES, "Reflexiones acerca del proyecto de ley de adopción con media sanción del Senado", diario LL, 10/6/1992.

³⁶ La aplicación distributiva de las respectivas leyes domiciliarias, la establece también el art. 25 de la ley venezolana de Derecho internacional privado de 6 de agosto de 1998.

³⁷ Actualización 06/01/2014. Estados miembros de la Organización: Albania, Alemania, Australia, Austria, Belarús, Bélgica, Brasil, Bulgaria, Burkina Faso, Canadá, Chile, China, Chipre, Costa Rica,

países asociados, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú. Sería por ello conveniente que Argentina se plantease la necesidad de adherirse a este instrumento internacional.

El convenio persigue un triple objetivo: a) establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto de sus derechos fundamentales; b) instaurar un sistema de cooperación entre los Estados contratantes³⁸ para efectuar el seguimiento y vigilancia de la etapa preparatoria de la adopción y para la toma conjunta de la decisión respecto de la colocación del menor en una familia adoptiva a fin de prevenir la sustracción, venta o tráfico de menores; y c) permitir el reconocimiento de pleno derecho de las adopciones realizadas de acuerdo al convenio en todo Estado Parte (art. 1).

El principio de subsidiariedad que debe revestir la adopción internacional puede ser inferido del Preámbulo que expresa: "...cada Estado debería tomar, con carácter prioritario, medidas adecuadas que permitan mantener al niño en su familia de origen. Reconociendo que la adopción internacional puede presentar la ventaja de dar una familia permanente a un niño que no puede encontrar una familia adecuada en su Estado de origen...". La declaración se complementa con la obligación impuesta a las autoridades competentes del Estado de origen de constatar que la adopción internacional responde al interés superior del niño, *después de haber examinado adecuadamente las posibilidades de colocación del niño en su Estado de origen*- el resaltado es nuestro- (art. 4, inciso b).

La Convención se aplica a las adopciones que impliquen un desplazamiento del niño de su Estado de origen al Estado de recepción, ya sea una vez constituida la adopción en el primero de ellos, por una persona con residencia habitual en el Estado de recepción, o bien cuando se produce dicho desplazamiento y con posterioridad se realiza la adopción en el Estado de origen o en el de recepción (art. 2.1), así como a las adopciones que establecen un vínculo de filiación (art. 2.2). Mediante esta fórmula se trató de conciliar las soluciones de los diferentes regímenes legales, por cuanto algunos Estados sólo admiten una forma legal de adopción, mientras que en otros coexisten la adopción plena con la simple o, incluso, existiendo la misma clase de adopción producen distintos efectos.

Croacia, Dinamarca, Ecuador, Eslovaquia, Eslovenia, España, EEUU, Estonia, Filipinas, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Hungría, India, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, la ex República Yugoslava de Macedonia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Mauricio, México, Mónaco, Montenegro, Noruega, Nueva Zelandia, Países Bajos, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, Rumania, Serbia, Sri Lanka, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Turquía, Uruguay, Venezuela y Vietnam. Estados no miembros de la Organización: Andorra, Armenia, Azerbaiyán, Belice, Bolivia, Burundi, Cabo Verde, Camboya, Colombia, Cuba, El Salvador, Fiji, Guatemala, Guinea, Haití, Kazajstán, Kenia, Lesotho, Liechtenstein, Madagascar, Malí, Mongolia, República de Moldova, República Dominicana, Ruanda, San Marino, Senegal, Seychelles, Swazilandia, Tailandia y Togo.

³⁸ Los delegados de Brasil, Chile, Colombia, República Dominicana, Ecuador, Guatemala, México y Uruguay participaron de una reunión de Autoridades Centrales Latinoamericanas de Estados de origen llevada a cabo en Santiago de Chile, en mayo de 2010, en la que se propició la creación de un grupo de trabajo de Autoridades Centrales a fin de mejorar la cooperación y la comunicación, disponible en: <http://www.hcch.net>.

Es preciso que el acuerdo entre las autoridades centrales para que siga el procedimiento de adopción (art. 17. c) se formalice antes de que el niño alcance la edad de dieciocho años (art. 3). De esta forma, se demarca el ámbito de aplicación personal, que no afecta para nada las disposiciones internas de los países que se incorporen al texto convencional sobre el límite máximo de edad para declarar la adoptabilidad del menor. La aplicación de la normativa depende, además, que la solicitud formulada de conformidad con el art. 14, sea recibida después de que ésta entre en vigor en los dos Estados involucrados (art. 41).

La conexión elegida tanto para las personas que deseen adoptar como para el menor es la residencia habitual, siendo diferente la concreción temporal de dicha conexión: en el primer caso, al momento de presentar la solicitud de adopción (art. 14); y en el segundo, cuando la autoridad central designada elabora los informes de adoptabilidad del niño (art. 16).

Todo el procedimiento previsto en el texto, se estructura sobre la base de dos elementos: a) la distribución de competencias al derecho y autoridades del país de origen y del país de recepción, respecto a las condiciones que se deben cumplir para que las adopciones internacionales puedan tener lugar (Capítulo II); y b) el establecimiento de una autoridad central, organizada en cada Estado de la manera que se considere más adecuada, que será la encargada de dar cumplimiento a las obligaciones que la normativa impone (Capítulo III).

A las autoridades competentes del país de origen del niño les corresponde verificar: el estado de adoptabilidad de éste; que la adopción internacional responde a su interés superior; que los consentimientos necesarios, incluso el del menor, han sido dados de forma libre, consciente, gratuita y constatados por escrito. Respecto a la madre se incorpora una norma material, por cuanto sólo podrá otorgar su consentimiento después del nacimiento del hijo (art. 4).

Si la autoridad central considera que el niño es adoptable, preparará un informe sobre su identidad, su idoneidad para la adopción, medio social, evolución personal y familiar, su historia médica y la de su familia y sus necesidades particulares. Debe asegurarse, también, que se han tenido apropiadamente en cuenta las condiciones y circunstancias educativas, étnicas, religiosas y culturales del niño, con especial referencia a la prestación de los consentimientos requeridos por el art. 4 y que la adopción internacional proyectada responde a su interés superior (art. 16). El informe y el resto de la información serán transmitidos a la autoridad central del país de recepción.

