

ADOPCIONES INTERNACIONALES: Aspectos internacionales y su ubicación en el derecho argentino.¹

Sumario

I. Nota introductoria. II. Aspectos generales de las adopciones internacionales III Situación normativa en el derecho argentino. IV. Tendencias doctrinarias y jurisprudenciales en Argentina. V. Adopciones internacionales en el derecho comparado americano VI. Cuestiones de derecho internacional privado: Competencia y derecho aplicable. VII. Derecho Convencional vigente y comparado: La Convención de La Haya relativa a adopciones internacionales- Tratados de Montevideo-Convención Interamericana VIII. Conclusiones.

I. Nota introductoria

Las adopciones internacionales al establecer un vínculo filiatorio entre el adoptado y el, o los adoptantes, conllevan por sus circunstancias vínculos con otros ordenamientos jurídicos. Estas particularidades pueden surgir del domicilio o residencia del adoptado y adoptante(s), del otorgamiento de la guarda, o por traslado del domicilio posterior al establecimiento de la adopción, provocándose de este modo conexiones con otros países. Una adopción puede ser internacional desde su origen, cuando el domicilio, nacionalidad o residencia de adoptado o adoptante(s) se encuentra en diferentes territorios, o, cuando es local, pero sus efectos se deben reconocer en un Estado distinto de aquel en que se constituyó.

El objetivo de este trabajo pretende brindar un panorama breve de sus aspectos internacionales así como exponer algunos criterios doctrinales, jurisprudenciales y legislativos de la posición argentina. Un panorama del derecho comparado autónomo y convencional nos puede dar una perspectiva más comprensible del tema. Nuestro fin se dirige a señalar la tendencia instalada en la concepción jurídica argentina, acerca de la necesidad de implementar uno sus aspectos esenciales: la cooperación internacional entre los países de origen y de destino por vía de tratados. Solo reglas claras en orden a la comunicación entre Estados pueden servir de base segura y cierta para la circulación internacional de las filiaciones adoptivas en cuanto a, las causas de constitución, de anulación y de revocación de las adopciones internacionales.

¹ Por Myriam Diana Lucero, profesora de derecho internacional privado de la Universidad Nacional de Córdoba y Universidad Blas Pascal.

La adopción de niños es un instituto de protección a la niñez desvalida que tiene como fin tuitivo resolver la asistencia protectora al niño desamparado. Se ha sostenido y se difunden habitualmente noticias nefastas sobre las adopciones internacionales que comportarían uno de los instrumentos favoritos del tráfico de personas. Sin embargo, la desviación hacia ese objetivo es absolutamente contradictorio a su finalidad, desviaciones que deben resolverse en el marco de otras medidas apropiadas que responden a figuras tipificadas por el derecho penal.² Sin embargo, el temor que se levanta ante algunos países respecto al tráfico de niños no es menor, situaciones en que la adopción ha sido utilizada como recurso para encubrir delitos. Por ello, UNICEF ha fijado posición favorable a las adopciones internacionales siempre que existan dentro del marco convencional entre países ratificantes del Convenio de La Haya de 1993 sobre cooperación en materia de adopción, es decir, de la cooperación entre autoridades por medio de instrumentos convencionales como única herramienta que asegura su verdadera finalidad en la comunidad de Estados.³

² En el ámbito americano la Convención Interamericana sobre Tráfico de Menores adoptada en México el 18/03/1994 fue ratificada por Argentina y publicada en el B.O. 26/10/1999 regula los aspectos civiles y penales del tráfico de menores, instaurando un sistema de cooperación jurídica entre los Estados. Este convenio significó un gran paso para combatir el tráfico de niños condenando el traslado, la retención o sustracción de un menor con *propósitos o medios ilícitos* (Art.2). A su vez el art. 18 expresamente dispone que “las adopciones y otras instituciones afines constituidas en un Estado parte serán susceptibles de anulación cuando su origen o fin fuere el tráfico de niños”.

³ La posición de UNICEF se refleja en sus objetivos: “UNICEF apoya las adopciones internacionales cuando éstas se realizan de conformidad con las normas y principios del Convenio de La Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional de 1993, que ha sido ratificado por más de 80 países. Ese Convenio representa un avance importante para los niños, sus familias biológicas y sus potenciales familias adoptivas extranjeras. En el mismo se estipulan las obligaciones de las autoridades de los países de origen de los niños, así como las de los países que les reciben para su adopción. El Convenio tiene como objetivo garantizar que los procesos de adopción sean adecuados y honestos. En el Convenio se otorga prioridad máxima al interés superior del niño y se ofrece un marco de referencia para la aplicación práctica de los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño referidos a las adopciones internacionales. Entre ellos figuran la obligación de garantizar que las adopciones de esa índole cuenten con la autorización de las autoridades competentes, de obtener el consentimiento previo con conocimiento de causa de todas las partes interesadas, de asegurar que las adopciones internacionales se lleven a cabo bajo las mismas normas y protecciones que se aplican en las adopciones nacionales y de que no involucren réditos financieros inadecuados para quienes participen en las mismas.”www.unicef.org. En el mismo sentido ha sido plasmado uno de los objetivos del Convenio de La Haya de 1993, en el Ap. 52 que refleja: “...los objetivos principales del convenio son el establecimiento de determinadas garantías para proteger al niño en caso de adopción internacional y la instauración de un sistema de cooperación entre Estados para garantizar la eficacia de dichas garantías”

Por otra parte, en la actualidad han surgido también motivos, religiosos y políticos esgrimidos entre algunos países contrarios a las adopciones internacionales. Un ejemplo de ellos son los casos presentados recientemente por Rusia y Marruecos que han planteado su negativa a continuar favoreciendo el curso de adopciones internacionales desde sus países. Sin embargo, sus argumentos en nada se vinculan a los aportes de la cooperación internacional entre autoridades y las razones dadas escapan a la vía jurídica internacional propuesta por la comunidad de naciones.⁴

