

**María Susana Najurieta**

---

**COORDINACIÓN DE  
ORDENAMIENTOS JURÍDICOS  
EN MATERIA DE ADOPCIÓN  
INTERNACIONAL**

**Premio Dalmacio Vélez Sársfield  
Tesis sobresalientes**

**ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO  
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA**

**CÓRDOBA - REPÚBLICA ARGENTINA  
2004**

EDICIONES DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO  
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

Volumen XXXVIII

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba  
**Coordinación de ordenamiento jurídico en materia de adopción  
internacional.** - 1ª ed.

Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2004.

472 p.; 23x16 cm.

ISBN 987-1123-19-1

1. Derecho Internacional Privado I. Título

Fecha de catalogación:14/09/04

**CDD 341.481**

*TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS*

Copyright © 2004, Academia Nacional de Derecho  
y Ciencias Sociales de Córdoba

Artigas 74 - 5000 Córdoba (República Argentina)

*Impreso en la Argentina - Printed in Argentina*

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS  
SOCIALES DE CÓRDOBA

*AUTORIDADES*  
(Período 2001 - 2004)

Dr. OLSEN A. GHIRARDI  
*Presidente*

Dr. RICARDO HARO  
*Vicepresidente*

Dr. ERNESTO REY CARO  
*Secretario*

Dr. EFRAÍN HUGO RICHARD  
*Tesorero*

DR. JULIO I. ALTAMIRA GIGENA  
*Revisor de Cuentas*

Dr. HORACIO ROITMAN  
*Revisor de Cuentas suplente*

Dr. HUMBERTO VÁZQUEZ  
*Director de Publicaciones*

Dr. ARMANDO S. ANDRUET  
*Director de Publicaciones adjunto*

Dirección: Gral. Artigas 74 - 5000 - Córdoba

Tel. (0351) 4214929 - FAX 0351-4214929

E-mail: [acader@arnet.com.ar](mailto:acader@arnet.com.ar)

Consulte novedades doctrinarias en la

Página Web: [www.acader.unc.edu.ar](http://www.acader.unc.edu.ar)

REPÚBLICA ARGENTINA

## **Presidentes Honorarios**

Dr. PEDRO J. FRÍAS

Dr. LUIS MOISSET DE ESPANÉS

Córdoba, 2 de mayo de 2003

VISTO

El Reglamento de esta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba por la cual el Premio Publicación «Dalmacio Vélez Sársfield, Tesis sobresalientes» aprobado por unanimidad en la Sesión Ordinaria del 5 de septiembre de 2000;

Y CONSIDERANDO:

Que en cumplimiento con lo dispuesto en el punto 9 del referido Reglamento;

EL PRESIDENTE DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

RESUELVE:

**Art. 1º.-** Integrar el jurado que entenderá en el Premio «Dalmacio Vélez Sársfield, Tesis sobresalientes» con los siguientes académicos: Dr. Luis Moisset de Espanés (Civilista); Dr. Horacio Roitman (Comercialista); Dr. Ricardo Haro (especialista en Derecho Público); Dr. Daniel P. Carrera (Penalista); D. Humberto Vázquez (Director de Publicaciones); Dr. Efraín Hugo Richard (Tesorero) y el Dr. Olsen A. Ghirardi (Presidente).

**Art. 2º.-** Comuníquese y archívese.

Ernesto Rey Caro  
*Secretario*

Olsen A. Ghirardi  
*Presidente*

Córdoba, 13 de agosto de 2003

VISTO

El dictamen final emitido en fecha 12 de agosto del corriente año, por el Jurado del Premio Publicación «Dalmacio Vélez Sársfield, Tesis Sobresalientes 2003».

Y CONSIDERANDO:

Que el pleno de académicos ha aprobado dicho dictamen en la sesión del 12 de agosto del corriente año.

Que según el texto del referido dictamen, y de acuerdo al punto 11) del Reglamento, es pertinente acordar el Premio a las siguientes tesis: «Justicia Penal y medios de comunicación» de María Susana Frascaroli; «La autonomía de la voluntad y el fenómeno de la predisposición contractual» de Benjamín Moisés; «La coordinación de ordenamientos jurídicos en materia de adopción internacional» de María Susana Najurieta.

Por lo dicho y en uso de sus atribuciones,

**EL PRESIDENTE DE LA ACADEMIA NACIONAL DE  
DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA**

RESUELVE:

1º) Adjudicar el Premio Publicación «Dalmacio Vélez Sársfield, Tesis Sobresalientes» año 2003 por los trabajos que

se indican a continuación: a los doctores Susana Frascaroli («Justicia Penal y medios de comunicación»); Benjamín Moisés («La autonomía de la voluntad y el fenómeno de la predisposición contractual»); y María Susana Najurieta («La coordinación de ordenamientos jurídicos en materia de adopción internacional»).

2º) Que la impresión se efectúe en forma escalonada y sucesiva, por orden alfabético de los apellidos de los autores, a medida que la Academia disponga de los fondos necesarios para atender esas erogaciones.

3º) Comunicar a los galardonados la presente Resolución.

4º) Dése a publicidad y archívese.

Ernesto Rey Caro  
*Secretario*

Olsen A. Ghirardi  
*Presidente*



## INTRODUCCIÓN GENERAL

*“C'est une monstruosité juridique de parler  
de faveur là où il ne peut être que de justice”*

(Paul Roubier)

El propósito de esta investigación es elaborar los instrumentos normativos idóneos para superar el actual estado de letargo en que se encuentra la República Argentina tras la reserva efectuada por nuestro país al art. 21, incs. b, c, d y e de la Convención sobre los Derechos del Niño. Ha transcurrido más de una década desde tal reserva y no se han implementado los caminos aptos para prevenir y sancionar el tráfico de niños ni tampoco se ha avanzado en cooperación jurisdiccional con el propósito de coordinar acciones con otros Estados a efectos de desarrollar el máximo de potencialidades de una institución como la adopción, llamada a desplegar una descollante función social en nuestro tiempo acuciado por grandes fenómenos de marginación, desplazamientos masivos y miseria.

La adopción internacional es una institución que me ha atraído desde hace mucho tiempo y he seguido su evolución desde mis primeros años de graduada, precisamente durante el período en que se ha transformado la mirada de los Estados y la comprensión de la comunidad respecto de los beneficios y riesgos de esta creación jurídica. De todo el complejo abanico de problemas que presenta el instituto, mi trabajo de investigación se circunscribe a la posibilidad de coordinar

sistemas y ordenamientos jurídicos a fin de encontrar una solución normativa suficientemente rica en matices como para abarcar las acuciantes necesidades de la realidad.

Este comienzo de siglo nos obliga a hacer un replanteo de los principios del derecho internacional privado que han resistido el embate de los años y que responden a la finalidad de esta rama del derecho en nuestros días. Una única finalidad basta para organizar y dar coherencia a todo un sistema de derecho internacional privado estatal, sostenía el maestro Werner Goldschmidt. ¿Cuál debe ser la finalidad de la regulación del derecho internacional privado argentino en materia de adopción? Esta es una pregunta esencial que orientará toda la reflexión. ¿Se trata de una finalidad específica o es suficiente la finalidad general de esta rama del derecho? Dado que el derecho internacional privado, como el derecho en general, está en el mundo de la cultura y sufre, por lo tanto, las vicisitudes del hombre y del mundo, no podemos ignorar en qué medida el pragmatismo, la complejidad, la fragmentación, la diversidad cultural de nuestro tiempo, afectan el razonamiento apropiado para los casos de adopción internacional.

No efectuaré un desarrollo histórico del derecho internacional privado ni examinaré la totalidad de las soluciones normativas concernientes a la adopción internacional. Con el mayor rigor de que sea capaz, a fin de no desviar el objeto de mi investigación, buscaré las raíces de algunos de los métodos de coordinación de sistemas u ordenamientos jurídicos, a fin de descartar los que no son satisfactorios y seleccionar con fundamento los que me son útiles para el propósito de este trabajo.

Un balance de los últimos cien años del derecho internacional privado nos muestra que la tensión entre los intereses públicos y los privados que forman la trama de esta rama jurídica, ha atravesado por períodos en los que predominan los unos sobre los otros, en un constante movimiento cíclico. Actualmente, el derecho internacional privado de la niñez, en general, y de la adopción, en particular, se ha convertido en un ámbito de privilegiada confluencia de los intereses de or-

den público que el Estado toma a su cargo para concretar las políticas legislativas que considera imprescindibles para la protección de la infancia, es decir, de su futuro.

En este orden de ideas, me parece importante recordar -y este aspecto surgirá frecuentemente en los desarrollos de la primera parte de esta tesis- que durante el comienzo del siglo XX y, por lo menos, hasta el período que se extiende entre las dos guerras mundiales, el derecho internacional privado fue concebido como una emanación de las soberanías estatales. Cada poder soberano comprometía su imperio en la vigencia de las normas jurídicas que dictaba y existía un verdadero ejercicio de competencia legislativa en la aplicación del derecho de fondo propio a las especies conectadas a más de un ordenamiento jurídico. Esta concepción del derecho internacional privado como “repartidor de competencias entre ordenamientos jurídicos” es impugnada y desvirtuada con éxito a mitad del siglo XX y, finalmente, es reemplazada por una concepción privatista según la cual la función del derecho internacional privado -y, particularmente, de la regla de conflicto bilateral- es la regulación de manera justa de los casos con elementos extranjeros.

Sin perder de vista esta premisa, en nuestro tiempo se advierte un incremento de los aspectos públicos del derecho de protección a la niñez, debido sin duda a la casi universal aceptación de valores sustanciales que conforman los derechos fundamentales del niño, que han sido recogidos y consagrados por el derecho constitucional de un gran número de países. Este proceso se revela extremadamente rico para nuestros propósitos, pues determina un consenso sobre valores que no reflejan intereses egoístas de un foro, sino que constituyen un estándar mínimo al que aspira la comunidad de Estados y que, en consecuencia, los países tienden a respetar en sus relaciones recíprocas. Este proceso es, sin duda, incompleto, pero no tiene retorno; por ello, justifica el tratamiento relevante que doy en mi trabajo a los razonamientos unilateralistas de derecho internacional privado, apropiados para regular ciertos casos extremos, en los cuales los intere-

ses del foro son preeminentes y no pueden ser sacrificados con el pretexto de mejores intereses. Su respeto constituye la base de todo proyecto de cooperación jurisdiccional provechosa.

Creo que el camino para asegurar la protección del niño en materia de adopción internacional pasa por sincerar los intereses que la República Argentina considera relevantes y distinguir las hipótesis en las que nuestro legislador desea imponer una solución material, de aquéllas en las que está dispuesto a seguir o a acompañar la solución de otros ordenamientos que guardan lazos de razonable proximidad con la especie.

En la primera parte de mi investigación examino métodos de coordinación entre sistemas de derecho internacional privado y entre ordenamientos, con el propósito de descubrir qué puedo razonablemente esperar de las distintas técnicas conocidas y cuáles son las condiciones propicias para preferir unas a otras o bien para efectuar una combinación que me permita abarcar los matices de una realidad compleja.

No aspiro a presentar la única clasificación posible de los métodos de coordinación. Sólo pretendo fundar una clasificación razonable de métodos útiles a los fines de satisfacer los imperativos propios de una materia tan delicada como es la colocación de un niño en desamparo en un emplazamiento filiatorio sustitutivo de la filiación de origen, con desplazamiento concreto o potencial a través de las fronteras. Muchas veces se ha criticado al derecho internacional privado por ser una rama del derecho donde es muy escasa la reflexión filosófica y donde los autores son más proclives a profundizar las soluciones positivas propias de la materia que a abordar los problemas relativos al origen y a la justificación de esas soluciones <sup>1</sup>. Pues bien, en la primera parte de mi trabajo me propongo pro-

---

<sup>1</sup> Henri BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, París, Dalloz, 1956, especialmente "Introduction". En doctrina argentina podemos citar la obra del pro-

fundizar los fundamentos de los que me serviré en la parte tercera, al presentar las conclusiones de mi investigación.

La tradición del derecho internacional privado argentino es savigniana. Las enseñanzas del maestro Goldschmidt y su influencia preponderante durante décadas, han dado a nuestros juristas un tono universalista y tolerante hacia las soluciones de derecho extranjero, fenómeno que se refleja en la interpretación jurisprudencial de las normas conflictuales positivas, diseminadas en distintos cuerpos normativos.

Creo, sin embargo, que la neutralidad de la concepción clásica no permite regular adecuadamente la adopción internacional y que es necesario abreviar en una corriente que preocupó a Antoine Pillet en la primera década del siglo, que inspiró a Brainerd Currie, en su exitoso método de ponderación de los intereses gubernamentales, y que ha sido actualizada por el profesor italiano Paolo Picone, en sus recientes desarrollos.

La época que nos toca vivir ha recibido el concepto de coordinación de sistemas de derecho internacional privado. Se lo suele enseñar en la teoría general de la materia y, generalmente, no se lo somete a crítica. Más extraña es la reflexión consciente sobre el conflicto entre ordenamientos jurídicos<sup>2</sup>, que se realiza en ámbitos limitados, por ejemplo, a raíz del reconocimiento de decisiones extranjeras en el foro. Uno y otro problema constituyen el presupuesto que da lugar a los esfuerzos de armonización y de unificación de legislaciones

---

fesor Werner GOLDSCHMIDT, especialmente su *Sistema y filosofía del derecho internacional privado*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952; así también los numerosos trabajos de reflexión filosófica del profesor Dr. Miguel Angel CIURO CALDANI, por ejemplo, en fecha reciente: *Estudios de Filosofía del Derecho Internacional Privado*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1997.

<sup>2</sup> En doctrina nacional, el profesor Dr. Antonio Boggiano consagra sus recientes publicaciones a esta problemática de las relaciones entre ordenamientos jurídicos. En esta línea, sus trabajos: *Relaciones exteriores de los ordenamientos jurídicos*, Buenos Aires, La Ley, 1995, y *Derecho internacional y derecho de las relaciones entre los ordenamientos jurídicos. Ius inter iura*, Buenos Aires, La Ley, 1997.

nacionales, que encaran organizaciones internacionales específicas, como la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, en cuyos cursos generales he abrevado generosamente para la orientación de mi trabajo.

Por sistema de derecho internacional privado entiendo el conjunto de reglas y principios relativos a los conflictos de leyes en vigencia en un Estado, considerado en su totalidad. Utilizo en este contexto la expresión “conflicto de leyes” en su concepción más amplia, abarcativa no sólo de los conflictos de leyes en sentido estricto <sup>3</sup>, sino también de los problemas de jurisdicción internacional y de efectividad de decisiones extranjeras en un foro dado.

Por ordenamiento jurídico entiendo el conjunto de todas las normas jurídicas y preceptos vigentes de toda clase y jerarquía, que forman un sistema unitario y coherente <sup>4</sup>. En mi trabajo me referiré a “orden” u “ordenamiento” jurídicos como conceptos equivalentes. Sin embargo, cabe hacer una mayor precisión conceptual. “*El orden jurídico es un complejo normativo estructurado sistemáticamente y unificado por determinado sentido teleológico, o bien por una única norma que*

---

<sup>3</sup> Los que comprenden una pluralidad de métodos para llegar a la solución del caso. Esto es, cuando se selecciona una ley sustancial entre varias con vocación para regir el caso; cuando se anticipa y previene el conflicto mediante la elaboración de una solución material uniforme y cuando se elimina el conflicto pues se otorga preeminencia a la solución de la *lex fori* frente a toda solución de derecho extranjero, exorbitando el ámbito normal de aplicación del derecho propio. Hace años el profesor Antonio Boggiano propuso entre nosotros su concepción amplia del Derecho Internacional Privado y, desde la primera edición (1978) de su obra *Derecho Internacional Privado*, presentó un sistema caracterizado por la pluralidad metodológica, que distingue -junto a las normas de conflicto y a las normas materiales- las expresiones parciales del unilateralismo, que llamó normas de policía, siguiendo la tradición francesa. Puede verse: BOGGIANO, Antonio, “Nuevo panorama del derecho internacional privado argentino”, en E.D., t. 66, págs. 767/789 y, recientemente, su *Curso de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, pág. 45 y ss.

<sup>4</sup> *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XXI, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, voz “ordenamiento jurídico”.

*sirve de fundamento a su validez, y que puede concebirse con prescindencia de su positividad, vigencia o eficacia. Con la expresión 'ordenamiento jurídico' se hace más bien referencia a la formulación concreta de determinado orden jurídico, mediante normas -escritas o no-, principios jurídicos, doctrinarios y jurisprudenciales con positividad y vigencia dentro de un determinado ámbito físico. En otros términos: el ordenamiento jurídico es la expresión de determinado orden jurídico. Este último concepto se vincula con los aspectos materiales, especulativos y filosóficos de lo jurídico, mientras que la noción de 'ordenamiento jurídico' apunta con inmediatez a los aspectos lógico-formales y técnicos de la formulación positiva de cierto orden jurídico”* <sup>5</sup>.

La divergencia de leyes internas provoca los conflictos de leyes y entraña la elaboración de sistemas nacionales de derecho internacional privado. Esta característica nacional de cada sistema conduce no pocas veces al conflicto de sistemas de derecho internacional privado y a la consiguiente necesidad de coordinación. En ciertas materias, el enfrentamiento no sólo se produce a nivel de los sistemas sino que la definitiva situación jurídica consagrada en un ordenamiento jurídico, globalmente considerado, no puede recibir aceptación y desplegar sus efectos en otro u otros ordenamientos jurídicos extranjeros: se ha producido un conflicto de ordenamientos que conlleva a una situación claudicante.

La segunda parte de mi investigación está dedicada a estudios sobre la coordinación en materia de adopción internacional. Examinaré las distintas fuentes, convencionales y nacionales, que se han preocupado por el tema específico de la adopción y también por cuestiones afines, dentro del marco general de la protección internacional del menor. Los estu-

---

<sup>5</sup> *Idem*, pág. 116.

dios de derecho comparado son limitados y serán presentados desde el ángulo de la coordinación de sistemas o de ordenamientos, tanto cuanto sea posible. He buscado exponentes de distintas familias jurídicas -de tradición civilista, del mundo anglosajón- y de distintas civilizaciones -latinoamericana, europea occidental, asiática-, a fin de descubrir el grado y la sutileza de las técnicas de coordinación.

La tercera parte está destinada a la adopción internacional en la República Argentina, un país en el cual, en la materia, el problema difiere de la realidad de los países vecinos de Sudamérica y de América Central. Presentaré el derecho vigente con el propósito de comprender mejor sus limitaciones e identificar las situaciones típicas que requieren reglamentación.

Estoy convencida de que la República Argentina debe admitir la adopción internacional, de manera subsidiaria a la adopción puramente nacional. En aras de fundar esa apreciación, creo en las siguientes premisas:

a) La función social de la adopción internacional es dar un emplazamiento de filiación estable a un niño que se encuentra en un genuino estado de abandono, cuando ese objetivo no puede alcanzarse de manera oportuna mediante una adopción puramente nacional.

b) La clasificación esencial es la que permite trazar una línea divisoria entre un genuino estado de adoptabilidad -para el cual, cuando proceda, se han dado los consentimientos libres y esclarecidos que correspondan- y un estado de abandono provocado o ficticio, que es el resultado de un vicio esencial o de un delito. Toda otra clasificación sólo será secundaria con relación a esta distinción.

c) Una vez que se ha descartado el vicio o delito en el origen de la adopción internacional, interesa crear un emplazamiento estable, con efectos plenos de filiación y posibilidad de ser reconocido y de desplegar sus efectos en el seno de los ordenamientos involucrados en la especie concreta. Cuando la adopción se ha constituido en el extranjero y se reclaman en el foro efectos ulteriores o el foro pasa a ser la localización



relevante de la familia en razón de la residencia habitual de los sujetos, debe también descartarse la existencia de vicio esencial o delito en el origen de la adopción, a fin de contribuir a la lucha mundial contra el tráfico de todo niño. Descartados los casos viciados, toda adopción -cualquiera fuese la autoridad competente extranjera y la ley de su creación- debe poder desplegar sus efectos en la República Argentina.

d) En los supuestos regulares, sólo la coordinación entre ordenamientos jurídicos permite la estabilidad del vínculo y la continuidad en la protección. La cooperación internacional entre autoridades posibilita efectuar un seguimiento razonable de los niños estrechamente relacionados al foro.

En atención a que no aspiro a efectuar una especulación abstracta sino a concluir en una propuesta legislativa, que pueda ser una contribución técnica en la tarea de los legisladores de mi país, mis desarrollos están orientados a privilegiar el interés del niño y a descubrir las efectivas posibilidades de los jueces y del Ministerio Público, para asumir como interés público el interés de los niños concretos confiados a su protección, directa o subsidiaria. Ello me llevará a completar la regulación específica de derecho internacional privado contenida en mi propuesta legislativa, con otras sugerencias relativas al procedimiento necesario para que el conjunto resulte funcional. Todo Estado, autoridad oficial, organización gubernamental o no gubernamental y todo particular que desee adoptar un menor residente habitual en la República Argentina, debe saber que sólo se admitirá una adopción con desplazamiento del niño fuera del país cuando no sea posible su colocación en un *oportuno* emplazamiento familiar totalmente nacional. No sin temor y temblor, con profundo respeto a mis maestros, daré preferencia a una línea de pensamiento de tipo unilateralista, que ha sido considerada de fundamentación parcializada y débil, y cuyos exponentes han sido superados por la brillante construcción savigniana, inagotable en su capacidad de renovación, pero impotente para asegurar los intereses de la República Argentina en la materia.



COORDINACIÓN DE ORDENAMIENTOS  
JURÍDICOS EN MATERIA DE  
ADOPCIÓN INTERNACIONAL



## INTRODUCCIÓN

La noción de conflicto de sistemas con el significado que podemos atribuirle en nuestros días, aparece en los desarrollos que Meijers realizó en el curso dado en 1934 en la Academia de Derecho Internacional de La Haya sobre los principios fundamentales del derecho internacional privado a partir de la Edad Media <sup>1</sup>.

Para comprender la realidad de los sistemas en conflicto fue necesario formar el concepto de ordenamiento jurídico estatal y comprender que cada Estado se da su sistema de derecho internacional privado, que difiere del sistema de derecho internacional privado de un Estado distinto. La escuela holandesa pudo percibir con claridad la base nacional de cada sistema, pero la concepción publicista de esta rama del derecho, propia de la época, impidió profundizar el problema <sup>2</sup>. Según Henri Batiffol sólo puede hablarse de «sistema de derecho internacional privado» a partir de la segunda mitad del siglo XIX, con pensadores de la talla de Mancini o de Savigny <sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Eduard Maurits MEIJERS, «L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Age, spécialement dans l'Europe Occidentale», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1934-III, pág. 543 y ss..

<sup>2</sup> Horatia MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit de lois*, tesis no publicada, Paris I-Sorbonne, Francia, 1985, N<sup>OS</sup> 62 y 63, págS. 90/91.

<sup>3</sup> Henri BATIFFOL, *Aspects philosophiques...*, ob. cit., N<sup>o</sup> 5. Batiffol destaca que Mancini no reflexionó sobre las relaciones de derecho privado sino sobre el factor de la

Todo sistema, dijo Francescakis en su notable trabajo de 1958 <sup>4</sup>, es un «*ensemble d'idées scientifiques ou philosophiques logiquement solidaires mais en tant qu'on les considere dans leur cohérence plutôt que dans leur vérité...*». Cada sistema tiene un conjunto coherente de principios que inspiran regulaciones diferentes y cada ordenamiento formula los principios que estima apropiados para conciliar los sistemas de derecho internacional privado.

La naturaleza profunda de esta rama del derecho no consiste en «prolongar» un sistema interno de derecho privado a casos con elementos extranjeros, con ignorancia o indiferencia respecto de la existencia, sentido y alcance de otros sistemas extranjeros. Tampoco se trata de hacer abstracción de las características particulares de los diferentes sistemas estatales de derecho privado y aspirar a obtener una regulación uniforme en todas las áreas, de inspiración universalista.

Para expresarlo en palabras de Henri Batiffol, el derecho internacional privado tiende a la coordinación de sistemas de derecho privado y esa coordinación -que esencialmente realizan los legisladores y los jueces- consiste en «hacer vivir juntos» los sistemas jurídicos diferentes. Esa coexistencia se impone como resultado de la compleja trama de relaciones que tejen las personas <sup>5</sup>.

Los tribunales suelen tener experiencias en la coordinación de sistemas pues ellos, que tienen la última palabra -al plasmar en sus sentencias la norma material individual que declara o constituye la solución de la cuestión litigiosa- deben adaptar las reglas generales a la situación práctica concreta y no pueden permitirse absurdos o incoherencias.

---

nacionalidad en el derecho de gentes. Los trabajos posteriores, de 1868, contienen la aplicación de las ideas sobre la nacionalidad en el derecho internacional privado.

<sup>4</sup> Photion FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en Droit International Privé*, París, Sirey, 1958, pág. 55, nota 1.

<sup>5</sup> Henri BATIFFOL, *Aspects philosophiques...*, ob. cit., N° 63, pág. 142.

Los autores no se han preocupado explícitamente de brindar un panorama exhaustivo de la coordinación de sistemas, tema que ha sido abordado de manera fragmentaria durante la segunda mitad del siglo XX.

Henri Batiffol propuso tres métodos para justificar los esfuerzos de coordinación, a saber:

a) el recurso al derecho natural, que consiste en la deducción de soluciones positivas a partir de principios dados, que se imponen al legislador o al juez pues expresan la naturaleza constante y universal del hombre;

b) el método de la constatación sociológica, que privilegia la observación de los fenómenos sociales, dado que el derecho internacional privado como rama del derecho es un fenómeno social espontáneo; y

c) el método teleológico, que define el objetivo a alcanzar cuando se dictan reglas de derecho en un ámbito determinado.

Batiffol consideró insuficientes los dos primeros y se inclinó decididamente por el tercero <sup>6</sup>. En cuanto al objetivo general de las reglas de derecho internacional privado, en la concepción de este gran jurista predomina, sin llegar a una hegemonía total, la armonía internacional de las decisiones.

Hemos organizado la presentación de los métodos de coordinación a partir de los dos conceptos básicos que originan las dos teorías fundamentales que han dominado la ciencia del derecho internacional privado desde la segunda mitad del siglo XIX hasta nuestros días, y que son el *unilateralismo* y el *bilateralismo*.

Todos los sistemas de derecho internacional privado reflejan en mayor o menor grado, la influencia y la combinación de estas dos corrientes del pensamiento <sup>7</sup>. Un ordenamiento

---

<sup>6</sup> Henri BATIFFOL, *idem*, N° 63, pág. 143.

<sup>7</sup> Kurt LIPSTEIN, «The general principles of private international law», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 1972-I, t. 135, pág. 97 y ss., especialmente 106 y 133. Frank VISCHER, «General Course of private international law»,

dado puede formularse la pregunta típica de esta rama del derecho con dos técnicas diferentes que responden a distintas concepciones de la relación entre el foro y los ordenamientos extranjeros, y que son: ¿qué ley se aplica a una relación de derecho con tales características? o ¿a qué relaciones se aplica el derecho del foro? Ambos planteos no son similares y conducen a diferentes consecuencias <sup>8</sup>.

El bilateralismo halla su formulación completa en la construcción de Savigny, en la brillante concepción del gran jurista alemán relativa a la comunidad de los pueblos que están unidos por la base común del derecho romano y de la influencia cristiana. Los derechos privados de los Estados que pertenecen a la comunidad de naciones civilizadas son intercambiables y por ello es posible aspirar a soluciones uniformes, cualquiera sea la autoridad judicial que intervenga. Este contexto es el campo propicio para el desarrollo de una regla de conflicto de leyes que atribuya competencia legislativa con total neutralidad a un derecho dado <sup>9</sup>, es decir, la llamada norma de conflicto clásica, perfectamente bilateral.

Otro autor, contemporáneo de Savigny, Carl Georg Wächter, sostuvo que en los casos conectados con diferentes Estados, la preocupación por el o por los derechos extranjeros con vocación para regir la especie, sólo aparecía en ausencia de interés por parte del foro en ver la cuestión sometida al derecho local. Evidentemente, estas ideas inspiraron las teorías posteriores de Ehrenzweig y de Currie <sup>10</sup>.

---

*Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1992-I, t. 232, pág. 9 y ss., especialmente pág. 32.

<sup>8</sup> Otto KAHN FREUND, «General problems of private international law», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1974-III, pág. 139 y ss., especialmente págs. 234/5.

<sup>9</sup> Frank VISCHER, «General Course...», ob. cit., págs. 32/33.

<sup>10</sup> Frank VISCHER, *idem*, pág. 34; Antonio BOGGIANO, *Del viejo al nuevo derecho internacional privado*, Buenos Aires, Depalma, 1981, págs. 24/26. Antonio BOGGIANO, *Derecho internacional privado*, 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991, t. I, pág. 35.



La visión de los problemas del derecho internacional privado desde una óptica que no disocia la jurisdicción del juez del derecho que ese juez aplica, también responde a una mirada unilateralista, pues siempre son unilaterales las normas que atribuyen la jurisdicción a los tribunales del propio Estado. Estas normas no pueden ser concebidas de otra manera pues un Estado no tiene aptitud jurídica para atribuir jurisdicción a órganos que dependen de un Estado soberano extranjero. La no disociación entre juez y derecho corresponde a la concepción tradicional de los países del *common law* y a un estado primitivo del desarrollo del derecho internacional privado en los países de tradición civilista. Los esfuerzos de esta concepción para evitar los límites y las rigideces que comporta, han determinado algunas propuestas que contienen elementos de coordinación, como las del jurista alemán Von Bar.

Tanto el bilateralismo como el unilateralismo son criticados por parciales e insuficientes por nuevas corrientes que se orientan a enfocar globalmente las relaciones entre los ordenamientos jurídicos, considerados en su funcionamiento concreto, lo cual comporta mucho más que la solución de las cuestiones desde el conflicto de leyes o el conflicto de jurisdicciones. Esa posición, que sustenta habitualmente el razonamiento propio del derecho internacional privado cuando se trata de insertar en el foro una situación jurídica formalmente extranjera, ha sido objeto en los últimos veinte años de lúcidos desarrollos, que han inspirado modernas codificaciones de la materia.



# TÍTULO I

## LA COORDINACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO CLÁSICO

La concepción y el método del derecho internacional privado formulado por Savigny en la segunda mitad del siglo XIX constituyen el punto más elevado de esplendor del pensamiento conflictualista. Incluso si se acepta la distancia que separa la teoría abstracta de Savigny de sus aplicaciones prácticas, no puede ignorarse la influencia constante que han tenido sus ideas relativas a la búsqueda del «asiento» de la relación jurídica, como así también el punto de vista supranacional y la confianza en la comunidad de derecho existente entre los pueblos <sup>11</sup>.

Desde un punto de vista abstracto, dado que cada ordenamiento tiene su propio sistema de conflicto de leyes, la divergencia entre las reglas de conflicto del foro respecto de las de otros Estados, comporta el conflicto de sistemas de conflicto <sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Max GUTZWILLER, «Le développement historique du Droit International Privé», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1929-IV, t. 29, pág. 285 y ss., especialmente pág. 360.

<sup>12</sup> Georges DROZ, «Regards sur le droit international privé comparé», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1991-I, t. 229, pág. 9 y ss., especialmente pág. 295.

A fin de facilitar la exposición de las técnicas útiles para la coordinación de sistemas, presentaremos en primer lugar los fundamentos de la concepción savigniana.

## Capítulo 1

### La síntesis revolucionaria de Savigny

El siglo XIX tuvo su primera síntesis completa en el pensamiento de Joseph Story, juez de la Suprema Corte Federal de los Estados Unidos de Norteamérica y profesor de Harvard, quien, a su vez, recibió influencias de la escuela holandesa de Huber, apropiada para el espíritu norteamericano debido a sus ansias de independencia y de desarrollo comercial, así como por su esencial resistencia a las fuertes concentraciones de poder central.

La obra de Story se publicó en 1834 y fue conocida por juristas franceses y alemanes de la época inmediata posterior; entre ellos, por Savigny <sup>13</sup>.

El ilustre romanista Friedrich Carl de Savigny presentó una síntesis original, que expandió sus potencialidades en todo el siglo XX. En el tomo VIII de su *Tratado de Derecho Romano*, publicado en 1849 <sup>14</sup>, examinó el ámbito de aplica-

---

<sup>13</sup> La primera edición de la obra de Joseph Story data de 1834 -la octava edición fue de 1883- y, desde esa época, ningún especialista de derecho internacional privado omitió citar a este autor, que influyó en Savigny y Von Bar. Conf. Max GUTZWILLER, «Le développement...», ob. cit., pág. 351.

<sup>14</sup> Friedrich Carl de SAVIGNY, *System des heutigen Romisehen Rechts*, Berlín, 1849. La traducción al francés de Charles Guénoux apareció en Francia en 1851, Ediciones Didot Frères. En 1869 apareció en Edimburgo una traducción al inglés, obra de William Guthrie, quien a la época editaba el *Journal of Jurisprudence*. Hemos trabajado con la traducción al francés de Guénoux, *Traité de Droit Romain*, 2ª ed., París, 1860. El prólogo está fechado en julio de 1849, es decir, es anterior en dieciocho meses a la clase inaugural de Pasquale Stanislao Mancini en la Universidad de Turín, el 22 de enero de 1951, «Della nazionalita come fondamento del diritto delle genti», que constituye la primera piedra del sistema de la personalidad del derecho.

ción de las leyes en el tiempo y en el espacio y abordó el problema del conflicto de leyes.

Una de las grandes originalidades de su pensamiento reside en su punto de partida. En lugar de examinar la regla de derecho y fijar el ámbito personal, material y temporal de aplicación que le correspondía, Savigny partió de la relación jurídica y buscó su localización en el ordenamiento jurídico al que pertenecía por la «naturaleza de las cosas», a pesar de sus múltiples contactos con una pluralidad de Estados independientes. «*El juez debe aplicar el derecho local al que pertenece la relación de derecho litigiosa, sin distinguir si ese derecho es el de su propio país o el de un Estado extranjero*»<sup>15</sup>. No se preocupó de averiguar si un Estado tenía interés legítimo en ver su propia ley aplicada a sus nacionales en el extranjero, sino que partió del problema a regular y buscó su asiento -su «*sitz*»-, al cual podía llegarse por razonamiento<sup>16</sup>.

A fin de exponer más claramente la particularidad del método clásico, nos detendremos brevemente en los caracteres de la regla de conflicto. En primer lugar es bilateral, en el sentido de que el factor de conexión designa con indiferencia la ley del foro o una ley extranjera, según las circunstancias fácticas de la especie. La *lex fori* es puesta en un pie de igualdad con la ley extranjera. El bilateralismo implica que el autor de la regla no hesita en pronunciarse sobre la competencia legislativa de las leyes extranjeras y que, para ello, no tiene en cuenta el punto de vista del legislador extranjero.