Paralelamente, las autoridades competentes del Estado de recepción deberán asegurar que los futuros adoptantes reúnen las condiciones requeridas para adoptar, que han sido convenientemente asesorados y que el niño ha sido o será autorizado a entrar y residir permanentemente en dicho Estado (art. 5). Corresponde a la autoridad central, si considera que los solicitantes cumplen las condiciones mencionadas, elaborar un informe sobre su identidad, capacidad jurídica y aptitud para adoptar, su situación personal, familiar, médica, su medio social, los motivos que les animan, su aptitud para asumir el compromiso y los niños que estarían en condiciones de tomar a su cargo (art.

15). De igual modo, deberá transmitir ese informe a la autoridad correspondiente del Estado de origen del menor.

El punto esencial es el acuerdo entre las autoridades centrales de los Estados interesados en que se realice la adopción, una vez finalizada la fase de intercambio de informes (art. 17). Se tomarán todas las medidas necesarias para que se autorice al niño a salir del Estado de origen y a entrar y residir permanentemente en el Estado de recepción (art. 18). Producido el desplazamiento del niño al país receptor, ambas autoridades centrales se mantendrán mutuamente informadas sobre el desarrollo del procedimiento de adopción y su finalización, así como del devenir del período probatorio, si éste fuera requerido (art. 20). El período probatorio con los padres adoptivos se establece atendiendo al mejor interés del menor.

Si se frustrare la adopción, la autoridad central del país de recepción tomará las medidas necesarias para la protección del niño y, en consulta con la correspondiente del Estado de origen, procurará una nueva colocación del niño, y como último recurso, si así lo exige su interés superior, asegurará el retorno al país de origen (art. 21). En la toma de las medidas pertinentes se tendrá en consideración la opinión del niño, según la edad y grado de madurez.

Lo importante es que de la actividad desarrollada por las autoridades centrales, se llegue a la conclusión que la adopción ha cumplido con todas las exigencias legales en los dos países interesados. Es decir, que deben cooperar para alcanzar la “armonización, coordinación, unificación o *jus commune* in concreto con relación al caso de la adopción internacional”³⁹.

En materia de reconocimiento y efectos de la adopción, si bien no hay un desarrollo pormenorizado, se configura un régimen muy favorable a la eficacia extraterritorial de la adopción (Capítulo V). En efecto, si se ha seguido el procedimiento previsto en la Convención, la adopción será reconocida de pleno derecho, o sea automáticamente, en los demás Estados contratantes, correspondiendo al país donde la adopción ha tenido lugar –el de origen o el de recepción- expedir la certificación en la que se indica que la adopción se ha constituido conforme a la normativa (art. 23. 1). El propósito es claro, evitar las adopciones claudicantes, válidas en un país pero consideradas nulas o inexistentes en otros. Ahora bien, ese reconocimiento sólo podrá denegarse si la adopción es manifiestamente contraria al orden público del Estado parte, teniendo en cuenta el interés superior del niño (art. 24).

El Convenio facilita la conversión de una adopción realizada en el Estado de origen que no tiene como efecto la ruptura del vínculo de filiación, en otra que sí produzca tal efecto en el Estado de recibimiento, siempre que lo permita la ley de ese Estado y que se hayan completado los consentimientos exigidos por el art. 4, apartados c) y d). Es decir, se trata de las personas o instituciones cuyo consentimiento se requiere a los fines de la adopción y del niño que cuenta con la edad y un grado de madurez apropiados (art. 27). La decisión sobre la conversión de la adopción será igualmente

³⁹ BOGGIANO, ANTONIO, *La contribución de la Conferencia de La Haya al desarrollo del Derecho Internacional Privado en Latinoamérica*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1993, p. 75.

susceptible de reconocimiento en los otros Estados Parte, aplicándose lo dispuesto en el art. 23 (art. 27.2)⁴⁰.

4. Proyecto de Código Civil y Comercial

Capítulo 3 Parte especial SECCIÓN 6 ADOPCIÓN

ART. 2635.- Jurisdicción. 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.

Para la anulación o revocación de una adopción son competentes los jueces del lugar del otorgamiento o los del domicilio del adoptado.

Concordancias. Código Civil, arts. 339 y 340; Ley 26.413 de Registro de estado civil y capacidad de las personas, BO, 06/10/2008 (Capítulo IX- Adopciones); Ley 26.616 de matrimonio civil, BO, 22/07/10 (arts. 15, 16 y 17); CPCCN, art. 517 y normas similares de los códigos provinciales; Ley 26.061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes (BO, 26/10/ 2005).

Antecedentes: Código Civil, arts. 339 y 340.

a) Jurisdicción. La determinación de la jurisdicción internacional procura dar respuesta al siguiente interrogante ¿sobre la base de qué criterios y principios son competentes los órganos jurisdiccionales y las autoridades públicas de un Estado para entrar a conocer y, en consecuencia, proceder a solucionar los problemas que suscita un caso con elementos extranjeros. Es sustancialmente diferente de la competencia judicial interna, pues los conflictos de competencia interna sólo tienen sentido cuando los órganos jurisdiccionales argentinos son competentes internacionalmente⁴¹.

La jurisdicción internacional se plantea en el proceso mixto en tres oportunidades: jurisdicción internacional directa, cuando se entabla demanda ante un juez argentino; jurisdicción internacional intermedia, cuando un juez extranjero exhorta a un juez argentino para que le preste auxilio judicial internacional; finalmente, jurisdicción internacional indirecta, cuando se pide a un juez argentino que reconozca y, en su caso, que ejecute una sentencia firme extranjera. Los últimos dos supuestos

⁴⁰ El análisis de la Convención puede verse en: CALVO CARAVACA, ALFONSO L./ CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, décima edición, Comares, Granada, 2009, pp. 252-262; CARRILLO CARRILLO, BEATRIZ L., *Adopción internacional y Convenio de La Haya de 29 de mayo 1993*, ob. cit.; ESPLUGUES MOTA, CARLOS, “El nuevo régimen jurídico de la adopción internacional en España”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Edizioni Cedam Padova, Gennaio-Marzo 1997, p. 48 y ss; HERRÁN, ANA ISABEL, *Adopción internacional*, ed. Dykinson, Madrid, 2000, pp 12 y ss; NAJURIETA, MARÍA SUSANA, *Coordinación de ordenamientos jurídicos en materia de adopción internacional*, ob. cit., pp. 182 y ss, entre otros.

⁴¹ FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ .C/SÁNCHEZ LORENZO, SIXTO, *Derecho Internacional Privado*, Primera Edición, Civitas, 1999, p. 80.

pueden ser ensamblados en el concepto de jurisdicción internacional indirecta, intermedia y final⁴².