II. Aspectos generales de las adopciones internacionales

A diferencia de los países islámicos que no aceptan su constitución con el mismo alcance, puede decirse que la mayoría de los derechos occidentales consagran el instituto de la adopción de niños en sus legislaciones internas.⁵ Ahora, cuando en una situación jurídica surge su carácter internacional a partir del elemento extranjero, se ha advertido por parte de la comunidad de Estados, la necesidad de brindar otras soluciones en el plano jurídico ante el despliegue de efectos fuera de las fronteras. Esto es, desde la perspectiva de la instrumentación de mecanismos de cooperación entre autoridades que se logra articulando convenios específicos. La Convención de La Haya de 1993 procura las garantías para que las adopciones internacionales respeten, tanto el interés superior del niño como sus derechos humanos esenciales. Además confluyen en su análisis y eficacia, aspectos de diversos contenidos respecto a la competencia, al derecho aplicable y al reconocimiento de actos y sentencias, cuestiones propiamente dichas del derecho internacional privado. Cabe señalar en el mismo orden que, las soluciones de casos no se agotan en estos temas, pues debemos tener en cuenta además, aspectos de fondo de la ley aplicada a la adopción

⁴ En 2012 el Gobierno ruso ha elaborado una ley expresamente dirigida contra EE UU, al prohibir que se entreguen a ciudadanos norteamericanos niños en adopción, en virtud del maltrato ocasionado a un niño ruso adoptado por una familia americana, a los que se suman razones políticas en conflicto con los derechos humanos, Por su parte Marruecos ha dicho que las adopciones de niños no le garantizan la cultura religiosa islámica. Consulta artículo on line Diario El País, *Ideologías contra adopciones internacionales*, Publicado el 8/01/2013 en www.elpais.com.es.

⁵ Existen diferencias de los derechos occidentales con el derecho islámico, que considera a la adopción como una "filiación ficticia", que no tiene fundamento en *la sharia*, ni en la lógica, ya que el Corán la rechaza y por consiguiente el hijo adoptado es extraño a la familia, considerando que la adopción comporta una injusticia para los hijos verdaderos. Por ello se prohíbe la adopción y se sustituye por *la kafala* que conlleva deberes de crianza y educación, aunque se intenta siempre previamente la ayuda material y moral de la familia para que se haga cargo del niño. Sin embargo, al *almakfoul* como se denomina a las relaciones personales surgidas de la *kafala* se lo sitúa en el trato como un miembro de la familia. Tiyaniya seguir, en *regulación de la kafala en el derecho marroquí* en el texto coordinado por Gavidia Sanchez, Julio, *Inmigración, Familia y Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 317, No obstante, países como Egipto, Líbano y Turquía han participado de los debates del Convenio de La Haya, aunque tan solo el último lo ha ratificado.

vinculada a la protección de menores y a los derechos fundamentales del niño.⁶

En el ámbito del derecho de familia argentino los valores constitucionales que receptan los derechos humanos exigen una intervención estatal de control sobre aquellos menos favorecidos, organizando su protección en miras al resguardo de esos derechos. En este contexto un paso significativo ha sido la Convención de los derechos del niño de 1989 que estableció un conjunto de principios de raigambre universal en aras de la protección del niño, contribuyendo de este modo al reconocimiento y reafirmación de sus derechos fundamentales. En nuestro país la misma tiene incorporación constitucional a través de la reforma de 1994 en el art. 75 inc. 22. e igual jerarquía en la Constitución Nacional⁷

Ahora bien, desde la perspectiva de la adopción, se ha vislumbrado el riesgo del desplazamiento de niños a un Estado diferente de su residencia habitual, y en este sentido el principio del interés superior debe primar en todas las decisiones que involucren al niño. Sino no hay tratados que aseguren la cooperación entre autoridades entre los países de origen y destino del niño no existen garantías de supervivencia del principio. Con mayor razón si el establecimiento de un vínculo adoptivo significa para el niño un cambio de identidad, de familia y de cultura.⁸ De allí que entendemos que el problema fundamental se centra en la ratificación y articulación del sistema de cooperación de autoridades.

⁶ El elemento extranjero es el dato de la situación jurídica que pone de relieve la conexión de los ordenamientos jurídicos involucrados. El caso vinculado al derecho privado puede presentar hechos, situaciones, objetos y conductas relacionados a varios Estados, por lo que la extranjería de uno o varios elementos lo vinculan con la "pluralidad" de ordenamientos jurídicos. P/EJ: domicilio, nacionalidad, etc. Cfr. Boggiano Antonio, *"Derecho internacional privado"*, Tomo I, Segunda edición, Depalma, 1994. Si bien, los problemas de competencia y ley aplicable son propios del derecho internacional privado, para la interpretación de los supuestos internacionales, el principio del interés superior del niño a impulso de la *Convención de los derechos del niño*, exige a las autoridades tomar decisiones en base al respeto de los derechos inherentes de la persona humana. Se considera que asociado al interés superior debe establecerse en cada caso, si la acción de padres o guardadores afecta los derechos de los niños y adolescentes: a la vida, educación, integridad física, identidad, etc. Grosman Cecilia, *Significado de la Convención de los derechos del niño en las relaciones de familia*, L.L.1993-B-1094.

⁷ Convención de los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989 y aprobada y ratificada por Argentina por Ley 23849. (B.O. 22/11/1990). La incorporación constitucional de la Convención "...la nueva visión constitucional axiológica de la niñez y de la adolescencia concibe a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho y centro de atención prevalente y prioritaria conforme lo ordenado tanto en la CDN, como en la Constitución nacional" Cfr. Lloveras Nora-Salomom, Marcelo, *"El derecho de familia desde la Constitución Nacional"*, Ed. Universidad, Buenos Aires 2009.

⁸ Acerca de los valores constitucionales y el interés superior del menor en la adopción puede consultarse a Lloveras, Nora-Salomom, Marcelo, en la Ob.Cit *"El Derecho de Familia-desde la Constitución Nacional"*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 2009, en el Cap.IV denominado *"La verdad y las relaciones familiares"*.