En segundo lugar, el método savigniano es abstracto, en el sentido de que no hace depender la solución del conflicto del contenido de las leyes en presencia. No pondera la posi-

---

<sup>15</sup> Friedrich Carl de SAVIGNY, *Traité de Droit* ..., vol. VIII, ob. cit., págs. 34 y 35.

<sup>16</sup> En cuanto a la originalidad del aporte de Savigny, Gutzwiller ha dicho que en su teoría todo el interés está puesto en el método: «... *Tout est méthode, tout est dans la position des questions, tout est dans le cadre...*». Max GUTZWILLER, «Le développement...», ob. cit., pág. 360.

ble diferencia entre la intensidad de los intereses que se esconden tras una u otra de las normas en conflicto. En relación con este último carácter, la norma de conflicto es neutra. La designación del derecho se hace sin que se proceda previamente a una comparación entre las leyes en presencia desde el punto de vista de los resultados a lograr. La reunión de estos tres caracteres puede conducir a un funcionamiento mecánico del método indirecto <sup>17</sup>, que halla su morigeración en los correctivos del propio sistema, como la reserva de orden público internacional o el juego de las cláusulas escapatorias.

### *Sección 1*

#### *Los presupuestos del pensamiento de Savigny*

El gran jurista alemán confiaba en soluciones admitidas universalmente. Savigny consideró que todas las naciones herederas del derecho romano están unidas por su cultura jurídica, por un lazo subyacente dado por el sustrato común del derecho romano y del cristianismo, que las hace formar la comunidad de pueblos de Occidente. Esta idea de la «comunidad de las naciones» produjo una ruptura con todas las concepciones territorialistas -fortalecidas con las enseñanzas de Story en los Estados Unidos de Norteamérica- y determinó que cada uno de los Estados vislumbrara con naturalidad la aplicación de leyes de otras naciones, sobre bases similares que podían desprenderse gracias al razonamiento. Este acuerdo entre los Estados no es el efecto de una cortesía o de la buena voluntad, sino que es una consecuencia del desarrollo del derecho <sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> Pierre MAYER, «Le mouvement des idées dans le droit des conflits de lois», *Revue Droits, Chroniques*, Presses Universitaires de France, 1985, pág. 129.

<sup>18</sup> Max GUTZWILLER, «Le développement...», ob. cit., págs. 358/359.

Los postulados de Savigny permitían arribar a una radiación en el espacio para cada grupo de relaciones, que quedaban automáticamente sujetas a la ley imperante en ese asiento. Sólo a título ejemplificativo, diremos que este autor consideraba como localizaciones el domicilio respecto de las personas parte de una relación, el lugar donde se perfeccionaba respecto de un acto jurídico, el domicilio que el difunto tenía al tiempo de su muerte para los derechos sucesorios, el domicilio del marido, en tanto jefe de la familia, para los asuntos matrimoniales y, en materia de obligaciones, las localizaba en el lugar de ejecución, pues al cumplimiento tendía la voluntad expresa o tácita de las partes. Estas determinaciones de Savigny, que han trascendido a lo largo de los años, son en realidad lo menos significativo de su aporte al derecho internacional privado. Lo esencial es su mirada supranacional, su confianza en la comunidad de derecho entre los pueblos, su método <sup>19</sup>.

Puesto que la localización dependía de la naturaleza de las cosas y que se accedía a ella por razonamiento, era posible que cualquier legislador o juez que reflexionase sobre el punto, llegara a la misma conclusión.

Su sistema es, sin duda, inescindible de sus ideas sobre la libertad y de su confianza en la inteligencia humana, que recibió del Siglo de las Luces, y que caracterizaban al ser humano con una autonomía completa, sin intrusiones del Estado, bajo el único límite del respeto al ámbito de libertad del otro <sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Max GUTZWILLER, ídem, pág. 362. Esta característica en el tratamiento de las cuestiones que involucran a una pluralidad de derechos estatales, es coherente con su preocupación metodológica general en la investigación científica, conforme a su visión de la relación del pasado con el presente, propia de la escuela histórica del derecho.

<sup>20</sup> Andrés BUCHER, «Vers l'adoption de la méthode des intérêts? Réflexions à la lumière des codifications récentes», comunicación publicada en *Travaux Comité Français de Droit International Privé 1993-1994-1995*, Pedone, 1996, pág. 209 y ss., especialmente págs. 210/211. Para Savigny, el derecho no es algo impuesto por voluntad ajena sino que

Los principios de Savigny dan base sólida a un nuevo concepto del derecho internacional privado, que permite determinar la ley aplicable a partir de la naturaleza de cada institución y que favorece la armonía internacional de las decisiones. Su método causó, incluso, la ironía de otros juristas, por ejemplo del francés Pillet <sup>21</sup>. Sin embargo, la expansión de las ideas savignianas y su constante renovación a pesar de los embates sufridos durante el siglo XX, impiden tratar con ligereza el recurso «a la naturaleza de las cosas».

Savigny no concibió su concepto en el sentido de una naturaleza inmanente al hombre. No profundizó sobre la existencia de las cosas, sino sobre una naturaleza que no se percibe instantáneamente, sino que resulta de complejos análisis y siempre compromete juicios de valor <sup>22</sup>.

A pesar de sus dificultades, el recurso a la naturaleza de las cosas es un método muy apreciado por los juristas. Si el problema central del conflicto de leyes consiste en establecer un puente entre una de varias leyes y una situación que, por sus distintos elementos, tiene lazos con varios ordenamientos jurídicos, la solución parte del análisis de esa situación, ya sea para encontrar su elemento esencial del que dependen todos los demás, ya sea para descomponer la situación en elementos separables y autónomos, que serán sometidos a diversas leyes. Tal análisis entraña una confronta-

---

nace de la esencia del pueblo y se mantiene o rejuvenece por la necesidad de cada época. De allí su preferencia por la costumbre y por la ley como fuente del derecho y su resistencia al proceso de codificación impuesto desde el Estado.

<sup>21</sup> Pillet decía que pretender buscar en la naturaleza de las cosas la solución del conflicto de leyes, parecía una idea justa pero era demasiado imprecisa como para servir de fundamento a una doctrina. En palabras de Pillet: «*Un rapport de droit n'a pas de siège. Les disciples de Savigny ont cherché de préférence dans la nature des choses la lumière qui devait les éclairer. Je crois que ces mots 'la nature des choses' n'ont aucun sens et qu'ils ne sont rien autre qu'une formule commode destinée à masquer le défaut de toute méthode*». PILLET Antoine, *Traité pratique de droit international privé*, París, Sirey, 1923, t. I, pág. 82 y ss.

<sup>22</sup> Henri BATIFFOL, *Aspects philosophiques...* ob. cit., pág. 164, N° 74.



ción entre los hechos de la especie y los conceptos generales y abstractos utilizados en los tipos legales de las normas de conflicto. Es la típica operación de «calificación», común a todas las ramas del derecho pero particularmente original en derecho internacional privado, dado que la fase de análisis es mucho más compleja en un caso con elementos extranjeros en el cual, tal vez, la situación ha sido creada bajo un ordenamiento jurídico que responde a instituciones desconocidas en el foro.

A pesar de que las «cosas» son múltiples, heterogéneas y cambiantes, el método de Savigny pone en relieve el papel que, en la elaboración del derecho, tiene la deducción fundada en el análisis de una naturaleza. Deducción que es tanto más posible de realizar, si se comprende que un legislador está normalmente orientado hacia el logro de una finalidad.

## *Sección 2*

### *La armonía internacional de las decisiones como ideal formal del conflicto de leyes*

La sola reflexión conduciría a que cualquier legislador o juez realizase localizaciones similares. Por lo tanto, una misma solución sobre la «pertenencia» de la relación jurídica a un derecho interno podría alcanzarse cualquiera fuese el Estado donde se promoviera el juicio concreto. Se trata de una uniformidad abstracta o potencial de las soluciones, que se desprende de la aplicación del método savigniano y que se justifica por la concepción del gran jurista sobre el derecho en general y sobre la comunidad jurídica de los Estados. El espacio de libertad de cada persona, inherente a la naturaleza humana, favorecía la unidad de todos los derechos positivos. Este punto de vista permitía que diferentes naciones localizaran la relación jurídica en un mismo y único asiento, concretando una «uniformidad de solución».

Se abre así el camino del principio llamado de «uniformidad» o de «armonía internacional de las decisiones», que caracterizó al método savigniano y que supone un razonamien-

to que se desentiende, en principio, del resultado concreto y de los contenidos materiales de la ley así designada.

El principio puede formularse así: «la ley aplicable debe ser tal que la solución pueda ser idéntica a la seguida por otros Estados». Evidentemente, el principio no basta para determinar el derecho aplicable, pero comanda la solución de buena parte de los problemas de la teoría general del derecho internacional privado. La circunstancia de conexión elegida por el sistema de derecho internacional privado del foro, que se desprende por razonamiento de la naturaleza de la relación jurídica a regir, vale de manera indistinta para la aplicación de la ley material del foro o para la aplicación del derecho sustancial de un país extranjero.

Esta construcción sufrió transformaciones de acuerdo con la evolución del concepto y de la finalidad del derecho internacional privado a todo lo largo del siglo siguiente a su formulación. Incluso Pillet, que no partió de los postulados savignianos, reconoce que la necesidad de «armonía» con otros Estados es lo que lo lleva a proponer la distinción entre leyes extraterritoriales y territoriales. En el pensamiento de Pillet, todas las leyes son a la vez territoriales y extraterritoriales, pero por necesidades de armonía entre las naciones, uno de estos caracteres debe paralizar sus efectos <sup>23</sup>.

A fines del siglo XIX fue desmentida la idea de una «comunidad jurídica entre las naciones», debido a los surgimientos de los particularismos nacionalistas de ese tiempo <sup>24</sup>. Por lo demás, la armonía internacional como ideal

---

<sup>23</sup> Antoine PILLET, *Traité pratique...*, ob. cit., t.I, pág. 103.

<sup>24</sup> El particularismo en el derecho internacional privado es la actitud que consiste en reconocer que la fuente de las reglas se encuentra en cada Estado y no en el orden internacional. Apareció a fin del siglo XIX en forma simultánea en Francia, con Etienne Bartin, en Alemania, con Franz Kahn, y en Italia, con Anzilotti. Las reglas para conciliar la competencia de los Estados no se basan en criterios supranacionales sino que tienen el mismo origen y la misma autoridad que las leyes nacionales. Anzilotti va a afirmar su teoría del «desdoblamiento funcional»: el Estado al dictar las reglas de conflicto de leyes, asume el rol de un legislador supranacional. Conf. Pierre MAYER, «Le mouvement des idées...», ob. cit., pág. 134.

formal abstracto, que se despreocupaba de la concreta solución sustancial de los casos vinculados a más de un ordenamiento jurídico, debió soportar los reproches de la llamada «revolución norteamericana» de los años cuarenta, que criticó, precisamente, una designación demasiado abstracta del derecho aplicable y una supuesta indiferencia a la justicia material que debía alcanzar la especie concreta <sup>25</sup>.

No obstante, el principio de la armonía internacional de las decisiones conservó su vigencia. Después de la Segunda Guerra Mundial, la influencia en el derecho continental de las críticas de los juristas del otro lado del Atlántico, provocó una reflexión profunda sobre el rol de la norma de conflicto y los despliegues de la justicia en los razonamientos propios del derecho internacional privado. Así, en la segunda mitad del siglo XX se insistió en la «justicia propia del derecho internacional privado» <sup>26</sup>, inherente al procedimiento de localización de la relación de derecho, que se realiza mediante la aplicación de la «ley más próxima» según criterios espaciales <sup>27</sup>.

A pesar de sus limitaciones -pues no siempre es posible una distinción entre intereses conflictuales e intereses sustanciales, en razón de su interpenetración recíproca-, esta

---

<sup>25</sup> Arthur Taylor VON MEHREN, «Une esquisse de l'évolution du droit international privé aux États Unis», *Journal de Droit International*, 1973, págs. 116/157; Ivon LOUSSOUARN, «Cours général de droit international privé», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 1973-II, t. 139, pág. 269 y ss., especialmente «L'essor de l'empirisme juridique», pág. 338 y ss. Para una visión más reciente, puede verse el Curso General de North en la Academia de Derecho Internacional de La Haya: Peter M. NORTH, «Reform but not revolution», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 1989, t. 220-I, pág. 9 y ss.

<sup>26</sup> El profesor Gerhard Kegel ha llamado a esta justicia 'Internationales-privatrechtliche Gerechtigkeit'. Conf. Antonio BOGGIANO, *Derecho internacional privado*, ob. cit., t. I, pág. 117.

<sup>27</sup> Paolo PATOCCHI, «Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel», *Études suisses de droit international*, vol. 42, Genève, Librairie de l'Université, especialmente pág. 216 y ss..

teoría permitió profundizar el rol de la proximidad como fundamento de la regla de conflicto <sup>28</sup> y permitió dotar de flexibilidad al método conflictualista, al que los juristas de formación anglosajona le atribuyeron torpeza en la designación del derecho apropiado para regir el caso.

Podemos tomar como ejemplo, entre muchos, el art. 1° de la ley austríaca de derecho internacional privado del 15 de junio de 1978. Dice así: «*Art. 1°. Principio de la relación más fuerte.* 1. Las situaciones que presentan lazos con el extranjero se rigen en materia de derecho privado por el orden jurídico con el cual existe la relación más fuerte. 2. Las reglas de conflicto que designan el derecho aplicable enunciadas en la presente ley federal deben ser consideradas expresión de este principio» <sup>29</sup>.

En el pensamiento de Savigny, la localización era un razonamiento abstracto y la armonía internacional de las decisiones era un ideal a alcanzar por los Estados que, en tanto desarrollaran sus sistemas de derecho internacional privado, estaban moralmente obligados a unirse por tratados a fin de asegurar una uniformidad más concreta. El principio de proximidad que da fundamento a la norma de conflicto en la Europa continental de la segunda mitad del siglo XX y que inspiró las codificaciones nacionales y las convenciones internacionales de los últimos treinta años, ha permitido redescubrir las posibilidades del método conflictual clásico para adaptarse a la complejidad del fin de siglo.

---

<sup>28</sup> Paul LAGARDE, «Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 1986-I, t. 196, pág. 9 y ss.; Antonio BOGGIANO, *Derecho internacional privado*, ob. cit., t. I, págs. 88/89 y 113/114; del mismo autor, *Derecho internacional y derecho de las relaciones...*, ob. cit., págs. 18/22.

<sup>29</sup> Ley austríaca del 15 de junio de 1978. Hemos traducido del francés el texto publicado en la obra de Evangelos VASSILAKAKIS, *Orientations méthodologiques dans les codifications récentes du droit international privé en Europe*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1987, págs. 356, 358 y 404.

Ciertamente, está inspirado en una idea fundamental que permanece en el corazón del conflictualismo y que reviste caracteres similares en las distintas concepciones y que es la siguiente: un Estado no está habilitado para regir situaciones que no le conciernan y sobre las cuales no puede ejercer normalmente el dominio <sup>30</sup>.

Toda vez que la norma de conflicto positiva efectúa la localización sobre la base de fundamentos de proximidad, y que la general aceptación de este principio justifica que sea el fundamento de las normas conflictuales uniformes plasmadas en convenciones internacionales, se mantiene con menos abstracción y mayor efectividad, el antiguo ideal savigniano de la armonía internacional de las decisiones. No se trata de una utopía, sino de un principio inescindible respecto del principio de efectividad <sup>31</sup>.

Estas afirmaciones deben relativizarse cuando se trata del derecho internacional privado de la niñez. La búsqueda de un derecho más próximo al caso concreto puede llevar a traicionar el principio de la armonía internacional de las decisiones en provecho de una solución particular que elabora el juez, como artesano del conflicto de leyes y primer guardián de los intereses del menor.

En este ámbito, resulta más aberrante la presencia de las llamadas «situaciones claudicantes», válidas en el ordenamiento del foro pero sin efecto alguno en otro u otros ordenamientos. Esta ruptura de la coherencia general en la trama de las relaciones privadas debido al fenómeno de la frontera, recuerda que los sistemas de derecho internacional privado son autónomos y resisten la coordinación. A ve-

---

<sup>30</sup> Paul LAGARDE, debate en el Comité Francés de derecho internacional privado, sesión del 10 de mayo de 1995. *Travaux Comité Français de Droit International*..., ob. cit., pág. 230.

<sup>31</sup> Boggiano habla de la «efectiva solución uniforme» o de la «uniformidad efectiva». Antonio BOGGIANO, *Derecho internacional privado*, ob. cit., t. I, pág. 107.

ces la coordinación es deseable pero no puede hacerse a cualquier precio, sacrificando la riqueza y los valores esenciales de la respectiva comunidad.

La armonía internacional de las decisiones es un principio general del derecho internacional privado, pero no es el único. Favorece los intercambios, ayuda a promover el comercio internacional -y por ello desvela a quienes se embarcan en procesos de integración y en la construcción de un mercado único<sup>32</sup>- pero no garantiza el logro de objetivos de una comunidad concreta. Asegura la previsibilidad, pero no necesariamente la justicia.

Recuerda Batiffol que los problemas que presenta el ideal de la «armonía internacional de las soluciones» no son sino el eco en el derecho internacional privado de una discusión mucho más vasta relativa a la elaboración del derecho. Quien dice sociedad dice organización por el derecho y, muchas veces, lo importante es hallar *una organización posible*, no tanto fijar los contenidos precisos de ese orden<sup>33</sup>.

Cuando el Estado del foro no tiene intereses preeminentes en las especies, es el campo propicio para un sistema conflictual neutro, perfectamente bilateral y razonablemente abstracto, que tolere soluciones diferentes pero afines de otros Estados extranjeros conectados al caso. La coordinación de sistemas desplegará sus herramientas típicas: las

---

<sup>32</sup> En los procesos de integración, la armonía internacional de las decisiones resulta un objetivo insuficiente y, por ello, se encaran trabajos de unificación de derechos privados de los países interesados lo cual, de ser realizable en todas las áreas, eliminaría el conflicto de leyes. Conf. Antonio BOGGIANO, *Derecho internacioal y derecho de las relaciones...*, ob. cit., págs. 190/192. Alfred RIEG, «L'harmonisation européenne du droit de la famille: mythe ou réalité?», en *Conflits et harmonisation, Mélanges en l'honneur d'Alfred von Overbeck*, Éditions Universitaires de Fribourg, 1990, págs. 473/499.

<sup>33</sup> Dice BATIFFOL: «Il n'ya pas à s'en étonner si le droit vise à coordonner la vie sociale: une coordination peut se réaliser de différentes manières, et si c'est la coordination qui importe, peu importe le mode de sa réalisation». *Aspects philosophiques...*, ob. cit., N° 98, pág. 216.

calificaciones, el reenvío, la solución *lex causae* del problema de las cuestiones incidentales, etcétera.

El derecho de familia y, aún más intensamente, el derecho de la niñez, comporta contenidos que no son indiferentes ni intercambiables sino que comprometen los valores esenciales de la comunidad. El ideal de la armonía internacional de los resultados está siempre en tensión con el ideal de la coherencia material que normalmente suele existir en el seno de un sistema de derecho privado y con ciertas políticas que el legislador nacional pretende implementar en áreas sensibles.

## Capítulo 2

### Las técnicas de coordinación de sistemas propias del método conflictual

Con el paso de los años, la lógica del sistema savigniano se desprendió de sus bases políticas, de sus raíces filosóficas<sup>34</sup>, pero mantuvo toda su vigencia en cuanto a método de coordinación de sistemas de derecho internacional privado. La coordinación en sí misma es neutra, pero aparece iluminada por el objetivo de la armonía internacional de las decisiones.

Los Estados pueden implementar mediante tratados, un sistema uniforme de reglas de conflicto. Hasta tanto se perfeccionen las fuentes convencionales, la armonía puede alcanzarse mediante el sacrificio por parte de los Estados de algunos de sus principios.

La hipótesis más sencilla es el llamado «conflicto positivo de conexiones»<sup>35</sup>. En el plano concreto, cada sistema pue-

---

<sup>34</sup> Paolo PICONE, «La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1986-II, t. 197, pág. 229 y ss., especialmente págs. 245/246. Picone habla de la «banalización» de la síntesis de Savigny. En similar orientación, Andréas BUCHER, «Vers l'adoption de la méthode...», *ob. cit.*, págs. 209/214.

<sup>35</sup> Esto sucede cuando el foro estima que se aplica su propio derecho en virtud de una regla de conflicto del propio ordenamiento, y advierte que otro derecho extranjero

de ignorar totalmente el problema, puede anticiparse e intentar prevenir las situaciones indeseables o bien, puede resignar su propio punto de vista en función de la solución que tiene más posibilidades de tener eficacia práctica <sup>36</sup>.

El «conflicto negativo» se presenta cuando el foro designa una ley extranjera pero, por su parte, ese derecho no se entiende aplicable a la especie pues su regla de conflicto designa la ley del foro a partir del cual se razona. El mecanismo se conoce como «reenvío de primer grado». Una versión un poco más compleja, pero que a lo largo de los años se ha revelado como de gran utilidad para favorecer la armonía internacional de las decisiones, es el llamado «reenvío de segundo grado», que se verifica cuando el sistema designado por la regla de conflicto del foro designa a su turno un derecho extranjero que, o bien se reconoce competente o transmite la competencia legislativa a un cuarto derecho, que la acepta.

Este tradicional problema de la «designación del derecho extranjero por parte de la norma de conflicto», integra un debate mucho más intenso sobre el derecho en general y fue advertido desde antiguo en forma casi contemporánea con el «problema de las calificaciones». En épocas más recientes, se ha trabajado sobre el derecho aplicable a cuestiones incidentales que se presentan como condición de normas materiales extranjeras que corresponde aplicar a una cuestión principal de competencia del foro. Estos problemas -dos de ellos muy valiosos en la reglamentación de la adopción internacional- han recibido en nuestra época una atención renovada desde el punto de vista de la coordinación de sistemas.

---

-designado por otro sistema conflictual estatal- también se considera con vocación para regir la especie.

<sup>36</sup> Georges Droz, «Regards sur le droit....», ob. cit., especialmente págs. 299/300



## Sección 1

### *El debate en torno del reenvío*

El problema del reenvío sólo pudo presentarse cuando se tomó conciencia de la obligación de aplicar el derecho extranjero designado por la norma de conflicto del foro. Su presupuesto es la norma de tipo savigniana -bilateral, abstracta y neutra- que designa el derecho aplicable mediante un punto de conexión cuya localización es, en principio, indeterminada. Esa designación, ¿conciernen al derecho sustancial extranjero o ese ordenamiento se considera como un sistema, es decir, como un todo coherente en el cual las reglas materiales están delimitadas por reglas de definición del respectivo ámbito de aplicación? Si se ignora la vocación del derecho extranjero para regir una especie concreta, ¿es derecho extranjero lo que se aplica?

Una primera respuesta puede consistir en afirmar que cada juez se atiene, como principio, a la designación que opera su propio sistema de derecho internacional privado <sup>37</sup>. Sin embargo, dado el carácter nacional de cada sistema, ¿cómo alcanzar una coordinación posible?

A fines del siglo XIX el problema fue profundizado tanto en Francia como en Alemania. En el primero de esos Estados, la tendencia fue adversa a consultar la norma de conflicto extranjera y los pocos casos jurisprudenciales de los que se tiene noticia <sup>38</sup>, sólo evidencian el esfuerzo por aplicar el

---

<sup>37</sup> Henri BATIFFOL - Paul LAGARDE, *Traité de droit international privé*, 8ª ed., París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993, t. 1, pág. 491.

<sup>38</sup> Cass. (Ch.req.), 22/2/1882, caso «Forgo», *Journal de Droit International* 1883, pág. 65. Según investigación realizada por Lewald, fue Niboyet el primero que percibió el razonamiento que se denominó «reenvío» entre los autores franceses antiguos. En un artículo publicado en 1926 en la *Revue Darras*, Niboyet estudió el comentario de Froland respecto de dos decisiones del Parlamento de Rouen, de 1652 y de 1663 («Froland, Les conflits de qualification et la question du renvoi»). Sin embargo, una reflexión consciente,

derecho material francés. Los primeros autores que percibieron el problema fueron Von Bar, en Alemania <sup>39</sup> y Westlake, en Inglaterra <sup>40</sup>. Ambos juristas, desde premisas diferentes, sostenían que era imposible pretender aplicar reglas jurídicas de un Estado extranjero sin tomar en cuenta la respectiva voluntad de aplicación. El argumento principal consistía en la idea de la indivisibilidad del derecho designado por la propia norma de conflicto.

En Francia, Etienne Bartin fue un crítico eficaz del razonamiento del reenvío. A la teoría de la indivisibilidad del derecho extranjero respondía que el legislador, a través de sus reglas de conflicto, no sólo cumplía la función de fijar el ámbito de aplicación espacial del derecho sustancial del foro, sino que expresaba la concepción que tenía sobre la mejor composición posible del conflicto de soberanías <sup>41</sup>. Acaso, ¿el valor y la finalidad de la regla de conflicto dependerá de la aprobación o del asentimiento que le preste el país del derecho designado?

#### A. *El reenvío como correctivo de una designación frustrada*

El jurista francés Lerebours-Pigeonnière propuso argumentos que contribuyeron a enfocar el problema desde la óptica de la coordinación de sistemas.

---

como problema de la teoría general del derecho internacional privado, fue efectuada a partir de decisiones de tribunales de Inglaterra (1841), de Alemania (1861) y de Francia (el caso «Forgo», de 1882). Conf. Hans LEWALD, «La théorie du renvoi», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 1929-IV, t. 29, pág. 515 y ss., especialmente págs. 533 y 534.

<sup>39</sup> VON BAR, *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, 2ª ed., Hannover, 1889, t. 1, pág. 278 y ss., quien habla claramente del conflicto de sistemas.

<sup>40</sup> JOHN WESTLAKE, *Private international law*, 1858. Hemos trabajado con la traducción al francés de Paul GOULÉ, *Traité de droit international privé*, 5ª ed., París, Sirey, 1914.

<sup>41</sup> Etienne BARTIN, *Principes de droit international privé*, París, Domat-Montchrestien, 1930, t. 1, págs. 205, 208, 271.

Según su opinión, dado que el sistema de derecho internacional privado del foro debe proveer la solución de casos internacionales, el legislador no puede ignorar la existencia de reglas diferentes en otros sistemas de conflicto vinculados al caso y debe realizar ciertos sacrificios, a cambio de obtener resultados más ventajosos en el plano internacional <sup>42</sup>. El propio legislador del foro puede prever algunos casos en los que será necesario coordinar la propia regla de conflicto con la regla de conflicto extranjera. Según Lerebours-Pigeonnière, si el derecho internacional privado extranjero rechaza la «oferta que el foro le realiza para regir el caso» -es decir, cuando se produce conflicto negativo de sistemas-, esa circunstancia obliga a modificar el punto de conexión original y a elaborar una regla de conflicto *especial subsidiaria* que exprese una comunidad de puntos de vista que la primera regla de conflicto no reflejaba. Este autor llama al procedimiento la «*elaboración de una regla de conflicto de segundo nivel*» <sup>43</sup> y es una creación razonable del foro que no comporta *resignación* a favor del ordenamiento extranjero <sup>44</sup>.

En la segunda mitad del siglo XX, una vez afirmado el concepto del derecho internacional privado con función reguladora de intereses privados de una manera justa <sup>45</sup>, se consideró al reenvío como una útil herramienta al servicio de la coordinación de sistemas.

---

<sup>42</sup> Henri BATIFFOL - Paul LAGARDE, *Traité...*, ob. cit., t. 1, N° 304, pág. 497.

<sup>43</sup> Ives LEQUETTE, «Renvoi», *Répertoire Dalloz de Droit International*, 1998, N° 21. Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Précis de droit international privé*, 9ª ed., París, Dalloz, 1970, N° 259.

<sup>44</sup> Photion FRANCESKAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits...*, ob. cit., pág. 100.

<sup>45</sup> Antonio BOGGIANO, *Derecho internacional privado*, ob. cit., t. I, págs. 107/133; Horatia MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit...*, tesis, ob. cit., N°s 143 a 145, pág. 195 y ss. En su tesis, Horatia Muir Watt presenta la norma de conflicto con la función de elegir cuál de varias disposiciones concurrentes, abstractas, que provienen de órdenes jurídicos diferentes, proporciona por su fuente o por su contenido, la solución más apropiada. En realidad, la concepción savigniana sólo se preocupó por la fuente de la regla; con posterioridad surgieron las preocupaciones sobre el contenido.

### *B. La concepción funcional del reenvío*

Dos autores se destacaron desde esta óptica: Henri Batiffol y Photion Francescakis.

Según Batiffol, la posibilidad de coordinación de sistemas exige que cada Estado renuncie, en cierta medida, a su propio punto de vista inicial en provecho del punto de vista del otro. La ley interna del foro, que el juez resuelve aplicar, no toma su justificación de la regla de conflicto del foro -que en la especie ha designado a un derecho extranjero-; su vocación aparece en un estadio posterior, en virtud del objetivo de la coordinación. Dicho en otros términos: se toma en cuenta la ley extranjera en su existencia material, con abstracción de saber si ella se reconoce o no como aplicable al caso. Seguidamente, siempre y cuando sea deseable la coordinación de acuerdo con los objetivos de la regla de conflicto del foro, se consulta el sistema conflictual del derecho designado <sup>46</sup>. Para Francescakis, cada Estado se distingue de otros por el lugar que asigna a su propio derecho interno en la regulación de los casos con elementos extranjeros, y por los criterios que fija para la importación del derecho extranjero <sup>47</sup>.

Ambas concepciones ponen el acento en el elemento racional del derecho extranjero y se alejan con ello de la teoría del uso jurídico del profesor Werner Goldschmidt, la cual conduce, por su parte, a una coordinación de sistemas, pero siempre bajo la directiva de obedecer la norma de colisión del foro. Dice Goldschmidt: *«Nuestra teoría constituye una forma correcta de reenvío... Prácticamente llegamos con esta doctrina a resultados semejantes a los de la teoría de la remisión integral. Pero mientras que ésta nos lleva al célebre juego de referencias mutuas, nuestra teoría escapa a este repro-*

---

<sup>46</sup> Henri BATIFFOL - Paul LAGARDE, *Traité...*, ob. cit., t. 1, N° 304.

<sup>47</sup> Photion FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits...*, ob. cit., N° 117.

*che. Dos legislaciones pueden referirse mutuamente 'ad infinitum'. Dos jueces, en cambio, no pueden invocarse mutuamente hasta la eternidad. La prohibición de negar justicia impide este juego...»*<sup>48</sup>.

En la época actual, el fundamento y el sentido del reenvío es lograr el objetivo de la coordinación de sistemas. La única distinción es la que se produce entre los autores que: a) sostienen que la coordinación que realiza el reenvío presenta méritos suficientes para que se erija en principio general, sin perjuicio de admitir algunas excepciones, y b) consideran que la admisión del reenvío sólo debe darse como excepción en ciertos casos bien determinados.

En la primera línea de pensamiento, enumeran como excepciones a la regla general, los casos en los que está en juego una norma de conflicto que no responde al modelo tradicional sino que es «materialmente orientada»<sup>49</sup>. Otra situación de exclusión del reenvío es cuando la ley aplicable es determinada mediante la ponderación de un conjunto de índices apropiados que exige la intervención del criterio valorativo del juez. Tampoco es procedente esta técnica cuando el legislador ha previsto una cláusula escapatoria como correctivo de una primera designación que no satisface suficientes lazos de proximidad. Parece, pues, que el reenvío es descartado cuando la ley aplicable no se puede lograr a par-

---

<sup>48</sup> Werner GOLDSCHMIDT, *Sistema y filosofía...*, ob. cit., t. 1, pág. 377.

<sup>49</sup> Supongamos una regla de conflicto alternativa: cuando una de las leyes designadas por ese método permite alcanzar la finalidad deseada por el legislador, ella se aplica y el reenvío queda excluido. Sin embargo, si ninguna de las leyes conduce al objetivo deseado, ¿se podrá seguir un reenvío *in favorem* con la esperanza de que las normas de conflicto de los sistemas originariamente designados brinden la posibilidad de alcanzar la solución material que se desea? A favor de esta posibilidad: Paolo PATOCCHI, *Règles de rattachement...*, ob. cit., N° 575, pág. 286. En cambio, Frédérique SOIRAT, en su tesis, «Les règles de rattachement à caractère substantiel», París I-Sorbonne, 1995, 490 págs., no publicada, N° 67, pág. 36, sostiene que, o bien la ley extranjera consagra el resultado perseguido y entonces se aplica sin que haya lugar al reenvío, o ella no lo consagra, con lo cual no es aplicable, y entonces no está en condiciones de enviar o de reenviar a ninguna otra ley.

tir de la aplicación de un punto de conexión definido de manera abstracta. Cuando el legislador dicta una regla inacabada y confía en la intervención de los jueces para determinar en definitiva el derecho aplicable, no es apropiada la coordinación por el reenvío <sup>50</sup>.

Según otra corriente de pensamiento, se debe hacer una interpretación teleológica de cada regla de conflicto, a fin de determinar si el reenvío es conforme o no a su finalidad <sup>51</sup>.

Este disfavor hacia el reenvío se advierte en el art. 14 de la ley federal suiza de la materia. La reforma del derecho internacional privado de Quebec se orienta hacia el rechazo del reenvío como principio general <sup>52</sup>. Por el contrario, la ley

<sup>50</sup> Ives LEQUETTE, «Renvoi», ob. cit., N<sup>ros</sup> 47/48.

<sup>51</sup> Presentan esta posición: Henri BATIFFOL - Paul LAGARDE, *Traité...*, ob. cit., t. 1, N<sup>o</sup> 311. Bernard AUDIT, *Droit international privé*, 2<sup>a</sup> ed., París, Economica, 1997, N<sup>o</sup> 221 y ss..

<sup>52</sup> La ley federal suiza sobre el derecho internacional privado del 18 de diciembre de 1987, dispone en lo pertinente: «Art. 14.1. Lorsque le droit applicable renvoie au droit suisse ou à un autre droit étranger, ce renvoi n'est pris en considération que si la présente loi le prévoit. 2. En matière d'état civil, le renvoi de la loi étrangère au droit suisse est accepté». La ley de derecho internacional privado de Québec, dice: «Art. 3080. Lorsqu'en vertu des règles du présent livre la loi d'un État étranger s'applique, il s'agit des règles du droit interne de cet État, à l'exclusion de ses règles de conflits de lois». Conf. Ethel GROFFIER, *La réforme du droit international privé québécois*, Québec, Les éditions Yvon Blais Inc., 1993, pág. 35. Por su parte, dice el art. 4<sup>o</sup>, párrafo 1, de la ley federal alemana del 25 de julio de 1986: «(1) Lorsque la loi d'un Etat étranger est désignée, il faut aussi appliquer ses règles de conflit, pour autant qu'elles n'aient pas à l'encontre du sens de la règle de conflit allemande. Lorsque la loi de cet Etat renvoi à la loi allemande, les règles de droit interne allemandes doivent être appliquées», *Revue Critique de Droit International Privé* 1987, pág. 171. La ley italiana del 31 de mayo de 1995, N<sup>o</sup> 218, establece en el art. 13: «1. Lorsque dans les dispositions qui suivent la loi étrangère est désignée, il est tenu compte du renvoi opéré par le droit international privé étranger à la loi d'un autre Etat: a) si le droit de cet État accepte le renvoi; b) si le renvoi est fait à la loi italienne». El párrafo 2<sup>o</sup> de ese art. 13 establece situaciones en las que se excluye el razonamiento del reenvío. El texto en francés de la ley italiana puede verse en *Revue Critique de Droit International Privé* 1996, esp. pág. 176. El proyecto de reformas al derecho internacional privado argentino de las doctoras Berta Kaller Orchansky, Amalia Uriondo de Martinoli y Beatriz Pallarés, en la versión de 1999 decía lo siguiente: «Exclusión del reenvío. Salvo las excepciones contenidas en materias específicas, la remisión al derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, con exclusión de las normas de derecho internacional privado».

federal alemana -art. 4º- explicita la necesidad de ponderar el sentido de la norma de conflicto extranjera y la ley italiana ha incorporado el reenvío precisamente en su función de coordinación de sistemas <sup>53</sup>.