El art. 2635 recoge la regla básica de jurisdicción, cuyo contenido puede ser desglosado en dos partes: la primera, aborda el sector de la competencia judicial para decidir sobre la guarda con fines de adopción y para el otorgamiento de la adopción; la segunda, determina los foros de competencia para resolver su nulidad o revocación.

Respecto a la guarda y al otorgamiento de la adopción, el legislador se limita a determinar los supuestos en los que son competentes los tribunales propios y que presentan una vinculación suficiente con la esfera personal y territorial del Estado. El criterio atributivo de jurisdicción internacional utilizado, conecta el supuesto de hecho con una circunstancia que se halla vinculada con el ordenamiento argentino: el domicilio del niño en la República. La primacía de intereses públicos –respeto de la ley de fondo nacional y la interpretación de la reserva al art. 21, incisos b, c, d, y e de la CDN⁴³ - y la estrecha vinculación sociológica de la relación jurídica con el foro, justifican atribuir el conocimiento del asunto a los órganos judiciales propios y excluir la posibilidad de intervención de los tribunales extranjeros. La reserva de la competencia exclusiva a los tribunales nacionales supone, además, que éstos estarán habilitados para denegar el reconocimiento y ejecución en su territorio de una decisión dictada en el extranjero y que verse sobre la materia⁴⁴.

Para la determinación del domicilio del niño a los fines del art. 2635, habrá de estarse a lo dispuesto en el art. 2614 que lo localiza en el país del domicilio de quienes ejercen la responsabilidad parental. En la obra codificadora de la Conferencia de La Haya y de la OEA, la residencia habitual del menor se ha consolidado como criterio de conexión tanto desde la perspectiva de la competencia internacional de los tribunales como del derecho aplicable respecto de las materias relativas a la niñez –vgr. responsabilidad parental, alimentos, adopción, restitución y tráfico internacional-. Mientras que el Proyecto le asigna a la residencia habitual del menor un papel residual, sólo actúa cuando el ejercicio de la responsabilidad parental es plural y sus titulares se domicilian en Estados diferentes.

En consonancia con la reserva formulada al art. 21, incs. b, c, d, y e de la CDN, se continúa con la política legislativa implementada en 1997 (art. 315, primer párrafo, CCivil) de dificultar hasta el extremo la constitución de la adopción internacional de menores nacionales, por cuanto se exige una residencia continua en la República por un período mínimo de cinco años anterior a la petición de la guarda con fines de adopción, exceptuando de esa exigencia a las personas de nacionalidad argentina o naturalizadas en el país (art. 600)⁴⁵. Ello no implica rechazar la adopción de niños de otros países

⁴² GOLDSCHMIDT, WERNER, "Jurisdicción y competencia con respecto a divorcios", *El Derecho*, 41 - 399.

⁴³ Cfr. Fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, ed. Zavalía, Bs. As., 2012, p. 827

⁴⁴ GONZÁLEZ CAMPOS, JULIO D., "La competencia judicial internacional. Aspectos generales", Cap. XI, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, Elisa Pérez Vera (Directora), UNED, ed. Colex, Madrid, 2000, pp. 307-310.

⁴⁵ El Juz. Civ. y Com. de Conciliación y Familia, Deán Funes, 07/04/95, "S.,C.H.", durante la vigencia de la ley 19.134 (BO, 29/07/1971) tuvo la oportunidad de señalar que la nacionalidad argentina de uno de

constituida en el extranjero en favor de personas domiciliadas o con residencia en Argentina, siempre que se haya garantizado la ausencia de un acto ilícito⁴⁶.

El segundo párrafo del art. 2635, establece foros concurrentes para decretar la anulación o revocación de una adopción a través una doble opción: el del lugar del otorgamiento⁴⁷ o el del domicilio del adoptado. Los foros aludidos se inspiran en un principio de proximidad razonable y reflejan una competencia “adecuada, aceptable y justificada” de los tribunales argentinos, sin que ello implique excluir la posibilidad de reconocer una sentencia extranjera cuyo tribunal se haya declarado competente en base a tales criterios⁴⁸.

La nulidad, es una sanción legal que priva de sus efectos propios a un acto jurídico en virtud de una causa existente en el momento de su celebración. En consecuencia, los aspectos relevantes de la nulidad son: a) está establecida en la ley; b) se priva al acto de sus efectos normales; y c) el vicio del acto es contemporáneo con la celebración⁴⁹. Como la declaración de nulidad de la adopción extingue el vínculo de filiación creado, implica problemas de peculiar gravedad, tiene características propias que son impuestas por la naturaleza del acto y la trascendencia de la sanción.

La revocación se circunscribe a la forma simple de la adopción, que es la que predominó con exclusividad desde sus orígenes hasta mediados del siglo pasado. Su régimen, en general, se caracteriza porque no rompe los lazos originarios de parentesco ni el adoptado ingresa de lleno en la familia del adoptante. Sólo existe una vinculación jurídica entre el adoptante y el adoptado – traspaso de la patria potestad- y los derechos y obligaciones que genera no son iguales a los de la filiación legítima sino más reducidos. Las limitaciones varían de una legislación a otra. Es también un rasgo distintivo, el que pueda ser dejada sin efecto por mutuo acuerdo; por la sola voluntad del adoptado; o por justos motivos. El Proyecto la define así: “la adopción simple confiere el estado de hijo al adoptado, pero no crea vínculos jurídicos con los parientes ni con el cónyuge, excepto lo dispuesto por este Código” (art. 620).

La revocación de la adopción simple tiene lugar cuando se configuran las siguientes hipótesis: a) conducta indigna del adoptado o del adoptante en los supuestos

los integrantes del matrimonio peticionante residente en Alemania daba al caso un matiz diferente al de una adopción internacional típica, puesto que de ese modo la menor no perdería sus raíces y tendría parientes por parte materna, LLC, 1996-246.

⁴⁶ NAJURIETA, MARÍA SUSANA sostiene que “la legislación argentina, apreciada en su conjunto, no expresa disfavor hacia adopciones conferidas en el extranjero, sea una adopción interna de ese Estado o una adopción internacional, ya sea conferida en favor de adoptantes extranjeros o argentinos, incluso residentes habituales en la República Argentina, cuando se ha descartado todo riesgo de tráfico de niños”, “Inserción de adopciones internacionales en el ordenamiento jurídico argentino”, *Nuevos paradigmas de familia y su reflejo en el derecho internacional*, Advocatus, Córdoba, 2011, p. 123.