En la adopción internacional se suma a estas complejidades, el control estatal que deba ejercerse en el país de origen sobre la situación jurídica del adoptado una vez que esta ha sido otorgada, argumento que dificulta en ciertos casos, que los ordenamientos jurídicos puedan tomar decisiones pacíficas y armonizadas sobre la procedencia de esta problemática.

Los países que recurren a su rechazo se centran principalmente en la idea de no favorecer por ninguna razón jurídica el posible desplazamiento de un niño domiciliado en su Estado, de este modo se entiende no facilitar por medio de una adopción su traslado a otro Estado.⁹ No obstante puede afirmarse que el principio de la cooperación internacional entre autoridades, cuando se construye en base a una sólida base convencional desalienta esa ilicitud, para constituirse en una herramienta que ha dado excelentes resultados en materia de protección de niños como ha ocurrido en los casos de secuestros parentales y sobre los que hay sobrada experiencia en los ámbitos judiciales y administrativos.¹⁰

En este sentido y asumiendo el valor de la cooperación de autoridades, hay que destacar la tendencia doctrinaria nacional, manifestada en el orden autónomo por cuanto fue incluida por primera vez una norma de fondo sobre cooperación jurisdiccional en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. En caso de aprobarse, podría aportar una eficaz herramienta judicial cuando no existan convenios vinculantes de carácter específico en la protección de menores. Es evidente que la inclusión de esta disposición ha tomando en cuenta, el creciente interés de los principios que difunden los convenios internacionales, y los beneficiosos resultados que resultan de la intervención y comunicación de los Estados. Así se dispuso en esa normativa que “los jueces argentinos deben brindar amplia cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial y laboral”.¹¹

Argentina no acepta que residentes en otros Estados puedan efectivizar adopciones internacionales y solo regula aspectos relacionados con la ley aplicable de la adopción extranjera del domicilio del adoptado admitiendo así sus efectos locales. Así las cosas, distintas voces se han alzado en nuestro país sobre el posible alcance de este instituto. Vemos por un lado, el criterio político legislativo que le niega efectos a la constitución de

⁹ Minyersky Nelly, *Acerca de la llamada adopción internacional*, Biblioteca Electrónica del Colegio de Abogados de Buenos Aires, Derecho Civil, www.aaba.org.ar- Consulta 12/2012)

¹⁰ El Convenio de la Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, adoptado por la Conferencia de La Haya en su sesión 14° del 25/10/1980 y ratificado por Argentina en su publicación del B.O. 1990/10/31 se ha constituido en la muestra paradigmática de los efectos de la cooperación internacional.

¹¹ Así lo dispone el Art.2611 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación-Decreto Presidencial 191/2011- que en caso de aprobarse brindará una herramienta a aquellos casos en que no hubiere convenios vigentes sobre cooperación. Puede verse también otros temas vinculados a la cooperación internacional en Dreyzin de Klor, Adriana –Saracho Cornet, Teresita, *Trámites Judiciales Internacionales*, Zavalía, Buenos Aires, 2005

adopción internacional en Argentina y por otro lado, se manifiesta el criterio doctrinario y jurisprudencial que apoya ciertas flexibilidades en orden a la cooperación internacional, aunque de manera dispersa y con fundamentos en el derecho a formar una familia.

II. Situación normativa en el derecho argentino

En la ley argentina las adopciones internacionales no son viables, pero se reconoce efectos al derecho extranjero siempre que coincidan con el domicilio del adoptado. Desde la sanción de la Ley 19.134 del año 1971, nuestro ordenamiento jurídico solo reguló el favor de la adopción cuando se hubiere constituido en el domicilio extranjero del adoptado. Nunca se aceptó normativamente la que conlleva la internacionalidad desde su origen (partes domiciliadas en distintos Estados) y parece profundizarse su rechazo frente a la oportunidad obviada en el Proyecto, que mantuvo solamente los efectos de aquella adopción conferida en el extranjero.¹² En este sentido es de destacar la clara posición sostenida por Najurieta en sentido contrario, ya que sostiene: “que en su conjunto la legislación argentina no expresa disfavor hacia adopciones conferidas en el extranjero respecto a niños y niñas también domiciliados en el extranjero, sea una adopción interna de ese Estado, o una adopción internacional, ya sea conferida a favor de adoptantes extranjeros o argentinos..”¹³

Así la legislación posterior, mantiene el concepto que no permite adoptar a ningún extranjero con domicilio, nacionalidad o residencia habitual que no acredite residencia por cinco años en el país. Esa limitación ha sido prevista también por la vigente Ley 24.779 en el art. 339 del Código Civil Argentino que establece: “ los derechos y deberes del adoptado al tiempo de la adopción se regirán por la ley del domicilio del adoptado al tiempo de la adopción cuando esta hubiera sido conferida en el extranjero.

¹² El Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación ha mantenido las disposiciones de la ley 22.779, pero agrega una cláusula sobre la obligatoriedad del reconocimiento de adopciones extranjeras, cuando existan casos de jurisdicciones concurrentes, tanto de los jueces del domicilio del adoptado, como del domicilio de los adoptantes. (Art. 2637 1er. Párrafo). Medina Graciela menciona a su vez la oportunidad desaprovechada en el Anteproyecto del Código Civil el cual suprimió el segundo párrafo del artículo 2635 que recogía lo resuelto por la jurisprudencia mayoritaria determinando que “Las autoridades administrativas o jurisdiccionales argentinas deben prestar cooperación a las personas con domicilio o residencia habitual en la Argentina, aspirantes a una adopción a otorgarse en país extranjero, que soliciten informes sociales o ambientales de preparación o de seguimiento de una adopción a conferirse o conferida en el extranjero” en “*La adopción en el Código Civil y Comercial de la Nación*” ver on line en www.ccygn.congreso.gov.ar