## *Sección 2*

### *La coordinación mediante la solución lex causae del problema de la cuestión previa*

La reflexión en torno al problema de la cuestión previa fue posterior a la que se realizó en torno del reenvío. En primer lugar, preocupó a los autores alemanes en la década de 1930-1940; posteriormente, se convirtió en uno de los grandes temas de la teoría general del conflicto de leyes, al cual no se ha dado todavía hoy una respuesta única y definitiva <sup>54</sup>.

Todo derecho privado se caracteriza por abarcar conjuntos coherentes de disposiciones legislativas, vinculadas por lazos de conexión que forman una trama en la cual las disposiciones se hallan unas en contemplación de las otras, de manera que del conjunto surge el espíritu de ese ordenamiento. Esa coherencia corre peligro cuando cuestiones articuladas se someten a distintos derechos estatales como consecuencia de las técnicas de derecho internacional privado. El

---

Agradecemos a la profesora Amalia Uriondo de Martinoli el haber puesto a nuestra disposición la versión original y a la profesora Inés Weinberg de Roca el habernos facilitado la versión del proyecto del año 2000. En ocasión del debate que tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires el 14/8/00, la redacción del art. 2540 fue la siguiente: «Sin perjuicio de lo dispuesto en materias específicas, se deben tomar en cuenta las normas de conflicto del derecho extranjero declarado aplicable, siempre que ello no desvirtúe la finalidad de la norma de conflicto argentina. Si el derecho de ese Estado reenvía al argentino, se aplicarán las normas argentinas de derecho interno».

<sup>53</sup> Paolo PICONE, «I conflitti tra metodi diversi di coordinamento tra ordinamenti», *Rivista di diritto internazionale* 1999-2, págs. 327/362, especialmente pág. 334 y ss..

<sup>54</sup> Paul LAGARDE, «Questions préalables», *Répertoire Dalloz Droit International*, 1998.

dilema fundamental es el siguiente: el juez del foro ¿debe seguir el mismo razonamiento cuando se le presenta una cuestión a resolver a título principal, que cuando conoce de los efectos ulteriores de una relación jurídica creada en el extranjero, en una época en que la especie no presentaba ningún lazo con el foro?

### *A. La solución dependiente*

Consiste en someter una de las dos cuestiones -o bien la condicionante o bien la condicionada- al derecho designado para regir la otra cuestión.

#### *a. La teoría del Wilhem Wengler*

Las reflexiones de Wengler sobre el tema se conocieron en alemán en 1934 y fueron difundidas por Martin Wolff en Inglaterra y en España <sup>55</sup>.

Un presupuesto del problema es que a la cuestión principal de competencia del foro deba aplicarse un derecho extranjero que presente como condición una relación de derecho previa, nacida sin lazos con el foro. Por ejemplo, el derecho extranjero que regula una determinada porción legítima a favor del hijo adoptivo, supone la existencia de una adopción válida y vigente.

Según Wengler, si la cuestión condicionante tiene lazos únicamente con el ordenamiento jurídico extranjero -designado por la regla de conflicto del foro para regir la cuestión principal- es evidente que un juez de ese Estado -que llama S- si hubiera tenido que resolver el caso, sólo hubiera aplicado su propio derecho civil. Esa evidencia se presenta ante el juez del foro F -competente en razón de la cuestión condi-

---

<sup>55</sup> Martin WOLFF, *Private international law*, Oxford, 1944. La traducción al español fue efectuada por Antonio MARÍN LÓPEZ: *Derecho internacional privado*, Barcelona, Bosch, 1958.



cionada, a título principal- como una constatación fáctica. Si se trata de una cuestión condicionante con conexiones múltiples, es de suponer que un juez de S aplicaría una norma de conflicto a fin de respetar la particular naturaleza del caso. Pues bien, el juez de F, que debe juzgar, no tiene razones valederas para no seguir el razonamiento que hubiese seguido un juez de S. Deberá, según Wengler, *alinearse en la posición de ese ordenamiento extranjero S*, dado que la relación condicionante nació y desplegó efectos sin ninguna conexión con el foro <sup>56</sup>.

Cuando en el foro se deben resolver cuestiones concatenadas en un caso totalmente interno, un mismo derecho civil rige su existencia y sus cualidades recíprocas. Esos lazos dan por resultado una coherencia material en las relaciones, que corre riesgos de ruptura cuando en un caso con elementos extranjeros se deben aplicar reglas extraídas de otros ordenamientos diversos. Una de las formas de recuperar la coherencia es seguir la óptica del sistema jurídico que tuvo lazos intensos de proximidad con la relación, al tiempo de su creación, y ello se justifica porque se reclaman en el foro efectos ulteriores.

Toda vez que la aplicación de las normas materiales de un derecho extranjero esté condicionada a una situación jurídica -con elementos extranjeros- no vinculada al foro, el juez que resuelve coordina su sistema con el sistema de derecho internacional privado del Estado cuyo derecho es designado para regir la cuestión principal, *mediante la técnica de alinearse en la posición de este foro extranjero* <sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup> Wilhelm WENGLER, «Nouvelles réflexions sur les questions préalables», *Revue Critique de Droit International Privé* 1966, págs. 164/215.

<sup>57</sup> Wilhelm WENGLER, «Nouvelles réflexions...», *ob. cit.*, págs. 201, 210/211. Dijo WENGLER: «*Tout pays...soumettant les rapports juridiques à rattachement multiple, tantôt à son droit propre, tantôt à l'un ou à l'autre des droits privés étrangers intéressés, évoque inévitablement un joueur de puzzle qui, pour agrandir son jeu y ajouterait des éléments venus d'autres jeux: il ne peut s'attendre à ce que tous ces divers éléments s'ajustent l'un à l'autre harmonieusement...*» (pág. 201).

En doctrina, la teoría de Wengler ha sido criticada por su innecesaria complejidad. Dicen los profesores Ives Lequette y Bertrand Ancel <sup>58</sup> que el razonamiento debería partir de la solución de la cuestión previa según el derecho designado por la regla de conflicto del foro *y sólo en la hipótesis de que tal derecho condujera a invalidar la relación condicionante*, entonces, correspondería aplicar como excepción el derecho designado por la regla de conflicto del derecho designado para regular la cuestión principal, si es que esta ley conduce a la validez de la situación. Este razonamiento encontraría su fundamento en el respeto de los derechos adquiridos con anterioridad al fenómeno de la frontera y mucho antes de que esa relación pretendiera desplegar en el foro efectos ulteriores <sup>59</sup>.

#### *b. La solución dependiente con criterio lógico*

La coherencia material en la regulación de varias cuestiones concatenadas puede lograrse mediante elecciones coincidentes de puntos de conexión para categorías dependientes <sup>60</sup>. En la terminología del profesor Goldschmidt, se trata de la solución del problema de la cuestión previa según la teoría de la jerarquización con criterio lógico y predominio del derecho civil <sup>61</sup>.

---

<sup>58</sup> Bertrand ANCEL - Ives LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française en droit international privé*, París, Sirey, 1987, N° 61, pág. 492.

<sup>59</sup> Horatia MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit...*, tesis, ob. cit., N° 468 pág. 540.

<sup>60</sup> Por ejemplo, el art. 20 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 dice: «La ley que rige la celebración del matrimonio determina la filiación legítima y la legitimación por subsiguiente matrimonio». Según esta regla, un reclamo de filiación matrimonial en el ámbito del tratado, se somete a la ley de fondo también aplicable a la validez formal y sustancial del matrimonio, cuestión condicionante del carácter matrimonial de la filiación.

<sup>61</sup> Werner GOLDSCHMIDT, *Derecho internacional privado*, 4ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1982, pág. 105.

Este razonamiento puede llevar a someter la cuestión principal -por ejemplo, el derecho alimentario de un hijo matrimonial- a una ley que no guarde lazos de proximidad con la especie -por ejemplo, el derecho del lugar de celebración del matrimonio (art. 20 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940).

*B. La solución autónoma: el derecho internacional privado del foro en la solución de la cuestión previa*

A pesar de la razonabilidad del argumento de Wengler, la jurisprudencia de la época se mostró reacia a recomponer la desintegración del caso -producto del método analítico típico del derecho internacional privado- mediante la aplicación o la toma en consideración de normas de conflicto extranjeras. Algunos autores, como Martin Wolff, acercaron el problema de la cuestión previa al del reenvío pues en ambos se consulta el derecho internacional privado extranjero. Sin embargo, en el reenvío existen normas indirectas diferentes respecto del mismo tipo legal, mientras que en la cuestión incidental se trata de tipos legales diversos. Para Goldschmidt lo medular es circunscribir la consecuencia jurídica al alcance del tipo legal de la norma de conflicto del foro <sup>62</sup>.

Un estudio del razonamiento seguido por la Corte de Casación francesa en el famoso caso «Ponoucannamalle c/ Nadimoutoupouille», fallado en 1931 <sup>63</sup>, revela que a cada cuestión se le aplicó la regla designada por el sistema francés de derecho internacional privado, es decir, la ley del lugar de ubicación de los inmuebles como ley sucesoria, y la ley nacional común de adoptante y adoptado como ley apli-

---

<sup>62</sup> Werner GOLDSCHMIDT, *Sistema y filosofía*..., ob. cit., t.1, págs. 161/164.

<sup>63</sup> Cour de Cassation, 31/4/1931, publicado en *Revue Critique de Droit International Privé* 1932, pág. 526.

cable a la cuestión previa de la validez de la adopción. Los jueces aplicaron la ley de la India -designada por el sistema conflictual del foro- para regir la adopción y le opusieron *a posteriori* el obstáculo del orden público internacional francés, que no aceptaba la validez de la adopción en tanto el adoptante tuviese descendencia matrimonial. En realidad, en ese litigio, dado que la cuestión principal estaba regida por el derecho civil francés, las opciones se limitaban al derecho civil francés para regir la adopción, o al derecho designado por el sistema de derecho internacional privado francés en materia de adopción, con el subsiguiente control del orden público internacional.

Una lectura realista de los casos jurisprudenciales argentinos en los que se discutió la validez de una adopción otorgada en el extranjero como condición de derechos sucesorios sometidos al derecho civil argentino del lugar de ubicación de los bienes inmuebles <sup>64</sup>, permite llegar a la conclusión de que, a pesar de las fundamentaciones de tipo cosmopolita, la influencia del derecho argentino, de sus calificaciones y de sus principios de orden público, fue determinante.

El profesor Goldschmidt fue fervoroso partidario de la resolución *lex fori* de las cuestiones incidentales o condicionantes, pues entendía que las teorías de la jerarquización -en cualquiera de sus vertientes- conducían a resultados absurdos.

Afirmaba: *«Hay que rechazar, pues, las teorías de la jerarquización como violatorias del método analítico analógico, cuyas posibles fallas, como siempre, sólo pueden remediarse por el método sintético-judicial, pero no por un método sintético legislativo... no es posible conjurarlas de antemano y de modo genérico, sino sólo en el caso concreto... Es cierto que si nuestro legislador nos manda aplicar dere-*

---

<sup>64</sup> Ver Tercera Parte, Título único, Capítulo 1, sección 1, apartado C.

*cho extranjero, quiere que imitemos la probable sentencia del juez extranjero; pero no lo es menos que nuestra sumisión al derecho extranjero sólo opera dentro del marco del tipo legal y que el tipo legal se inspira en el método analítico... Las teorías de la jerarquización de cuestiones conexas deben, por consiguiente, substituirse por la doctrina de la equivalencia. La doctrina de la equivalencia sostiene que cada causa, preséntese judicialmente a solas, preséntese unida a otras causas con las que forma un conjunto lógico, se rige invariablemente por su propio derecho, que es aquél que el derecho internacional privado del juez indica. Esta doctrina es, afortunadamente, también la que impera en la jurisprudencia y en la literatura jurídica»<sup>65</sup>.*

La influencia del profesor Goldschmidt se reflejó en la propuesta llevada por la delegación argentina a la Segunda Conferencia Interamericana Especializada en Derecho Internacional Privado, que se reunió en Montevideo en 1979 y que elaboró la Convención Interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado. Sobre el tema que nos interesa, los juristas argentinos propusieron lo siguiente: «Las cuestiones previas o incidentales y la cuestión principal se regirán independientemente por sus respectivos derechos aplicables según las normas de derecho internacional privado del juez de la causa. Si se producen resultados contradictorios o irrazonables por las aplicaciones parciales de distintos derechos materiales, los jueces podrán adaptar los derechos en cuestión para alcanzar una solución coherente o razonable». Sin embargo, la fórmula aprobada por las delegaciones dice así: «*Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que puedan surgir con motivo de una cuestión principal no deben resolverse necesariamente de acuerdo con la ley que regula esta última*»<sup>66</sup>.

---

<sup>65</sup> Werner GOLDSCHMIDT, *Derecho internacional...*, ob. cit., pág. 107.

<sup>66</sup> Graciela CHALITA - María Blanca NOODT TAQUELA, *Unificación del derecho internacional privado. CIDIP I-II-III*, Buenos Aires, Universidad, 1988, especialmente

La redacción de la norma revela un principio de preferencia -pero no de exclusividad- hacia la teoría dependiente, en la cual el acento se pone en la óptica del derecho extranjero designado para regir la cuestión principal; ello evita la ruptura de la armonía material del derecho privado. No obstante, tal como observaba el maestro Goldschmidt, los jueces tienden a someter cada cuestión por la regla de conflicto del sistema del foro.

### *C. La solución funcional*

Tanto las soluciones dependientes como la solución autónoma son respuestas globales, es decir, supuestamente adecuadas a todos o a una gran generalidad de casos. En los últimos años -por lo menos desde la aparición de la octava edición del tratado de Batiffol-Lagarde, que refleja sin duda el lúcido pensamiento de Paul Lagarde<sup>67</sup>- se ha propiciado el abandono de soluciones globales y la aceptación de razonamientos inspirados en el sentido de la regla de conflicto que rige la cuestión principal. Toda generalización sería inapropiada, por su grado de abstracción, y debería buscarse la solución particular de la especie concreta, según la finalidad de la norma de conflicto que rige en el foro la cuestión principal. Dentro de esta posición, conocemos dos desarrollos, que presentaremos a continuación.

- Paul Lagarde ha sostenido que la aplicación jurisprudencial de las convenciones de La Haya del 24 de

---

pág. 41 y ss.. Sobre los rasgos definatorios de las CIDIP puede verse, entre otros: Didier OPERTTI BADAN, «Compatibilidad e interacción de la Codificación Regional Interamericana con los ámbitos de producción jurídica universal y subregional. Balance de los veinte primeros años de la CIDIP», en *El derecho internacional privado en el umbral del siglo XXI, Sextas Jornadas de Profesores de Derecho Internacional Privado*, Universidad Complutense de Madrid, Eurolex, 1997, págs. 219/237.

<sup>67</sup> Henri BATIFFOL - Paul LAGARDE, *Droit international....*, ob. cit., t. 1, N° 312, pág. 509 y sus notas.

octubre de 1956 y del 2 de octubre de 1973 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimentarias, ha dado lugar a una solución *funcional alternativa del problema de la cuestión previa* -esto es, el lazo de familia que justifica el pedido de alimentos-, que tiende al acogimiento favorable de la demanda. De acuerdo con el razonamiento propuesto, el juez podría resolver la cuestión condicionante del lazo de familia por una triple alternativa: la ley designada por la regla de conflicto del foro relativa al lazo de familia (solución autónoma), la ley de fondo que rige la obligación alimentaria y, finalmente, la ley designada por la regla de conflicto del derecho elegido para regir la cuestión principal de la obligación alimentaria (soluciones dependientes con predominio del derecho civil y del derecho internacional privado o teoría de Wengler, respectivamente) <sup>68</sup>.

Esta postura doctrinaria se inspira, sin duda, en un fallo de la Corte Constitucional alemana del 30 de noviembre de 1982, que abrió el camino para una nueva reflexión sobre la resolución de las cuestiones preliminares mediante conexiones alternativas, según el resultado material deseable <sup>69</sup>.

- En el curso general ofrecido en 1991 en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, Georges Droz propuso descartar -en la resolución de la cuestión previa- tanto la regla de conflicto de la *lex fori* como la regla de conflicto de la *lex causae*. En su opinión, deben considerarse las circunstancias de la especie concreta, particularmente, cuál sería el foro que

---

<sup>68</sup> Paul LAGARDE, «Questions préalables», *Répertoire Dalloz...*, ob. cit., 3, 2.c.; del mismo autor: «Observations sur l'articulation des questions de statut personnel et des questions alimentaires dans l'application des conventions de droit international privé», en *Conflicts et harmonisation, Mélanges...*, ob. cit., pág. 519 y ss.

<sup>69</sup> Jayme ERIK, «Identité culturelle et intégration. Le droit international privé post moderne», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 1995, t. 251, pág. 9 y ss., especialmente págs. 100/101 y nota 236 de pág. 100.

mantiene los lazos más estrechos con la situación que se presenta como cuestión condicionante. Se trata -según este autor- *de insertar la situación existente en un ordenamiento jurídico sobre la base del principio de proximidad*. Ese foro próximo es llamado «el foro de razonamiento» y su derecho constituiría la ley más apropiada para regir la cuestión previa. Esta solución sería válida en tanto no existiesen otros imperativos preeminentes a satisfacer, desde el punto de vista de la regla de conflicto del sistema de derecho internacional privado del foro que rige la cuestión principal <sup>70</sup>. *Al tomar ese ordenamiento jurídico próximo como foro de razonamiento, el problema del conflicto de sistemas halla solución mediante una coordinación de ordenamientos* <sup>71</sup>.

---

<sup>70</sup> Georges DROZ, «Regards sur le droit international...», ob. cit., pág. 394 y ss..

<sup>71</sup> Esta concepción ha dado lugar, en jurisprudencia francesa y alemana, a cierta inclinación a respetar la particularidad cultural de los individuos o grupo de individuos, en ocasión de resolver cuestiones que se presentan concatenadas ante el foro. Erik Jayme se refiere al punto como un «razonamiento en dos fases». Conf. curso de Jayme en la Academia de Derecho Internacional de La Haya en 1995, citado en la nota 69, especialmente pág. 253. En jurisprudencia francesa se cita un caso fallado por la Cour d'appel de Rouen, el 8 de noviembre de 1994, por el cual se hizo lugar a la demanda de reclamación de filiación de un niño argelino, representado por su madre, argelina, frente a su padre, también argelino, a pesar de que la pareja había «celebrado su matrimonio» mediante una ceremonia de tradición musulmana, en territorio francés, sin la intervención del oficial del registro civil francés ni del oficial religioso musulmán. El padre sostuvo que el juez francés debía aplicar a la cuestión condicionante la regla de conflicto francesa -*lex fori* a la forma del matrimonio- y tener por no celebrado un matrimonio en Francia por falta de intervención del funcionario del registro civil. En cuanto a la demanda de filiación, debía aplicar la regla de conflicto francesa y someterla a la ley nacional de la madre, esto es, al derecho argelino de fondo, que prohíbe la búsqueda de la paternidad extramatrimonial. Consecuentemente, sobre la base de la teoría autónoma en materia de cuestiones concatenadas, debía rechazar la demanda. La Corte de Rouan solucionó el problema de la cuestión previa con fundamento en la ley de fondo designada por la regla de conflicto francesa para regir la cuestión principal de la filiación (es decir, la ley argelina, a la que interpretó dentro del *contexto cultural de la pareja*). En ese sentido, juzgó que el Código de la Familia de Argelia, art. 40, contemplaba la filiación con «legitimidad putativa» cuando había ocurrido una celebración según la tradición musulmana, pero con defectos formales. Según el derecho argelino, a pesar de no ser un matrimonio inscripto, hubiera podido ser validado por decisión judicial y en ese



Sin duda, los razonamientos flexibles son más apropiados para permitir tal coordinación <sup>72</sup>. Por ello, no compartimos la solución rígida propuesta en este punto, en el proyecto de reformas del derecho internacional privado argentino, elaborado en 1999 por las doctoras Berta Kaller Orchansky, Amalia Uriondo de Martinoli y Beatriz Pallarés, que dice en lo pertinente: «*Cuestión Previa. Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que puedan surgir con motivo de una cuestión principal, deben resolverse conforme al derecho indicado por las normas de conflicto del foro, prescindiendo del derecho que regula la cuestión principal*» <sup>73</sup>.

### Sección 3

#### *El problema de las calificaciones*

Como primera aproximación al problema diremos que calificar, en derecho internacional privado, es la operación intelectual que consiste en subsumir la realidad a reglamentar en una u otra de las categorías de análisis que aparecen en las reglas de conflicto del foro, a fin de seleccionar la nor-

---

caso hubiera comportado para el niño todos los efectos de filiación legítima. Conf. Rouen, 8/11/94 (1° y 2° Ch. réunies), confirmado por la Corte de Casación francesa: Cass (1ª. Ch. Civ.), 3/6/98, *Revue Critique de Droit International Privé* 1998, pág. 652, con nota de Bertrand ANCEL; *Recueil Dalloz* 1998, jur. pág 578, nota Hughes FULCHERON.

<sup>72</sup> En este sentido, las reflexiones del profesor Antonio BOGGIANO en su *Curso de derecho internacional privado*, ob. cit., págs. 222/226. La profesora Inés Weinberg de Roca cita la opinión de Ferid, en el sentido de que la cuestión previa debe resolverse según la *lex fori* o la *lex causae*, dando preeminencia a la armonía interna o internacional de soluciones según el caso. Esta autora, por su parte, es partidaria de resolver la cuestión según las normas de derecho internacional privado del tribunal. En *derecho internacional privado*, Buenos Aires, Depalma, 1997, pág. 37.

<sup>73</sup> En la coherencia interna del proyecto de reformas que se examina, los efectos de esta rigidez no alcanzan a paliarse por el método de la «adaptación», consagrado con limitaciones en el art. 2538. Tal como está redactado, procura la coherencia material entre distintos derechos, llamados a regir diversos aspectos de «una misma relación jurídica».

ma de conflicto que corresponde a la especie concreta. Reducido a su expresión más simple, se trata de un problema de definición de conceptos que si bien puede afectar a los puntos de conexión o a conceptos expresados en la consecuencia jurídica de la norma, alcanza su configuración más típica cuando se refiere a los conceptos del tipo legal de la norma de conflicto. El problema no consiste en señalar notas abstractas, sino en indicar los objetos que están comprendidos en la extensión de la categoría utilizada por la norma de conflicto <sup>74</sup>. Puesto que el alcance de las categorías puede no ser idéntico en los distintos ordenamientos jurídicos involucrados en el caso, se presenta el llamado «conflicto de calificaciones».

Dado que se trata de un problema de interpretación de la regla de conflicto del foro, la pieza clave para la solución de tal conflicto, es la primacía de las definiciones de las categorías según la *lex fori* <sup>75</sup>. Esta conclusión, que se imponía cuando se concebía a las reglas de conflicto como reglas delimitadoras de la competencia soberana de un Estado en materia legislativa, fue mantenida posteriormente, en la época en que claramente predominó una visión privatista del conflicto de leyes. La solución no se sustentó en la soberanía de

---

<sup>74</sup> Werner GOLDSCHMIDT, *Sistema y filosofía...*, ob. cit., pág. 129 y ss., especialmente pág. 132. Sólo para citar algunos de los primeros trabajos relevantes sobre el punto: Etienne BARTIN, «La doctrine des qualifications et ses rapports avec le caractère national du conflit des lois», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1930-I, t. 31, pág. 565 y ss.; John D. FALCONBRIDGE, «Renvoi, characterization and acquired rights», *Canadian Bar Review* 1939, vol. 17, págs. 369/398.

<sup>75</sup> La teoría de la *lex civilis fori* sostiene que los términos de la norma indirecta, siempre que no encuentren su explicación en el mismo derecho internacional privado, se definirán análogamente con arreglo al derecho civil del juez que conoce en el pleito. Para los seguidores de esta posición en Alemania, Italia, Bélgica, Holanda, puede verse: Werner GOLDSCHMIDT, *Sistema y filosofía...*, ob. cit., pág. 138. Siguen esta posición, entre otros, Etienne BARTIN, en el curso dado en la Academia de Derecho Internacional de La Haya en 1930, citado en la nota precedente, pág. 569; Henri BATIFFOL - Paul LAGARDE, *Traité...*, ob. cit., t. 1, pág. 478 y ss.. En jurisprudencia francesa: C.Cass (Ch. Civ., 1° Sect.) 22/6/1955, «Caraslanis», *Revue Critique de Droit International Privé* 1955, pág. 723, con nota de Henri BATIFFOL; Bertrand ANCEL - Yves LEQUETTE, *Grands arrêts...*, ob. cit., N° 26, pág. 204 y ss..

los Estados sino en la anterioridad del orden interno respecto del ordenamiento internacional <sup>76</sup> y en la preocupación por mantener la coherencia del ordenamiento jurídico del foro.

Ahora bien, *las notas de la institución extranjera que es el objeto del encasillamiento en las categorías del foro, debe hacerse respetando el espíritu y la descripción que a esa institución da el derecho extranjero que la ha creado*. Esa orientación, unida a la prudencia del juzgador al definir el *objeto de la calificación* -que debe incluir la realidad fáctica alegada más la pretensión, es decir, los efectos jurídicos invocados <sup>77</sup>-, permite resolver prácticamente todas las dificultades.

La idea directriz de la calificación según el criterio *lex causae* es la de aplicar cada ley con sus propias calificaciones. El programa es seductor, sostiene Batiffol, pero cuando en los sistemas involucrados los alcances de las categorías difieren, debe tomarse una opción pues no puede conciliarse lo inconciliable <sup>78</sup>.

---

<sup>76</sup> Henri BATIFFOL, *Aspects philosophiques...*, ob. cit., pág. 102 y ss..

<sup>77</sup> Bertrand ANCEL, «L'objet de la qualification», *Journal de Droit International* 1980, pág. 234 y ss.; Ives LEQUETTE, «Le renvoi des qualifications», en *Mélanges dédiées à Dominique Holleaux*, Paris, Litec, 1990, pág. 249 y ss., especialmente pág. 258, N° 16.

<sup>78</sup> Henri BATIFFOL - Paul LAGARDE, *Traité...*, ob. cit. N° 295, pág. 483. Para la teoría de la *lex civilis causae* la extensión del tipo legal debe definirse de acuerdo con el derecho civil declarado aplicable por el punto de conexión de la norma indirecta. Esta es la posición seguida en el proyecto de reforma del derecho internacional privado elaborado por las doctoras Berta Kaller Orchansky, Amalia Uriondo de Martinoli y Beatriz Pallarés, que, en lo pertinente, dice: «*Calificaciones. Los conceptos utilizados en esta ley se interpretarán de acuerdo con el derecho declarado competente. Si tal derecho no condujera a una solución razonable, será competente para la interpretación el derecho argentino...*». Una solución interesante es la propuesta por Ernst RABEL, «Le problème de la qualification», *Revue Critique de Droit International Privé* 1933-1, según la cual conviene elaborar categorías cuyo contenido, determinado tras un estudio de derecho comparado, sea lo suficientemente vasto como para acoger toda institución extranjera, incluso las muy diferentes con el foro. En doctrina nacional, el profesor Boggiano propuso un razonamiento flexible en razón de que «*no es posible independizar el problema de las calificaciones como problema del funcionamiento de la norma de conflicto, de los resultados a que pueda conducir una solución u otra. El resultado material es insoslayable*». Conf. Antonio BOGGIANO, *Derecho internacional...*, ob. cit., t.1, págs. 454/456.

Algunas legislaciones han tratado expresamente el problema, como la ley húngara de derecho internacional privado de 1978, desde un enfoque moderno y flexible (art. 3º, especialmente apartado 2) <sup>79</sup>. Por el contrario, la solución dada al problema por el art. 3º de la Convención Interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado, parece admitir, como principio, la excepción de «institución desconocida» <sup>80</sup>.

### A. *El reenvío de calificaciones*

El reenvío y la calificación son dos mecanismos que intervienen en etapas distintas del reglamento del conflicto de leyes. La calificación, para identificar la regla de conflicto que designará el derecho aplicable; el reenvío, para resolver si el derecho extranjero designado por las reglas de conflicto del foro se aplica en sus normas materiales o se consultan

---

<sup>79</sup> Ley húngara de derecho internacional privado: Art. 3º: «Qualification juridique. (1) Lorsqu'en vue de la détermination de la loi applicable, il y a différend sur la qualification juridique des faits ou des rapports qui devront être jugés dans le litige, il faut procéder conformément aux règles d'interprétation applicables aux dispositions et aux concepts du droit hongrois. (2) Lorsque le droit hongrois ignore une institution juridique ou qu'il ne la connaît que sur une désignation ou avec un contenu distincts et si cette institution ne peut être définie même avec l'interprétation du droit hongrois, il faut également prendre en considération, lors de la qualification juridique, la loi étrangère qui réglemente cette institution». El texto está publicado en Evangelos VASSILAKAKIS, *Orientations méthodologiques dans...*, ob. cit., pág. 413.

<sup>80</sup> Convención Interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado. Art. 3º: «Cuando la ley de un Estado Parte tenga instituciones o procedimientos esenciales para su adecuada aplicación y no estén contemplados en la legislación de otro Estado Parte, éste podrá negarse a aplicar dicha ley siempre que no tenga instituciones o procedimientos análogos». Para leer un comentario extranjero: T.B. DE MAECKELT, «The general rules of private international law in Americas. New approach», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1982-IV, t. 177, pág. 193 y ss.. La misma crítica merece, en nuestra opinión, el art. 2542 del proyecto de reforma al derecho internacional privado argentino (2000), en el tratamiento dado a instituciones y procedimientos desconocidos.

sus disposiciones de derecho internacional privado. A fines del siglo XIX, Bartin afirmaba que todos los problemas relativos a la coexistencia de sistemas diferentes para la solución del conflicto de leyes, podían reducirse sólo a dos: el conflicto de reenvío y el conflicto de las calificaciones<sup>81</sup>. La diferencia de contenido de las categorías engendra un conflicto de calificaciones, la diferencia de puntos de conexión genera un reenvío, al menos, si cada sistema da competencia al otro<sup>82</sup>. Ahora bien, cuando se parte de una calificación según criterio *lex fori*, es posible que el conflicto de calificaciones sea tratado como conflicto de reenvío<sup>83</sup>.

El reenvío de calificaciones en una técnica conflictual que permite resolver los conflictos de calificaciones<sup>84</sup>.

Cuando la regla de conflicto designa un derecho extranjero, éste no debe ser considerado de manera puramente formal, sino tal como las normas son interpretadas y aplicadas en su propio sistema, incluyendo el lazo de solidaridad que normalmente existe entre las «categorías» y el «punto de conexión». Proceder de otra manera, frustraría la idea de coordinación que se halla en el origen de la teoría del reenvío<sup>85</sup>.

Un ejemplo nos permitirá expresar el mecanismo.

Un señor marroquí vivió los últimos años de su vida en la ciudad de Buenos Aires, donde tenía bienes inmuebles y muebles. Antes de morir, instituyó heredero -por testamento otorgado por escritura pública según las formas de la legislación argentina- a un primo segundo, también marroquí,

---

<sup>81</sup> Etienne BARTIN, «Les conflits entre dispositions législatives de droit privé», *Revue de droit international et législation comparée* 1889, pág. 129.

<sup>82</sup> Ives LEQUETTE, «Le renvoi des qualifications», *ob. cit.*, pág. 255

<sup>83</sup> Photion Francescakis decía que ello es posible con tal que el alcance de las reglas de conflicto aplicables a una y otra categoría sean claramente identificables. Conf., «La théorie du renvoi et les conflits...», *ob. cit.*, N° 84, pág. 85.

<sup>84</sup> La doctrina alemana habla de «Qualifikationsverweisung». Conf. Jayme ERIK, «Identité culturelle...», *ob. cit.*, págs. 111-114.

<sup>85</sup> Ives LEQUETTE, «Le renvoi des qualifications», *ob. cit.*, especialmente pág. 256.

no de religión musulmana, domiciliado en la misma ciudad, con quien había trabado una entrañable amistad. Abierta la sucesión testamentaria, se presenta un joven marroquí que invoca su calidad de hijo adoptivo del causante, conforme a un instrumento que presenta, que lo instituye según el derecho musulmán en «adopción de recompensa o tanzil», y solicita petición de legítima. El juez argentino -competente por el último domicilio del causante en Buenos Aires, art. 3284 del Código Civil argentino- ve claramente que debe someter esa sucesión al derecho argentino, en virtud del art. 3283 del Código Civil. Se pregunta, sin embargo, cuál es la ley que corresponde aplicar a esa adopción-recompensa del derecho marroquí. Efectúa una interpretación amplia de la categoría contenida en el art. 339 del Código Civil, y somete esa figura a la ley del domicilio del adoptado al tiempo de la adopción, es decir, al derecho marroquí. Según el art. 83.3 del Código del Estatuto Personal de Marruecos, resulta que el tanzil es una institución de derecho sucesorio que se utiliza para designar legatario por 1/3 de los bienes de una persona que carece de descendientes. El juez argentino encasilla nuevamente la relación que el joven ha invocado como una institución de derecho sucesorio e investiga si el derecho que la ha creado tiene vocación para aplicarse en la especie. Como hipótesis de trabajo, consideramos que el derecho musulmán no tiene interés en regir una sucesión entre un musulmán y un no musulmán y remite al derecho del lugar de ubicación de los bienes. El juez argentino acepta el reenvío, transpone la institución extranjera en las normas sustanciales argentinas relativas a los legados de cuota o parte alícuota, y da curso al reclamo del joven marroquí, como reclamo de entrega de legado y no como petición de legítima.

### *B. El problema de las calificaciones y la adopción internacional*

La variedad de trazos y matices con que las legislaciones nacionales conciben la institución llamada «adopción», presenta con frecuencia el problema de la calificación, tanto en ocasión de constituir en el foro una adopción por aplicación

de un derecho extranjero, como en ocasión de dar efectos en el foro a una adopción conferida fuera del país.