⁴⁷ Se ha visto que esta solución la establece la Convención de La Paz de 1984 sobre conflicto de leyes en materia de adopción de menores (art. 16).

⁴⁸ FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ .C/SÁNCHEZ LORENZO, SIXTO, *Curso de Derecho Internacional Privado*. 3° ed. Civitas, Madrid, 1998, pp. 264-272.

⁴⁹ LLAMBÍAS, JORGE J., *Tratado de Derecho Civil*, T.II, 3° ed., Perrot, Bs.As., 1967, p.565; Borda, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil Argentino*. Parte General, T. II, 6° ed., Perrot, Bs. As., 1977, p. 402, n° 1235.

previstos en el Código; b) petición justificada del adoptado mayor de edad; y c) acuerdo de partes manifestado judicialmente, cuando el adoptado fuera mayor de edad (art 629). Es dable advertir que el Proyecto mantuvo la mayoría de las causales establecidas en el art. 335 del Código Civil.

Según López de Zavalía, en un sentido primordial "revocar es extinguir un acto unilateral mediante otro acto unilateral. Ello implica derogar una normación primera por obra de una normación segunda"⁵⁰. Específicamente para la adopción, Zannoni y Orquín expresan: "Un acto jurídico es revocable cuando la ley otorga a cualquiera de las partes intervinientes en él la facultad para dejarlo sin efecto o para privarle de sus efectos propios por su propia voluntad"⁵¹. La revocación entonces, es un acto posterior que se fundaría en hechos o circunstancias sobrevinientes y sus efectos se proyectan hacia el futuro.

El otorgamiento de la adopción es un acto jurisdiccional, por lo que la intervención del juez es indispensable para la cesación de la misma. Se admite la revocación unilateral, por causa éticamente fundamentada (art.629, inc. a). Sólo procede su solicitud ante la existencia de motivos graves, éstos serían los que configuran causales de indignidad para heredar, expresamente dispuestas en el art. 2281; y la negativa a cumplir la obligación alimentaria sin causa justificada (art. 554).

El derecho a solicitar la revocación de la adopción es recíproco, corresponde tanto al adoptado como al adoptante. La solicitud de revocación por mutuo acuerdo, supone la irreparable destrucción de la relación adoptiva, cuando ésta ha quedado tan deteriorada como para justificar su aniquilamiento a través de la sentencia judicial. La voluntad de solicitarla debe surgir claramente. El acuerdo debe ser manifestado judicialmente y el magistrado libra los correspondientes oficios al Registro del estado civil y capacidad de las personas para su posterior inscripción⁵². El juez competente que intervenga en el juicio de revocación, es quien debe evaluar la gravedad de los motivos para decidir si éstos quedan o no enmarcados dentro de las causales de la ley.

Desde la mira de la jurisdicción indirecta y al margen de la primacía del derecho convencional, el art. 2611 impone la obligación a los jueces argentinos de brindar "amplia cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial y laboral". La intención de reforzarla al momento de constituir una adopción en país extranjero por parte de personas residentes en nuestro país o de seguimiento posterior a la adopción conferida en el exterior, se evidencia en el párrafo tercero del artículo en comentario que, a pesar de la seguridad jurídica que se hubiera visto afianzada con su implementación, fue posteriormente eliminado mediante decreto del Poder Ejecutivo nacional⁵³.

⁵⁰ LÓPEZ DE ZAVALÍA, FERNANDO, *Teoría de los contratos*, Parte General, Ed. Zavalía, 1971, p. 347.

⁵¹ ZANNONI, EDUARDO/ ORQUÍN, Leopoldo, *La adopción y su nuevo régimen legal*, Astrea, Bs.As., 1972, p. 207.

⁵² Art. 47 de la ley 26.413 de Registro del estado civil y capacidad de las personas de 10/09/2008.

⁵³ Redacción original del art. 2635: "...Las autoridades administrativas o jurisdiccionales argentinas deben prestar cooperación a las personas con domicilio o residencia habitual en Argentina, aspirantes a una adopción a otorgarse en país extranjero, que soliciten informes sociales o ambientales de preparación o seguimiento de una adopción a conferirse o conferida en el extranjero".

Por lo general, los ordenamientos que admiten la adopción internacional exigen, entre otros recaudos, la acreditación de las condiciones previas de los peticionantes, relativas a la salud física y psíquica, edad, formación del grupo familiar, descripción socio ambiental del medio en que desarrollan su vida, etc. por medio de certificados expedidos por las autoridades competentes del Estado de su domicilio. En nuestra legislación no está previsto expedir esos certificados de idoneidad o declaraciones de aptitud para las personas domiciliadas en la República que aspiran adoptar en el extranjero, lo cual ha originado respuestas contrapuestas en los tribunales.

Así por ejemplo, el Juzgado Nacional en lo Civil n° 48 rechazó “*in limine*” la información sumaria requerida por los cónyuges residentes en el país sobre su aptitud social, física y psicológica a los fines de postularse y tramitar la adopción internacional en Haití, con fundamento en los siguientes aspectos: a) no era factible requerir una declaración en abstracto; b) la falta de regulación específica; y c) la posición del Estado argentino con relación a la adopción internacional.

A la luz del principio del interés superior del niño que orienta y condiciona la decisión de los magistrados llamados a juzgar estos casos, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil decidió revocar la sentencia porque entendió que: a) no acceder al trámite, implicaría dejar a los peticionarios sin una vía adecuada para hacer valer sus legítimos derechos; b) constituye un requisito objetivo la constancia que demuestre que los posibles adoptantes tienen la capacidad para adoptar; y c) si bien la reserva efectuada a los incisos b, c, d, y e del art. 21 de la CDN respecto del reconocimiento de la adopción internacional, ésta no está prohibida en nuestro país, en atención a que los arts. 339 y 340 se refieren a los efectos de la adopción conferida en el extranjero.

Al amparo de la doctrina de la CSJN y sin expedirse sobre el fondo de la cuestión, cuando se afirma que las actuaciones se regirán por la normativa aplicable en el derecho interno de Haití, el tribunal concluyó que “el Estado a través de todos sus poderes y órganos tiene la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona humana, así como proteger y asegurar su ejercicio, a través de las respectivas garantías (art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos del Hombre)”⁵⁴.