¹³ Cfr. Najurieta, María Susana, en “*Inserción de adopciones internacionales en el ordenamiento jurídico argentino*”, en “*Nuevos paradigmas de familia y su reflejo en el derecho internacional*”, Ob. Colectiva dirigida por Dreyzin de Klor, Adriana-Echegaray de Maussion, Carlos-Directores, Ed. Advocatus, 2010, p.123

Hasta ahora hemos visto que el legislador argentino ha resistido la constitución de la adopción internacional en los términos expresados como “adopción internacional de origen” y que también, frente a ciertas concesiones judiciales y doctrinarias que se dan en su tratamiento local, la rigidez de la postura negativa sigue siendo la pauta de la política legislativa del Estado. Vimos que esta tesitura no tuvo evolución normativa en Argentina desde la Ley 19.134, sin modificación en la Ley 24.779, pero quedó reafirmada a nivel internacional por la reserva del art. 21 de la Convención de los derechos del niño.¹⁴ El art. 2 -según texto de la ley 23849- que aprueba esa Convención dice que: al ratificar la Convención, deberán formularse las siguientes reservas y declaraciones: “La República Argentina hace reserva de los incs. b, c, d y e del art. 21 de la Convención Sobre los Derechos del Niño y manifiesta que no *regirán* en su jurisdicción por entender que, para aplicarlos, debe contarse previamente con un riguroso mecanismo de protección legal del niño en materia de adopción internacional a fin de impedir su tráfico y venta”.¹⁵ Ante ello debe entenderse que nuestro país no favorece por el momento aquellas adopciones internacionales desde su origen y por lo tanto en principio, no regirán otros efectos diferentes en relación a su validez y constitución que los previstos en los arts. 315, 339 y 340 del C. Civil del Capítulo V, “Efectos de la adopción conferida en el extranjero”, Sección Segunda del Libro Primero del Código Civil, que solo se refiere a la extranjera constituida por el derecho interno del domicilio del adoptado.

¿Cuáles son esos efectos? La fuente autónoma vigente, asegura el reconocimiento de los emplazamientos adoptivos constituidos en el domicilio del adoptado, sin aceptar la práctica de una “segunda adopción” a constituirse nuevamente en nuestro país.¹⁶ Por lo tanto, al estar constituido el estado de familia del adoptado en su domicilio, debería ser reconocido en el país por el procedimiento de eficacia de sentencia ante el juez competente. El procedimiento se rige por las normas procesales aplicables y luego ordenada la inscripción en el Registro de Estado Civil con vista previa al Ministerio Pupilar y al Fiscal a fin de descartar las posibles desviaciones de origen que afecten el orden público argentino.

E incluso estando en juego el principio del interés superior del niño y el orden público, estimamos necesario acreditar formalmente el derecho extranjero para resguardo de los intereses nacionales que pudieren estar

¹⁴ Minyersky Nelly, *La adopción internacional. Convención sobre los derechos del niño. Constitución de 1994*, Revista del Derecho de Familia N° 11, p.7

¹⁵ Art. 21 de la Convención de los derechos del niño, Aprobada por Ley 23849 y publicada B.O. de la República Argentina el 22/10/1990)

¹⁶ Cfr. Najurieta María Susana, en Ob cit. *Los Nuevos paradigmas...* p.123

involucrados en una adopción internacional. En este sentido Najurieta sostiene un requisito más, que debería efectuar el juez argentino ante quien se pide el reconocimiento de la adopción extranjera, al decir que la Argentina no puede “establecer un reconocimiento automático o pleno derecho de las sentencias extranjeras de adopción, por la necesidad de verificar si el caso concierne a intereses esenciales en el foro y si es compatible con el orden público argentino, es decir que se haya manifestado sin vicios del consentimiento y descartado un acto de tráfico de niños”.¹⁷

Otro de los efectos, recae en aquellos supuestos relativos a la adaptación a la adopción plena en el derecho argentino, la vocación sucesoria y la anulación de la adopción extranjera cuando el domicilio del adoptante y adoptado se ha trasladado a Argentina. En todos estos casos, entendemos que le asiste un factor de razonabilidad para intervenir al juez argentino fundado en el domicilio actual del adoptado. Sin perjuicio de ello, en su solución, no deberá descartar la norma de conflicto argentina del art. 339 del C. Civil, que indica el derecho del domicilio del adoptado al tiempo de la adopción para regir toda la situación jurídica, decisión que a su vez, no podrá apartarse del objetivo del *interés superior del niño* como cuestión que orienta las decisiones. Este principio tuvo su experiencia judicial en Argentina, cuando fue receptado por el Tribunal Superior de Formosa al otorgar la adopción plena de un niño argentino adoptado por nacionales españoles con domicilio en Cataluña, que había permanecido por seis años bajo guarda asistencial provisoria. El fallo consideró que no hacerse lugar a la adopción después de seis años, conculcaba los derechos personales del niño, quien debía permanecer con la única familia que conocía y que había cuidado de él.¹⁸

III. Tendencias doctrinarias y jurisprudenciales en Argentina. El certificado de idoneidad

Durante el año 2012 hubo dos pronunciamientos doctrinarios relativos a ciertos aspectos de las adopciones internacionales. En sendas reuniones científicas y académicas de nuestro país, se consideró en los debates ciertas flexibilidades, en miras a la voluntad de pretensos adoptantes, tal como surgió de las Conclusiones finales de comisión del XVII Congreso

¹⁷ La autora se inclina por no justificar la tendencia a la conversión sistemática de toda adopción extranjera en adopción plena del derecho argentino, indicando el rol que le cabe al Ministerio Público. Sobre el tema ver a Najurieta, María Susana, “*Coordinación de ordenamientos jurídico sen materia de adopción internacional*”, Academia Nacional de Derecho de Córdoba-Tesis sobresalientes, 2004, p.404 y sgtes.