*a. La dificultad de una visión uniforme de la institución*

Entre los países del mundo occidental y los países de tradición musulmana no es posible arribar a un concepto compatible sobre la adopción. Ello es así pues la Charia no concibe la ruptura de la filiación biológica y el establecimiento de lazos ficticios de filiación, ni aun en el supuesto de niño abandonado de padres desconocidos. La kafala, típica institución de protección de la niñez en el derecho musulmán, ha tratado de ser asimilada a la adopción simple ante tribunales franceses y alemanes, invocando la inserción del niño en la comunidad de recepción <sup>86</sup>. En la jurisprudencia inglesa se conocen algunos casos -se citan generalmente dos, uno de 1988 y otro de 1993- en los cuales los tribunales, en interés del niño, tomaron una calificación amplia del concepto de adopción utilizado en las leyes inglesas sobre inmigración, a fin de dar acogida en el Reino Unido a niños de países de tradición musulmana, que habían sido confiados a familias de acogimiento, pero sin alterar la filiación <sup>87</sup>. España, por su par-

---

<sup>86</sup> Sobre esta jurisprudencia, ver la nota 19 de la Tercera Parte, Título único.

<sup>87</sup> Las leyes inglesas de inmigración piden que se pruebe que el niño ha sido confiado por una autoridad administrativa o judicial competente y que haya ocurrido una «transferencia de autoridad parental». En el caso «R. v. Immigration Appeal Tribunal ex parte T.A.», de 1988, un niño de 6 años de Bangladesh fue confiado por sus padres de sangre a una familia domiciliada en Inglaterra, mediante un acuerdo verbal. Las autoridades de inmigración negaron el permiso de residencia al niño pero el tribunal de apelación revocó la decisión, interpretando que se había producido una transferencia de la responsabilidad parental de facto, sin intervención de la autoridad. En el caso, la madre biológica del niño había desaparecido y el padre estaba a punto de morir. El segundo caso, fallado el 15 de julio de 1993, tampoco tenía como antecedente la intervención de una autoridad competente. El juez inglés, sobre la base de una noción amplia de la adopción, conforme al precedente de 1988, dispuso que la familia de acogimiento probara que en el derecho musulmán era posible la transferencia de la responsabilidad parental por acuerdo verbal o promesa, sin intervención de autoridad. La prueba no fue presentada y la demanda se rechazó. Conf.

te, ha debido examinar con frecuencia la «adopción islámica». Un juez del registro civil español se ha negado a inscribir como adopción, una *kafala* hecha en Marruecos en 1984 a favor de ciudadanos marroquíes que, en 1990, habían adquirido la nacionalidad española. Por resolución del 14 de marzo de 1992, la Dirección General del Registro Civil declaró que la institución marroquí no tenía ninguna correspondencia con la adopción de derecho español pues no creaba vínculo de filiación ni afectaba el estatuto civil de las partes. No dijo que no se reconocían efectos a la institución marroquí, sino que no podía asimilarse a la adopción de derecho español y que no podía ser objeto de ninguna conversión a adopción plena, en el sentido del art. 9.5 del Código Civil español <sup>88</sup>.

En los amplios debates que tuvieron lugar con motivo de la elaboración de la Convención de La Haya del 29 de mayo de 1993, con participación del representante de Egipto, quien presentó un documento relativo a esta institución, quedó en claro que corresponde asimilarla a una colocación familiar de protección de la infancia, que no compromete un emplazamiento filiatorio, tal como la ha calificado claramente el art. 33 de la Convención de La Haya del 19 de octubre de 1996 <sup>89</sup>.

En los países americanos, algunas legislaciones nacionales contemplan la exclusión del régimen de la adopción respecto de ciertas comunidades de niños indígenas. En este sentido, el Código de la Niñez y la Adolescencia de Honduras, de 1996, establece que los menores indígenas sólo pueden ser dados en adopción si se encuentran abandonados fuera de la comunidad en que viven sus padres biológicos <sup>90</sup>.

---

Sami ALDEEB et Andrea BONOMI (ed.), *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*, Schulthess Polygraphischer Verlag Zurich, 1999, pág. 277 y nota 176.

<sup>88</sup> Sami ALDEEB-Andrea BONOMI, *Le droit musulman...*, ob. cit., pág. 176.

<sup>89</sup> Ver comentario en Segunda Parte, Título I, Capítulo 2, Sección 3.

<sup>90</sup> El texto completo del art. 63 del Código de la Niñez y la Adolescencia de Honduras, decreto 73-96 del 5 de septiembre de 1996, es el siguiente: «Los menores



¿Es posible equiparar la adopción plena del derecho argentino o del derecho francés, a la *open adoption* de la ley del Estado de California? Hace unos veinte años aparecieron las llamadas «adopciones abiertas», caracterizadas por los arreglos previos entre padres biológicos o madre biológica, por una parte, y los futuros adoptantes, por la otra <sup>91</sup>. Los adoptantes, a través de intermediarios independientes, buscan una madre a punto de dar a luz y dispuesta a entregar su bebé en adopción (sin perder la posibilidad de mantener el contacto). La *open adoption* no tiene identidad jurídica clara. Es un «proyecto» llevado a cabo por colaboración entre dos «categorías de padres»: los de sangre y los futuros adoptantes, quienes conforman el llamado «triángulo de la adopción». La madre biológica debe expresar sus necesidades por escrito y debe otorgar recibo por todo dinero que se le entregue, a fin de evitar una «compensación indebida». Los futuros padres combinan con ella un apoyo financiero, que debe cubrir los gastos del embarazo y parto, tal vez cierta retribución hasta que la madre pueda reintegrarse a su trabajo y, sin duda, los honorarios de los abogados que deberán intervenir. En los acuerdos entre los padres, se organiza el derecho de visita por parte de los progenitores de sangre, para tener contacto con el niño después de constituida la adopción. Es una institución que responde al espíritu norteamericano, que valora la iniciativa individual, aprueba el *marketing* y tolera el riesgo <sup>92</sup>, pero, ¿puede transponerse y

---

indígenas y garfúnas sólo podrán ser dados en adopción si se encuentran abandonados fuera de la comunidad en que viven sus padres biológicos. No obstante lo previsto en el párrafo precedente se procurará, en primer término, la reincorporación del niño a la señalada comunidad si en ella existen condiciones para que reciba la debida protección. En caso de que la situación de abandono se presente dentro de la comunidad a que se hace referencia, se respetarán los usos y costumbres de ésta en cuanto no perjudiquen los intereses superiores del niño».

<sup>91</sup> Florence LARROCHE-GISSEROT, «L'adoption ouverte aux États Unis: règles, pratiques, avenir en Europe», *Revue Internationale de Droit Comparé* 1998-4, pág. 1095/1123.

<sup>92</sup> Florence LARROCHE-GISSEROT, *ídem*, pág. 1101.

desplegar efectos en el ordenamiento jurídico argentino, sin lesión al orden público internacional del foro?

Por su parte, el derecho consuetudinario africano conoce formas de adopción, que comportan protección del niño pero sin ningún efecto sobre la filiación. Son formas de adopción «de hecho», que no se han volcado en leyes -salvo en el caso de Malí, que ha regulado la adopción-protección junto con la adopción de tipo occidental- y que son las preferidas por la población, dado que la mayoría de la gente no conoce el procedimiento de la adopción legal <sup>93</sup>. Los niños necesitados son recogidos espontáneamente por estructuras familiares mediante la adopción de hecho o consuetudinaria, que es de aceptación masiva. La obligación alimentaria no es una obligación legal en la adopción de hecho, es una obligación natural, un deber de conciencia para quien recoge al niño y un similar deber moral para el adoptado respecto del adoptante. En el Africa negra el medio familiar es vasto y en todo momento los niños sin padres son cuidados por hermanos o hermanas mayores o primos, incluso lejanos. Los niños son considerados el bien común del grupo. En el grupo de los «Mossi», de Burkina Faso, si un niño se fuga de su familia, puede refugiarse en otra familia de una población vecina; si los padres no lo reclaman inmediatamente, puede ser criado por la familia sustituta hasta «la edad de la razón», época en que deberá regresar a su núcleo original. En el Senegal hay una costumbre que permite establecer un lazo

---

<sup>93</sup> Han legislado la adopción sobre la base del modelo occidental: Senegal, Gabón, Malí, Côte d'Ivoire, Congo Brazza, Togo, Burkina Faso. Camerún enuncia la adopción en su ley sobre el estado civil, pero no la regula. Amsatou SOW SIDIBE, «L'adoption au Sénégal et en Afrique Francophone», *Revue Internationale de Droit Comparé* 1993, págs. 129/154, especialmente págs. 132 y 141. Por su parte, conocen un tipo de adopción débil: Burundi, Africa del Sur, Etiopía y Ghana. Conf. Salomé ADROHER BIOSCA, «Adopción de menores africanos en Europa», en XVII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de derecho internacional, *Relaciones Internacionales en el mundo mediterráneo*, publicado en BOE., Madrid, 1999.

de filiación entre una mujer estéril y un niño y recuerda al fenómeno de las «madres portadoras». Una mujer estéril y sin hijos puede pagar una dote y tener a su disposición a una joven. Con su autorización, un joven pariente de la mujer mantiene relaciones sexuales con la joven. El bebé nacido de esta unión será considerado como hijo de la mujer estéril y como su heredero <sup>94</sup>.

¿Cómo transponer en las categorías conocidas en Occidente estas figuras en las que se crean lazos de familia, surgen impedimentos matrimoniales, pero rara vez se rompe el lazo de filiación de origen, o se afecta el nombre del niño, sino que sólo se transfiere la titularidad de la autoridad parental? Parece imprescindible que el ordenamiento del foro proporcione una calificación funcional de la adopción y sienta las bases para una justa transposición de la gran variedad de instituciones extranjeras que son conocidas con la denominación de «adopción».

#### *b. Calificación y reconocimiento de decisiones extranjeras de adopción*

El principio es que los países prevean un régimen general de reconocimiento de decisiones extranjeras en materias de derecho civil. Ahora bien, en materia de adopción existen gran cantidad de efectos y de funciones sociales de esta institución <sup>95</sup>. Por ello, el principio es que sólo se reconocen los efectos que corresponden en el Estado donde ha sido conferida la adopción.

---

<sup>94</sup> Amsatou SOW SIDIBE, «L'adoption au Sénégal...», ob. cit., págs. 143 y 144.

<sup>95</sup> Por ejemplo, hemos citado en el texto la adopción-recompensa del art. 83.3 del Código del Estatuto Personal de Marruecos. Dice así: «La adopción común es nula y prohibida; no produce ninguno de los efectos de la filiación. En cuanto a la adopción de recompensa o testamentaria, por la cual el adoptado es colocado en rango de hijo, no crea lazos de filiación y obedece a las reglas de los legados». Conf. Sami ALDEEB - Andrea BONOMI (ed.), *Le droit musulman...*, ob. cit., págs. 272/273.

Proponemos razonar el siguiente caso: un matrimonio francés que ha instalado su residencia habitual en la República Argentina por razones laborales, pretende el reconocimiento de una decisión de un tribunal de Bamako, Malí, que les ha conferido en 1995 la «adopción-protección» de la niña A., actualmente de seis años de edad, a fin de poder inscribir a la menor regularmente en un establecimiento escolar. El juez argentino, ¿encasillará esta figura del derecho malinense en la categoría «adopción» del derecho argentino, a fin de que se puedan ejercer los derechos de hijo adoptivo? ¿entenderá que la institución extranjera es equivalente a una adopción simple o a una adopción plena? En un procedimiento de reconocimiento de sentencia extranjera, no puede modificar en forma alguna los efectos de esa sentencia, ¿cuáles serán esos efectos? Sin duda, en la búsqueda de equivalencia con instituciones argentinas, el juez deberá tomar los rasgos descriptivos de la adopción-protección del derecho de Malí, tal como aparecen en el orden jurídico que le ha dado vida. No se trata de aplicar el derecho extranjero sino de conocer la esencia de la situación jurídica creada bajo ese ordenamiento, para encontrar la situación equivalente entre las instituciones conocidas en el foro. *La búsqueda de equivalencia supone una operación de calificación.*

El juez argentino advertirá que la «adopción-protección» transfiere la autoridad parental a los adoptantes, quienes asumen la carga de cuidar al niño, mantenerlo, educarlo y formarlo, sin que se produzca ninguna alteración en la filiación de origen, si bien el niño goza de derechos sucesorios exclusivamente con relación al «adoptante». El juez probablemente interpretará que corresponde transponer la institución malinense en la categoría nacional de «otorgamiento de guarda», y que, como tal, puede ser reconocida e incorporada al ordenamiento jurídico argentino sin violencia al orden público internacional del foro y sin que tenga lugar ninguna transcripción en el registro del estado civil <sup>96</sup>.

---

<sup>96</sup> El ejemplo está inspirado del caso «M. Boulage c/ Ministère Public auprès C.Appel de Paris», Cour d'Appel de Paris (1° Ch.Civ.), 4/6/1998, Dalloz, 1998, inf.

El sistema argentino de reconocimiento de sentencias extranjeras -tanto de fuente interna como de fuente convencional- no revisa el fondo de la decisión y no verifica la regla de conflicto o la ley aplicada o aplicable por el juez de origen de la sentencia. Estrictamente, en cuanto al objeto del reconocimiento, se trata de admitir la decisión extranjera como acto jurisdiccional extranjero con aptitud para producir efectos normativos en el foro. En ese marco, no debería plantearse problema alguno de equivalencia de instituciones. Sin embargo, para que el procedimiento de reconocimiento sea comprensible, siempre se reclama alguna consecuencia ulterior en el Estado donde se pretende el reconocimiento. A fin de desprender efectos del contenido de la decisión extranjera, se requiere la operación intelectual de calificación. Operación que se realiza, evidentemente, cuando la adopción otorgada en el extranjero se presenta como cuestión previa de una pretensión principal respecto de la cual se abre la competencia jurisdiccional del foro.

Dicho en otros términos: reconocimiento y calificación son dos operaciones intelectuales distintas. Por el reconocimiento de sentencia tenemos por resueltos judicialmente los puntos de derecho sobre los que estatuyó el juez extranjero de origen; ello no comporta calificar el contenido de la decisión extranjera. Debemos calificar cuando se pretenden en el foro todos o alguno de los efectos que van unidos al Estado de derecho que la decisión extranjera consagra <sup>97</sup>.

En nuestro tiempo, tal como lo revelan las recientes codificaciones del derecho internacional privado, asistimos a una especialización creciente de las reglas de conflicto, las que definen categorías cada vez más estrechas y precisas y,

---

rapides, pág. 169 y también en *Revue Critique de Droit International Privé* 1999-108/112, con nota de Horatia Muir Watt.

<sup>97</sup> Horatia MUIR WATT, comentario al caso «M. Boulage c/ Ministère Public auprès C.Appel de Paris», *Revue Critique...*, citado en nota precedente, pág. 17.

por lo tanto, menos proclives a presentar conflicto de calificaciones. No obstante, en materia de adopción permanece la tendencia a legislar una categoría sintética, con un núcleo duro -el establecimiento del lazo de filiación- y una periferia dotada de profusión de matices. En tales condiciones, el problema de las calificaciones no pierde su vigencia.

## TÍTULO II LOS APORTES DEL PENSAMIENTO UNILATERALISTA

La segunda corriente de pensamiento, no profundizada por Savigny, es el llamado «unilateralismo», que comparte con el bilateralismo la pretensión de dar fundamento a los sistemas nacionales de derecho internacional privado. No existe una sola orientación dentro del unilateralismo; se puede mencionar el unilateralismo alemán, que fue introducido en Francia por Niboyet; el unilateralismo italiano, cuyo máximo exponente fue Rolando Quadri y, entre otros, el pensamiento unilateralista de Brainerd Currie <sup>98</sup>.

El unilateralismo parte del postulado de que sólo hay conflicto de leyes en los casos en que varios ordenamientos jurídicos extranjeros se declaran listos para sancionar de

---

<sup>98</sup> Henri BATIFFOL, «Le pluralisme de méthodes en droit international privé», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye 1973-II*, t. 139, pág. 75 y ss., especialmente pág. 136 y ss.; Ivon LOUSSOUARN, *Cours général de droit...*, ob.cit, especialmente «Le renouveau de l'unilatéralisme», pág. 374 y ss.. Antonio BOGGIANO, *Derecho internacional privado*, ob. cit., t. 1, págs. 52/56. Como síntesis más recientes: María Elsa UZAL, «El pluralismo en el derecho internacional privado como una necesidad metodológica»; María Susana NAJURIETA, «El pluralismo metodológico en el derecho internacional privado actual»; Beatriz PALLARES y Claudia KILIBARDA, «Perspectivas desde el pluralismo metodológico en el derecho internacional privado actual», todos publicados en E.D. 1995, t. 161, pág. 1056 y ss..

manera diferente los mismos hechos <sup>99</sup>. El postulado señalado conduce a una estrecha relación entre el juez y el derecho material, relación que corre el riesgo de transformarse en dependencia sistemática, lo cual conlleva la frustración de toda posibilidad de coexistencia entre los diferentes sistemas de derecho internacional privado.

Trataremos los aspectos salientes de la no disociación entre derecho y jurisdicción en el mundo anglosajón, fenómeno que nace en la Edad Media y llega a nuestros días, y presentaremos los fundamentos teóricos del unilateralismo según sus seguidores más destacados.

## Capítulo 1

### **La no disociación entre juez y derecho en la tradición anglosajona**

Existen razones históricas que justifican la imposibilidad de disociar juez y ley en el derecho anglosajón. En efecto, por las particularidades de la conquista normanda, Inglaterra no surgió de la Alta Edad Media dividida en una pluralidad de unidades más o menos independientes, cada una con sus costumbres propias. Las leyes de Guillermo «el Conquistador» declaraban expresamente que un demandado francés podía defenderse según las leyes normandas y que el demandado inglés podía hacerlo según los medios conocidos por el derecho inglés <sup>100</sup>. Ello conducía a que cada persona debía ser citada ante el juez de su propia ley y que, para poder llegar a

---

<sup>99</sup> Pierre GOTHOT, «Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé», *Revue Critique de Droit International Privé* 1971, pág. 1 y ss.; pág. 209 y ss.; pág. 415 y ss.; especialmente pág. 419.

<sup>100</sup> Édouard Maurits MEIJERS, «L'histoire des principes...», *ob. cit.*, pág. 572. Este autor cita el instituto *Regis Willhelm* como el origen de la tradición de no disociación.

una jurisdicción, un individuo inglés debía demostrar una «*cause of action*» según el *common law* <sup>101</sup>.

El *common law* era concebido como un ordenamiento cerrado y completo, que contemplaba todos los derechos subjetivos imaginables y, por ello, no se admitía que un juez inglés aplicara derecho extranjero. Desde antiguo, la elección de la jurisdicción entrañaba la competencia de la ley de esa jurisdicción y esta práctica se extendió sin fisuras hasta bien entrado el siglo XVIII.

Este punto de vista marcó una diferencia fundamental entre los razonamientos de conflicto de leyes propios del *civil law* y los del *common law*, que se hizo evidente en las áreas del derecho de familia y, en general, en todo procedimiento de jurisdicción voluntaria.

Paulatinamente, tanto por las infiltraciones del derecho continental como por la influencia de los autores <sup>102</sup>, se fue produciendo lentamente la apertura del ordenamiento jurídico inglés hacia otros ordenamientos extranjeros.

## Sección 1

### *La teoría de los vested rights*

Los dos caracteres esenciales del *common law* -a saber, la convicción de que el sistema englobaba la totalidad de los

---

<sup>101</sup> René DAVID y C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporain*, 10ª ed., 1992, N° 270 y ss..

<sup>102</sup> Los juristas escoceses estudiaban en universidades de Holanda y no de Inglaterra, e introducían ideas propias de la escuela estatutaria holandesa. También fue intensa la influencia de las ideas territorialistas de Joseph Story en Inglaterra, tal como lo revela la obra de Albert VENN DICEY, *Conflict of laws*, publicada en 1896 (7ª ed. by J.H.C.Morris, 1958). En la nota biográfica que J.H.C. Morris escribió como introducción a la obra de Dicey, puso en boca de Dicey la siguiente afirmación: «*I am very assured that Story and Savigny have written the only great books on the subject and, considering the state of legal speculation in Story's time and country, I am not sure that he is not the greater achievement of the two*».



derechos subjetivos concebibles y la imposibilidad de disociar el juez competente del derecho aplicable- dan lugar a la teoría de los *vested rights* <sup>103</sup>.

El juez inglés aplicaba derecho inglés, sin que se concibiera la noción de «aplicar derecho extranjero». Por lo tanto, la decisión fundamental era la relativa a la competencia de los jueces ingleses. En el *common law* no podía escindirse el poder jurisdiccional de las formas en que esa jurisdicción debía ejercerse <sup>104</sup>.

Los jueces podían ser llamados a cumplir dos funciones, a saber: declarar derechos que se constituían según la ley, o crear derechos por la misma autoridad del magistrado. No era concebible que un derecho extranjero diera poder a un juez local para una «*formative judicial order*» <sup>105</sup>.

Dado que no se aceptaba que el juez local pudiese aplicar derecho extranjero, se concibió que pudiese reconocer efectos obtenidos por imperio de una ley antes de la intervención del foro. Aparece así la noción de los *vested rights*, que sustituyó al razonamiento de conflicto de leyes, pues consideró lo ocurrido bajo una ley extranjera como un hecho jurídicamente relevante, que se imponía al juez del foro por razones de justicia, sin necesidad de revisar exigencias de regularidad. Toda aplicación por el juez del foro de una ley extranjera, se veía como un «reconocimiento de los efectos», es decir, en teoría era un instrumento de la extraterritorialidad de las leyes <sup>106</sup>.

---

<sup>103</sup> Expresión que no traducimos pues, en palabras de Horatia Muir Watt, expresa el genio del pensamiento angloamericano. Horatia MUIR WATT, «Quelques remarques sur la théorie anglo-américaine des droits acquis», *Revue Critique de Droit International Privé* 1986, t. 75, págs. 425/455, especialmente pág. 425.

<sup>104</sup> Otto KAHN FREUND, «General problems...», ob. cit., especialmente págs. 351/352.

<sup>105</sup> «A judge derives his powers from the judicial mandate and the mandate derives wholly from the *lex fori*», Otto KAHN FREUND, «General problems...», ob. cit., pág. 352

<sup>106</sup> En el derecho angloamericano de la época, la ficción de los *vested rights* se justificaba por la imposibilidad de disociar la jurisdicción del juez inglés de la autoridad

Hacia fines del siglo XIX, Dicey sostuvo que todo derecho que había sido debidamente adquirido en virtud de la ley de una nación civilizada, sería reconocido y recibiría ejecución ante los tribunales ingleses. Dicey no precisó en qué condiciones un derecho estaba «debidamente adquirido» pero, en su concepción, bastaba que una autoridad extranjera sancionara con su imperio ese derecho. El interesado debía demostrar que existía esa autoridad y que estaba dispuesta a sancionar ese derecho subjetivo: esa constatación hacía presumir que el derecho había sido adquirido regularmente <sup>107</sup>. Según esta teoría no se aplicaba derecho objetivo extranjero, *el juez se limitaba a reconocer en su país el derecho subjetivo creado en otro país por el derecho objetivo de éste*.

El largo debate sobre el principio de la aplicación del derecho extranjero dio lugar a ricas construcciones tanto en el derecho anglosajón como en el derecho continental.

#### *A. El sentido original de la foreign court theory*

Esta teoría corresponde a una etapa de mayor apertura del orden jurídico inglés, en la cual el juez ha advertido que su competencia jurisdiccional descansa frecuentemente sobre bases excesivas.

El juez del foro, consciente de su exorbitancia jurisdiccional, imita al juez extranjero, que reconoce como mejor ubicado para fallar el litigio, y actúa tal como lo hubiera hecho el magistrado extranjero si hubiera sido llamado a juzgar la causa. Aplicar una ley extranjera consiste, pues, en resolver exactamente como lo haría un juez del sistema considerado como competente para dar sanción a los derechos subjetivos

---

normativa de la ley. Por el contrario, en la Europa continental del fin del siglo XIX, no existía ese rechazo y se profundizaba el método de las normas de conflicto, con vocación para convocar en pie de igualdad el propio derecho o un derecho extranjero.

<sup>107</sup> Horatia MUIR WATT, «Quelques remarques...», ob. cit., pág. 433

en juego. Ciertamente, esta postura sólo puede explicarse por los tres caracteres que hacen al espíritu del *common law*, y que son: el principio de no disociación entre juez y derecho, la resistencia frente a la aplicación del derecho extranjero y la existencia de bases jurisdiccionales exorbitantes.

Este razonamiento -explicable por razones históricas- constituye una herramienta del conflicto de sistemas. La tendencia a seguir el sistema de derecho internacional privado del juez que se imita, se sustenta en una convicción sobre la competencia global de ese otro sistema y sobre la competencia meramente residual o subsidiaria que se advierte en el juez inglés que falla. El litigio que se debe resolver pertenece a la reglamentación de una ley extranjera y ello es así tanto si no ha mediado ninguna intervención de autoridad pública extranjera como si se ha dictado una sentencia en el extranjero. La regla de conflicto que se elabora en el foro, es utilizada tanto para extraer de ella la incompetencia del orden jurídico del foro como la competencia del sistema extranjero. La referencia es amplísima: abarca el derecho designado y un reconocimiento de la intervención de esos jueces extranjeros <sup>108</sup>.

Esta teoría, que se expandió esencialmente en el ámbito del estatuto personal y de las sucesiones, supone que sea posible identificar un determinado sistema como dotado de competencia preponderante con relación al foro.

Esta concepción no podía ser fácilmente comprendida en el derecho continental. Photion Francescakis, en Francia, en su conocido trabajo sobre el fenómeno del reenvío, formuló

---

<sup>108</sup> Horatia MUIR WATT, «La fonction de la règle de...», tesis, ob. cit., N° 475, pág. 547. La profesora Muir Watt señala una reformulación de esta teoría en nuestros días, a través de la teoría de la referencia al ordenamiento competente de Paolo Picone, que será objeto de estudio en el Título III de esta Primera Parte. Tanto en la tesis de Picone como en la *foreign court theory*, la idea central es la siguiente: *en ausencia de lazos suficientes entre la cuestión litigiosa y el foro -punto de partida que revela un pensamiento unilateralista-, el foro adopta la posición de otro ordenamiento jurídico considerado como preponderante.*

una severa crítica en estos términos: «*la idea de copiar la solución extranjera -y ya la idea de la mera representación de la solución extranjera tal como sería dada por los jueces extranjeros-, sería un puro absurdo, casi testimoniaría una carencia culpable de los magistrados ingleses, a menos que ella sea motivada por otra idea, a saber, que sólo un tribunal extranjero es, en principio, competente y que la competencia inglesa no es sino subsidiaria*»<sup>109</sup>.

En nuestro siglo, y despojada de su fundamento histórico, la *foreign court theory* pudo ser utilizada como inspiración de la brillante teoría de Werner Goldschmidt sobre la calidad del «derecho designado por la norma de conflicto del foro». La teoría del uso jurídico no responde a un pensamiento unilateralista, sino a la determinación de lo conectado por la norma de colisión del sistema de derecho internacional privado del juez, perfectamente bilateral<sup>110</sup>.

### *B. Unilateralismo y respeto a los derechos adquiridos*

El pensamiento unilateralista en el conflicto de leyes es muy posterior al proceso de formación del *common law* y a la definición de sus caracteres<sup>111</sup>.

---

<sup>109</sup> Photion FRANCESKAKIS, *La théorie du renvoi...*, ob. cit., pág. 107

<sup>110</sup> Esta teoría responde a la concepción egológica del derecho según la cual el derecho consiste en la actividad de poner un determinado orden en un sector determinado de la sociedad. Cuando la norma de colisión prescribe la aplicación de derecho extranjero, el juez del foro la obedece y copia la probable sentencia del juez extranjero sobre la cuestión incluida en el tipo legal de la norma de conflicto, calificada debidamente. Werner GOLDSCHMIDT, *Sistema y filosofía...*, ob. cit., t. 1, pág. 374 y ss.. La actividad del juez del foro -decía el maestro Goldschmidt- no es idéntica a una comprobación de meros hechos. No es la actividad de un perito procesal, sino la de un abogado, es decir, es actividad jurídica. Frente al derecho nacional -y ello es así cuando la norma de colisión designa el derecho propio- el juez es el brazo prolongado del legislador y sus sentencias establecen autoritariamente el derecho; en cambio, frente al derecho extranjero, el juez es mero informador, que actúa sin la «autoridad social» para crear derecho. Idem, pág. 393.

<sup>111</sup> Según Edoardo Vitta la concepción unilateralista se fortaleció en Alemania, a fines del siglo XIX, con los escritos de G.L.Schnell y de Alexandre Niedner (de 1899).

Ahora bien, la visión que no disocia el juez competente de la ley aplicable conduce a un resultado coincidente -sólo parcialmente- con los postulados del unilateralismo, pues siempre las normas de jurisdicción internacional directa son unilaterales y, en esa visión, entrañan la necesaria aplicación de la *lex fori*.

Respetar un derecho adquirido es dar validez a la ley que ha permitido que se confiriese ese derecho. Un derecho adquirido no se concibe sin una ley; es, en verdad, la misma ley vista desde la óptica del individuo que se prevalece de una prerrogativa que sanciona un ordenamiento jurídico <sup>112</sup>. La doctrina angloamericana se valió de esta noción para explicar el título por el cual aplicaba un derecho extranjero.

En derecho continental no prosperó esa concepción pues el juez del foro no tenía inconvenientes en dar efectos a una situación creada bajo un marco jurídico extranjero, en tanto se tratara de derechos adquiridos regularmente. El jurista francés Antoine Pillet sostenía que un derecho era adquirido regularmente cuando el orden jurídico francés había designado esa ley que confería ese derecho <sup>113</sup>. La regularidad dependía de que el derecho aplicado al fondo del asunto en el extranjero coincidiera -circunstancia fortuita- con el derecho designado por la norma de conflicto del foro. La debilidad del razonamiento condujo al desprestigio de la teoría de los derechos adquiridos en los países de tradición continental <sup>114</sup>.

---

Edoardo VITTA, «Cours général de droit international privé», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* 1979-I, t. 162, pág. 9 y ss., especialmente pág. 48.

<sup>112</sup> Pierre GOTHOT, «Le renouveau...», ob. cit., pág. 415.

<sup>113</sup> Antoine PILLET, *Traité pratique...*, ob. cit., t. 1, N° 41 a 45, págs. 119/127.

<sup>114</sup> Pierre ARMINJON, «La notion des droits acquis en droit international privé», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* 1933-II, pág. 5 y ss.. Este jurista decía implacablemente: «*La notion inconsistante, ambiguë et polymorphe des droits acquis n'est utilisable à aucun degré en droit international privé...Le respect de droits internationalement acquis est un de ces pseudo principes, on dirait mieux, une de ces pétitions de principes, que l'on présente comme la clé de toutes les difficultés et qui ne font que poser sous une forme obscure, souvent même décevante, le problème à résoudre*», ob. cit., pág. 103.

No se advertía la función que esta teoría cumplía dentro de la teoría general del conflicto de leyes, habida cuenta de que su respeto estaba condicionado por el previo funcionamiento de la regla de conflicto que determinaba las condiciones de regularidad. Por lo demás, se había perdido su fundamento profundo, es decir, la imposibilidad de disociar juez y derecho.

En la segunda mitad del siglo XIX, la evolución de las doctrinas unilateralistas condujo a iluminar desde una nueva óptica el valor de los derechos adquiridos de conformidad con una ley extranjera, cuando ninguna ley del foro se oponía <sup>115</sup>.

El gran jurista italiano Rolando Quadri criticó severamente la idea de la anterioridad lógica de la regla de conflicto de leyes respecto del problema de los derechos adquiridos; en su opinión, la autolimitación del derecho material interno es suficiente para permitir el respeto del derecho extranjero, sin que sea necesario designar con criterios del foro una ley extranjera aplicable. Para el unilateralismo, el derecho adquirido según una ley extranjera debe ser respetado a menos que, sobre la base de los mismos hechos, una ley del foro haya creado un derecho incompatible con aquél sancionado por la ley extranjera.

---

<sup>115</sup> Ver la doctrina de Rolando Quadri, *infra*. El unilateralismo parte de una limitación del ámbito de aplicación de la ley del foro -que no se considera con vocación universal para regir todas las especies- y, por lo tanto, puede respetar la adquisición de derechos en ámbitos no comprendidos por la *lex fori*. Hay un cierto paralelismo entre el razonamiento del derecho transitorio y el unilateralismo. El primero, parte de la ley nueva y de su campo de aplicación y deja a la ley vieja regular todo lo que queda fuera del ámbito de la nueva ley. En el razonamiento unilateralista se parte de la ley del foro y de su ámbito de aplicación, y se confía a la ley extranjera la regulación de todo aquello no comprendido en el ámbito de la ley del foro. La diferencia reside esencialmente en que la ley antigua fue un imperativo jurídico indudable para el foro y que, en cambio, no puede afirmarse lo mismo de la ley extranjera. Es necesario que un principio del ordenamiento del foro permita o habilite esa «juridicidad». Según Pierre Gothot, un seguimiento de las doctrinas de Quadri llevaría a sostener que la juridicidad de esa ley extranjera resulta del principio de «adaptación a los órdenes jurídicos extranjeros» por el cual se reconoce imperatividad en razón de la necesidad de coexistencia. Conf. Pierre GOTHOT, «Le renouveau...», *ob. cit.*, pág. 421.

Según Pierre Gothot, en el pensamiento unilateralista es perfectamente concebible la existencia de una directiva fundamental según la cual un derecho internacional privado estatal debe respetar los derechos adquiridos <sup>116</sup>.

El principio de respetar el derecho creado por la ley extranjera, a menos que la ley del foro haya creado otro que no resulte compatible, se convierte en un principio de coordinación de sistemas.

## *Sección 2*

### *El forismo norteamericano*

El ideal universalista de Savigny -que obliga al juez a actuar como si estuviese investido por la «comunidad de las naciones», es decir, como un super juez- fue fuertemente criticado por los juristas norteamericanos.

Autores como Albert Ehrenzweig consideraron una ilusión la premisa universalista <sup>117</sup>. Ehrenzweig sostenía que la función básica de la *lex fori* era la de ser la ley normalmente aplicable, incluso en casos vinculados a más de un ordenamiento jurídico, siempre que ello fuese conforme a la política legislativa que subyacía en la norma y que se advertía mediante interpretación. Si la ley del foro no tiene interés, se apreciarán los intereses de otras normas sustanciales extranjeras conectadas al caso. Si ninguna exhibe un interés preponderante, la *lex fori* se aplica como regla residual <sup>118</sup>.

Esta teoría da cuenta del realismo pragmático de los juristas norteamericanos. La posición es una manifestación del unilateralismo pero no pretende ser coherente con postula-

---

<sup>116</sup> Pierre GOTHOT, «Le renouveau...», ob. cit., pág. 424.

<sup>117</sup> Albert A. EHRENZWEIG, *Private international law, General Part*, Leyden-New York, 1967, especialmente págs. 94 a 107.