Similar situación fáctica movilizó a la Cámara de Familia de 2° Nominación de Córdoba, en orden a resolver la apelación interpuesta por un matrimonio residente en Argentina que quería realizar una adopción en Haití. La solicitud para obtener informes psicológicos y socio ambientales emitidos por una autoridad oficial, a los fines de ser presentados y evaluados como pretendidos adoptantes en el país extranjero, había sido rechazada por el Juzgado de Familia de Cuarta Nominación.

En sentido contrario, la Cámara decidió que nada impide admitir este tipo de proceso a tramitar en los tribunales argentinos sobre la base de estos fundamentos: el objeto de la acción no está prohibido en nuestra legislación ni vulnera el orden público interno; la vía judicial es la adecuada para resolver acerca de un pedido de constancia de idoneidad para adoptar en un país extranjero ante la ausencia de un órgano

⁵⁴ CNac. Apel., sala J, 29 de mayo de 2012, Exp. N° 84.815/2011- “I. S., G. B y C., A. H. s/información sumaria”, Juzgado Nacional en lo Civil n° 48.

administrativo estatal competente para abordar la cuestión, pues “le da el carácter oficial que en cuestiones de esta naturaleza se impone y luce como la más conveniente y adecuada”; no admitir este modo de tramitación violentaría el orden público interno, ya que sería más fácil y sin control alguno adoptar en el extranjero que en nuestro país porque se utilizarían documentaciones de origen privado que no dan fe de los informes y tampoco han tenido ningún contralor oficial en su otorgamiento; dentro de la esfera judicial, los Tribunales de Familia son los órganos con competencia exclusiva en materia de adopción, por lo que la certificación de idoneidad requerida cae bajo la órbita de su actuación (art. 16, incs. 11 y 15 de la ley N° 7676). A su juicio, la petición consistía en un “derecho que no puede ser desconocido, pues lo contrario importaría una denegación de justicia”⁵⁵.

La reseña de estos fallos tiene como objetivo reflexionar acerca de la conveniencia de mantener el tercer párrafo del art. 2635. De ese modo, se han de liberar a los magistrados de la complicada e imprevisible tarea de colmar el vacío legal en torno a la autoridad oficial competente. De ésta debe emanar la información que acredite la idoneidad de los pretendientes adoptantes, residentes en Argentina, para adoptar un niño en un país extranjero.

Ahora bien, si la política legislativa opta por mantener la supresión de dicho párrafo, consideramos que las autoridades judiciales deben ser las competentes para avalar la idoneidad de los postulantes, a fin de aportar la transparencia que requiere una futura adopción en otro país⁵⁶.

Deslindada la competencia del juez para solucionar las situaciones descriptas, el siguiente problema a resolver es el del derecho aplicable a la constitución, anulación o revocación de la adopción.

b) Derecho aplicable

ART. 2636.- Derecho aplicable. Los requisitos y efectos de la adopción se rigen por el derecho del domicilio del adoptado al tiempo de otorgarse la adopción. La anulación o revocación de la adopción se rige por el derecho de su otorgamiento o por el derecho del domicilio del adoptado.

La cuestión de la ley aplicable se limita a seleccionar aquélla que regule del modo más adecuado todo lo atinente a la adopción, en la que cabe distinguir la

⁵⁵ Cámara de Apelaciones de Familia de 2° Nominación de Córdoba, Auto interlocutorio número trece, 02/03/2012, “R., P. M. y Otro- Actos de jurisdicción voluntaria- sumaria información- recurso de apelación”.

⁵⁶ Entre las conclusiones finales de la Comisión B (La familia y el Derecho en un mundo globalizado) del XVII Congreso internacional de Derecho Familiar, Mar del Plata, 22 al 26 de octubre de 2012, se propuso “que las autoridades judiciales presten colaboración a la preparación de informes de idoneidad solicitados por personas residentes en nuestro país que se encuentren en un trámite de adopción en un país extranjero”.

En igual sentido se orienta la ponencia de RUBAJA, NIEVE “Un acto de cooperación internacional indispensable para la constitución del estado filial. Su repercusión en el estatuto personal del niño”, presentada en el XXIV Congreso Argentino de Derecho Internacional “Julio Barberis”, Rosario, 15 al 17 de noviembre de 2012. .

constitución del vínculo adoptivo y sus requisitos del tema relacionado con los efectos, esto es, los derechos y obligaciones de las partes. A la hora de seleccionar un punto de conexión, el precepto ha preferido una conexión formal, el domicilio del adoptado. Éste debe valorarse al tiempo de otorgarse la adopción y no en el momento de los tres procesos anteriores que deben seguirse para llegar a la adopción: uno administrativo y dos judiciales -de declaración de adoptabilidad y de guarda preadoptiva-⁵⁷.

Con esta fórmula, se pone énfasis en el carácter proteccional de la adopción, constituyendo el interés prioritario del niño la base para someter a su propio derecho tanto la validez de la adopción como sus efectos. En consecuencia, la ley personal del adoptado ha de regir la institución especialmente para garantizar que se cumplan los requisitos referidos a la capacidad para adoptar y para ser adoptado, que la prestación del consentimiento familiar o de los representantes del menor se otorgue en debida forma y dentro del marco del orden jurídico local. La aplicación de ese derecho "refleja el interés del Estado de no marginarse de un fenómeno jurídico - social que lo afecta"⁵⁸.

Para los supuestos de anulación o revocación de la adopción, al domicilio del adoptado se incorpora como conexión alternativa la del lugar de otorgamiento. Ello en virtud que la sanción de nulidad se presenta como el reverso o dimensión negativa de las condiciones de validez de la adopción. Resulta claro que la ley rectora del acto de constitución será aplicable a la nulidad en todos sus aspectos (personas legitimadas para solicitarla, causales de anulación, etc), y dicho ordenamiento será, asimismo, aplicable a los posibles efectos de la nulidad.

Los presupuestos de validez de la adopción establecidos por la legislación, tienden a resguardar la estabilidad del vínculo que la institución crea. De ello se deriva, que será la propia ley infringida la que determine las causas de nulidad y la que proscriba toda acción que no se funde en las causales expresamente previstas.

La nulidad es un término general que engloba varios supuestos de infracción de normas sustantivas y procesales contemplados en el art. 634, cuyo texto suma nuevas causas al art. 337 del Código Civil. Así, cabe mencionar la edad del adoptado, la diferencia de edad entre adoptado y adoptante, la prescindencia de las fases procesales legalmente establecidas, la falta del consentimiento del niño mayor de diez años, el encubrimiento de un hecho ilícito⁵⁹, la adopción simultánea por más de una persona, entre otras.