¹⁸ Ver Arianna, Carlos, “*La adopción de nacionales y la exigencia de residencia previa en el país*”, RDF 1999-15-253

Internacional de Derecho Familiar-Las familias y los desafíos sociales-(Comisión B La Familia y el derecho en un mundo globalizado)¹⁹ En este encuentro hubo apoyo para dos recomendaciones que destacaron la posibilidad de ampliar la visión sobre algunos aspectos relativos a las adopciones internacionales. Una de esas mociones referida a la modificación que introduce el Proyecto de Reformas del Código Civil argentino en cuanto libera el requisito de residencia anterior a la guarda preadoptiva a las personas que tienen nacionalidad argentina.²⁰ Y la otra, propone que las autoridades judiciales presten cooperación a la preparación de informes de idoneidad solicitados por personas residentes en nuestro país que se encuentran en un trámite de adopción en un país extranjero.²¹

Otra definición de la doctrina argentina ha partido casi en la misma época, de la Reunión del XXIV Congreso Argentino de Derecho Internacional “Dr. Julio Barberis”,²² que sostuvo en sus Conclusiones un criterio similar al decir que: “La necesaria coordinación entre distintos ordenamientos jurídicos nacionales convierte a la cooperación internacional en una herramienta esencial para efectivizar la vigencia de los derechos humanos fundamentales. Entre estos casos, cabe mencionar la constitución del estado filial; la emisión de informes de idoneidad de los aspirantes a la adopción residentes en nuestro país para presentar en el extranjero; el seguimiento post adopción”.²³

¿Qué es y cual es el fin del certificado de idoneidad? Una de las condiciones exigidas por los países favorables a la adopción internacional requiere la valoración de las condiciones personales de los pretendientes adoptantes expedido por las autoridades de sus domicilios. En Argentina esos pedidos han sido concedidos en un trámite de información sumaria por algunas autoridades judiciales, aún a desmedro de la posición política del país, en especial del Ministerio de Relaciones Exteriores que niega la legalización de la documentación.²⁴

La jurisprudencia local por su parte ha dado pasos de avances hacia la cooperación judicial. Sin embargo han sido dispersos por cierto, ante la

¹⁹ Celebrado en Mar del Plata, República Argentina, del 22 al 26 de octubre de 2012

²⁰ El art 600 del Proyecto (Decreto 191/2011) dice: “Puede ser adoptante la persona que:a)resida permanentemente en el país por un período mínimo de cinco años anterior a la petición de guarda con fines de adopción; este plazo no se exige a las personas de nacionalidad argentina o naturalizadas en el país; b)que se encuentre inscrita en el registro de adoptantes”.

²¹ *Idem*.... XVII Congreso Internacional de Derecho Familiar-La familia y los desafíos sociales- (Comisión B La Familia y el derecho en un mundo globalizado) de Mar del Plata, 2012.

²² Celebrado en Rosario el 15,16 y 17 de Noviembre de 2012

²³ La Conclusiones pueden ser consultadas en la web: “www.aadi.org.ar”

²⁴ Ob.cit. Quaini, Fabiana Marcela, en “La adopción internacional. Una perspectiva desde Argentina”, en Revista de Derecho de Familia y de las Personas.....Ver Punto VIII, p-31.

falta de normativas expresas para acoger favorablemente el pedido de certificado de habilitación de personas residentes en Argentina, pretensos adoptantes en el extranjero. No obstante también se han manifestado posiciones reticentes precisamente por la falta de una normativa que así lo exprese, lo que lleva a la jurisprudencia a mostrarse ambigua. Uno de los casos fue ventilado ante la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires a fines de 2009, en la que se trató el problema de la competencia por materia. Una aspirante a madre adoptiva inició ante el Tribunal de Familia N°2 de San Isidro, una acción judicial con el fin de obtener el certificado de habilitación para adoptar en Haití. Dicho Tribunal se consideró incompetente, habiendo expresado en sus considerandos su intención de apartarse del juzgamiento, por considerar que tal petición le era ajena y propia de la justicia civil. La CSJBA terminó resolviendo la competencia para emitir el certificado atribuyéndola al Tribunal N°2 de San Isidro.²⁵

Mucho más terminante resultó la posición asumida por la Justicia Nacional del Juzgado N° 83 que desestima el pedido de información sumaria de idoneidad, por considerar que “excede la competencia de ese Juzgado, ya que se refiere a un futuro proceso de adopción a iniciarse fuera de la jurisdicción y nada obsta a que la información requerida pueda ser solicitada mediante un exhorto diplomático”.²⁶

Dentro de la Justicia de Córdoba un fallo de la Cámara Segunda de Familia fijó la competencia judicial para emitir el certificado, en cuanto afirma la posibilidad favorable a la obtención del certificado de idoneidad por los Tribunales de familia,²⁷ decisorio fundamentado esencialmente en el reconocimiento del derecho a adoptar y fundar una familia. Se resolvió así un problema de competencias de las autoridades que debían emitir el certificado de idoneidad, aunque se tomaron en cuenta también, otros parámetros relativos a la justicia del caso. Así expresó esa sentencia que: “Resta señalar que la facultad de los pretensos adoptantes nacionales a peticionar los trámites en sede judicial en su país de origen para obtener la documentación que luego es base imprescindible para los trámites de adopción en el extranjero y concretar así su proyecto familiar, es un

²⁵ Cfr. Quaini, Marcela, *Ob cit.* “Revista de derecho de familia..p.33..”. También puede consultarse en <http://ar.microjuris.com/home.jsp>

²⁶ *Idem anterior* Ob Cit...*Revista de derecho de familia...*

²⁷ Sobre el caso ver comentarios de Scotti Luciana, *Perspectivas en materia de adopción internacional en Argentina*, Publicado en eDial.com - DC19B5 el 23/11/2012

derecho que no puede ser desconocido, pues lo contrario importaría una denegación de justicia que no puede coonestarse”.²⁸