<sup>118</sup> Frank VISCHER, «General course of...», ob. cit., especialmente págs. 32/35. Antonio BOGGIANO, *Derecho internacional privado*, ob. cit., t. I, págs. 61/62 y sus notas.

dos teóricos -desarrollados magníficamente dentro de esa corriente por los juristas italianos-. Existe, sin embargo, una visión propia, favorecida, tal vez, por la organización constitucional de los Estados Unidos, que es sumamente rica para la teoría general del derecho internacional privado.

Los distintos Estados que forman los Estados Unidos de Norteamérica disponen de sistemas jurídicos propios e independientes, aun cuando todos ellos respetan una misma Constitución federal. En cada Estado coexisten los jueces estatales y los federales y estos últimos son competentes para un litigio entre partes oriundas de Estados diferentes. El principio es que los tribunales federales aplican la ley de fondo del Estado donde se asienta su jurisdicción. En este contexto, es útil apreciar las teorías americanas que profundizan el método de ponderación de los intereses de los Estados en ver aplicadas sus propias leyes sustanciales al caso concreto. Aun cuando los fundamentos teóricos parecen de gran fragilidad, es sorprendente su extraordinaria vigencia en la práctica de los tribunales: una mirada unilateralista en la apreciación de los intereses del Estado del foro, conduce a dar sistemática preeminencia a la *lex fori*.

#### A. *La lex fori como regla básica*

Ehrenzweig invierte la regla general del conflictualismo en estos términos: la *lex fori* es aplicable en la generalidad de los casos y sólo por excepción un derecho extranjero puede gobernar el caso. Este autor critica el vocablo utilizado por la doctrina norteamericana para describir el fenómeno. Sostener que un derecho extranjero «gobierna» el caso -decía- es suponer que la ley extranjera recibe un tratamiento igual al propio derecho. La ley extranjera -según esta concepción- sólo es tolerada, nunca gobierna el caso. Además -añadía-, la referencia nunca designa el orden jurídico extranjero como un todo, sino unas normas o grupos de normas que son consideradas como parte del ordenamiento jurídico del foro, es decir, como *reglas que son incorporadas a las*



*reglas sustanciales de la lex fori* <sup>119</sup>. La única excepción general en su sistema está dada por el respeto a la autonomía de las partes, que constituye una segunda regla básica, junto al principio de la aplicación generalizada de la *lex fori*.

Bajo estos principios generales pierden sentido y desaparecen las técnicas de coordinación de sistemas propias del método savigniano, como el reenvío o las calificaciones. En el pensamiento de Ehrenzweig toda calificación se hace como una interpretación de la *lex fori* y se extiende considerablemente el catálogo de las cuestiones consideradas procesales o dependientes del procedimiento y, por lo tanto, gobernadas por la ley del foro <sup>120</sup>.

En cuanto al ideal de la armonía o uniformidad internacional de las decisiones, Ehrenzweig afirmaba que ese resultado sólo era alcanzable en la práctica mediante obligaciones asumidas por tratados internacionales y por principios de las cláusulas constitucionales de jerarquía superior <sup>121</sup>.

Este autor expone su teoría en siete principios generales <sup>122</sup> que conducen a la aplicación preeminente de la ley sustancial del foro y a la aplicación sólo residual y condicionada del derecho extranjero. Presentaremos las premisas esenciales.

El derecho de conflictos es materia de derecho interno y no obedece a principio superior alguno, salvo tratados o, en

---

<sup>119</sup> Albert EHRENZWEIG, «The lex fori. Basic rule in the Conflict of Laws», Michigan Law Review 1959, págs. 637/688, especialmente pág. 649 y nota 70; Gerhard KEGEL, «The crisis of conflicts of laws», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* 1964-II, pág. 89 y ss., especialmente pág. 209.

<sup>120</sup> Gerhard Kegel, «The crisis...», ob. cit., págs. 215/216. Antonio BOGGIANO, *Del viejo al nuevo derecho...*, ob.cit., págs. 52/53.

<sup>121</sup> Según la opinión de KEGEL -«The crisis...», ob. cit., pág. 213- la Corte Suprema de los Estados Unidos tendió a la uniformidad de las decisiones mediante aplicaciones de la «Due Process Clause and the Full Faith and Credit Clause».

<sup>122</sup> Albert EHRENZWEIG, «Specific principles of private international law», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 1968-II, t. 124, pág. 167 y ss., especialmente págs. 200/215.

un Estado federal, a la supremacía de normas constitucionales. Las normas de conflicto que dicta el propio legislador funcionan sujetas a modificaciones por interpretación judicial. Cuando ninguna norma de conflicto se puede identificar en la práctica o no se infiere que ella designe un derecho extranjero, la norma material del foro se aplica como derecho residual. La interpretación de la norma material del foro comporta con frecuencia su aplicación extraterritorial a casos con elementos extranjeros. La *lex fori* se aplica a los estándares de conducta -orden público, negligencia, etcétera- y en virtud del acuerdo de partes. Las cuestiones de procedimiento y de interpretación de los hechos también se rigen por la ley del foro <sup>123</sup>.

Los principios que sustentan el razonamiento de Ehrenzweig sólo tienen aplicación práctica si un juez del foro juzga el caso.

Un sistema rígido como el presentado no favorece la coordinación de soluciones con otros ordenamientos jurídicos vinculados a la especie concreta. La posibilidad de alcanzar soluciones efectivas depende del juez que interviene y de su ubicación respecto de las personas y de los bienes en conflicto. La dependencia completa entre juez y derecho, y la aptitud del primero para emitir una decisión efectiva, absorbe toda la problemática.

*B. El llamado «reenvío-oculto» como un esfuerzo de coordinación en este contexto*

La técnica jurisdiccional utilizada por los tribunales del mundo anglosajón es una de las grandes diferencias entre los sistemas del *common law* y del *civil law*.

En derecho de familia -divorcio, adopción, filiación- la competencia de los jueces americanos -fundada generalmen-

---

<sup>123</sup> Antonio BOGGIANO, *Del viejo al nuevo derecho...*, ob. cit., págs. 52 y 53.

te en la conexión del domicilio (domicilio de una de las partes en el foro)- conlleva necesariamente la aplicación de la propia ley sustancial del foro. *La regla de conflicto se oculta bajo la regla de competencia jurisdiccional* <sup>124</sup>.

Desde los años sesenta, existe en Alemania una jurisprudencia que razona en temas de derecho de familia tomando en cuenta esa sistemática aplicación de la ley del foro por el juez que se entiende competente <sup>125</sup>. Así, si una pareja americana del Estado de California presenta ante un tribunal alemán una demanda de divorcio, las reglas de conflicto del sistema de derecho internacional privado alemán -ley nacional común de los cónyuges- designarán la ley de California. Como en ese Estado americano la ley competente no se disocia del juez competente, el juez alemán razona: si el tribunal alemán es competente según los criterios californianos de jurisdicción internacional en materia de divorcio, ese juez debe aplicar su derecho material propio. Es decir, el razonamiento llamado «reenvío-oculto» conduce a la aplicación de la ley alemana por el juez alemán (competente según las reglas californianas) <sup>126</sup>.

Esa solución, criticada por la propia doctrina alemana <sup>127</sup>, contiene aspectos de pura ficción, puesto que en realidad ese

---

<sup>124</sup> Erik JAIME, «Identité culturelle...», ob. cit., págs. 97/98.

<sup>125</sup> Hans HANISCH, «Die 'versteckte' Rückverweisung im internationalen Familienrecht», *Neue Juristische Wochenschrift* 1966 (10/11/1966), pág. 2085 y ss..

<sup>126</sup> Erik JAYME, «Identité culturelle...», ob. cit., pág. 97 y nota 225.

<sup>127</sup> Wilhelm WENGLER, «Zur Adoption deutschen Kinder dutch Amerikanische Staatsangehörige», *Neue Juristische Wochenschrift* 1959, pág. 127 y ss.. Wengler reflexiona a propósito de la práctica de jueces alemanes -apoyada por autores como Neuhaus- respecto de adopciones otorgadas en Alemania de niños alemanes a favor de adoptantes norteamericanos con domicilio en los Estados Unidos de Norteamérica. Se interroga sobre la conveniencia de conocer la reacción de los jueces norteamericanos, no solamente respecto de la aceptación de la intervención de los jueces alemanes sino respecto de la situación concreta creada en esas condiciones en Alemania. Wengler critica la teoría del reenvío-velado pues sostiene que el derecho de colisión norteamericano le indica al juez norteamericano aplicar *la lex fori* cuando es competente, pero nada le dice con respecto al derecho

juez americano aplicaría derecho de California y el juez alemán ha fallado el caso según el derecho alemán. Sin embargo, produce la armonía internacional de las decisiones. En efecto, en ocasión del reconocimiento de la sentencia alemana en los Estados Unidos, los tribunales americanos no controlan la ley aplicada y verifican la competencia del juez de origen de la sentencia. Para ello bilateralizan los criterios del foro de competencia directa y, por lo tanto, reconocen validez a divorcios extranjeros pronunciados por un tribunal que se declaró competente según las reglas de jurisdicción directa -bilateralizadas- del Estado de reconocimiento. El «reenvío-oculto» se transforma en una herramienta útil para garantizar la uniformidad de las decisiones.

## Capítulo 2

### El unilateralismo

El unilateralismo tiene sus orígenes más remotos en la escuela estatutaria feudal, cuya preocupación principal consistía en determinar el ámbito de vigencia de los respectivos estatutos en el espacio <sup>128</sup>, y está presente en la teoría del respeto a los derechos adquiridos.

El unilateralismo se sustenta en dos postulados esenciales: a) cada legislador debe dictar las leyes para los ámbitos donde ejerce su soberanía y donde tiene la posibilidad de

---

aplicable cuando es incompetente. Agrega que la actuación del juez alemán es inconveniente desde el punto de vista jurídico pero también político, y sugiere la aplicación por los tribunales alemanes de un mecanismo similar a la institución angloamericana del *forum non conveniens*.

<sup>128</sup> El modelo de la regla estatutaria supone un reparto de poderes tal como podría hacerlo una autoridad superior. Se evita el conflicto de leyes, no se lo resuelve. Para ello es necesario contar con la autoridad necesaria para imponer a distintas entidades soberanas el respeto por este reparto. Eso no es lo que sucede en las relaciones entre los Estados: ninguno de ellos goza de esa supremacía.

asegurar la coerción material, y b) el legislador del foro no tiene ninguna influencia en la voluntad de aplicación del derecho extranjero -no inventa ni impone nada-; las leyes extranjeras se aplican como ellas son y a todo aquello a lo que ellas quieren aplicarse. Desde la óptica del foro, el criterio de aplicación de una ley extranjera reside en la voluntad de aplicación que ella tenga <sup>129</sup>. Lo característico de este método no es tanto el tratamiento que asigna a la ley del foro sino, fundamentalmente, el fundamento de la aplicación del derecho extranjero.

Esta corriente de pensamiento se preocupa desde su enfoque interno, por determinar el ámbito de aplicación de las reglas sustanciales del foro. Desde una perspectiva externa, no impone competencia legislativa a un derecho estatal extranjero determinado. Ante la falta de interés del foro en regular la especie, investiga el derecho que tiene vocación para regir el caso y lo aplica respetando su ámbito propio. Ante un conflicto negativo -ningún derecho muestra vocación de aplicarse- no transpone al plano externo un criterio de delimitación del foro <sup>130</sup>, sino que intenta una coordinación y adaptación del ordenamiento jurídico nacional a la situación internacional <sup>131</sup>.

El unilateralismo puso de relieve que la regla de conflicto bilateral postula un universalismo ficticio: la realidad muestra el fenómeno de una diversidad de sistemas nacionales de derecho internacional privado en relación, y ello constituye la hipótesis fundamental de razonamiento.

A pesar de la modificación que sufrió el concepto publicista del derecho internacional privado a lo largo del

---

<sup>129</sup> Pierre GOTHOT, «La méthode unilatéraliste face au droit international privé des contrats», *Travaux Comité Français de Droit International privé...* 1973/1977, pág. 201 y ss..

<sup>130</sup> Es un punto medular del razonamiento: si el intérprete bilateraliza la regla de conflicto unilateral de su propio ordenamiento, traiciona las bases del unilateralismo.

<sup>131</sup> Rolando QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, 5ª ed., Nápoles, 1969, vol. 1 (Fondamento-Natura-Oggetto), pág. 332 y ss.

siglo XX, la corriente unilateralista mantuvo su esencia y, si bien es cierto que no se concibe un sistema únicamente basado en postulados unilateralistas, conocemos en nuestro tiempo vigorosas manifestaciones de esta corriente, sobre todo en áreas esenciales a la organización de la comunidad.

Presentaremos tres momentos del unilateralismo: en primer lugar, el de los juristas franceses, que pusieron el acento en el objetivo social de las leyes; en segundo lugar, el de la brillante construcción del jurista italiano Rolando Quadri, que propuso un sistema de coordinación típico y marcó el punto culminante de la evolución teórica de esta corriente. Finalmente, expondremos manifestaciones parciales del unilateralismo, que tienen vigencia en nuestros días y que, por no responder a valores chauvinistas sino a principios que gozan de consenso, no impiden una articulación de los sistemas.

### *Sección 1*

#### *El objetivo social de las leyes del foro*

Dos grandes unilateralistas franceses desplegaron sus ideas a comienzos de siglo y en el período de entre guerras: Pillet y su discípulo Niboyet. De ellos destacaremos el análisis basado en la distinción entre la creación de un derecho en el foro y el reconocimiento de eficacia de un derecho creado en el extranjero y, fundamentalmente, la preocupación por la finalidad social de las leyes.

#### *A. El unilateralismo universalista de Pillet*

Antoine Pillet fue profesor de la Facultad de Derecho de París y publicó sus ideas en el *Journal de Droit International Privé* a fines del siglo XIX<sup>132</sup>. Discípulo de Mancini, inspira-

---

<sup>132</sup> Sus *Principes de droit international privé*, Paris, 1905, condensaron lo esencial de su pensamiento. Cuando apareció su *Traité pratique de droit international privé* -ya

dor de Niboyet, su concepción refleja el desafío que comportaba aplicar en el foro un derecho que era emanación de un legislador extranjero.

Pillet sostenía que las competencias de los Estados se daban en forma concurrente, que no era posible regular el tema del conflicto de soberanías mediante una norma de reparto y que siempre, al aplicar la ley de un Estado competente, se atentaba contra otro Estado también competente. Puesto que no concebía que las leyes se pudiesen aplicar acumulativamente, debía «sacrificarse» el Estado cuyos intereses no fuesen esenciales. Ello conducía al aspecto crucial de su teoría: el criterio del interés estatal, dado por el peso de los objetivos de las leyes en presencia.

La autoridad de toda ley dependía de dos caracteres: permanencia y generalidad. Pero en la práctica de los casos internacionales, uno de esos caracteres paralizaba sus efectos y las leyes se clasificaban en dos grupos: por un lado, las leyes que se aplicaban a los nacionales en el extranjero pero que no se aplicaban a los extranjeros en territorio nacional (leyes extraterritoriales); por otro lado, las leyes que no seguían a los nacionales en el exterior pero que se extendían a todos, inclusive a los extranjeros, en el territorio nacional (leyes territoriales) <sup>133</sup>.

Para realizar esta distinción entre leyes territoriales y extraterritoriales había que atenerse al objetivo social de cada ley.

Cada conflicto de leyes reflejaba un conflicto de intereses entre los Estados cuyas leyes estaban involucradas. La

---

citado-, en dos volúmenes, años 1923 y 1924, sus ideas parecían superadas por otras corrientes. En Francia, la línea universalista de Pillet se opuso al pensamiento particularista de Etienne BARTIN, autor de *Études de droit international privé*, publicado en 1899. Conf. Henri BATIFFOL - Paul LAGARDE, *Traité...*, ob. cit., pág. 51

<sup>133</sup> Antoine PILLET, *Traité pratique...*, ob. cit., págs. 103/104. Afirmó: «*La meilleure doctrine imaginable de droit international privé ne réussira pas à conserver à la loi dans les relations internationales, la même plénitude d'autorité qu'elle possède dans les relations purement nationales et internes*» (pág. 104).

manera de resolverlo era dar preferencia a la ley del Estado que tenía el mayor interés a que se alcanzara el objetivo de su ley. La comunidad jurídica de las naciones tenía interés en que las respectivas leyes de los Estados conservasen el máximo de autoridad; sólo podía lograrse este objetivo si se daba preferencia a la ley del Estado más interesado en reglamentar el litigio. La ponderación de los objetivos sociales de las leyes es el pivote de toda la doctrina.

Siguiendo con este razonamiento, Pillet profundizó la finalidad de las leyes y las agrupó en dos categorías: a) leyes de protección individual o extraterritoriales (que se orientaban a la promoción de la persona y al desarrollo de sus facultades) <sup>134</sup>, y b) leyes de garantía social o territoriales, o de orden público, destinadas a mantener el buen orden de la sociedad, a proveerla de servicios y de seguridad, y a asegurar ciertos valores morales elementales.

Todas las leyes estaban sometidas a este análisis de sus objetivos, incluso las leyes facultativas. La consideración del objetivo social permitía comparar los intereses de las soberanías en juego y los ámbitos librados a la voluntad de los particulares <sup>135</sup>.

En palabras de su discípulo Niboyet, Pillet representó uno de los últimos exponentes de la doctrina universalista, que formó nobles juristas que se esforzaban por el bien de la humanidad <sup>136</sup>.

---

<sup>134</sup> Dice así: «*Ces lois ne suivent pas la personne parce qu'elles ont pour objet la personne, ainsi que le voulaient les statutaires, elles ont cet effet parce que leur but social est tel que l'État national de cette personne est de beaucoup le plus intéressé à leur application*», idem, ob. cit., pág. 113.

<sup>135</sup> Antoine PILLET, *Traité pratique...*, ob. cit., pág. 119.

<sup>136</sup> Jean P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, Recueil Sirey, 1944, t. III, «*Conflits de lois, d'autorités et de juridictions*», pág. 165. Traducimos de pág. 166: «*Las ideas avanzan en un proceso que desilusiona; las que se sostienen un día caen más tarde en el olvido pero durante un tiempo han dado la armazón necesaria para que otras ideas se apoyen en ellas, y luego son reemplazadas totalmente; sin embargo, su rol*



*B. El particularismo nacionalista en el pensamiento de Niboyet*

Niboyet se opuso a la distinción entre leyes territoriales y extraterritoriales y a la ficción atinente a la paralización de sus efectos. La ley es la ley, afirmaba Niboyet, y debía ser aplicada a todo lo comprendido en su objeto hasta satisfacer la necesidad social que había motivado el dictado de esa norma. Para este jurista, cada Estado debía profundizar los medios técnicos para realizar el resultado social buscado pues la «*técnica en materia legislativa es de una importancia extrema*»<sup>137</sup>. La idea de Pillet debía ser profundizada y mejorada, pues la noción de «objetivo social» de una ley era de extrema imprecisión. Dado que la protección de los intereses franceses tenía un valor preeminente, la extraterritorialidad de las leyes extranjeras sería la excepción y el sistema francés de derecho internacional privado debía limitarse a fijar la competencia de la ley francesa y desinteresarse de la competencia legislativa extranjera. Esta última debía reconocerse cuando un derecho había sido creado en el extranjero, con anterioridad a toda intervención del orden jurídico francés.

Este autor criticaba la idea de Pillet relativa a la vigencia de los derechos adquiridos en el extranjero, porque -sostenía- ningún sujeto tenía derechos definitivamente adquiridos frente a la ley. Para Niboyet, el problema debía enfocarse desde la óptica de la «*eficacia internacional de los derechos definitivamente constituidos*»<sup>138</sup>. Las ideas de su maestro, que justificaban la adquisición de derechos en la existencia de un derecho de gentes superior a la ley nacional, eran, a juicio de Niboyet, una mera ilusión ignorada completamente por el derecho positivo.

---

*no es inútil*». En su opinión, Pillet había generado muchos discípulos, a los que dio la inspiración a pesar de que más tarde se apartaron de su pensamiento.

<sup>137</sup> Jean P. NIBOYET, *Traité...*, ob. cit., pág. 168.

<sup>138</sup> Jean P. NIBOYET, *ídem*, pág. 287.

Cuando se trata de crear un derecho, cada Estado tiene plena libertad de decidir si va a aplicar o no las leyes extranjeras; se trata de una facultad, no de una obligación y se funda en relaciones de cortesía. En cambio, ningún Estado puede rechazar sistemáticamente dar eficacia en el foro a ciertos derechos creados en el extranjero, en la esfera de soberanía de un Estado extranjero <sup>139</sup>. Para que ello ocurra, se deben satisfacer cuatro condiciones, a saber: a) que se trate de una cuestión de eficacia de los derechos ya creados bajo una ley extranjera, y no de creación de derechos en el foro; b) que el derecho haya sido definitivamente creado por una ley extranjera; c) que esa ley sea «competente» en el caso concreto en el plano internacional (y para ello es necesario que el caso no haya sido sustraído de la competencia de las leyes francesas de conflicto de leyes y de conflicto de autoridades), y d) que no sea una materia en la cual se haya excluido la eficacia internacional de los derechos. A ello debe añadirse -si no resulta de las condiciones señaladas- que el derecho así creado en el extranjero no afecte el orden público internacional del foro donde pretende desplegar efectos <sup>140</sup>.

Ningún Estado soberano tenía por misión asegurar el logro de los objetivos sociales de otras leyes que no fuesen las propias. Cuando un tribunal francés aplicaba el derecho extranjero, lo hacía tal y como ese derecho existía, respetando su voluntad de aplicación propia. Aplicarlo con un alcance

---

<sup>139</sup> En el razonamiento bilateralista, la doctrina de los derechos adquiridos es superflua. Por el contrario, es uno de los postulados esenciales del unilateralismo. En el anteproyecto de reforma al Código Civil que elaboró Niboyet, un artículo, el 53, decía: «*À moins que la loi française ne fut compétente toute situation juridique créée à l'étranger en vertu d'une loi étrangère qui se reconnaissait compétente, produit ses effets en France*». La transposición de esta regla de Niboyet al conflicto de sistemas, podría expresarse así: «*à moins que le système français de solution des conflits de lois ne fut compétent, toute situation juridique créée à l'étranger en vertu d'un système étranger qui se reconnaissait compétent, produit ses effets en France*». Conf. Pierre GOTHOT, «*Le renouveau...*», ob. cit., pág. 429 y nota 2.

<sup>140</sup> Jean P. NIBOYET, *Traité...*, ob. cit., págs. 323/325.

distinto comportaba una especie de novación: no se trataría de la ley extranjera sino de *otra realidad* <sup>141</sup>.

Niboyet representa un retorno a la corriente territorialista en el derecho internacional privado <sup>142</sup> y contribuye, con un análisis concreto, centrado en los intereses prioritarios del foro, a superar el punto más débil de la construcción de Pillet, que fue, sin duda, la distinción de las leyes en dos grandes grupos, territoriales y extraterritoriales, según un objetivo social impreciso.

## *Sección 2*

### *Las reglas de conflicto unilaterales dependientes del derecho material*

Los juristas italianos profundizaron esta línea de pensamiento, fundamentalmente Rolando Quadri y Giuseppe Sperduti <sup>143</sup>. Desarrollaron sus doctrinas en una época en que el derecho internacional privado había dejado de concebirse como un conflicto de soberanías. Quadri se opuso a los postulados del bilateralismo con serios argumentos, cuya originalidad se destaca si se considera que el derecho internacional privado italiano de la época no era compatible con sus ideas.

#### *A. Los postulados de la teoría de Rolando Quadri*

Quadri concibe al conjunto del derecho estatal -derecho privado y derecho internacional privado- como un todo úni-

---

<sup>141</sup> Jean P. NIBOYET, ídem, pág. 249.

<sup>142</sup> Corriente que se justifica por la situación de Francia, que sufría entre las dos guerras mundiales las transformaciones debidas a una inmigración descontrolada. Conf. Henri BATIFFOL - Paul LAGARDE, *Traité...*, ob. cit., t. 1, pág. 397.

<sup>143</sup> Edoardo VITTA, «Cours général de...», ob. cit., especialmente págs. 149/150

co. Las reglas de conflicto están íntimamente ligadas al modo de ser del derecho material del ordenamiento jurídico al que pertenecen y, por ello, delimitan la esfera de aplicación de ese derecho. En cambio, no son útiles para delimitar la esfera de aplicación del derecho material extranjero pues no responden al espíritu extranjero. El derecho internacional privado es concebido como una rama del derecho privado nacional de cada Estado, con función de determinar cuándo se aplica el derecho sustancial del propio orden jurídico.

Se trata de una concepción privatista, según la cual la noción de soberanía no sirve para resolver el conflicto de leyes. Por su naturaleza, la soberanía se manifiesta mediante la coerción material, es decir, por la existencia de un poder físico sobre las personas y sobre las cosas. El efecto realmente obligatorio de una ley, no se producirá sino allí donde un soberano disponga de poder físico necesario. Sin embargo, de ello no se deducen las condiciones de aplicabilidad del derecho propio ni los límites a la aplicabilidad del derecho extranjero. No puede establecerse una relación necesaria entre los límites de la soberanía y la ley aplicable a una especie concreta <sup>144</sup>.

Se opone Quadri a una idea muy expandida en Italia, relativa a la «aptitud universal» de un orden jurídico para regular todas las especies. Sostenía, por el contrario, que toda regla es fruto de experiencias determinadas y, por lo tanto, encierra en sí misma, al menos implícitamente, sus propios límites de eficacia. En cuanto a las reglas materiales del foro, el legislador que las dicta les fija su ámbito de aplicación mediante reglas unilaterales del derecho internacional privado. Esa es la función principal de las reglas de conflicto (unilaterales) de un sistema. Todo Estado reconoce, sin embargo, que las relaciones sociales están en dependencia con otros ordenamientos diferentes. Por ello, existe un principio

---

<sup>144</sup> Rolando QUADRI, *Lezioni di diritto...*, ob. cit., pág. 69; Pierre GOTHOT, «Le renouveau...», ob. cit., pág. 18.

tácito en cada ordenamiento jurídico que, *en el espacio no ocupado por el derecho nacional*, permite el recurso al derecho extranjero considerado con vocación para regir el caso según el propio sistema conflictual (unilateral) de ese Estado extranjero.

Es un principio basado en la buena fe y en la continuidad de la vida jurídica de las personas a pesar del fenómeno de frontera, tendiente a la coordinación de sistemas, que Quadri llama «principio de adaptación y de coordinación» entre el ordenamiento del Estado del foro y los ordenamientos jurídicos extranjeros <sup>145</sup>.

*B. La coordinación por la norma fundamental de «adaptación de ordenamientos»*

La realidad muestra que diversas leyes estatales concurren para reglar las mismas relaciones. Esta coexistencia puede organizarse pues el derecho internacional privado se ha desprendido de su concepción publicista y no comporta un reconocimiento o una perturbación a la soberanía extranjera. *La norma fundamental de adaptación sostiene que la autolimitación de la ley material del foro habilita a dar paso a la voluntad de aplicación del derecho extranjero*. El foro prolonga el imperativo jurídico extranjero de manera de insertarlo en el ordenamiento jurídico propio. El foro «presta» al derecho extranjero el elemento imperativo, que pierde al realizarse el pasaje de un Estado a otro <sup>146</sup>.

Ese principio de adaptación forma parte del ordenamiento jurídico del foro y cuando el juez crea soluciones siguiendo su inspiración, es siempre el Estado del foro el que ejerce el control sobre la situación.

---

<sup>145</sup> Edoardo VITTA, «Cours général...», ob. cit., especialmente pág. 151.

<sup>146</sup> Pierre GOTHOT, «Le renouveau...», ob. cit., pág. 420.

Quadri reflexionó en las posibilidades de coordinación cuando ninguna ley quiere aplicarse al caso -supuesto de laguna- y también cuando varias leyes reclaman aplicación en la especie -supuesto de cúmulo-.

En la primera hipótesis, se debe procurar la solución que sea apta para integrarse de la mejor manera posible en el ordenamiento del foro, normalmente, por ampliación del campo de aplicación de una ley interna (por reducción de lo internacional a lo interno). Al comentar esta solución, Ivon Loussouarn -que es bilateralista-<sup>147</sup> señala que lo más coherente con el espíritu del unilateralismo hubiera sido proponer, en caso de laguna, que el juez se declarara incompetente. Ahora bien, los unilateralistas no son tan abstractos: o bien dan una solución por adaptación de la ley del foro, o bien crean una regla material *ad hoc*. En este último supuesto, se colmaría la laguna mediante una reglamentación material especial, inspirada en los sistemas que tengan conexión suficiente con el caso.

En la hipótesis de cúmulo de leyes extranjeras que quieren regir el caso, es menor la dificultad teórica para hallar una coordinación posible sin desvirtuar los principios del unilateralismo. Sobre todo debe resistirse la tentación de «bilateralizar» mecánicamente el criterio que toma la ley del foro para fijar su propio ámbito de aplicación. Quadri propone que entre las leyes en presencia se elija aquélla que responda mejor al principio de efectividad y a la razonable expectativa de las partes.

Los discípulos de Quadri van a agregar un elemento más: debe preferirse la ley más próxima a la ideología que inspira el sistema de derecho internacional privado de que se trate<sup>148</sup>.

---

<sup>147</sup> Ivon LOUSSOUARN, «Cours général...», ob. cit., pág. 376.

<sup>148</sup> Pierre GOTHOT, « Le renouveau...», ob. cit., pág. 34.

### *Sección 3*

#### *El unilateralismo parcial*

##### *A. La teoría de la ponderación de los «governmental interests»*

Hemos ubicado metodológicamente la doctrina del norteamericano Brainerd Currie en el Título que corresponde a la corriente unilateralista de pensamiento. Excedería el propósito de esta investigación profundizar todas las líneas del pensamiento jurídico norteamericano sobre el conflicto de leyes y detenernos en la llamada «revolución norteamericana» en el campo del derecho internacional privado<sup>149</sup>. Sin embargo, no podemos omitir el pensamiento de Currie, por la orientación que significa para las corrientes que se resisten a sacrificar los intereses preponderantes del foro en materias esenciales para la vida de la comunidad<sup>150</sup>.

En efecto, cuando se trata de materias de derecho privado fuertemente teñidas por connotaciones de orden público -y tal es el caso en el área de protección al menor-, no puede ignorarse la contribución del método de «pondera-

---

<sup>149</sup> Una visión de conjunto puede verse en Arthur Taylor VON MEHREN, «Une esquisse...», ob. cit.. En doctrina nacional: Antonio BOGGIANO, *Derecho internacional privado*, ob. cit., pág. 57 y ss.. Interesantísima es la reflexión crítica de los paradigmas «clásicos» del derecho internacional privado -comprensivos de las tendencias de la revolución norteamericana- que efectúa el doctor Diego P. FERNÁNDEZ ARROYO en su obra *Derecho internacional privado (Una mirada actual sobre sus elementos esenciales)*, Córdoba, Advocatus, 1998, pág. 87 y ss..

<sup>150</sup> Brainerd CURRIE, *Selected essays on the conflict of laws*, Duke University Press, Durham NC, 1963. Currie fue continuador del curso de David Cavers en la Universidad de Duke desde 1946. Nunca publicó un libro que reuniese sistemáticamente su visión sobre el conflicto de leyes, pero sus discípulos han reconstruido su doctrina a través de numerosos escritos. Su tesis sobre «The governmental interests approach» fue expuesta en 1958 y revela preocupación por desvirtuar la tesis de los «vested rights» de Joseph Beale, a quien Currie consideraba «the orthodox pattern of American conflicts of laws».

ción de los intereses gubernamentales» subyacentes en las normas materiales.

El punto de partida de Brainerd Currie es el sentido de la norma material y la comprensión de la política legislativa que expresa y a la cual, normalmente, se accede por interpretación. En este sentido, el método fundamental es el de interpretación teleológica, que procura descubrir el objetivo que el legislador ha querido alcanzar elaborando la regla en cuestión. El problema es que, muchas veces, la regla no expresa su ámbito de aplicación y con frecuencia está redactada de manera abstracta, lo cual parece indicar una vocación universal. En esas condiciones, la aplicación de la norma extranjera es la excepción y la teoría de Currie se vuelve un sistema relativamente cerrado en el que existe una innegable tendencia a la aplicación de la *lex fori*, cuya política subyacente es la que mejor conoce el juez que resuelve el litigio.

Tal vez esta preferencia por la ley del foro no sería criticable si se realizara una muy cuidadosa ponderación de los intereses que subyacen en las políticas que generaron las reglas sustanciales extranjeras en concurrencia.

Currie consideraba a la ley como un instrumento de control social. Concebía el proceso legislativo como una competencia que enfrentaba grupos de presión, cada uno preocupado de convencer a los otros de que la propia visión de la realidad era la conveniente. Descuidó intencionalmente el análisis del conflicto de jurisdicciones y de las típicas reglas de conflicto. Negó el concepto de una específica «justicia propia del conflicto de leyes», distinta a la justicia sustancial en la resolución de los casos <sup>151</sup>.

---

<sup>151</sup> La expresión hace directa referencia a los postulados de Gerhard Kegel, en su curso general de 1964 en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, «The crisis...», ob. cit., pág. 185. Sostuvo Currie: «A choice of law rule is an empty and bloodless thing. Actually, instead of declaring an overriding public policy, it proclaims the state 's indifference to the result of the litigation...A choice of law rule does express a policy, but it is not of the same order as the social and economic policies which are normally developed by a State in



Desde la óptica de este jurista, la política que subyacía en una típica norma de conflicto era la mera voluntad de un Estado, que se reconocía miembro de una comunidad de naciones, de autorrestringir sus decisiones basadas en intereses egoístas del foro, en aras del desarrollo de las relaciones privadas y con el fin de no frustrar las legítimas expectativas fundadas en los derechos extranjeros vinculados al caso <sup>152</sup>.

Currie enfocó el conflicto de leyes desde la óptica de un tribunal que debía resolver un caso concreto con elementos extranjeros. La mera presencia de factores extranjeros no era suficiente para apartarse de la ley del foro como fuente jurídica de la decisión y, por ello, el primer paso en la investigación consistía en la determinación de la *policy* expresada en la ley del foro <sup>153</sup>. El tribunal debía emprender una investigación similar para comprender las políticas e intereses que subyacían en las leyes de otros u otros Estados involucrados y de ello surgiría lo que Currie llamaba «un falso problema». Es decir, casos en los cuales sólo uno de los dos o más Estados tenían intereses gubernamentales comprometidos. Por lo general, no existiría un verdadero conflicto de intereses <sup>154</sup>.

---

*the pursuit of its governmental interests and the interest of its people...». Conf. CURRIE Brainerd, Selected principles..., ob. cit., págs. 52/53.*

<sup>152</sup> Herma Hill KAY, «A defense of Currie's Governmental Interest Analysis», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 1989-III, t. 215, pág. 9 y ss., especialmente pág. 43.

<sup>153</sup> Herma Hill KAY, *idem*, pág. 38 y ss..