⁵⁷ En lo referente a las acciones de adopción en el régimen proyectado puede consultarse MEDINA, GRACIELA, "El proceso de familia", Cap. XVII, *Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, (Director, Julio César Rivera), Abeledo-Perrot, Bs. As., 2012, pp.452-454.

⁵⁸ OPERTTI BADÁN, DIDIER, "La adopción internacional en el Derecho internacional privado de conflicto - Proyecto de Convención Interamericana". Reunión de expertos sobre adopción de menores", Actas y Documentos, Quito 1983, Vol. I, IIN, p. 107.

⁵⁹ CApel. CC Morón, sala II, agosto 11-1992, "M. de G., D. R. c. S. S. s/nulidad de adopción", se trataba de una menor que había sido abandonada en 1976 en la puerta de la ex Casa Cuna con un cartel que decía "hija de subversivos", y que fue adoptada en 1977 por una señora que trabajaba en el lugar y que adujo que la niña era hija de una empleada de su hermano. La alzada consideró que la adopción plena de "X. V." se había otorgado en fraude de la ley, al denunciarse como abandonada una menor que no se hallaba en dicha situación y al falsearse los datos relativos al lugar, tiempo y modo en que comenzó la guarda. En

Es preciso recordar que la Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores de 1994 - ratificada por Argentina- prevé la anulación de las adopciones y otras instituciones afines cuando su origen o fin fuere el tráfico internacional de menores. A tal efecto, somete a la ley y a las autoridades del Estado de constitución de la adopción la declaración de nulidad de la adopción o de la institución de que se trate (art. 18).

La revocación de la adopción produce efectos desde la sentencia que la declara y sólo para el futuro. Al extinguirse los efectos de la adopción, consecuentemente, cesan la obligación alimentaria, los impedimentos matrimoniales, la vocación hereditaria del adoptado y adoptante, así como la patria potestad que vuelve a los padres biológicos.

c) Reconocimiento de la adopción conferida en el extranjero

ART. 2637.- Reconocimiento. 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. También se deben reconocer adopciones conferidas en el país del domicilio del adoptante cuando esa adopción sea susceptible de ser reconocida en el país del domicilio del adoptado.

A los efectos del control del orden público se tiene en cuenta el interés superior del niño y los vínculos estrechos del caso con la República.

La fuente convencional en la materia, ha puesto el acento en el reconocimiento, automático y de pleno derecho en los demás Estados parte, de las adopciones que se ajusten a su texto. Por ejemplo, así lo establecen la Convención de La Haya de 1993 (art. 23) y la Convención Interamericana de La Paz de 1984 (art. 5). En el ámbito regional, la Convención sobre normas generales de Derecho internacional privado (Montevideo, 1979) ya disponía el reconocimiento en todos los Estados parte de “las situaciones jurídicas válidamente creadas en un Estado parte de acuerdo con todas las leyes con las cuales tengan una conexión al momento de su creación” (art. 7).

En general, las legislaciones latinoamericanas, entre ellas la nuestra, establecen que la adopción se efectúa, pronuncia o decreta mediante resolución judicial y esa también es la solución en el régimen proyectado (art. 594). Constituir una relación paterno filial definitiva o cuasi definitiva requiere las máximas garantías de independencia y competencia en materia de familia o de menores. De este modo, se asegura debidamente el control de las actuaciones que preceden al pronunciamiento de la adopción, cumpliéndose los fines para los cuales esta institución ha sido creada.

Si tenemos presente que la sentencia de adopción tiene naturaleza constitutiva, pues crea, modifica o extingue una situación jurídica, su reconocimiento será necesario cuando pretenda desplegar sus efectos o acceder al registro en nuestro país. Por razones

consecuencia, decidió que el acto jurídico se desmorona, porque la génesis de la adopción ha sido fraudulenta y el interés público y social no puede admitir su subsistencia (CCiv., art. 1047). ED, 150-526, con nota a fallo de PORTELA, JORGE G., “Óptimo local, realidad y adopción”.

de extensión y finalidad de este trabajo, nos limitaremos a manifestar que en ausencia de convenios, corresponde acudir a la normativa nacional o provincial sobre reconocimiento de sentencias extranjeras, en virtud de la cual habrá que verificar si éstas reúnen condiciones mínimas sustantivas, procesales y formales para que gocen de eficacia extraterritorial (vgr. CPCCN, art. 517)⁶⁰.

La sumisión de la adopción internacional al sistema tradicional del reconocimiento de sentencias extranjeras, ha sido considerado “excesivo e insuficiente y no responde a los objetivos a lograr que son: favorecer el reconocimiento de adopciones legítimamente constituidas en el extranjero y detectar los casos de conducta ilícitas que violan los derechos del niño o de su familia de origen”⁶¹.

En la norma material proyectada, el domicilio del adoptado actúa como condicionante del reconocimiento del vínculo creado en el extranjero. De un lado, impone el deber de reconocer la adopción –internacional o extranjera- otorgada por el juez del país de dicho domicilio al tiempo del otorgamiento. De otro, exige la conformidad del emplazamiento adoptivo con el ordenamiento jurídico del adoptado, cuando haya sido conferida por el juez del país del domicilio del adoptante.

Su reconocimiento está condicionado a no contrariar “los principios fundamentales de orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino,” según lo dispone la cláusula general contenida en el art. 2600 del proyecto. Cabe tener presente que si bien el precepto alude a los principios en consonancia con la Convención sobre normas generales de 1979⁶², se omitió añadir que la incompatibilidad debe ser manifiesta a fin de restringir su operatividad. De acuerdo a la norma convencional, constituye requisito esencial para la invocación del orden público que la ley extranjera sea “manifiestamente” contraria a los principios del orden público del foro (art. 5). No basta que sea dudosa⁶³. Ello significa que la excepción se nutre tanto de las normas positivas como de los principios; y que el hecho de anteponer el adverbio “manifiestamente”, importa una severa limitación a su empleo indiscriminado por parte de los jueces. Además de estas condiciones, la violación ha de producirse por la efectiva aplicación de la norma extranjera, puesto que lo que se rechaza no es el derecho extranjero, sino la aplicación al caso concreto⁶⁴.