A nuestro juicio, el certificado de idoneidad no es solamente un requisito formal para las adopciones internacionales, sino que impone una responsabilidad más amplia a las autoridades que lo emiten, porque implica una valoración en sentido negativo o positivo de las aptitudes psíquicas y físicas de los adoptantes, quienes en un futuro pueden tener a cargo el destino de un niño. De allí que remarcando la necesidad de la cooperación de autoridades centrales, en el marco del Convenio de La Haya de 1993 se exige que un Estado debe verificar si los futuros adoptantes cumplen con las exigencias jurídicas de la adopción y condiciones socio sociológicas necesarias.²⁹ Se ha señalado que esa valoración debería contener un estudio profundo, sobre la calidad y cualidades personales de los adoptantes, como relaciones con la familia de origen, estado de salud física y psíquica, filosofía de vida, expectativas culturales, relación con la familia extensa, círculos sociales, principios educativos y religiosos, condiciones profesionales y económicas y en especial el conocimiento que se tenga de la adopción y de sus fines.³⁰

IV. La adopción internacional en el derecho comparado americano de fuente autónoma

En fuentes autónomas americanas algunos ordenamientos jurídicos han formulado definiciones diversas acerca de la adopción internacional. Ciñéndonos a los países mercosureños y sus asociados podemos apreciar que algunos consideran la adopción como interna (Chile, Paraguay y Uruguay) y otros originariamente internacional (Brasil).

Paraguay por Ley 1136/97 expresa que “Podrán adoptar las personas residentes en el extranjero, siempre que reúnan los requisitos exigidos por esta ley. La adopción internacional se otorgará excepcionalmente y en forma subsidiaria a la adopción nacional. Se priorizará la adopción por

²⁸ Cámara de Familia de Segunda Nominación de Córdoba en *R.P.M. y otro-Actos de jurisdicción voluntaria*, de fecha 2/03/2012, publicado en Familia y Minoridad N°98. E

²⁹ Convenio de La Haya de 1993 en el Art. 5 dice que: Las adopciones consideradas por el Convenio solo pueden tener lugar cuando las Autoridades competentes del Estado de recepción: a) han constatado que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar; b) se han asegurado de que los futuros padres adoptivos han sido convenientemente asesorados; y c) han constatado que el niño ha sido o será autorizado a entrar y residir permanentemente en dicho Estado.

³⁰ Aguilar Benítez de Lugo, Mariano-Campuzano Díaz, Beatriz, *El certificado de idoneidad para las adopciones internacionales desde la perspectiva del derecho internacional privado español*, www.biblio.juridica.unam.mx/libros/1/145

nacionales o extranjeros con radicación definitiva en el país respecto de extranjeros y nacionales residentes en el exterior.”³¹

Brasil por Ley 8960/90 en el Estatuto del Niño y el Adolescente, se refiere a las adopciones de niños, realizadas por extranjeros con domicilio o residencia habitual fuera de dicho país (art. 51). Seguidamente, dispone exhaustivamente las condiciones que debe asumir el Estado para su otorgamiento, controlando los efectos de la adopción a través de un doble trámite: a) *previo* sobre la comprobación de idoneidad y b) *posterior* al quedar sometido a la habilitación de la autoridad judicial local.³²

Chile por Ley 19.620/99 en la misma línea considera que la adopción de menores residentes en el país llevado a cabo por matrimonios no residentes, solo procederá cuando no existan matrimonios con residencias permanentes en Chile para adoptar a un menor. El juez podrá acoger la tramitación de solicitud de adopción de un menor presentada por un matrimonio no residente en Chile, aún cuando también estén interesados en adoptarlo, personas residentes en Chile, si mediaren razones de mayor conveniencia para el interés del menor que expondrá fundamente en la misma resolución.³³

Uruguay mediante la Ley 18.590/09 que introduce Modificaciones al Código de la Niñez y la Adolescencia dispone que la conexión residencia habitual en el extranjero de los adoptantes define la internacionalidad. Se considera adopción internacional la que se lleva a cabo por matrimonios con domicilio o residencia habitual en el extranjero con relación a niños o

³¹ La aprobación de la Ley de Adopciones constituyó un hito en la historia del Paraguay ya que se logró frenar el tráfico de niños/as paraguayos a otros países. Según datos estimados¹, con anterioridad a esta ley, se habrían enviado al exterior entre 4 y 5 mil niños, en un lapso de 5 años (1990 -1995), 98% de los cuales fueron llevados a EEUU y un 2% a países de Europa e Israel.(del Informe de UNICEF www.unicef.org/paraguay adopciones)

³² Ley 8969/90 establece en sus párrafos pertinentes: “ Art. 51..Al tratarse de pedido de adopción formulado por extranjero residente o domiciliado fuera del país, se observará lo dispuesto en el artículo 31. 1º. El candidato deberá comprobar, mediante documento expedido por la autoridad competente del respectivo domicilio, estar debidamente habilitado para la adopción, en consonancia con las leyes de su país, además de presentar un estudio psico-social elaborado por una agencia especializada y acreditada en el país de origen.2º. La autoridad judicial, de oficio o a pedido del ministerio público, podrá determinar la presentación del texto pertinente a la legislación extranjera, acompañado de prueba de la respectiva vigencia.3º. Los documentos en lengua extranjera serán anexados a los autos, debidamente autenticados por la autoridad consular, observándose los tratados y convenciones internacionales, y acompañados por la respectiva traducción pública. 4º. Antes de consumada la adopción no se permitirá la salida del candidato a adopción del territorio nacional Art. 52..La adopción internacional podrá ser condicionada a estudio previo y análisis de una comisión estadual judicial, que suministrará el respectivo laudo de habilitación para instruir el proceso competente.