<sup>154</sup> La noción americana de «governmental interests» es muy amplia para ser objeto de una definición precisa. Podía abarcar toda preocupación significativa que un gobierno pudiera tener en el espíritu, tanto en cuanto soberano como en cuanto responsable del bienestar de la comunidad. Decía Currie: «*An interest as I use the term is the product of: a) a governmental policy and b) the concurrent existence of an appropriate relationship between the State having the policy and the transaction, the parties or the litigation*». Conf. Brainerd CURRIE, *Selected Essays...*, ob. cit., pág. 621. Se requerían, pues, tres aspectos: una relación fáctica entre el Estado y las partes o el negocio, que esa relación estuviese comprendida en una política pública y que fuese una relación apropiada. Lo más difícil era descubrir con alguna precisión la clase de relación entre una persona y un Estado, que es necesaria para activar intereses gubernamentales. Currie y sus discípulos repetían «only

En ese supuesto, cuando dos Estados tenían intereses igualmente legítimos en la aplicación de sus leyes y éstas diferían en cuanto a su sustancia, el juez debía decidir mediante una interpretación muy estricta de la política de cada uno de los Estados. Si no resultaba evidente la prioridad de una política sobre la otra, entonces debía aplicar la solución de la *lex fori*. En el extraño supuesto en que el Estado del foro no estuviese interesado en aplicar su propio derecho, el tribunal podía desprenderse del litigio mediante la invocación de la doctrina del «*forum non conveniens*»<sup>155</sup>, lo cual refleja hasta qué punto no existía una disociación entre foro y derecho en esta línea de pensamiento.

Currie examinó la posibilidad de resolver los verdaderos conflictos de intereses mediante acuerdos negociados entre los Estados -tratados interestadales o tratados internacionales-, o bien mediante la vigencia de leyes uniformes, pero no se mostró demasiado optimista respecto del éxito de estas acciones. En su opinión, cuando las políticas locales estaban profundamente arraigadas en una comunidad, era muy difícil que los gobiernos pudiesen concluir acuerdos semejantes<sup>156</sup>.

Si bien el *Restatement Second on Conflicts of Laws*<sup>157</sup> combinó elementos de la doctrina de intereses de Brainerd

---

*one state can have a homelike interest*». Los críticos de esta corriente sostenían que «*home state*» no es sino una frase amorfa que permite evitar la complejidad que reviste una definición precisa. En general, Currie defendía el «principio personal» que conducía a tener por relevante el domicilio del sujeto. El nexo domiciliario se justificaba pues «*las leyes están hechas para el beneficio de los residentes locales*». Conf. Friedrich K. JUENGER, «Conflict of Laws: a critique of interest analysis», en *The American Journal of Comparative Law*, vol. XXXII, 1984, N° 1, pág. 1 y ss., especialmente págs. 36/39.

<sup>155</sup> Frank VISCHER, «General Course...», ob. cit., pág. 50.

<sup>156</sup> Herma Hill KAY, «A defense of...», ob. cit., pág. 64.

<sup>157</sup> El *Restatement Second on Conflicts of Laws* fue elaborado bajo la dirección de Willis L. Reese, profesor de la University of Columbia Law School, y fue aprobado por el American Law Institute en 1971. Un comentario bien fundado puede verse en: Peter HAY, «Flexibility versus predictability and uniformity in choice of law», *Recueil des Cours de*

Currie con otras tendencias, algunas de ellas más próximas a la concepción savigniana -como el principio de la aplicación de la ley del Estado «*of the most significant relationship*»-, es evidente que el pensamiento de este jurista ha ejercido una gran influencia y que el debate de ideas que suscitó se expandió en los claustros universitarios y en los tribunales. Sin embargo, los discípulos de Currie han sostenido que solamente los tribunales de dos Estados -Nueva York y California- siguen con fidelidad la teoría del análisis de intereses <sup>158</sup>.

Dentro de las corrientes dispuestas a ponderar las políticas que subyacen en las normas extranjeras, se ha abierto camino la llamada «*comparative impairment theory*». Esta línea de pensamiento procura frenar las inclinaciones excesivamente foristas de los jueces e identificar y aplicar la ley del Estado que se vería más seriamente afectado si sus legítimas políticas fuesen olvidadas <sup>159</sup>.

Las principales críticas al análisis de intereses son relativas a la dificultad práctica de inferir una determinada política legislativa a partir de una norma dada, a la falta de certeza en la determinación de la relación entre el caso y un ordenamiento legal estatal y a la incoherencia que puede resultar al someter cada cuestión de un caso a un análisis independiente. La complejidad práctica de este pensamiento ha conducido a los tribunales a acentuar la tendencia hacia la

---

*l'Académie de Droit International de La Haye* 1991-I, t. 226- pág. 281 y ss; especialmente págs. 358/377.

<sup>158</sup> Friedrich K. JUENGER, «Conflict of laws: a critique...», ob. cit., pág. 14 y nota 77.

<sup>159</sup> Esta óptica ha sido explicada en estos términos: «... *that State law should be applied when, in light of its relationship to the parties and the dispute, and in view of its policies that are made pertinent by such a relationship, would bear the most serious, legal, economic or other consequences, if it were ignored by the forum...*» Conf. Frank VISCHER, «General Course...», ob. cit., pág. 59. Un ejemplo legislativo de esta corriente está dado por el art. 3515, párrafo 1, del Libro IV del Código Civil de Louisiana, que dice: «Except as otherwise provided in this chapter, an issue in a case having contacts with other states is governed by the law of the state whose policies would be most seriously impaired if its law were not applied to that issue».

*lex fori*, como regla general, lo cual significa traicionar en cierto sentido la idea original de Currie, consistente precisamente en la *abolición de reglas* para la solución del conflicto de leyes y en la afirmación de que «*multistate problems should be resolved directly by an analysis of the substantive rules that potentially apply to the case at hand*»<sup>160</sup>.

Despojada de sus excesos, esta corriente de pensamiento ha marcado una evolución no sólo en derecho norteamericano, sino también en el pensamiento jurídico en general, revalorizando un razonamiento que da prioridad a ciertas normas sustanciales del foro, dictadas para salvaguardar aspectos esenciales a la organización y a la vida de la comunidad, que el legislador que las emite quiere ver aplicadas incluso a casos multinacionales, sin la intervención de la regla de conflicto general. En todo caso, una mirada unilateralista, honesta en la ponderación de los intereses sustanciales, no conduce necesariamente a obstruir las buenas relaciones de derecho privado localizadas multinacionalmente. Los Estados involucrados en una especie concreta pueden coincidir en la visión de los intereses en juego, sobre todo cuando están comprometidos valores fundamentales que gozan de cierto consenso universal<sup>161</sup>.

### *B. El unilateralismo parcial de fin de siglo*

La corriente de pensamiento unilateralista no se ha impuesto con éxito como sistema general de solución de los problemas del derecho internacional privado. Los intentos más serios de lograr una síntesis entre el pensamiento bilateralista y unilateralista se han dado en la segunda mitad del siglo XX, a propósito de la teoría del reenvío<sup>162</sup>.

---

<sup>160</sup> Friedrich K. JUENGER, «Conflict of laws: a critique...», ob. cit., pág. 8.

<sup>161</sup> Tal como la necesidad de combatir el flagelo del tráfico de niños.

<sup>162</sup> Autores que propiciaron estas relaciones fueron Lerebours-Pigeonnière, en Francia, y Giuseppe Sperduti, en Italia. Conf. Paul LEBEBOURS-PIGEONNIÈRE, *Précis de droit...*, ob.

A partir de los años sesenta, la doctrina especializada comenzó a aceptar la posibilidad de una coexistencia entre el unilateralismo y el bilateralismo en el seno de un mismo Estado. Sin duda, la elaboración y aprobación de la Convención de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales en el ámbito de la Comunidad Europea, que se abrió a la firma el 19 de junio de 1980<sup>163</sup>, marcó un hito en el recono-

---

cit., N<sup>os</sup> 362 a 368, pág. 467 y ss.; del mismo autor, «Observations sur la question du renvoi», *Journal de Droit International* 1924, pág. 877 y ss.. Giuseppe SPERDUTI puede consultarse su curso «Théorie du droit international privé», en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 1967-III, t. 122, pág. 173 y ss.. En la concepción de Sperduti, la regla de conflicto puede desdoblarse en dos tipos de reglas, ambas unilaterales, a saber: una, unilateral interna, cuya función es delimitar el ámbito de aplicación del derecho material interno y responder a los principios que expresan la ideología del sistema del foro; la otra, regla unilateral externa, sirve para la solución de conflictos entre varias leyes extranjeras, una vez que se ha desinteresado el derecho material del foro.

<sup>163</sup> La Convención de Roma del 19 de junio de 1980 entró en vigor el 1º de abril de 1991 entre los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea -hoy Comunidad Europea-. Su artículo 7 dispone lo siguiente: «Lois de police. 7.1. Lors de l'application, en vertu de la présente convention, de la loi d'un pays déterminé, il pourra être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit, si et dans la mesure où, selon le droit de ce dernier pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat. Pour décider si effet doit être donné à ces dispositions impératives, il sera tenu compte de leur nature et de leur objet, ainsi que des conséquences qui découleraient de leur application ou de leur non-application. 2. Les dispositions de la présente convention ne pourront porter atteinte à l'application des règles de la loi du pays du juge qui régissent impérativement la situation quelle que soit la loi applicable au contrat». La expresión «leyes de policía» utilizada en el título del art. 7º es propia de la terminología francesa -una interpretación de la doctrina a partir del art. 3º del Código Civil napoleónico-, y parece ser utilizada en sentido equivalente a «ley de aplicación inmediata» o «ley internacionalmente imperativa», a la que hace referencia el texto de los dos párrafos del citado artículo. En doctrina se distinguen ambos conceptos y se considera a las llamadas normas de policía como una subcategoría dentro de las normas de aplicación inmediata. Estas últimas se definen como reglas substanciales determinadas del foro, que deben ser aplicadas a todas las relaciones jurídicas que presenten un lazo dado con ese ordenamiento, cualquiera sea el derecho designado por la regla de conflicto normalmente aplicable. Algunas de estas reglas deben aplicarse en un ámbito extraordinario pues de ello depende que se satisfaga el objetivo de política legislativa querido por el legislador. En palabras de Pierre Mayer, «le lien entre le critère spécial et le contenu de la règle est un lien rationnel, le critère étant choisi comme convenant à la politique poursuivie par l'auteur

cimiento por parte de la comunidad internacional de la vigencia del razonamiento unilateralista seguido por los legisladores nacionales que emiten las llamadas «normas de policía del derecho internacional privado», dotadas de una imperatividad muy marcada, y caracterizadas por la elección *a priori* -es decir, con prescindencia del funcionamiento de la norma de conflicto- de una solución material del propio derecho de fondo <sup>164</sup>.

---

*de la règle*». Pierre MAYER, «Les lois de police», *Journal de Droit International* 1981, pág. 277 y ss., especialmente pág. 291. No hay un conjunto homogéneo de normas de policía. Incluso, algunas, convierten en normas de policía a toda un área de derecho material.

<sup>164</sup> Entre los trabajos relevantes que profundizaron y difundieron este tipo de normas, citaremos: Karl NEUMAYER, «Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations», *Revue Critique de Droit International Privé* 1957, pág. 579 y ss., y 1958, pág. 53 y ss.; Photion FRANCESCAKIS, «Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflits de lois», *Revue Critique de Droit International Privé* 1966, pág. 1 y ss.; Eek HILDING, «Peremptory norms and private international law», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 1973-II, t. 139, pág. 1 y ss.; Pierre MAYER, «Les lois...», ob. cit., pág. 277 y ss.; del mismo autor, «Les lois de police», comunicación al *Comité Français de Droit International privé*, sesión del 23 de noviembre de 1985; Paul LAGARDE, «Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980», *Revue Critique de Droit International Privé* 1991-287 y ss.. Con relación al art. 7º transcrita en la nota precedente, este autor comenta: «*Cette disposition serait dangereuse si elle devait encourager les Etats contractants à édicter unilatéralement des rattachements spéciaux pour toutes leurs règles impératives*». Asimismo, Antoine KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993, especialmente págs. 443/475. En doctrina argentina: Antonio BOGGIANO, *Derecho internacional privado*, ob. cit., t. I, pág. 515 y ss.. Identifica estas normas como «normas imperativas de aplicación inmediata» la doctora Inés Weinberg de Roca en su obra *Derecho internacional...*, ob. cit., pág. 75. El proyecto de reforma del derecho internacional privado de las doctoras Berta Kaller Orchansky, Amalia Uriondo de Martinoli y Beatriz Pallarés ha previsto lo siguiente: «*Normas internacionalmente imperativas. El ejercicio de la autonomía privada y el funcionamiento de las normas de conflicto quedan excluidos por las normas locales internacionalmente imperativas. Las normas internacionalmente imperativas pertenecientes a un derecho extranjero, pueden ser tomadas en consideración si su finalidad y las consecuencias que se derivarían de su aplicación, son compatibles con los principios de la legislación argentina y la razonable previsión de las partes*». En la versión 2000, que hemos transcrita, a diferencia de lo que sucedía en la versión original, se contemplan las normas internacionalmente imperativas

Cuando estas reglas imperativas pertenecen a un tercer Estado vinculado a la especie -es decir, no forman parte de la *lex fori* ni de la *lex causae*- es evidente que al tomarlas en cuenta, se sigue un razonamiento unilateralista, pues se las pondera en tanto tienen vocación de regir el caso, es decir, en razón de que comprenden la especie en su ámbito de aplicación. Se toma en consideración y eventualmente se aplica la norma extranjera, porque «ella quiere regular la especie» y no en virtud de una designación operada por la norma de conflicto del foro o por la voluntad de las partes.

En los ejemplos que ofrecen las legislaciones extranjeras, se advierten normas que no responden exactamente al modelo bilateral clásico, pues distinguen las situaciones según sea más o menos relevante la conexión del caso con el foro <sup>165</sup>. Se trata, pues, de una coexistencia entre normas bilaterales y unilaterales.

Los modernos sistemas de derecho internacional privado tienden a combinar -en función de los objetivos del legislador- las dos corrientes esenciales del pensamiento de esta rama del derecho. Un sistema perfectamente bilateral puede ser concebido y aplicado, aun cuando, tal vez, carezca de la flexibilidad necesaria para responder con justicia a todos los matices de la realidad. Por el contrario, jamás puede tener concreción práctica un sistema positivo estrictamente unilateralista.

Con motivo de la protección de la parte débil en la contratación, se han efectuado desarrollos muy útiles a los fines

---

tanto del estado designado por la norma de conflicto del foro, como las de un tercer estado con vocación a regir la especie conforme al método unilateralista.

<sup>165</sup> Frank VISCHER, «General Course...», ob. cit., pág. 43. Ver, por ejemplo, los arts. 90.1 y 91.2 de la ley federal suiza de derecho internacional privado. De acuerdo con esta regulación, si el causante ha tenido su último domicilio en Suiza, se aplica a su sucesión el derecho suizo; si ha tenido su último domicilio en el extranjero, la sucesión se rige por el derecho de fondo designado por las reglas de derecho internacional privado del Estado extranjero donde el causante estaba domiciliado al tiempo de fallecer.

de esta investigación. Con un espíritu de recíproca solidaridad, es posible concebir que los jueces tomen en consideración -e incluso apliquen- normas sustanciales imperativas extranjeras, que exceden el ámbito ordinario de aplicación del derecho extranjero, pero tengan razonable justificación por razones de orden público comprensibles para el Estado del foro. Debe existir un lazo suficientemente estrecho entre el caso y esa norma extranjera y debe poder reconocerse una política legislativa subyacente *fundada en valores compartidos*, a fin de que sea posible esa cooperación jurisdiccional <sup>166</sup>.

En un trabajo más reciente, dedicado a la protección del consumidor, la jurista suiza Anne Catherine Imhoff-Scheier desarrolla ideas de Von Hoffmann <sup>167</sup> según las cuales corresponde efectuar un razonamiento en dos tiempos: en primer lugar, el juez del foro examina si la norma extranjera protectora quiere aplicarse en la especie y si existe un lazo entre la

---

<sup>166</sup> Konrad ZWIEGERT, «Droit international privé et droit public», *Revue Critique de Droit International Privé* 1965, págs. 650/666. Este autor propone la doctrina de la «conexión especial de reglas extranjeras de derecho público», cuyo fundamento último desprende del principio de la armonía internacional de las decisiones y de la idea de la «comitas». Existiría una obligación recíproca de los Estados de tomar en consideración e incluso aplicar leyes imperativas extranjeras de derecho público. Zweigert indica una condición suplementaria para que esta cooperación sea posible: el respeto de la disposición imperativa extranjera no debe colisionar con un interés con vocación internacional típica de un foro dado. En un orden similar de ideas, ha dicho el profesor Boggiano: «... los países necesitan, en determinadas materias, someter algún aspecto o todo el caso al derecho propio, a fin de proteger intereses nacionales vinculados a la organización política, familiar, económica o social del país, cuya observancia es requerida en todos los casos y, con frecuencia, en casos multinacionales precisamente. Estas conexiones de remisión al propio derecho hallan su justificación en los fines públicos de los Estados nacionales con los cuales los casos multinacionales se relacionan. Modernamente, los países de la comunidad internacional se reconocen incluso recíprocamente este poder en la esfera interna, que repercute en la casuística multinacional, ejercido para cumplir los fines enunciados». Conf. Antonio BOGGIANO, *Derecho internacional privado*, t. 1, ob. cit., págs. 116/117.

<sup>167</sup> Anne Catherine IMHOFF-SCHEIER, *Protection du consommateur et contrats internationaux*, *Études Suisses de Droit International*, vol. 22, Librairie de l'Université de Genève, pág. 166 y ss., especialmente pág. 169. No hemos podido acceder directamente a los escritos de Von Hoffmann sobre este punto.



situación y ese orden jurídico al que pertenece la norma imperativa. En un segundo momento -y si ha dado una respuesta afirmativa a lo anterior-, el juez analiza si el ámbito de aplicación necesario de esa norma no es excesivo en el sentido de afectar el equilibrio de los intereses en juego, y si el contenido de la disposición imperativa es compatible con los imperativos de la comunidad internacional. He aquí el aporte original de este pensamiento: *la confrontación sustancial no se hace según el parámetro del orden público del foro, sino con relación a valores que gozan de consenso en la comunidad internacional.*

En este rol, el juez del foro actuaría como un verdadero «juez supranacional», cuya función sería asegurar la satisfacción de un interés preeminente, que no respondería a una concepción estatal egoísta, sino a valores que tuviesen consenso en una pluralidad de ordenamientos jurídicos.

Un valor de esta naturaleza sobre el que se reflexiona intensamente en la actualidad, es la protección de los bienes culturales que son patrimonio común de la humanidad. El 24 de junio de 1995 se aprobó la Convención de UNIDROIT sobre la restitución internacional de bienes culturales robados o exportados ilícitamente, que es la culminación de una intensa actividad doctrinaria y diplomática en favor de la protección internacional de patrimonios culturales <sup>168</sup>. Nos interesa destacar el art. 5º de esa Convención, relativo a la restitución de bienes ilícitamente exportados.

El mecanismo es el siguiente: un Estado contratante puede solicitar -en un plazo establecido por la norma- a toda autoridad competente de otro Estado contratante, la restitución de un bien cultural ilícitamente exportado. La condi-

---

<sup>168</sup> Kurt SIEHR, «International Art Trade and the Law», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 1993-III, t. 243, pág. 9 y ss.; Georges DROZ, «La Convention d'Unidroit sur le retour international des biens culturels volés ou illicitement exportés (Rome, 24 juin 1995)», *Revue Critique de Droit International Privé* 1997, t. 86, págs. 239/281.

ción de ilicitud está dada por la violación de la legislación del Estado requirente y no es necesario que sea, asimismo, ilícito, a los ojos del Estado importador. El requirente debe acompañar la información de hecho y de derecho necesaria para la demostración de su interés. Ello se realiza mediante la prueba de uno de dos extremos, a saber: 1) el hecho de que la exportación ilícita del bien cultural lesione: a) la conservación de un bien o de su contexto, o b) la integridad de un bien complejo, o c) la conservación de información, especialmente de naturaleza científica o histórica relativa al bien, o d) un uso tradicional o ritual de bien por parte de una comunidad autóctona; (son intereses concebidos de modo alternativo), o bien 2) que el bien reviste para el Estado requirente una importancia cultural significativa <sup>169</sup>.

Si se considera que las condiciones que establece un Estado para la exportación de sus bienes se concretan generalmente en reglas de derecho público o normas de policía del derecho internacional privado, el principio que constituye el núcleo central de este mecanismo de cooperación, es el respeto recíproco de las normas imperativas del Estado requirente extranjero <sup>170</sup>. Nada se dispone sobre la transferencia de la propiedad del bien, ni se necesita la prueba de un robo (con frecuencia quienes exportan ilícitamente los bienes son los propios dueños). Se establece el principio de «la obligación de restituir al Estado requirente» como una exigencia impuesta por razones de colaboración internacional -en con-

---

<sup>169</sup> Guido CARDUCCI, *La restitution internationale des biens culturels et des objets d'art volés ou illicitement exportés*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1997, págs. 275/280.

<sup>170</sup> Sobre la dificultad de fundar una demanda en disposiciones teñidas de orden público: Monica LUGATO, «Il recupero all'estero di somme e di beni trafugati da ex-capi di Stato», en *Rivista di diritto internazionale* 1997, págs. 104/129, especialmente pág. 128, donde cita lo siguiente: «... ces demandes devraient néanmoins être considérées comme recevables si, du point de vue de l'Etat du for l'objet particulier de la demande, les exigences de solidarité internationale, ou la convergence des intérêts des Etat en cause le justifient...».

diciones de reciprocidad- frente a la urgencia de unir fuerzas para luchar contra la corrupción y el tráfico ilícito.

La cuestión es: si se ha alcanzado un cierto consenso en el respeto recíproco de normas de policía extranjeras, en el afán de combatir el tráfico internacional de objetos de arte y de bienes culturales, ¿no será posible obtener un consenso aún mayor en la lucha contra el tráfico internacional de niños?

### **TÍTULO III**

#### **RELACIONES ENTRE**

#### **ORDENAMIENTOS JURÍDICOS**

Cada Estado se da su sistema de derecho internacional privado según sus principios e intereses, que difieren de los que sustentan el sistema de derecho internacional privado de otro ordenamiento jurídico, y ello genera un conflicto de sistemas. Cuando los principios que informan el ordenamiento jurídico A, no son compatibles con los del ordenamiento B, ello conduce a que las autoridades de los respectivos Estados rechacen sistemáticamente las soluciones dispuestas en el otro Estado. Lo característico es que no sólo el sistema de derecho internacional privado no logra articularse armoniosamente con el otro sistema, sino que el ordenamiento reacciona de manera global.

A veces, los sistemas de derecho internacional privado se asemejan a un punto tal, que se enfrentan irremediablemente y provocan las llamadas situaciones claudicantes, válidas en un Estado pero inválidas en otro. Si dos ordenamientos jurídicos no disocian juez competente de derecho aplicable y fijan reglas de jurisdicción internacional exclusivas, sin prever un régimen flexible de reconocimiento de decisiones extranjeras, cada vez que un juez se declare competente, resolverá sustancialmente el caso y constituirá o declarará una situación jurídica que no tiene posibilidad de ser reconocida ni de desplegar efectos en otro ordenamen-

to jurídico interesado. Se ha producido no un conflicto de sistemas sino un conflicto de ordenamientos <sup>171</sup>.

Cada ordenamiento puede desinteresarse del problema e imponer su propia solución en tanto disponga de la coacción suficiente, dada por las circunstancias fácticas de la especie. Pero ello no impide que otros ordenamientos reaccionen globalmente en el sentido de frustrar los derechos de las partes interesadas.

Ciertamente, si la materia es disponible para los justiciables, ellos pueden prevenir los conflictos inconciliables entre ordenamientos jurídicos mediante la elección del juez competente para el caso de suscitarse una controversia e incluso pueden asegurar la efectividad de esa decisión mediante la constitución anticipada de un foro de patrimonio acordado <sup>172</sup>. El efecto global que produce el acuerdo de voluntades sobre la elección de un juez, es mucho más intenso que un acuerdo de elección de derecho. En efecto, la sujeción voluntaria a un juez supone la sumisión a todo el sistema de derecho internacional privado de esa autoridad, incluso al conjunto de principios que forman el orden público internacional de ese foro, que, como juez, tiene la misión de resguardar.

En materias no disponibles y fuera de un marco convencional, un Estado puede adoptar mecanismos que permitan establecer una coordinación con otro u otros ordenamientos, pero no de manera abstracta sino concreta, que es el razonamiento característico del conflicto de jurisdicciones. Ello tanto es posible para crear una situación jurídica en el foro o para

---

<sup>171</sup> Georges Droz, en su curso general de derecho internacional privado dictado en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, da la siguiente imagen: «*L'affrontement des ordres juridiques qui ont les mêmes règles de conflits de systèmes fait penser aux jeux olympiques d'Asterix le Gaulois, bande dessinée fameuse, où l'on voit les concurrents qui ont absorbé la potion magique effectuer les mêmes performances sans parvenir à se départager. Pour résoudre le problème on peut donner le prix à celui qui n'a pas absorbé la potion magique et qui arrive le dernier, ou encore supprimer purement et simplement la compétition!*». Georges A.L. DROZ, «Regards sur le droit...», ob. cit., Section 3 (Conflits entre ordres juridiques), pág. 349.

<sup>172</sup> Antonio BOGGIANO, *Derecho internacional privado*, ob. cit., t. 1, pág. 273.

insertar una situación creada en el extranjero que se presenta a desplegar efectos en el foro.

La teoría de los *vested rights*, la *foreign court theory*, incluso la teoría de Wengler sobre las cuestiones previas, son ejemplos -rudimentarios, por el estado de la ciencia del derecho internacional privado en la época en que se desarrollaron- de la potencialidad que encierra la distinción entre «foro de juzgamiento» y «foro de razonamiento»<sup>173</sup>, y la diferencia cualitativa en los resultados que se logran cuando la autoridad del foro admite en forma global la solución alcanzada o a alcanzar en otro ordenamiento jurídico que se considera en posición dominante para regular la especie.

Los mayores esfuerzos para eliminar los conflictos entre ordenamientos se hacen a través de la concertación de los Estados mediante una convención multilateral o bien, mediante la propuesta de una ley modelo que intenta la unificación material. En la segunda parte de esta investigación nos detendremos en los esfuerzos concretos que se han realizado para la unificación de normas materiales e, incluso, para soslayar abiertamente el enfrentamiento entre ordenamientos mediante medidas efectivas de cooperación internacional entre autoridades. En este Título III presentaremos vías nacionales de solución que pueden ser intentadas por un Estado individual y que tienen, como elemento común, la *resignación de alguna posición*.

---

<sup>173</sup> Georges A.L. DROZ, «Regards sur le droit...», ob. cit., págs. 353/357. Como ejemplo de este razonamiento, Droz reflexiona en los límites que la Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de niños impone a la autoridad competente del Estado de refugio, a fin de ponderar el requisito de la «conducta ilícita», es decir, la violación de una situación jurídicamente protegida según el derecho del Estado en el cual el niño tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su desplazamiento o de su retención (art. 3, a, de la citada Convención; asimismo, artículos 16 y 17). La competencia del juez del país de refugio ha sido creada artificialmente por una vía de hecho y, dentro de los límites dados por la propia Convención -conforme al interés del niño-, ese juez debe razonar *desde la óptica del derecho del anterior centro de vida del menor*.

Presentaremos las posibilidades de coordinación que se desprenden del método de verificación de condiciones de regularidad, a los fines del reconocimiento y/o ejecución de sentencias extranjeras en el foro y del método que consiste en designar un orden jurídico de referencia <sup>174</sup>, al cual se le puede atribuir posición dominante tanto en ocasión de la creación de situaciones jurídicas en el foro cuanto en el reconocimiento de los efectos de una situación constituida en el extranjero.

## Capítulo 1

### La coordinación basada en la referencia al ordenamiento competente

La lógica global del razonamiento conflictual clásico se centra en la puesta en marcha de la regla de conflicto y en la solución de los problemas de la teoría general del conflictualismo, a saber, reenvío, cuestión previa, calificaciones, etcétera. La coordinación que se pretende alcanzar con otros sistemas nacionales de derecho internacional privado

---

<sup>174</sup> Si bien reconoce raíces más antiguas, en la actualidad este método no puede separarse del pensamiento del profesor Paolo Picone. Lo esencial de sus ideas fue expuesto en el curso dictado en 1986 en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 1986-II, t. 197, pág. 229 y ss., ya citado en la nota 34 de esta Primera Parte-. En julio de 1999, Picone dictó el curso general de derecho internacional privado en la citada Academia, que denominó «Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en Droit International Privé», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 1999, t. 276, pág. 9 y ss., donde profundiza, además, el método que llama material y el método «de la aplicación generalizada de la *lex fori*» (capítulos II y IV). En la misma línea, ha publicado recientemente: «I conflitti tra metodi diversi di coordinamento...», ob. cit. en nota 53, págs. 327/362, que contiene lo fundamental de su original pensamiento. Asimismo, he podido consultar, en lo pertinente, su obra: *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, Padua, Casa Editrice Dott Antonio Milani, 1999. En palabras de Georges Droz, el método que propone Picone es sintético por cuanto toma en cuenta no solamente los sistemas de conflicto de leyes en presencia, sino también los sistemas de conflicto de jurisdicciones y las reglas de reconocimiento y de ejecución de decisiones extranjeras. Conf. Georges Droz, «Regards sur le droit...», ob. cit., págs. 367/368.

-a fin de realizar el ideal de la armonía internacional de las decisiones- se basa en la «ley aplicable», según la designación que efectúa la regla de conflicto bilateral

Una función similar cumple la norma de conflicto en ocasión del reconocimiento o ejecución de sentencias extranjeras en un foro dado, en aquellos sistemas de derecho internacional privado que incluyen la verificación de la norma de conflicto como criterio de regularidad de la decisión extranjera. La República Argentina no conoce este control, que sí aparece en sistemas nacionales de reconocimiento de sentencias extranjeras <sup>175</sup>, y también en convenciones multilaterales que versan sobre el reconocimiento de decisiones <sup>176</sup>.

Existe otro enfoque sobre la función de la regla de conflicto, según el cual, se elabora una regla de esa naturaleza

---

<sup>175</sup> A partir del caso «Munzer» -Cass.Civ. 1° Ch.,7/1/1964, *Revue Critique de Droit International Privé* 1964-344-, Francia verifica que el juez de origen haya aplicado la ley competente según las reglas de conflicto francesas. El principio está atenuado por la teoría que da por cumplida la exigencia con una mera «equivalencia» de soluciones y actualmente sólo se aplica en las relaciones de familia.

<sup>176</sup> Por ejemplo, el artículo 27.4 de la Convención de Bruselas relativa a la competencia judicial y a la ejecución de decisiones en materia civil y comercial, del 27 de septiembre de 1968 (y sus modificaciones). En opinión de Bertrand Ancel, esta regla revela la «ancianidad» de la Convención. Bertrand ANCEL, «Les règles de droit international privé et la reconnaissance des décisions étrangères», *Rivista di Diritto Internazionale Privato et Processuale* 1992, N° 2, págs. 201/220, especialmente pág. 209. Esta regla ha sido eliminada del art. 34 del Reglamento del Consejo europeo del 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de decisiones en materia civil y comercial, que reemplaza a la Convención de Bruselas y transforma su contenido en derecho comunitario (J.O.C.E. del 16 de enero 2001, L.12/1). En forma coincidente, la eliminación del control de la ley ya había sido establecida unos meses antes en el Reglamento del Consejo llamado «Bruselas II», del 29 de mayo de 2000, relativo a la circulación de decisiones atinentes a la disolución del vínculo matrimonial. El art. 27.4 de la Convención de Bruselas, citado al comienzo de esta nota, se aplicó a las verificaciones solicitadas con anterioridad al 1° de marzo de 2002, fecha de la entrada en vigencia del Reglamento «Bruselas I». Conf. Georges DROZ - Hélène GAUDEMET-TALLON, «La transformation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et exécution des décisions en matière civile et commerciale», *Revue Critique de Droit International Privé* 2001, págs. 601/652, especialmente 647.

para definir el campo de competencia que se le reconoce a un ordenamiento extranjero, comprensivo tanto de la competencia legislativa para regular la especie como de la competencia de las autoridades de ese Estado. Dentro de esa línea de pensamiento, que se inspira en la visión estatutaria del conflicto de soberanías, aparece en nuestro tiempo el original pensamiento del profesor Paolo Picone, que ha ejercido notable influencia en las reformas del derecho internacional privado en Italia y en Suiza.

### *Sección 1*

#### *El rol de la norma de conflicto en la designación de la competencia global de otro Estado*

Este punto lleva a reflexionar sobre uno de los grandes debates del derecho internacional privado -que no reproducimos en esta tesis pues nos desviaría de nuestro objetivo y, fundamentalmente, por respeto a los grandes juristas que han profundizado el tema-, y que es la naturaleza del derecho extranjero designado por la regla de conflicto del foro. La teoría angloamericana de los *vested rights* dio una respuesta a este dilema y también las brillantes teorías italianas del exclusivismo del orden jurídico, según las cuales, el propio orden jurídico es exclusivo en el sentido de desconocer el carácter jurídico de aquello no comprendido en sí mismo <sup>177</sup>.

---

<sup>177</sup> Roberto AGO, «Règles générales des conflits de lois», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 1936-IV, t. 58, pág. 243 y ss., especialmente pág. 302. Según este gran jurista, las reglas extranjeras, en tanto sólo tengan esa naturaleza, constituyen un hecho sin valor jurídico en el orden nacional pues sólo tienen valor jurídico insertas en el ordenamiento al que pertenecen; cuando se da eficacia al derecho extranjero, se le atribuye valor jurídico en el orden interno en virtud de una *incorporación del derecho extranjero en el orden nacional*. La reflexión no puede apartarse de la obra de Santi ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, 2ª ed., Firenze, Sansoni, 1945. Junto al concepto de «orden jurídico» como organización social o institución, con caracteres de unidad firme y permanente (pags. 21/43), este autor afirmó que el orden jurídico puede -si bien no está



Este debate se basa en la siguiente percepción: cuando el juez del foro determina el contenido de la ley extranjera cumple una operación diferente que cuando determina su propia ley; en efecto, en este último caso completa la tarea del legislador, busca lo que es justo, útil, lógico en su sistema jurídico. En cambio, respecto del derecho extranjero, el juez no contribuye a crear derecho, lo observa desde el exterior, en palabras del maestro Werner Goldschmidt, lo constata como un sociólogo, como un informador, «*el juez nacional se comporta frente al derecho extranjero como un abogado consultado sobre la probabilidad de éxito de un asunto, llegando a un juicio de probabilidad: así será probablemente la sentencia ...*»<sup>178</sup>.

Si bien existe una tendencia a una mayor autonomía del derecho extranjero, el conflictualismo tradicional no admite que la designación que opera la norma de conflicto se refiera a todo un ordenamiento global.