⁶⁰ El Juzg. de 1º Ins. de Dist. N° 16 en lo Civ. C. y Lab. Firmat (S.F.), 16/03/10, “B., G. A. y G., E. S. s/ adopción”, conforme a lo establecido por el Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe (art. 269), reconoció y declaró el exequátur de la sentencia dictada en la República de Haití, por la cual se otorgó a los esposos plena validez en la República Argentina de la adopción de la menor de nacionalidad haitiana. Nota a fallo de Feuillade, Milton C. “Exequátur de una sentencia de adopción en Santa Fe”, Colección Zeus, Revista N° 9- Tomo N° 113, pp. 450/462.

⁶¹ NAJURIETA, MARÍA SUSANA, “ El derecho fundamental del niño al reconocimiento de su filiación por adopción más allá de la fronteras”, conclusiones de la ponencia presentada en el XVII Congreso internacional de Derecho Familiar, Mar del Plata, 22 al 26 de octubre de 2012.

⁶² Aprobada por ley 22.921 (BO, 27/09/83).

⁶³ GOLDSCHMIDT, WERNER, “Un logro americano en el campo convencional del Derecho Internacional Privado”, El Derecho 83 - 833.

⁶⁴ OPERTTI BADÁN, DIDIER, “ Exposición de Motivos del Proyecto de Convención Interamericana sobre Conflictos de leyes en materia de alimentos para menores”, Unidad de Asuntos Jurídicos, IIN, OEA, Montevideo, Uruguay, 1988, p.24.

El centro de preocupación de la cláusula de reserva, es evitar que se consuma el tráfico y venta de niños a través de la adopción internacional o que se desnaturalice la finalidad del instituto (servidumbre, pornografía, dadores de órganos, etc.)⁶⁵. El último párrafo del art. 2637 establece las pautas a tener en cuenta en el control del orden público: que exista una conexión relevante del supuesto con el foro, que puede estar dada por la residencia habitual de los adoptantes en la República; y que el interés superior del niño sea la consideración primordial.

d) *Conversión de la adopción realizada en el Estado de origen*

ART. 2638.- *Conversión.-* La adopción otorgada en el extranjero de conformidad con la ley del domicilio del adoptado puede ser transformada en adopción plena si:

a) se reúnen los requisitos establecidos por el derecho argentino para la adopción plena;

b) prestan su consentimiento adoptante y adoptado. Si éste es persona menor de edad debe intervenir el Ministerio Público.

En todos los casos, el juez debe apreciar la conveniencia de mantener el vínculo jurídico con la familia de origen.

El tipo legal de esta norma material capta lógicamente la situación privada internacional. La consecuencia jurídica directamente proyecta la solución del caso, sin recurrir a la elección de un sistema jurídico justificado del cual quepa, por vía indirecta, extraer dicha solución material. El fundamento axiológico de tal consecuencia jurídica directa se basa en las consideraciones de justicia que justifican el método de creación⁶⁶.

En líneas generales, se mantiene el contenido del art. 340 del CCiv., que abre la posibilidad de transformar una adopción constituida en el extranjero de conformidad con la ley del domicilio del adoptado en el régimen de la adopción plena, siempre que se cumplan los requisitos establecidos por el derecho argentino. La otra condición se relaciona con el consentimiento que deben prestar el adoptante y el adoptado para aceptar la irrevocabilidad del vínculo y la ruptura de los lazos jurídicos del hijo adoptivo con su familia de origen. Aspecto que será valorado por el juez, en orden a decidir sobre la conveniencia de mantener los vínculos anteriores. Se exige la intervención del Ministerio Público cuando el adoptado sea menor de edad al momento de la conversión.

La disposición alude a la adopción simple, es decir, aquélla que se caracteriza por su revocabilidad y por el mantenimiento de los derechos y deberes del parentesco de sangre, pues el adoptado pasa a formar parte de dos familias distintas. Plantea el problema de cuestiones nacidas de la incidencia del factor tiempo, ya que la adopción extranjera migra a la Argentina originando un cambio de estatutos. Es dable advertir que se autoriza el fraccionamiento objetivo: la validez de la adopción continúa rigiéndose por el derecho

⁶⁵ NAJURIETA, MARÍA SUSANA, "Inserción de adopciones internacionales en el ordenamiento jurídico argentino", ob. cit., p. 136.

⁶⁶ BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho internacional privado*, T. I, ob. cit., p. 497.

extranjero, mientras que, acordada la conversión, los efectos se regulan por la ley argentina.

5. Conclusión

En la adopción, hay un niño que se ha desarrollado en el seno de una familia ajena a sus lazos consanguíneos, dando nacimiento a vínculos afectivos carentes de apoyatura biológica. La carencia de vínculos de sangre se encuentra suplida por el acto o la voluntad trascendental de admitir a un niño en la familia, construyéndose entre ambos un vínculo que no tiene diferencias de fondo con el genético.

Adoptar no es simplemente amparar a un niño. Es un sentimiento emocionalmente más profundo y de repercusiones de vida insondables para el futuro de todos los seres humanos involucrados. La adopción exterioriza la superioridad de las cualidades humanas en la constitución y ampliación de la organización familiar.

Por ello, al tiempo de tomar cualquier decisión sobre cuestiones referidas al tema, los tribunales deben siempre actuar bajo la luz del interés prioritario del menor, según las circunstancias concretas de la causa y acatar las prescripciones de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Cuando se ponen en juego valores difíciles de conciliar, la disyuntiva se plantea entre las siguientes alternativas: o se resguarda el interés público mediante el cumplimiento estricto de la ley, o se centra la mirada en la persona a quien el legislador justamente pretende proteger a causa de su indefensión. De allí, que se afirme que “el interés abstracto del legislador debe ceder, excepcionalmente, ante el interés concreto que se presenta ante los ojos del juzgador”⁶⁷.

Las autoridades judiciales argentinas deben prestar cooperación a la preparación de informes de idoneidad solicitados por personas residentes en el país, para ser considerados y valorados en el trámite de una adopción que se llevará a cabo en el extranjero.

Urge incrementar la colaboración entre los Estados para establecer una recíproca información sobre la situación de los menores de un país adoptados en el otro y, de ese modo, facilitar y garantizar su protección.

El reconocimiento de una adopción conferida en otro Estado se verá facilitada merced a la implementación de un mecanismo de cooperación entre autoridades. Sólo podrá denegarse el reconocimiento, si la adopción es manifiestamente contraria a los principios fundamentales del orden público argentino, teniendo en cuenta el interés prevalente del niño.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

ALFONSÍN, QUINTÍN, *Curso de Derecho Privado Internacional - Teoría del Derecho Privado Internacional*, Montevideo, 1955, pp. 623/627.