³³ Ley 19620 de Chile fue sancionada el 26 de julio de 1999 y reformada en 2007 regula Párrafo Tercero De la constitución de la adopción por personas no residentes en Chile. Así en el Artículo 29 dice que: La adopción de un menor por personas no residentes en Chile se constituirá de acuerdo al procedimiento establecido en el Párrafo Segundo de este Título y se sujetará, cuando corresponda, a las Convenciones y a los Convenios Internacionales que la regulen y que hayan sido ratificados por Chile.

adolescentes con domicilio o residencia habitual en la República(Art. 150). Sin embargo se deberá dar preferencia a la ubicación de los niños adoptables a familias uruguayas.(Art. 151).³⁴

Venezuela tiene dos normativas de fuente interna. En la Ley de derecho Internacional privado el derecho sustancial aplicable es la ley del domicilio³⁵ y en la Ley Orgánica para la protección del niño y el adolescente se establece que la adopción internacional solo puede efectivizarse si hay tratados entre Venezuela y el Estado de la residencia habitual de los adoptantes.³⁶

V. Cuestiones de derecho internacional privado: Competencia y derecho aplicable.

Argentina tiene competencia exclusiva en el trámite de la adopción cuando el domicilio del adoptado se encuentra localizado en Argentina. Pero esta afirmación comprende solo la conexión de los elementos para su constitución con el foro nacional, en tanto se reconoce que las condiciones de adoptabilidad del niño solo lo puede verificar el juez del domicilio argentino De otra parte, una adopción extranjera o las adopciones internacionales que comportan un vínculo de filiación, pueden producir efectos en Argentina cuando se pide su reconocimiento o la transformación

³⁴ Ley uruguaya 18590/09 en su Art. 149. dice que: "En defecto de convenios internacionales ratificados por la República, las adopciones internacionales se regularán por las disposiciones de este capítulo. Se considera adopción internacional a la que se lleva a cabo por personas con domicilio o residencia habitual en un país diferente del domicilio o residencia habitual del niño, niña o adolescente."

³⁵ Dispone la *Ley de derecho internacional privado*, en sus arts. pertinentes lo siguiente: Artículo 24. El establecimiento de la filiación, así como las relaciones entre padres e hijos, se rigen por el Derecho del domicilio del hijo. Artículo 25. Al adoptante y al adoptado se les aplicará el Derecho de su respectivo domicilio en todo lo concerniente a los requisitos de fondo necesarios para la validez de la adopción.

³⁶ Sección Cuarta de la Ley Orgánica para la protección del niño y el adolescente, dispone en sus arts. Relativos a las adopciones internacionales lo siguiente: **Artículo 443° Definición.** A los efectos de esta Ley se entiende que la adopción es internacional cuando el adoptado candidato a adopción tiene su residencia habitual en un Estado y los adoptantes o solicitantes de la adopción tiene su residencia habitual en otro Estado al cual va a ser desplazado el niño o adolescente. Cuando el candidato a adopción tiene su residencia habitual en Venezuela y el desplazamiento se produce antes de la adopción, ésta debe realizarse íntegramente conforme a la Ley venezolana. Las adopciones a realizarse por extranjeros que, para el momento de la solicitud, tengan más de tres años de residencia habitual en el país, se registrarán por lo previsto para las adopciones nacionales. **Artículo 444° Tratados Internacionales.** La adopción internacional sólo puede realizarse si existen tratados o convenios en materia de adopción entre Venezuela y el Estado de la residencia habitual de los adoptantes o solicitantes de la adopción. **Artículo 445° Subsidiariedad de la Adopción Internacional.** La adopción internacional es subsidiaria de la adopción nacional. Los niños o adolescentes que tienen su residencia habitual en Venezuela sólo podrán considerarse aptos para una adopción internacional, cuando los organismos competentes examinen detenidamente todas las posibilidades de su adopción en Venezuela y constaten que la adopción internacional responde al interés superior del candidato a adopción. En el respectivo expediente se dejará constancia de lo actuado conforme a este artículo.

en el régimen de adopción plena³⁷. En este caso se reconocen adopciones otorgadas en el extranjero, otorgadas en el domicilio del adoptado o donde se otorgó la guarda, previo análisis del orden público en referencia a la compatibilidad de la institución extranjera, o de la existencia de posibles vicios según el derecho local.

El derecho argentino presenta insuficiencia normativa frente a la jurisdicción internacional directa ya que no hay interés legislativo de fijar las atribuciones. La única norma surge del art. 321, inc a) cuando dice “que la acción debe ser interpuesta ante el juez del domicilio del adoptante o del lugar donde se otorgó la guarda”. Boggiano al comentar el antecedente del art. 32 de la Ley 19134, y similar actual del art. 339 del C. Civil, dice que hay que deducir una norma de jurisdicción internacional de la norma de conflicto, afirmando con ello, que los jueces del domicilio del adoptado tienen jurisdicción internacional si el adoptado se domicilia en el extranjero. Empero también tendrían jurisdicción concurrente los jueces del domicilio del adoptante si se ajusta al domicilio del adoptado.³⁸ En suma habría concurrencia alternativa de jurisdicción entre ambos domicilios, siempre que el derecho aplicable extranjero así lo permita.

VI. Derecho Convencional vigente y comparado: La Convención de La Haya relativa a adopciones internacionales- Tratado de Montevideo de 1940-Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores

La única normativa de fuente internacional argentina surge del Tratado de Montevideo de Derecho Civil de 1940, que califica la internacionalidad de una adopción en su art. 23 en los siguientes términos: “La adopción se rige, en lo que atañe a la capacidad de las personas, y en lo que respecta a las condiciones, limitaciones y efectos, por las leyes del domicilio de las partes en cuanto sean concordantes, con tal de que conste en un instrumento público”. La disposición es coincidente con la fuente autónoma y trata de una norma de conflicto acumulativa del derecho internacional privado. Remite sus efectos sobre las condiciones del instituto, a la voluntad de los Estados del domicilio de adoptado y adoptante. El convenio solo ha sido ratificado por tres países: Argentina, Paraguay y Uruguay.³⁹ Respecto a los demás tratados internacionales, la República Argentina decidió expresamente no suscribirlos, sosteniendo de esta manera su postura expresada en la reserva que hizo sobre la Convención de los Derechos del

³⁷ Según lo dispuesto por el art. 340 del C. Civil, la adopción extranjera del domicilio del adoptado puede convertirse en adopción plena bajo las condiciones del Código.