Esta corriente ha sido profundizada por autores que atribuyen dos funciones netamente heterogéneas a la norma de conflicto, una, en cuanto norma delimitadora del ámbito de aplicación de las reglas materiales del foro y otra, en cuanto designa el derecho extranjero en aquellas especies en las que el foro no está interesado. Este enfoque descansa en una óptica unilateralista y es fiel a su origen, que se desarrolló en una época en que el dilema involucraba una relación entre competencias soberanas.

#### A. *El pensamiento precursor de Von Bar*

Discípulo de Savigny, anterior a Dicey, Von Bar se destacó en Alemania a fines del siglo XIX y comienzos del siglo

---

obligado- acordar a su similar un valor propiamente jurídico. En este sentido, se comprende mejor la posición -ya citada en el texto- de Rolando Quadri relativa a su «principio de adaptación» entre órdenes jurídicos, y las teorías más recientes de la «producción jurídica»: la norma de derecho internacional privado *produce* normas sustanciales conformes en su contenido a aquellas que están en vigor en el orden jurídico extranjero designado. Conf. Henri BATIFFOL - Paul LAGARDE, *Traité...*, ob. cit., pág. 527 y notas 4 y 5.

<sup>178</sup> Werner GOLDSCHMIDT, *Sistema y filosofía...*, ob. cit., t. 1, pág. 375 y ss..

XX. Participó de la concepción publicista propia de su época, según la cual un Estado comprometía su poder soberano en la reglamentación sustancial de las especies conectadas a más de una jurisdicción, pero no razonó en términos de conflicto de leyes sino de conflicto entre Estados considerados globalmente, es decir, en tanto ordenamientos jurídicos <sup>179</sup>.

Para Von Bar, una sentencia es una ley particular y por lo tanto merece tanta consideración una sentencia extranjera como el derecho extranjero. Desde esta posición, respetuosa hacia el derecho extranjero, propició la aceptación del reenvío en primer grado y del reenvío a un tercer derecho. Westlake relata que, en una conferencia dada por Von Bar en el Instituto de Derecho Internacional, expuso sus ideas relativas al reenvío en estos términos: «1) Cada tribunal debe observar la ley de su país en cuanto a la aplicación de las leyes extranjeras, y 2) Si no hay disposición contraria expresa, el tribunal, conforme a sus principios de derecho internacional privado, debe respetar: a) la disposición de una ley extranjera que, renunciando a regir el estatuto personal de sus nacionales, admite que sea determinado por la ley del domicilio o, incluso, por la ley del lugar en el que se verifica un acto, y b) la decisión de dos o más legislaciones extranjeras que, siempre y cuando una de ellas sea necesariamente competente, se ponen de acuerdo entre sí para atribuir la resolución de una cuestión a una misma legislación» <sup>180</sup>.

El pensamiento de Von Bar centra su reflexión en la competencia legislativa de un Estado: ello entraña la competencia jurisdiccional de los tribunales de ese Estado.

Este autor advirtió que una relación jurídica suele estar localizada en más de un ordenamiento, según sea el ángulo desde el cual se reflexione. Por ello, debía aceptarse la competencia concurrente de tribunales de diversos estados, con

---

<sup>179</sup> Paolo PICONE, «La méthode de la...», ob.cit., pág. 244.

<sup>180</sup> John WESTLAKE, *Traité de droit...*, ob. cit., págs. 44 y 45.

el riesgo de la eventual aplicación de reglas sustanciales diferentes a una misma relación <sup>181</sup>. La armonía internacional de las decisiones, preconizada por Savigny, no era más que una ficción inalcanzable en el pensamiento de Von Bar, pues incluso la aplicación de una misma ley por parte de los jueces de Estados diferentes no garantizaría que los pronunciamientos fuesen materialmente idénticos o equivalentes en su sustancia <sup>182</sup>.

Su óptica desde la competencia global de un Estado tiene consecuencia en la cuestión del reconocimiento de sentencias extranjeras. Admitir que un Estado extranjero tiene una preferencia global para reglamentar una situación dada, comporta el reconocimiento automático de las decisiones judiciales pronunciadas por sus tribunales en el marco de esa competencia general, sin necesidad de ninguna verificación adicional de condiciones.

---

<sup>181</sup> En palabras de Niboyet, el principio general del razonamiento de Von Bar es que *«la compétence du juge doit être, autant que possible, calqué sur la compétence de la loi applicable au rapport de droit litigieux. On portera donc l'affaire devant le juge du pays dont la loi doit être appliquée, et c'est à la lumière de ce principe que l'on appréciera la compétence du tribunal qui a rendu le jugement soumis à exequatur. C'est l'inverse de la méthode de Savigny. Rien ne nous paraît plus discutable que ce prétendu principe général»*. J.P. NIBOYET, *Traité...*, ob. cit., pág. 664.

<sup>182</sup> VON BAR, *Das internationale Privat-und Strafrecht*, Hannover, 1862, apartados 119 y 125. PASCAL DE VAREILLES-SOMMIÈRES, en su obra sobre *La compétence internationale de l'Etat en matière de droit privé*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1997, págs. 30/31, cita las siguientes palabras de Von Bar: *«Bien qu'en stricte logique et en accord avec les principes du droit et avec les faits, la sentence d'un juge ne crée ni ne détruit les droits subjectifs, elle a néanmoins pratiquement cet effet en raison de la possibilité d'erreurs. Son effet est celui d'une lex specialis sur l'affaire qu'il résoud, même si ce n'est pas son objet. La réponse à la question de savoir si la lex specialis de tel ou tel état est applicable à une affaire particulière, doit dépendre de la réponse qu'on apporte à la question de savoir quelle lex generalis est généralement compétente pour le rapport de droit litigieux. Ce sont les tribunaux de l'Etat à la loi duquel le rapport de droit en question est soumis qui doivent régler ce rapport de droit...»*. De acuerdo con esa premisa, en caso de litigios atinentes al estatuto personal y a temas de familia, decidiría el juez del domicilio, en los relativos al derecho de cosas, el juez del lugar de ubicación de la cosa; en cuanto a las obligaciones, en algunos casos sería competente el juez del domicilio y, en otros, los tribunales del cumplimiento contractual o del lugar del delito (VON BAR, *Das...*, ob. cit., pág. 432).

En suma, el pensamiento de Von Bar puede resumirse en tres premisas: a) una sentencia es una norma individual que merece el mismo trato que la ley; b) existe una homogeneidad fundamental entre los problemas de *forum* y de *ius*, pues el foro depende de la competencia legislativa, y c) el principio general de atribución de competencia a los tribunales, reside en abrir jurisdicción en el Estado cuya ley debe ser aplicada a la solución del litigio.

El enfoque unilateralista y publicista de Von Bar -y su concepción de la designación de la competencia global de un Estado, abarcadora de jurisdicción y derecho-, van a inspirar ampliamente las teorías de Paolo Picone sobre la coordinación de ordenamientos mediante la referencia al orden competente.

Lamentablemente, la obra de Von Bar se conoció tardíamente en Inglaterra <sup>183</sup> y muy poco en el mundo jurídico francés. En las primeras décadas del siglo XX sus tesis fueron eclipsadas por el auge de la teoría de la nacionalidad, que se expandía por toda Europa, y por la tendencia a atribuir jurisdicción exclusiva al Estado de la nacionalidad del sujeto en cuestiones concernientes a su estatuto personal.

*B. La norma de conflicto en el reconocimiento de la eficacia sustancial de situaciones jurídicas extranjeras*

Dice el art. 65 de la ley italiana de derecho internacional privado del 31 de mayo de 1995: «1. *Tienen efecto en Italia las decisiones extranjeras relativas a la capacidad de las personas*

---

<sup>183</sup> Quince años después de la aparición de su libro en Hannover, Alemania, la obra de Von Bar no había sido traducida al inglés. En 1883 apareció en Edimburgo una traducción anotada y comentada por George R. Gillespie (1851-1892), un miembro del Scottish Bar, que había pasado varios años en la Universidad de Heidelberg. Conf. Kurt H. NADELMANN, «Private international law: Lord Fraser and the Savigny (Guthrie) and Bar (Gillespie) editions», *The international and comparative Law Quarterly*, Londres, 1971, vol. 20, págs. 213/222.

*así como a la existencia de relaciones de familia y de derechos de la personalidad, cuando han sido pronunciadas por las autoridades del Estado cuya ley es designada por las disposiciones de la presente ley o cuando ellas producen efecto en el ordenamiento jurídico de ese Estado aun cuando hayan sido pronunciadas en un tercer Estado, con tal que no sean contrarias al orden público y se hayan respetado los derechos esenciales de la defensa»*<sup>184</sup>.

El Estado al que se le atribuye competencia legislativa según la regla de derecho internacional privado, es el Estado que se toma como referencia por el ordenamiento jurídico italiano, que acepta el contenido de lo decidido sustancialmente por una autoridad de ese Estado, o de un tercer Estado siempre y cuando haya sido admitido y produzca efectos en el ordenamiento que se toma como referencia.

La regla de tipo savigniano, que localiza en el espacio la relación de derecho a regir, es usada no como criterio de verificación de la regularidad de la sentencia extranjera sino para definir el ordenamiento con el cual el foro ha decidido alinearse. El razonamiento no es unilateralista puro, porque la designación del Estado extranjero se hace a partir de los propios criterios del foro<sup>185</sup>. Si ese Estado de referencia consagra en el seno de su ordenamiento una situación jurídica determinada -sea cual fuese su fuente: legal, administrativa, judicial, etc.- esa situación se impone en el foro.

La regla de derecho internacional privado basta para dar fundamento al reconocimiento. En doctrina -y en la jurisprudencia-

---

<sup>184</sup> Traducimos del francés, según la publicación en la Revue Critique de Droit International Privé 1995-174 y ss. El título IV de la ley italiana de derecho internacional privado, arts. 64 y 71 relativos -no exclusivamente- al reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras, fue puesto en vigor un año y medio más tarde que los restantes títulos de la ley 218 del 31/5/95. Conf. Andrea BONOMI, «Le nouveau système de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers en Italie», Revue Critique de Droit International Privé 1997, págs. 372/379.

<sup>185</sup> No se trata de dar vigencia a un derecho extranjero que tiene vocación a regir el caso.

dencia italiana anterior a la reforma del derecho internacional privado- se trata de la eficacia sustancial de la decisión extranjera. La norma de conflicto no puede tener otra virtualidad, es decir, no basta este razonamiento -que no necesita de procedimiento alguno- para revestir a una decisión extranjera de autoridad de cosa juzgada <sup>186</sup>.

Con relación a la interpretación del art. 65 -relativo al reconocimiento de decisiones concernientes a la capacidad, relaciones de familia y derechos de la personalidad- y del art. 66 -relativo a actos de jurisdicción voluntaria en general-, ambos de la ley italiana de derecho internacional privado, dice el profesor Paolo Picone que lo que interesa comprender, a nivel teórico, es que sólo se verifica la concreta existencia en el seno de ese ordenamiento, de una determinada situación jurídica a reconocer en el foro <sup>187</sup>.

En jurisprudencia francesa se registra un muy antiguo fallo de la Corte de Casación, que en materia de *exequatur* -de una sentencia de anulación de matrimonio dictada en Alemania- ha utilizado la regla de conflicto francesa relativa al estatuto personal del sujeto, para dar reconocimiento de pleno derecho en el foro a una situación creada en el Estado de la nacionalidad de las personas involucradas <sup>188</sup>.

Lo que es sorprendente en la nueva ley italiana es que el art. 65 no se limita a establecer por este método la eficacia sustancial de la decisión dictada en el extranjero. Junto a la condición de compatibilidad con el orden público italiano, exige que los derechos fundamentales de la defensa hayan

---

<sup>186</sup> Bertrand ANCEL, «Les règles de droit international privé...», ob. cit., pág. 219

<sup>187</sup> Paolo PICONE, «La teoría generale del diritto internazionale privato nella legge italiana di riforma della materia», Rivista diritto internazionale 1996, págs. 289/364, especialmente págs. 300/301. Sin perjuicio de la crítica que este autor formula hacia la reforma, se considera el inspirador del método.

<sup>188</sup> Bertrand ANCEL - Ives LEQUETTE, «Grands arrêts...», ob. cit., N° 8, pág. 53 y ss., «Prince de Wrède c. dame Maldaner», Cass. Ch.Civ., 9/5/1900, Journal de Droit International 1900, pág. 613.

sido respetados en el procedimiento extranjero, es decir, agrega una verificación de naturaleza procesal, sólo justificada si se usa el método para insertar en el foro el acto jurisdiccional extranjero en cuanto tal, con valor de cosa juzgada.

Ello significa que en la ley italiana vigente aparecen dos mecanismos paralelos para insertar sentencias extranjeras. El del art. 64, de tradicional verificación de condiciones formales, sustanciales y procesales de la decisión extranjera, y el del art. 65, que se comenta en este apartado. Parece extraña esta función de la norma de conflicto, que comprende la adjudicación del valor de cosa juzgada.

La técnica del reconocimiento de efectos en el foro por medio de la designación que efectúa una norma de conflicto, comporta un problema de calificación de la institución extranjera, a fin de aplicar la norma de conflicto que corresponda <sup>189</sup>.

## Sección 2

### *La síntesis original de Paolo Picone*

El profesor de la Universidad de Nápoles, Paolo Picone, ha propuesto como una forma complementaria de regular casos con elementos extranjeros escasamente vinculados al

---

<sup>189</sup> Sugerimos reflexionar sobre lo siguiente. La *kafala* no suele establecerse por decisión jurisdiccional y, por lo tanto, no es apropiado un procedimiento de reconocimiento de sentencia extranjera. A fin de insertar esta institución en el ordenamiento italiano de acuerdo con la función descrita de la norma de conflicto, ¿se asimilará la figura a la adopción, a fin de utilizar la regla del artículo 38.1 de la ley 218/95 -que designa la ley nacional común de adoptante o adoptados o, en su defecto, la ley del Estado en el cual ambos adoptantes de distinta nacionalidad residen-, o se equiparará la *kafala* a una medida de protección y se aplicará el art. 42.1 de la ley 218/95, que, conforme a la Convención de La Haya del 6 de octubre de 1961 designa la ley nacional del niño? La doctrina prefiere esta segunda solución y reconoce la institución constituida según la ley y por las autoridades de la nacionalidad del niño. Conf. Sami ALDEEB y Andrea BONOMI (ed.), *Le droit musulman...*», ob. cit., pág. 353.

foro, junto al método tradicional savigniano <sup>190</sup>, el método del *riferimento all'ordinamento competente*, que constituye uno de los cuatro métodos de coordinación que distingue en la época actual <sup>191</sup>.

El pensamiento de este autor es singular pues, incluso cuando se refiere al método tradicional, de localización por elección de la ley aplicable, parte de premisas propias del razonamiento unilateralista, en las que desaparece la neutralidad típica de la regla de conflicto savigniana y se revela un pensamiento estatutario, que define en primer lugar el ámbito de aplicación espacial y personal del derecho material interno y que, en el ámbito ajeno al interés del derecho

---

<sup>190</sup> Según Picone, el método de derecho internacional privado tradicional comprende tres variaciones en las técnicas de localización de la situación jurídica, que llama: «*localizzazione diretta*», «*localizzazione condizionata*» y «*localizzazione per autocollegamento*». Las dos primeras pertenecen a la corriente bilateralista y consisten en la designación de la ley material extranjera por parte de la regla de conflicto del foro, por ser aquella la sede natural de la relación y en el reenvío de primer o de segundo grado. La tercera localización se produce, según este jurista, cuando el foro aplica el derecho extranjero porque tiene vocación para regir la especie. Es decir, la tercera vía versa sobre un razonamiento unilateralista. Conf. Paolo PICONE, «La teoría generale del diritto...», ob. cit., pág. 294. Este autor considera que tanto el bilateralismo como el unilateralismo son meras variantes del método tradicional del conflicto de leyes. En todos los casos, se trataría de designar la ley más apropiada desde un punto de vista espacial. Conf. Paolo PICONE, «Les méthodes de coordination...», ob. cit., págs. 35/36.

<sup>191</sup> En los últimos escritos ha distinguido la coordinación de ordenamientos sobre la base de cuatro métodos, a saber: «*il metodo tradizionale dei conflitti di leggi (basato sulle localizzazione delle fattispecie)*, *quello del riferimento all'ordinamento competente*, *quello delle considerazioni materiali e quello, infine, della... applicazione generalizzata della lex fori*». Conf. Picone Paolo, «La teoría generale del diritto...», ob. cit., pág. 293. En este trabajo no hemos seguido esta clasificación de los métodos de coordinación. Entendemos que entre el bilateralismo y el unilateralismo existen diferencias profundas en el orden de los principios que sustentan cada una de estas corrientes, y de los intereses que persiguen. En el bilateralismo comprendemos el razonamiento conflictual clásico, centrado en la norma de conflicto neutra y también las normas conflictuales con orientación material. Dentro de la corriente unilateralista comprendemos la práctica de la designación generalizada de la *lex fori* -por ejemplo, la teoría de Ehrenzweig-, como así también el razonamiento fuertemente sustancialista de Currie.



del foro, desarrolla la segunda función de la norma de conflicto, que Picone llama «reglas de producción jurídica». Según este concepto, esta función permitiría crear en el foro reglas cuyo contenido es conforme, a grandes rasgos, al contenido de las reglas jurídicas en vigor en el derecho extranjero (designado por la norma de conflicto del foro) <sup>192</sup>.

Según Picone, el método tradicional entraña una formulación abstracta o académica, que no asegura la coordinación con otros ordenamientos, ni puede evitar las llamadas «situaciones claudicantes» del derecho internacional privado. El método que propone tiene por finalidad lograr que la situación a crearse en el foro tenga probabilidad de desarrollarse y recibir eficacia en el ámbito de otro Estado considerado preeminente. Para alcanzar este objetivo, no es suficiente elegir una ley como aplicable sino que la referencia debe ser al ordenamiento jurídico en bloque, en su funcionamiento global.

No se trata de reglamentar en abstracto un determinado hecho social vinculado a varios ordenamientos jurídicos, sino en asegurar que una situación creada o a crear en el foro tenga posibilidades concretas de recibir reconocimiento y ejecución en un Estado extranjero, al que se le reconoce una posición dominante <sup>193</sup>. Picone señala cuatro características de su método, que son:

- La consideración unitaria y simultánea de diferentes conjuntos de reglas, que se refieren al fenómeno del derecho

---

<sup>192</sup> Contrariamente a la opinión del autor que se presenta en el texto, la función de la regla de conflicto savigniana consiste en elegir mediante un mecanismo propio -la localización- cuál de varias disposiciones concurrentes, abstractas, que provienen de ordenamientos jurídicos diferentes, proporciona por su fuente o por su contenido la solución más apropiada para una cuestión determinada de derecho privado. Si bien se produce una delimitación del ámbito de aplicación de las reglas excluidas por la elección, ello es un efecto accesorio del funcionamiento de la norma de conflicto, y no su carácter esencial. Conf. Horatia MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit...*, tesis, ob. cit., N° 145, pág. 198.

<sup>193</sup> Paolo PICONE, «La méthode de la référence...», ob. cit., págs. 264/265.

internacional privado (reglas materiales y de conflicto, normas de jurisdicción internacional directa, procedimientos para el reconocimiento de sentencias extranjeras). El objetivo de esta visión global es que la situación a crear en el foro tenga posibilidades concretas de desarrollarse en el marco de otro ordenamiento jurídico extranjero.

- El conflicto a resolver no proviene de la colisión en abstracto de leyes de diferentes Estados con vocación a regular una misma realidad fáctica; se trata del conflicto entre el ordenamiento que crea una relación jurídica -sobre la base de cualquier fuente normativa- y otro ordenamiento en el cual, por las particulares circunstancias de la especie, esa relación está destinada a localizarse.

- La tercera característica se refiere al objetivo del método de coordinación en cuestión. No se trata de alcanzar la armonía internacional de las decisiones -ideal del método savigniano clásico- sino de prevenir o de resolver los conflictos entre ordenamientos jurídicos considerados en bloque. El ideal es evitar que una situación creada o a crear en el foro no sea reconocida y no pueda desplegar efectos en otro u otros ordenamientos relevantes en el caso.

- La cuarta característica es considerada por este autor como la más importante desde el punto de vista técnico. Consiste en apreciar la validez de una situación jurídica -desde el punto de vista del derecho internacional privado- mediante *un juicio que atribuye valor decisivo al punto de vista de uno o de varios ordenamientos extranjeros*.

Tal como los grandes unilateralistas, Picone distingue dos hipótesis de trabajo: la creación por primera vez de una determinada situación jurídica en el foro y el reconocimiento de efectos a una situación constituida en el extranjero.

#### *A. La creación en el foro de una situación jurídica*

En la concepción del profesor Picone, una situación jurídica formalmente nacional es la que encuentra su fuente en una de dos circunstancias bien diferenciadas: o bien en re-

glas abstractas y generales del foro o bien en un acto de aplicación de reglas materiales por parte de una autoridad pública del foro -por ejemplo, una sentencia de adopción plena-. Picone distingue tres despliegues del método de coordinación cuando se trata de constituir una situación en el foro:

a) La posibilidad de reconocimiento en el ordenamiento extranjero aparece como una circunstancia que *condiciona la competencia internacional del juez* u órgano público del foro. Lo hemos presentado como una «posibilidad», pero podría requerirse la demostración de una certeza, de una probabilidad o incluso de una situación intermedia.

b) La posibilidad (certeza, probabilidad, situación intermedia) de reconocimiento en el ordenamiento extranjero, se establece como *una condición sustancial de validez de la situación misma*.

c) La posibilidad (certeza, probabilidad, situación intermedia) de reconocimiento en el extranjero aparece como una *condición suspensiva a la que se sujeta la eficacia de la relación constituida en el foro*. Otra variante sería crearla con plenitud de efectos, pero someterla a una condición resolutoria para la hipótesis en que se negara el reconocimiento en el extranjero.

Picone pone como ejemplo una norma relativa a la adopción del derecho sueco formulada en estos términos: «*Un extranjero no puede adoptar o ser adoptado en Suecia, a menos que la adopción sea válida en el Estado de su nacionalidad*»<sup>194</sup>. El foro dicta de manera unilateral sus criterios para que intervengan sus jueces en casos de adopciones y su norma de conflicto en adopciones con elementos extranjeros -incluso, puede someter la adopción a la *lex fori* como ley del lugar de

---

<sup>194</sup> Paolo PICONE, ídem, pág. 277. Esta norma fue examinada por los doctores Coll y Estivill, en su excelente trabajo sobre *La adopción*, de 1947. Ver Tercera Parte, Título único, Capítulo 1, Sección 1, Apartado B y notas 7 y 23 de la Tercera Parte.

otorgamiento-. Lo típico es que, además, acumula las exigencias globales de un ordenamiento que se toma como relevante -el de la nacionalidad del adoptante- y que se convierte en el elemento central de la coordinación. A la norma -pueden ser varias- que plasma todos estos aspectos, Picone la llama *regla unitaria de referencia al ordenamiento competente*.

*B. El reconocimiento en el foro de una situación jurídica formalmente extranjera*

En un sentido coherente, Picone entiende por «situación jurídica formalmente extranjera», la que surge por aplicación de reglas abstractas y generales de un derecho extranjero -por ejemplo, la aceptación en el foro de un derecho de guarda *atribuido ex lege* por la ley de la anterior residencia habitual del niño- o cuando la situación encuentra su fuente normativa, sea cual fuere la ley que la rige, en el acto de un órgano público extranjero (sentencia, acto administrativo).

La situación puede haberse creado en un tercer ordenamiento, pero es válida y eficaz en el interior del ordenamiento jurídico que se toma como referencia, y este último dato es lo que cuenta para atribuirle eficacia en el foro. No se efectúan verificaciones aisladas de los requisitos de competencia del juez de origen, o de equivalencia entre la ley aplicada y la ley designada por la norma de conflicto del foro. Se trata de una constatación global.

Este razonamiento puede sustituir al método tradicional de reconocimiento de decisiones extranjeras -y ello es especialmente apropiado cuando la especie no tiene lazos de proximidad con el foro-, o puede acumularse a las verificaciones de tipo tradicional <sup>195</sup>.

---

<sup>195</sup> Cuando el objeto de la acción es el reconocimiento de un acto jurisdiccional extranjero, el método no parece adecuado, por los caracteres procesales de toda sentencia: autoridad de cosa juzgada, prescripción de la acción de reconocimiento, integración de la

Picone da cuatro características de su método, que son:

a) El fundamento consiste en tomar el punto de vista de un ordenamiento extranjero;

b) Ese ordenamiento es considerado en bloque (se distingue por ello del método de coordinación por medio del reenvío, en el que se razona a partir de las reglas de conflicto);

c) El corazón del razonamiento es descubrir que la situación jurídica existe concretamente en el ordenamiento de posición dominante;

d) La cláusula de orden público internacional funciona globalmente, sustituyendo todo otro procedimiento tradicional de verificación de requisitos.

Como sucede con la teoría de Wengler sobre las cuestiones previas, el razonamiento de Picone también sería aplicable a ciertas cuestiones que se presentan en el foro de manera estática, es decir, como situación consolidada antes del cruce de fronteras, en especies que no podrían presentarse a título principal por falta de lazos de proximidad. En este caso, el ordenamiento de referencia sólo puede ser extranjero, dado que en el foro sólo interesan ciertos efectos ulteriores de aquella situación. En estos supuestos, hasta el orden público internacional de ese foro extranjero preferente será ponderado en la operación, pues el foro sigue premisas verdaderamente extranjeras <sup>196</sup>.

Tal como el profesor Picone lo reconoce abiertamente, *no sería concebible todo un sistema de derecho internacional privado -o todo un ámbito de problemas en torno a una materia- basado exclusivamente en la referencia a ordenamientos extranjeros competentes.*

---

situación en el foro a partir de la fecha del dictado de la sentencia, etcétera. Conf. Paolo PICONE, «La méthode de la...», ob. cit., págs. 301/302 y notas 167/168.

<sup>196</sup> Paolo PICONE, ídem, pág. 392, y nota 199.

## Capítulo 2

### La coordinación de ordenamientos a través del reconocimiento de sentencias extranjeras

Todo sistema de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en el foro comporta un modo de coordinación con el ordenamiento al que pertenece el juez que ha dictado el acto jurisdiccional. Cuanto mayor sea la afinidad cultural con ese Estado, y cuanto más estrechos sean los vínculos de las relaciones internacionales que se mantienen con ese Estado, tanto más liberal será la técnica de inserción en el foro de la situación jurídica originaria de ese ordenamiento.

No es fruto del azar que los Estados asociados en un proceso de integración manifiesten su buena voluntad mediante la creación de un espacio judicial único, donde las sentencias dictadas por cualquiera de los jueces de tales Estados circulen libremente, de acuerdo con un principio de regularidad internacional que, no obstante, puede ser impugnado.

La verificación de condiciones de regularidad supone un procedimiento que -por vía de acción o de defensa- tiene por objeto el acto jurisdiccional extranjero en cuanto tal. No revisa el fondo, no puede introducir modificaciones en lo juzgado y, si se permite el *exequatur* parcial, debe referirse a aspectos escindibles de la sentencia. Dos de las condiciones que se verifican comportan razonamientos típicos del derecho internacional privado que, según la más reciente jurisprudencia de la Corte Suprema argentina <sup>197</sup>, deben efectuarse de oficio. Esas condiciones se presumen satisfechas cuando se ha tendido una trama de mutua confianza entre los Estados o cuando deben superarse las dificultades de coordinación en aras de intereses superiores.

---

<sup>197</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, 15/10/96, «Riopar S.R.L. c/ Transportes Fluviales Argenrío S.A.», Fallos 319: 2411, publicado en L.L. 1997-A-226. Tales condiciones son: el control de la competencia del juez de origen y la compatibilidad del orden público internacional argentino.

### *Sección 1*

#### *Los controles tradicionales en un método de coordinación restrictivo*

Las condiciones del reconocimiento se suelen clasificar en requisitos de índole formal -que hacen a la sentencia en sí misma, su legalización y autenticación y al idioma en que se presenta-, de índole procesal -competencia internacional de la autoridad extranjera que ha intervenido, respeto al derecho de defensa en el procedimiento foráneo, ausencia de conflicto de decisiones respecto del foro-, y de índole sustancial -conformidad con el orden público internacional del Estado de reconocimiento y, en ciertos sistemas, control de la norma de conflicto aplicada o aplicable por el juez de origen<sup>198</sup>.

Sólo vamos a detenernos en dos requisitos, dentro de este abanico de exigencias, que son los que ofrecen mayor dificultad en materia de derecho de familia y de menores.

#### *A. El control de la competencia del juez de origen*

Cada Estado, con la salvedad de lo que pudiera haber convenido por tratados, emite normas unilaterales por las que dispone la jurisdicción directa de sus jueces y los criterios por los cuales va a aceptar la intervención de un juez extranjero en la creación de una situación jurídica. Aceptación que se demostrará en la inserción de todos o de algunos de los efectos de esa situación foránea en el ordenamiento

---

<sup>198</sup> Entre la numerosa bibliografía argentina vamos a mencionar: Antonio BOGGIANO, *Derecho internacional privado*, ob. cit., t. I, pág. 549 y ss; Alejandro P. RADZYMSKI, «El reconocimiento de sentencia extranjera en Argentina», E.D. t. 133, págs. 589/613; Inés M. WEINBERG DE ROCA, *Competencia internacional y ejecución de sentencias extranjeras*, Buenos Aires, Depalma, 1997. En bibliografía extranjera, sólo mencionaremos: Dominique HOLLEAUX, «Effets en France des décisions étrangères», *Jurisclasseur de droit international*, Fasc. 584.

propio. Los criterios para efectuar este control pueden clasificarse en:

### *Criterio de la bilateralidad*

La incompetencia de los tribunales extranjeros resulta indirectamente de la competencia de los tribunales del Estado ante el cual se solicita el reconocimiento o ejecución. Cuando un criterio atributivo de jurisdicción se localiza en el foro, adquiere carácter exclusivo. Cuando en los hechos, el criterio no se localiza en el propio Estado, se admite la intervención del juez del país extranjero donde se localiza el elemento que hubiera justificado la competencia directa del juez local. Esta posición, que nace de las ideas de Etienne Bartin en los últimos años del siglo XIX<sup>199</sup>, constituye una seria barrera, pues exige una coincidencia fortuita entre los propios criterios y los extranjeros. No obstante, sigue vigente. Una de las legislaciones más modernas, la ley italiana de derecho internacional privado N° 218 del 31 de mayo de 1995, que sigue en materias de derecho de familia el principio del reconocimiento de pleno derecho, verifica como condición de regularidad, que el juez que haya pronunciado la sentencia responda a los principios de competencia internacional propios del ordenamiento jurídico italiano (art. 64, a, Título IV).

### *De la unilateralidad simple*

Un tribunal extranjero es competente a los ojos del juez requerido, si lo es según la legislación de su propio país, es decir, según las normas de competencia directa del Estado de origen de la sentencia. Es, sin duda, una posición de gran liberalidad.

---

<sup>199</sup> Henri BATIFFOL - Paul LAGARDE, *Traité...*, ob. cit., t.1, pág. 287, N° 241.



### *De la unilateralidad doble*

Esta postura propicia un razonamiento unilateralista en dos tiempos. En primer lugar, se descarta toda invasión a la competencia exclusiva del Estado de reconocimiento. Superado este escollo, sólo se verifica si la jurisdicción existió válidamente desde la óptica del Estado extranjero de origen de la sentencia <sup>200</sup>.

### *Sistema autónomo*

Se funda en una disociación entre la competencia directa y la indirecta <sup>201</sup>. En efecto, puede suceder que no exista una razón positiva para atribuir jurisdicción directa a una determinada autoridad, pero que tampoco exista un fundamento serio para negar efecto a una decisión que emane de dicha autoridad localizada en el extranjero, una vez que ha intervenido. Esta tesis de la disociación se desarrolló en Inglaterra, tuvo apoyo en la doctrina francesa y ha culminado por imponerse en la jurisprudencia de este último país <sup>202</sup>.

---

<sup>200</sup> El Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay, en el art. 539.4, exige sobre el punto: «que el tribunal sentenciante tenga jurisdicción en la esfera internacional para conocer del asunto, de acuerdo con su derecho, excepto que la materia fuera de jurisdicción exclusiva de los tribunales patrios». El Uruguay, en ocasión de los debates que condujeron a la elaboración de la Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de sentencias y laudos arbitrales extranjeros, se había opuesto a la solución de tipo «bilateralista» que se plasmó finalmente en ese tratado. Conf. Eduardo TELLECHEA BERGMAN, «Panorama de los Protocolos del Mercosur sobre Derecho Internacional Privado, con especial referencia a aquellos relativos a la cooperación jurídica internacional», publicado en *Del Mercosur*, obra coordinada por el profesor Miguel Angel Ciuro Caldani, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1996, págs. 187/241, especialmente págs. 212 y 213.

<sup>201</sup> Pierre MAYER, *Droit international privé*, Paris, Montchrestien, 1991, N° 360 y ss., especialmente N° 364, pág. 234.

<sup>202</sup> Caso «Indyka vs. Indyka» del 23 de mayo de 1967, *Revue Critique de Droit International Privé* 1969-801 con nota de Photion FRANCESCAKIS, «Un bond de la jurisprudence anglaise en matière de reconnaissance des décisions étrangères». En jurisprudencia francesa: caso «Mack Trucks», Cour de Paris, 10/11/1971, *Journal de Droit International* 1973, pág. 239/259 con nota de A. HUET; caso «Simitch», Cour de Cassation,

Con inspiración en la evolución de la jurisprudencia francesa, en doctrina nacional se ha considerado que la redacción del art. 517, inc. 1º, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación -que se refiere a «normas argentinas de jurisdicción internacional»- es lo suficientemente amplia como para abarcar otro sistema -distinto de la bilateralización de las normas de competencia directa-, que consistiría en dar por cumplido el recaudo cuando la controversia presenta una «vinculación sustancial» con el país extranjero. Esa norma de contenido flexible sería también una «norma argentina de jurisdicción internacional» indirecta, que requeriría ser precisada por el juez en el caso concreto <sup>203</sup>.

Por su parte, el profesor Boggiano ha propiciado un «multilateralismo crítico», que defiende en estos términos: «*La jurisdicción internacional extranjera debe haber sido asumida de tal modo que no signifique colocar a una parte en una grave dificultad para la defensa. Si en el foro extranjero no es posible un justo juicio por razones jurisdiccionales, el juez extranjero carece de jurisdicción. No cabe el apego a un fetichismo jurisdiccional... Las normas argentinas de jurisdicción internacional (art. 517, inciso 1, Código Procesal Civil y Comercial), deben interpretarse con una prudente consideración de los resultados o consecuencias a que pueda conducir su aplicación a las particulares circunstancias del caso...*» <sup>204</sup>.

En nuestra opinión, en el marco del derecho positivo, creemos que no tiene cabida una interpretación del art. 517, inciso 1, citado, en el sentido de admitir razonamientos flexibles.