⁶⁷ KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, “De los llamados requisitos rígidos de la ley de adopción y el interés superior del niño. Breve paralelo de la jurisprudencia italiana y argentina”, ED, 1998-III- 973.

Sistema de Derecho Civil internacional, vol. I, Biblioteca de publicaciones oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Montevideo, Uruguay, 1961, p. 720.

ARENAS GARCÍA, RAFAEL “El Derecho internacional privado (DIPr.) y el Estado en la era de la globalización: la vuelta a los orígenes”, p. 76, disponible en:

<http://librarycat.unog.ch/vwebv/holdingsInfo?bibId=244098>

AZPIRI, JORGE O., “Juicios de filiación y patria potestad”. *Colección Procesos Civiles II*, Hammurabi, Bs. As., 2006, p. 46.

BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho Internacional Privado*, T. I , Abeledo- Perrot, Bs. As., 1991, p. 1009.

La contribución de la Conferencia de La Haya al desarrollo del Derecho Internacional Privado en Latinoamérica, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1993, p. 75.

BORDA, GUILLERMO, *Tratado de Derecho Civil Argentino*. Parte General, T. II, 6º ed., Perrot, Bs. As., 1977, p. 402, n° 1235.

CALVENTO SOLARIS, UBALDINO, "La adopción de menores en Latinoamérica", Instituto Interamericano del Niño (IIN), Uruguay 1983, p. 27.

CALVO CARAVACA, A. L. / BLANCO MORALES LIMONES, P., “La protección de menores en la era de la globalización. Del conflicto de leyes a las técnicas de flexibilización” en *Globalización y Derecho*, Colex, Madrid. 2003. p. 218.

CALVO CARAVACA, ALFONSO L./ CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, décima edición, Comares, Granada, 2009, pp. 252-262.

CARRILLO CARRILLO, BEATRIZ L., *Adopción internacional y Convenio de La Haya de 29 de mayo 1993*, Colección Ciencia Jurídica y Derecho Internacional, ed. Comares, Granada, 2003, pp. 34-38.

ESPLUGUES MOTA, CARLOS, “El nuevo régimen jurídico de la adopción internacional en España”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Edizioni Cedam Padova, Gennaio- Marzo 1997, p. 48 y ss.

FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ C./SÁNCHEZ LORENZO, SIXTO, *Derecho Internacional Privado*, Primera Edición, Civitas, Madrid 1999, pp. 80; 164.

GOLDSCHMIDT, WERNER, *Derecho Internacional Privado- Derecho de la Tolerancia*, Décima edición actualizada por Alicia M. Perugini Zanetti, Abeledo Perrot, Bs. As., 2009, p. 527.

"Jurisdicción y competencia con respecto a divorcios", *El Derecho*, 41 - 399.

"Un logro americano en el campo convencional del Derecho Internacional Privado", *El Derecho* 83 - 833.

GONZÁLEZ CAMPOS, JULIO D., “La competencia judicial internacional. Aspectos generales”, Cap. XI, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, Elisa Pérez Vera (Directora), UNED, ed. Colex, Madrid, 2000, pp. 307-310.

GROSSMAN, CECILIA, “Significado de la Convención de los Derechos del Niño en las Relaciones de Familia”, *La Ley*, 1993-B-1089.

HERRÁN, ANA ISABEL, *Adopción internacional*, ed. Dykinson, Madrid, 2000, pp 12 y ss.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, “De los llamados requisitos rígidos de la ley de adopción y el interés superior del niño. Breve paralelo de la jurisprudencia italiana y argentina”, ED, 1998-III- 973.

LÓPEZ DE ZAVALÍA, FERNANDO, *Teoría de los contratos*, Parte General, Ed. Zavallía, 1971, p. 347.

LLAMBIÁS, JORGE J., *Tratado de Derecho Civil*, T.II, 3° ed., Perrot, Bs.As., 1967, p.565.
Medina, Graciela, “El proceso de familia”, Cap. XVII, *Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, (Director, Julio César Rivera), Abeledo-Perrot, Bs. As., 2012, pp.452-454.

NAJURIETA, MARÍA SUSANA, *Coordinación de ordenamientos jurídicos en materia de adopción internacional*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Advocatus, Córdoba, 2004, p. 345.

Nuevos paradigmas de familia y su reflejo en el derecho internacional, Advocatus, Córdoba, 2011, p. 123.

“El derecho fundamental del niño al reconocimiento de su filiación por adopción más allá de la fronteras”, conclusiones de la ponencia presentada en el XVII Congreso internacional de Derecho Familiar, Mar del Plata, 22 al 26 de octubre de 2012.

OPERTTI BADÁN, DIDIER, "Comentarios a la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Adopción de Menores", IIN, Montevideo, 1986, p. 23.

"La adopción internacional en el Derecho internacional privado de conflicto - Proyecto de Convención Interamericana". Reunión de expertos sobre adopción de menores", Actas y Documentos, Quito 1983, Vol. I, IIN, p. 107.

“Exposición de Motivos del Proyecto de Convención Interamericana sobre Conflictos de leyes en materia de alimentos para menores”, Unidad de Asuntos Jurídicos, IIN, OEA, Montevideo, Uruguay, 1988, p.24

PITTÍ G., ULISES, “El régimen económico matrimonial de las uniones de hecho”, en *Nuevos Perfiles del Derecho de Familia*, Coordinadores Kemelmajer de Carlucci, A./Pérez Gallardo, L.B., Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 74.

RUBAJA, NIEVE “Un acto de cooperación internacional indispensable para la constitución del estado filial. Su repercusión en el estatuto personal del niño”, ponencia presentada en el XXIV Congreso Argentino de Derecho Internacional “Julio Barberis”, Rosario, 15 al 17 de noviembre de 2012.

SANTOS BELANDRO, RUBÉN, “El interés superior del menor en el derecho internacional privado”, disponible en: eldial.com.ar, Biblioteca Jurídica Online, 18 de julio de 2006.

URIONDO DE MARTINOLI, AMALIA, “La familia en los Tratados sobre Derechos Humanos”, en *Estudios de jurisprudencia. Temas de Derecho Internacional Privado*, Lerner Editora, Córdoba, 2011, pp. 54-61.

ZANNONI, EDUARDO/ ORQUÍN, Leopoldo, *La adopción y su nuevo régimen legal*, Astrea, Bs.As., 1972, p. 207.