³⁸ Cfr. Boggiano, Antonio, *Tratado de derecho internacional privado*, Depalma, Buenos Aires, Tomo I, Segunda Edición, p.474

³⁹ Ratificado por Argentina mediante Decreto Ley Nacional 7771/1956, publicado en BO: 08-05-1956

Niño. Veamos los más trascendentes en el sistema de cooperación internacional.

El Convenio de La Haya del 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional en vigor desde 1995, reconoce esencialmente la necesidad de adoptar medidas que garanticen que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto a sus derechos fundamentales, así como para prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de niños. En su *Artículo 2* se dice que: “ El Convenio se aplica cuando un niño con residencia habitual en un Estado contratante ("el Estado de origen") ha sido, es o va a ser desplazado a otro Estado contratante ("el Estado de recepción"), bien después de su adopción en el Estado de origen por cónyuges o por una persona con residencia habitual en el Estado de recepción, bien con la finalidad de realizar tal adopción en el Estado de recepción o en el Estado de origen. El Convenio sólo se refiere a las adopciones que establecen un vínculo de filiación.” En general los países que aceptan las adopciones internacionales lo hacen bajo la articulación y garantías del presente convenio. Al respecto, cabe señalar que ha sido amplia su ratificación en el mundo y en casi todos los países americanos.⁴⁰

La Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores, establece que La presente Convención se aplicará a la adopción de menores bajo las formas de adopción plena, legitimación adoptiva y otras instituciones afines, que equiparen al adoptado a la condición de hijo cuya filiación esté legalmente establecida, cuando el adoptante (o adoptantes) tenga su domicilio en un Estado Parte y el adoptado su residencia habitual en otro Estado Parte.(Art. 1) Este Convenio, si bien contempla aspectos sustanciales de la adopción internacional no se ajusta a las modernas previsiones del marco jurídico de la Convención de los derechos del niño en muchas de sus disposiciones. Esto sucede con relación en especial, a lo dispuesto por el art.7 al decir que garantiza el secreto de la adopción cuando correspondiere, que es contraria al conocimiento del origen biológico y a la identidad de la persona.⁴¹

VIII.Conclusiones

⁴⁰ Brasil(1999); Chile(1999); Ecuador(1996); Estados Unidos(2008); México(1995); Paraguay(1998); Perú (1996); Venezuela(1997); Uruguay(2004). Por otros países puede consultarse la página web www.hcch.net.

⁴¹ No está ratificada por Argentina, pero sí lo han hecho entre otros, los países americanos.

La adopción internacional es una medida de protección del niño desamparado que por este instituto pasa a residir en un país extranjero formando parte de una familia con residencia en otro país, adquiriendo por este vínculo la plenitud de derechos filiales.

Pareciera ser que el sistema de adopciones internacionales en Argentina no es tema de la agenda ni de la política legislativa. Es y ha sido muy clara la postura excluyente en el tratamiento de esta problemática traducida no solo en una posición histórica, sino que no se debate la posible ratificación del Convenio de La Haya de 1993, que permitiría lineamientos claros y seguros en el marco de la cooperación internacional.

De todas formas, los casos están en la comunidad nacional, tanto a través del interés de residentes argentinos de adoptar en el extranjero, como de aquellos en que se pide el reconocimiento de una filiación adoptiva constituida en el domicilio del adoptado extranjero, cuestiones que en algún momento deberán resolverse por ser signo de nuestra época. No obstante, la medida, la racionalidad deben tomarse en cuenta como pilares que garanticen la protección del menor adoptado que va a ser desplazado de sus orígenes.

La cooperación internacional que puede articularse en orden a los principios de la Convención de los derechos del niño y el procedimiento establecido por el Convenio de La Haya de 1993, reglamentan adecuadamente las relaciones privadas internacionales, únicas fuentes que aseguran el interés superior del menor y el seguimiento post adopción.

Arianna, Carlos, *“La adopción de nacionales y la exigencia de residencia previa en el país”*, RDF 1999-15-253

Boggiano, Antonio, *“Tratado de derecho internacional privado”*, Depalma, Buenos Aires, Tomo I, Segunda Edición

Quaini, Fabiana Marcela, en *“La adopción internacional. una perspectiva desde argentina”*, en Revista de Derecho de Familia y de las Personas, año 3 n°8 (septiembre de 2011), ed la ley, pág.27

Dreyzin de Klor, Adriana –Saracho Cornet, Teresita, *“Trámites judiciales internacionales”*, Zavalía, Buenos Aires, 2005

Dreyzin de Klor, Adriana, *“El derecho internacional de familia en la posmodernidad”*, Editorial Jurídica Continental, 2012

Gavidia Sanchez, Julio, *“Inmigración. familia y derecho”*, Marcial Pons, Madrid, 2011

Minyersky, Nelly, *“Acerca de la llamada adopción internacional”*, Biblioteca Electrónica del Colegio de Abogados de Buenos Aires

Najurieta, María Susana, *“La adopción en derecho internacional privado”*, Prudentia Juris xiv, diciembre 1988, Rev. de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Argentina.

Najurieta, María Susana, "*Una nueva mirada sobre la adopción internacional*", en *Revista de Derecho de Familia n° 30: Familia y derecho internacional privado*, Grosman, Cecilia (dir.), ps. 79 - 95, 322 páginas ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005.

Najurieta, María Susana, "*La adopción internacional*", ED. 171-905

Najurieta, María Susana, "*Coordinación de ordenamientos jurídicos en materia de adopción internacional*", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, 2004.

Lloveras, Nora-Salomon, Marcelo, en "*El derecho de familia-desde la constitución nacional*", Ed. Universidad, Buenos Aires, 2009

Rubaja, Nieve, "*Derecho Internacional Privado de Familia-Perspectiva desde el ordenamiento jurídico argentino*", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012