---

6/2/1985, Revue Critique de Droit International Privé 1985-369, con nota de Photion FRANCESCAKIS. La jurisprudencia «Simitch» consagra en el derecho positivo francés, la ruptura conceptual entre las competencias directa e indirecta y la elaboración de una norma específica de competencia indirecta de contenido flexible.

<sup>203</sup> Alejandro RADZYMSKI, «El reconocimiento...», ob. cit., págs. 610 y 613. Niega esta posibilidad el profesor Boggiano, en su obra *Curso de derecho internacional privado*, ob. cit., págs. 296/298.

<sup>204</sup> Antonio BOGGIANO, *Derecho internacional privado*, ob. cit., t. I, págs. 557/558.

En materia de adopción internacional, el rol de la autoridad que constituye la adopción es protagónico, tanto porque tiene en sus manos la apreciación del carácter genuino del estado de adoptabilidad del niño, cuanto porque le corresponde ponderar cuál es su mejor interés al constituir la adopción. Un criterio muy restringido en cuanto al control de la competencia del juez que ha intervenido en la constitución del emplazamiento en el extranjero, conduce a situaciones claudicantes, con grave desprotección para el niño concreto.

### *B. El control del orden público internacional*

La noción de orden público que interesa es similar a la noción que se utiliza como última etapa del razonamiento conflictual, a fin de resolver si la solución a la que se arriba por aplicación de un derecho extranjero, es compatible con los principios sociales, culturales, morales y jurídicos del foro. Se trata del orden público negativo o de evicción, que permite rechazar el reconocimiento cuando se comprueba que la solución material plasmada en la sentencia es incompatible con los principios fundamentales del foro <sup>205</sup>.

El orden público es el último resguardo que los Estados se reservan antes de reconocer o de dar ejecución a una decisión extranjera, cualquiera sea su fuente. Un concepto extendido de orden público, o su utilización con ligereza como obstáculo al reconocimiento, puede frustrar todo intento de coordinación entre ordenamientos, tanto en relaciones bilaterales como en la dinámica de aplicación de una convención multilateral. Por ello, en las convenciones que se elaboran en el seno de la Conferencia de La Haya se suele limitar al

---

<sup>205</sup> Antonio BOGGIANO, *Derecho internacional privado*, ob. cit., t. II, pág. 1335; Henri BATIFFOL - Paul LAGARDE, *Traité...*, 7ª ed., ob. cit., t. II, pág. 588; Paul LAGARDE, *Répertoire Dalloz de Droit International*, *Ordre Public*, N° 62 y ss, Dominique HOLLEAUX, ob. cit., Fascículo 584-A.

máximo la posibilidad por parte de los Estados contratantes de justificar el incumplimiento de lo dispuesto en la convención, sobre la base del orden público. Incluso, en ciertas ocasiones, se ha logrado suprimir toda referencia o modificar el contenido de la cláusula de orden público <sup>206</sup>.

Una reflexión especial merece el tema del contenido del orden público internacional en materias relacionadas con los niños. Ello es así, en virtud de la tensión producida entre dos fuerzas que pujan en sentidos opuestos:

a) Una, universalista y uniformadora, que nace de la conciencia generalizada de los derechos fundamentales del hombre y del niño, especialmente tras la vigencia extendida de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño; estos principios de validez universal afectan el contenido del orden público internacional del foro, pues los principios esenciales en una legislación nacional se enriquecen gracias a estándares de aceptación generalizada que obligan a los Estados a reformar y a adecuar sus normas positivas, a fin de responder al parámetro universal que, no obstante, es un mínimo ideal y no un tope.

b) Otra, fragmentadora y respetuosa de la diversidad cultural de las naciones y de los pueblos. En efecto, el artículo 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño destaca la obligación de respetar las particularidades culturales de la familia, del país y de la civilización a la que el niño pertenece. En este sentido, la noción de orden público internacional relativa a un niño, debe contemplar ese derecho humano fundamental a no perder los componentes de su individualidad cultural *-tanto como sea compatible con su dignidad de ser humano universal-*, exigencia que, entre otras manifestaciones, impone el respeto al principio de subsidiariedad de una adopción internacional, siempre y

---

<sup>206</sup> Por ejemplo, el art. 20 de la Convención de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de niños del 25 de octubre de 1980.

cuando pueda protegerse al niño mediante una oportuna y satisfactoria adopción nacional <sup>207</sup>.

Para poner en evidencia el enfrentamiento de estas fuerzas, diremos que el dogma de la autonomía del niño, de la protección de su dignidad tanto frente a terceros como incluso frente a sus padres, provoca la dificultad de lograr el reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales inspiradas en esos principios, en los países pertenecientes a la tradición musulmana, sustentados en una concepción de la familia de base religiosa y autoritaria <sup>208</sup>.

Ese es el motivo por el cual en la Convención bilateral celebrada entre Francia y Marruecos relativa al estatuto de las personas y de la familia y a la cooperación judicial del 10 de agosto de 1981 <sup>209</sup>, en materia de custodia de niños, se dispuso el control de la competencia del tribunal que dictó la decisión -que debía ser el de la residencia común efectiva de los padres o el de la residencia del padre con quien el niño vivía habitualmente, art. 24- y se suprimió totalmente la posibilidad de invocar el orden público del Estado requerido. Tampoco puede invocarse este instituto en el sistema de la Convención franco-argelina del 21 de junio de 1988, relativa a niños de parejas mixtas separadas vigente desde el 1º de agosto de 1988 <sup>210</sup>. Según este tratado bilateral -que puso tér-

---

<sup>207</sup> Erik JAYME, «Identité culturelle...», ob. cit. , especialmente pág. 167 y ss.

<sup>208</sup> Jean DÉPREZ, «Droit international privé et conflits de civilisations, aspects méthodologique», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 1988, t. 211, pág. 9 y ss..

<sup>209</sup> Convention entre la République Française et le Royaume du Maroc relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, du 10/8/1981. En vigor desde el 13 de mayo de 1983. Texto publicado en la *Revue Critique de Droit International Privé* 1983, págs. 532/538.

<sup>210</sup> Alí MEBROUKINE, «La Convention algéro-française du 21 juin 1988 relative aux enfants de couples mixtes séparés. Le point de vue d'un algérien», *Revue Critique de Droit International Privé* 1991, págs. 1/39. El Código de la Familia argelino subordina el derecho de guarda a la obligación del progenitor guardián de educar al niño en la religión

mino a una angustiante serie de desplazamientos ilícitos de niños a territorio argelino, con imposibilidad total de lograr la restitución del menor al territorio francés de la anterior residencia habitual de la familia- el juez con competencia exclusiva para decidir la guarda del niño es el juez del último lugar de convivencia del matrimonio. A la ejecución de esa decisión no puede oponerse el orden público internacional del Estado de refugio.

Puede suceder que el Estado de origen de la sentencia no esté obligado internacionalmente por la Convención sobre los Derechos del Niño o que, en virtud de las reservas u otras razones derivadas de las relaciones entre los tratados y la legislación interna propias de la organización constitucional de ese Estado <sup>211</sup>, sus jueces entiendan que las normas de esa Convención -o de otras relativas a los derechos fundamentales del niño- son sólo programáticas y que, en consecuencia, no están obligados a reflejar en sus sentencias una solución acorde con esas disposiciones y principios. A pesar de estas circunstancias -que dependen en general del derecho constitucional del Estado de juzgamiento-, si el juez del Estado donde se reclame el reconocimiento de esa sentencia está obligado por la Convención sobre los Derechos del Niño, no

---

del padre; ese derecho rara vez es respetado si la guarda es confiada al progenitor no musulmán (en la práctica de las relaciones bilaterales, tal situación se configuraba cuando los jueces franceses confiaban la guarda del niño a la madre francesa o residente en Francia, con derecho de visita a favor del padre musulmán). Fuera del mecanismo de la Convención, no existía ninguna posibilidad de que una decisión en esas condiciones fuese reconocida en jurisdicción argelina.

<sup>211</sup> El número de 191 Estados obligados por la Convención sobre los Derechos del Niño no debe darnos un exagerado entusiasmo sobre la vigencia efectiva de los principios y normas positivas contenidas en ese instrumento. Ello es así, tanto por las reservas con las que se obligaron los Estados (por ejemplo, los países de tradición musulmana han hecho reserva de todas las disposiciones que estén en contradicción con la letra y el espíritu de la Charia), como por el sistema nacional de relación entre el derecho internacional y el derecho interno. Ver, sobre este último punto, el caso «Murray G.F. vs. Director Family Services», fallado por la Full Court of the Family Court of Australia at Sydney, el 6 de octubre de 1993, publicado en Family Law Cases 192-416 (1993).

puede insertar en su ordenamiento una situación jurídica que no responda a esos principios <sup>212</sup>.

Cuando un Estado se obliga por un tratado de derechos humanos, incluso antes de la vigencia internacional de tal instrumento, se ha producido una modificación insoslayable en el seno del ordenamiento, que repercute en la noción de orden público internacional que funciona en las manos de los jueces como la pieza clave en oportunidad de insertar en el foro una decisión extranjera <sup>213</sup>.

## *Sección 2*

### *El principio del reconocimiento en un marco de relaciones estrechas*

La idea es sencilla y conduce a una coordinación efectiva: varios Estados, unidos por afinidad cultural y por el interés en mantener relaciones estrechas, acuerdan la competencia de un determinado tribunal, sobre criterios bien definidos, y aceptan que lo decidido por esa autoridad en un procedimiento regular, reciba reconocimiento y ejecución en todos los ordenamientos involucrados. El ideal de la libre circulación de sentencias, dotadas de eficacia sustancial y de autoridad de cosa juzgada, sin verificación de requisitos o con controles limitados, elimina el riesgo de situaciones claudicantes y crea la ficción de un espacio judicial único. Por ello es una experiencia que han desarrollado los Estados en procesos de integración o Estados federados bajo los principios y normas de una única Constitución. Paradójicamen-

---

<sup>212</sup> Pierre MAYER, «La convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères», *Revue Critique de Droit International Privé* 1991, págs. 651/665, especialmente pág. 653.

<sup>213</sup> María Susana NAJURIETA, «Orden público internacional y derechos fundamentales del niño», L.L. 1997-B, págs. 1436/1445.

te, se ha utilizado esta técnica para coordinar ordenamientos entre Estados separados por un abismo cultural.

### *A. La confianza en la actuación de jueces extranjeros*

Un buen ejemplo es la Convención de Bruselas del 27 de septiembre de 1968 sobre competencia judicial y efectos de sentencias extranjeras en el ámbito de la Comunidad Económica Europea -hoy Comunidad Europea-, que fue preparada desde 1960 en el marco del art. 220 del Tratado de Roma de 1957 <sup>214</sup>, con el propósito de asegurar a los ciudadanos «la simplificación de formalidades a las que se subordinan el reconocimiento y la ejecución recíprocos de las decisiones judiciales, como así también de las sentencias arbitrales» <sup>215</sup>.

---

<sup>214</sup> Entre los seis Estados originales, esta Convención entró en vigor el 1º de febrero de 1973. Con motivo del ingreso a la Comunidad del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, del Reino de Dinamarca y de Irlanda, se efectuó una adaptación del documento original por la Convención de Luxemburgo del 9 de octubre de 1978, que entró en vigor el 1º de noviembre de 1986. El ingreso de España y Portugal determinó leves modificaciones, plasmadas en el texto de la Convención de San Sebastián de 1989. Conf. Hélène GAUDEMET-TALLON, *Les Conventions de Bruxelles et Lugano. Compétence internationale, reconnaissance et exécution des jugements en Europe*, 2ª ed., París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1996, págs. 9/11. El ingreso a la Comunidad de Austria, Finlandia y Suecia determinó una nueva convención de adhesión del 29 de octubre de 1996, que entró en vigor el 1º de agosto de 2000 y es el último texto de la Convención anterior a su transformación en derecho comunitario. En efecto, por reglamento del Consejo Europeo del 22 de diciembre de 2000 se operó tal esencial conversión, con leves modificaciones de fondo. El nuevo texto es obligatorio y directamente aplicable a partir del 1º de marzo de 2002 en todos los Estados miembros. Conf. Georges DROZ - Hélène GAUDEMET TALLON, «La transformation de la Convention de Bruxelles...», ob. cit. en nota 176 de esta Primera Parte.

<sup>215</sup> El antiguo art. 220 del Tratado de la Comunidad Europea ha sido mantenido intacto por el Tratado de Amsterdam, convertido en el actual artículo 293. La Comisión europea intentó eliminar la línea cuarta del art. 293, relativa al reconocimiento y ejecución de decisiones, sin que el propósito pudiera finalmente concretarse. Conf. Christian KOHLER, «Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d'Amsterdam», *Revue Critique de Droit International Privé* 1999, t. 88, págs. 1/



Los caracteres del sistema pueden resumirse así:

- Reconocimiento de pleno derecho de decisiones emanadas de jueces de los Estados contratantes, sin necesidad de ningún procedimiento.

- Posibilidad de promover una acción de constatación de regularidad a fin de tener seguridad sobre el reconocimiento.

- Procedimiento unilateral, tanto en el supuesto anterior, como en la demanda de *exequatur*. Ello significa que el juez resuelve sin dar participación a la parte afectada por el reconocimiento o la ejecución; esa decisión, debidamente notificada, puede dar lugar a la oposición de la parte contraria, circunstancia que determina que el procedimiento se vuelva contencioso <sup>216</sup>.

Este sistema no controla la competencia del juez de origen; da por sentado que los jueces del espacio europeo se han declarado competentes sobre la base de las normas de jurisdicción directa de la Convención de Bruselas y que han respetado las garantías que conforman el estándar de la buena administración de justicia.

El modelo de esta convención ha sido seguido en la Convención de La Haya del 19 de octubre de 1996 relativa a la competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de niños <sup>217</sup>. El principio consiste en lo

---

30. A pesar de este propósito, y en el marco de los arts. 65, 67 y 251 del Tratado de Amsterdam, se han dictado los reglamentos «Bruselas I» y «Bruselas II». Ver notas 176 y 214 de esta Primera Parte.

<sup>216</sup> En el marco del proceso de integración del Mercosur, el Protocolo de Las Leñas sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, aprobado por Decisión 5/92 del CMC -en Argentina, aprobado por ley 24.578- contempla en su Capítulo V (arts. 18 al 24) un procedimiento tradicional, en el cual la demanda del actor es notificada a la parte contraria y da lugar a debate contencioso que precede a la toma de decisión por parte del juzgador.

<sup>217</sup> Ver comentario en la Segunda Parte, Título I, Capítulo 2, Sección 3, de este trabajo. También ha consagrado el principio de reconocimiento de pleno derecho, con un

siguiente: un juez requerido de reconocimiento y/o ejecución de una medida dispuesta por la autoridad de otro Estado parte de la Convención, da eficacia -o ejecuta, según el caso-, tal disposición pues presupone que esa otra autoridad ha interpretado y ha aplicado correctamente las reglas convencionales comunes.

Los Estados Unidos de Norteamérica han implementado instrumentos que responden a las características señaladas, destinados a regular relaciones interestadales, que descansan en el principio de la «*Full Faith and Credit Clause*» de la Constitución federal norteamericana.

En materia de menores, la Uniform Child Custody Jurisdiction Act (U.C.C.J.A.), sigue un esquema similar, en su propósito de resolver la custodia de los niños tras el divorcio de los padres y de prevenir los desplazamientos y las retenciones ilícitas.

Se selecciona un tribunal con lazos justificados con el niño, el juez del *home state*<sup>218</sup>, normalmente, la autoridad que puede contar con más información sobre las características y necesidades del niño. La decisión de esa autoridad goza de reconocimiento y ejecución en todos los demás Estados de los Estados Unidos de Norteamérica. Toda modificación o reajuste en la decisión sobre la custodia del niño será, como regla, resuelta por ese tribunal original a menos que, por una modificación sustancial en las circunstancias de la especie, se seleccione un nuevo tribunal para el seguimiento del niño.

---

régimen similar, la Convención de La Haya del 2 de octubre de 1999 sobre protección internacional de adultos, art. 22 y ss.. El texto se ha publicado en *Revue Critique de Droit International Privé* 1999, N° 4, pág. 877 y ss..

<sup>218</sup> La ley define el *home state* en los siguientes términos: «... the state in which the child immediately preceding the time involved lived with his parents, a parent, or a person acting as parent, for at least six consecutive months, and in the case of a child less than six months old, the state in which the child lived from birth with any of the persons mentioned».

Las pequeñas dificultades en el mecanismo, son subsanadas por *comunicación directa entre los jueces* <sup>219</sup>.

Bajo los principios de enfoque jurisdiccional y de plena confianza en los jueces, se logra una efectiva coordinación de ordenamientos.

*B. La prevención mediante un mecanismo de reconocimiento que precede al conflicto*

El presupuesto sociológico de técnicas preventivas no es la confianza entre las autoridades sino la desconfianza, motivada con frecuencia por circunstancias externas -relativas a las relaciones diplomáticas entre los Estados- que pueden repercutir en el funcionamiento global del ordenamiento jurídico.

La prevención es efectiva si se organiza mediante un tratado, que prevé en abstracto y para una generalidad de supuestos, la obligación internacional de ejecutar lo dispuesto por la autoridad competente del otro Estado contratante, sin necesidad de procedimiento y evitando todo control de condiciones. Un ejemplo típico es la mencionada Convención franco-argelina del 21 de junio de 1988, relativa a niños de parejas mixtas separadas, que procuró resolver el supuesto de niños de doble nacionalidad retenidos por sus padres en Argelia, en ocasión del ejercicio del derecho de visita, sin ninguna posibilidad de que ese país reconociera una sentencia relativa a la guarda del menor dictada por el tribunal francés competente <sup>220</sup>. El punto central del acuerdo es que el

---

<sup>219</sup> Herma Hill KAY, «Adoption in the Conflict of Laws: the UAA, not de UCCJA, is the Answer», California Law Review... 1996, t. 84, University of California Press, págs. 703/755. Ese trabajo argumenta en favor del *recurso a la Full Faith and Credit Clause para resolver problemas de incoherencias entre Estados en materia de adopción, sin esperar reformas legislativas.*

<sup>220</sup> En el régimen de esta Convención, con anterioridad a la salida del niño del país de su habitual residencia y bajo la responsabilidad de la autoridad central del convenio -los respectivos ministerios de Justicia-, el Estado que va a recibir al niño debe reconocer el carácter ejecutorio de la decisión relativa a la guarda dictada en el otro Estado.

procedimiento que otorga el *exequatur* se ha realizado con anterioridad al advenimiento del conflicto. Cuando éste sucede, la decisión judicial es ejecutoria y está revestida de *exequatur* y «comporta autorización para la salida del niño del país» (art. 9º de la Convención).

Este mecanismo supone un profundo conocimiento de los *aspectos incompatibles* entre el ordenamiento extranjero y el propio, conocimiento que puede darse en un marco acotado de países entre los cuales exista la voluntad política de cooperación <sup>221</sup>.

## CONCLUSIONES

La bilateralidad y la abstracción propias de la norma de conflicto savigniana no permiten distinguir las especies en las cuales el foro tiene interés dominante de aquellas otras que no presentan lazos de proximidad con el propio ordenamiento, por haber sido creadas bajo una legislación diferente y, tal vez, en el contexto de una civilización distante.

Las técnicas habituales de coordinación del derecho internacional privado clásico sólo aseguran la aplicación de un derecho con lazos razonables de proximidad con la especie, conclusión satisfactoria en la gran mayoría de las materias pero que no alcanza a garantizar la adecuada protección de un niño en la riesgosa experiencia del desplazamiento a otro Estado antes o después del dictado de una adopción.

El reenvío, incluso si se lo concibe en función de la coordinación de sistemas, no deja de ser un razonamiento dotado de un alto grado de abstracción, que no asegura la articulación global y concreta de los ordenamientos involucrados.

La solución del problema de la cuestión previa según la teoría de Wengler o la óptica funcional, conlleva un inevitable

---

<sup>221</sup> El art. 23 de la Convención de La Haya del 19 de octubre de 1996, citada en esta sección, prevé la posibilidad de un reconocimiento preventivo. Ver nota 217 de esta Primera Parte.

La Convención se abrió a la firma en Estrasburgo el 24 de abril de 1967 y entró en vigor el 26 de abril de ese año. Indudablemente, ha contribuido a aproximar las legislaciones europeas en cuanto al concepto, finalidad y efectos de las adopciones <sup>25</sup>.

Comprende la adopción de un niño que no haya cumplido los 18 años, no casado ni considerado mayor. Establece un mínimo de principios fundamentales obligatorios (arts. 4º a 16) y una serie de recomendaciones que cada Estado puede tomar en cuenta si lo estima conveniente (arts. 17 a 20). Presentaremos las ideas principales:

- La adopción debe otorgarse con intervención de autoridad competente, judicial o administrativa (art. 4º). Un contrato no satisface el requisito. Debe haber un poder público que verifique que se han cumplido las condiciones para el bienestar del niño.

- Es necesario contar con el consentimiento de la madre y, si el niño es legítimo, del padre o, en su defecto, de toda persona o de todo otro organismo habilitado para ejercer los derechos parentales. No se puede dispensar este requisito, salvo por razones fundamentales que señale la legislación nacional (art. 5º).

- El consentimiento de la madre sólo es admisible una vez que el niño ha nacido, después de un período que será prescripto por la legislación nacional pero que no debe ser inferior a seis semanas (en todo caso, es necesario que la madre se haya recuperado del parto y de sus secuelas emocionales).

- La autoridad competente no otorgará la adopción sino después de una investigación concerniente al adoptante, al adoptado y a su familia, investigación que debe ser llevada a cabo por trabajadores sociales o personas calificadas en cuanto a su formación y experiencia.

---

<sup>25</sup> Ha sido ratificada por Alemania, Austria, Dinamarca, Grecia, Irlanda, Italia, Letonia, Liechtenstein, Malta, Noruega, Polonia, Portugal, Reino Unido, Rep. Checa, Rumania, Suecia y Suiza.

to. También parece insoslayable el método que ha profundizado el profesor Picone y que está centrado en apreciaciones de orden *funcional*, esto es, tiene en mira el desarrollo presente o futuro de una situación jurídica.

Lo importante es advertir que la adopción, como situación constituida por un órgano público del Estado -y por lo tanto «formalmente nacional»- es o puede ser potencialmente multinacional, y, en ese supuesto, lograr que el emplazamiento sea estable y eficaz en los distintos ordenamientos jurídicos involucrados. Puesto que la figura que más interesa es la constitución de una adopción con probable desplazamiento del niño a país extranjero, el método de la referencia al ordenamiento competente puede conducir a *condicionar la competencia internacional* del juez a la aprobación de la adopción por parte de la autoridad extranjera del Estado de probable destino del niño. Otra variante sería exigir la demostración de esa aprobación como *condición de validez sustancial* -que se acumula a otras condiciones intrínsecas y extrínsecas- al tiempo del otorgamiento de la adopción.

Todo reconocimiento de sentencias o emplazamientos adoptivos constituidos en el extranjero, comporta un eficaz nivel de coordinación entre el foro que reconoce y el foro de creación de la adopción. Si existe y puede identificarse un ordenamiento de probable posición dominante, bastará que el foro acepte aquello que es existente y eficaz en ese ordenamiento, bajo la sola verificación de la compatibilidad con el propio orden público internacional.

Finalmente, una definición flexible del contenido del orden público, que respete un núcleo indestructible constituido por los derechos fundamentales del niño, favorece la coordinación de ordenamientos y aproxima, en cierto sentido, la metodología savigniana al método norteamericano de la ponderación de intereses materiales <sup>223</sup>.

---

<sup>223</sup> Muir WATT HORATIA, «Droit public et droit privé dans les rapports internationaux (Vers la publicisation des conflits de lois?)», en *Archives philosophiques de droit* 1997, págs. 207/214, especialmente pág. 213.

judeocristiana, de los aportes de los pueblos germánicos, eslavos, nórdicos, de la ideología de la Revolución Francesa y del Romanticismo. Atravesada en pleno siglo XX por el odio y la muerte, se renovó al fin de la Segunda Guerra Mundial gracias al formidable proyecto político y económico que se propuso la construcción de la unidad europea.

Sobre las ruinas de la guerra, diez Estados crearon el Consejo de Europa, con sede en Estrasburgo <sup>23</sup>, entidad dotada de original estructura, que hace coexistir un Comité de Ministros, emanación de los gobiernos, y una Asamblea Parlamentaria, donde deliberan los representantes electos de los pueblos de Europa. Ambos órganos elaboran y aprueban instrumentos -tratados, resoluciones, recomendaciones- y realizan estudios comparativos, todo ello orientado a la protección de la democracia y de los derechos humanos y al fortalecimiento de la identidad cultural europea.

A sólo un año de su creación, el Consejo aprobó la Convención europea de protección de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales, vigente desde 1953.

#### *A. El Consejo de Europa y la protección de la infancia*

La Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961 y en vigor desde el 26 de febrero de 1965, consti-

---

<sup>23</sup> La creación tuvo lugar el 5 de mayo de 1949. El art. 1º del Estatuto del Consejo de Europa establece el objetivo de «réaliser une union plus étroite entre ses membres afin de sauvegarder et de promouvoir les idéaux et les principes qui sont leur patrimoine commun et de favoriser leur progrès économique et social». El compromiso entre los Estados que deseaban consagrar un sistema de toma de decisiones supranacional -Italia, los países del Benelux- y aquellos otros que sólo pretendían tejer una trama de relaciones intergubernamentales tradicionales -Reino Unido, países escandinavos- determinó un estatuto híbrido, pronto superado por la energía del proceso de integración comunitario. Esta situación motivó las críticas del general De Gaulle, para quien la Organización era «une belle qui sommeille sur les bords du Rhin». Conf. Denis HUBER, *Une décennie pour l'histoire. Le Conseil d'Europe 1989-1999*, París, Éditions du Conseil de l'Europe, 1999, pág. 3.





blece: «Si, según la ley nacional del menor, éste o un miembro de su familia deben comparecer personalmente ante la autoridad que debe constituir la adopción, esta autoridad procederá por vía de carta rogatoria cuando la persona en cuestión no tenga su residencia habitual en el Estado de dicha autoridad». Esta disposición puede tener sentido entre Estados de similares instituciones sustanciales y procesales, que compartan un similar sustrato cultural y tejan relaciones de confianza mutua. No se comprende cuál sería el contenido del exhorto cuando el Estado nacional del niño desconozca el tipo de adopción que se vislumbra en el Estado nacional del adoptante o cuando el Estado de la residencia habitual del adoptante excluya a la familia de sangre de la participación en el procedimiento de la adopción (y, por hipótesis, la intervención sea necesaria según la ley nacional del menor).

A los fines de este trabajo, destacamos las normas de los arts. 4º, segundo párrafo, en combinación con el art. 13 y, por otra parte, los arts. 8º, párrafos primero y segundo, y 9º, párrafo segundo.

Todo Estado puede hacer una declaración en las condiciones del art. 13, a fin de preservar ciertas normas imperativas de su derecho interno y obligar a que sean respetadas por la autoridad de la residencia habitual del adoptante -que aplicará su *lex fori*- en la hipótesis de que el adoptante sea nacional de ese Estado que ha efectuado la declaración. La aplicación acumulativa de la ley sustancial de la residencia habitual del adoptante más las disposiciones imperativas de la ley nacional del adoptante -objeto de la declaración conforme al art. 13-, tienden a asegurar la validez de la adopción desde la óptica de ambos ordenamientos: el de la nacionalidad y el

---

adopción a la que sea aplicable el presente convenio; las autoridades, a este fin, pueden comunicarse directamente entre sí». El párrafo tercero, dice: «Cualquier Estado contratante tiene la facultad de designar una o varias autoridades encargadas de las comunicaciones previstas en el párrafo anterior».

dad de que prospere una solicitud de «segunda adopción». El niño ha roto sus lazos de filiación con su familia biológica y tiene un estatuto incierto en el país de acogimiento.

- En el país de residencia de un niño cuya ley personal prohíbe la filiación adoptiva, se otorga adopción en favor de candidatos de igual estatuto personal prohibitivo, en razón de que ese foro privilegia la inserción del niño al nuevo medio de su residencia. Ese emplazamiento no tiene posibilidad alguna de ser reconocido en el Estado de la nacionalidad de las partes involucradas, lo que significa una potencial inestabilidad -de por vida y a los efectos sucesorios- en caso de desplazamiento a países de igual tradición musulmana.

- En el país de origen del niño o donde se ha configurado su estado de abandono se exige un período muy breve de colocación del menor en guarda preadoptiva. Una vez otorgada la adopción de tipo fuerte, y radicada la familia en el Estado de acogimiento, donde la adopción constituida en el extranjero se reconoce de pleno derecho, se produce el rechazo del niño por los adoptantes. El país de origen no ha previsto ningún seguimiento pues se trató de una adopción de tipo fuerte. El país de recibimiento ha autorizado la residencia del niño a través de las autoridades consulares o migratorias, pero no existe ninguna autoridad judicial o administrativa responsable de la suerte del niño extranjero, que será probablemente colocado en situación de nuevo desamparo.

Estos ejemplos, que no agotan todas las posibilidades, ponen en evidencia la falta de coordinación entre los sistemas de derecho internacional privado y sobre todo, entre los ordenamientos estatales donde se verifican las dos circunstancias relevantes: la creación de la adopción, por una parte, y su reconocimiento e inserción en un foro ajeno al de su constitución, por la otra.

Con el propósito de solucionar estas dificultades de articulación, los países han intentado plasmar en tratados, soluciones uniformes de conflicto de autoridades y de conflicto de leyes y han aprobado, asimismo, convenciones que

Durante las negociaciones diplomáticas se tuvo en cuenta, además de las conclusiones del Seminario de Leysin, el informe de la organización Servicio Social Internacional (SSI), que sugirió implementar un programa de cooperación entre autoridades, con coincidencias respecto de normas materiales mínimas, que deberían respetar los criterios siguientes:

- Establecer controles para prevenir el desplazamiento de niños al extranjero con propósitos de adopción, sin que se haya establecido previamente que ese emplazamiento obedece al interés superior del niño;

- Ninguna adopción que comporte un desplazamiento a través de las fronteras, debería pronunciarse sin un período de prueba suficientemente vigilado y satisfactorio; la capacidad jurídica de actuar en el interés del niño debería ser transferida a la organización social responsable de supervisar la colocación del niño;

- La adopción debería poner fin a todos los lazos jurídicos entre el niño y su familia de origen y debería otorgar al niño derechos equiparables a los de un niño legítimo;

- Una decisión de adopción dictada en un país, debería ser reconocida en todos los otros países <sup>20</sup>.

Al avanzar en la elaboración del texto, los delegados de los Estados miembros optaron por abandonar la metodología sustancialista y prefirieron asegurar la protección del niño mediante el establecimiento de reglas uniformes sobre competencia de autoridades y ley aplicable y a través de un sistema más perfecto de reconocimiento de adopciones conferidas en el extranjero.

---

<sup>20</sup> *Actes et documents de la Dixième Session*, Bureau Permanent de la Conférence de La Haye, t. II, págs. 79/80

das, que dictó la resolución N° 3028 de la Asamblea General, titulada «United Nations Conference for an International Convention on Adoption Law». El proyecto de tratado no prosperó, pero los estudios se plasmaron en la Declaración fundamental adoptada el 3 de diciembre de 1986 por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. Los principios -sobre todo los contenidos en los arts. 22 y 23<sup>3</sup>- fueron recogidos años más tarde en la Convención de La Haya del 29 de mayo de 1993 sobre protección de niños y cooperación en materia de adopción internacional.

Otra organización intergubernamental que incorporó el tema de la adopción internacional en sus debates fue el UNIDROIT -*International Institute for the Unification of Private Law*- que trabajó en la materia en sus sesiones de 1986, 1987 y 1988. En octubre de 1988, el secretario general del UNIDROIT ofreció la contribución de esta institución a la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y el organismo estuvo presente con carácter de observador en las negociaciones diplomáticas que concluyeron con la Convención del 29 de mayo de 1993<sup>4</sup>.

También el Consejo de Europa, con posterioridad a la Convención europea sobre Adopción de Menores, firmada en Estrasburgo el 24 de abril de 1967, mantuvo su interés sobre otros aspectos relacionados con el desplazamiento de

---

<sup>3</sup> «Déclaration sur les principes sociaux et juridiques applicables à la protection et au bien être des enfants, envisagés surtout sous l'angle des pratiques en matière d'adoption et de placement familial sur les plans national et international. Documento A/RES/41/85, del 6 de febrero de 1987. Dice el art. 22: «Aucune adoption à l'étranger ne devrait être envisagée avant qu'il n'ait été établi que l'enfant est légalement adoptable et que les documents pertinents nécessaires pour accomplir les procédures d'adoption, tels que le consentement des autorités compétentes, seront obtenus. Il devrait également être établi que l'enfant pourra émigrer et immigrer pour rejoindre ses futurs parents adoptifs et qu'il pourra obtenir leur nationalité». Art. 23: «En cas d'adoption à l'étranger, la validité juridique de l'adoption devrait, en règle générale, être assurée dans les deux pays intéressés».

<sup>4</sup> Johannes H.A VAN LOON, «International Co-operation...», ob. cit., pág. 321.

La finalidad de los trabajos de la Conferencia, tal como fueron concebidos en esta primera época -que llega hasta la década de los sesenta, con sesiones interrumpidas de 1928 a 1951-, fue elaborar reglas de conflicto de leyes y de jurisdicciones en tratados diplomáticos negociados entre los Estados miembros. El art. 1º del Estatuto, aprobado en 1955, afirma que la conferencia tiene por objeto trabajar por la unificación progresiva de las reglas de derecho internacional privado.

Desde 1960 la Conferencia abrió sus puertas a los países del *common law*. Estados Unidos de Norteamérica es miembro desde 1964 y el Canadá desde 1968. A partir de entonces, se profundizó el método comparatista y el diálogo entre países de tradición anglosajona, de tradición civilista y de tradición musulmana. Como regla general, las convenciones elaboradas en el seno de la Conferencia de La Haya son multilaterales de carácter universal. En algunos casos se han elaborado instrumentos en los que la exigencia de reciprocidad es muy fuerte -por ejemplo, la Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de niños, art. 38-, y en ocasiones se ha optado por un sistema mixto, en el que los Estados, mediante una reserva, pueden conservar su regulación de fuente interna para sus relaciones con países no contratantes. Tal es lo que ocurre, por ejemplo, con el art. 13, párrafo 3, de la Convención de La Haya del 19 de octubre de 1996.

*B. La Convención de La Haya sobre competencia de autoridades, ley aplicable y reconocimiento de decisiones en materia de adopción del 15 de noviembre de 1965*

Al tiempo de los trabajos preparatorios de esta convención era frecuente el desplazamiento de niños de uno a otro Estado europeo, con fines de adopción <sup>17</sup>, corriente que sólo

---

<sup>17</sup> Al principio de la década de los sesenta, en Europa no se había extendido la práctica del control de la natalidad. Los niños nacidos fuera de matrimonio eran discrimina-

Los Estados nacionales, tras la vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño -especialmente, en lo que interesa, los arts. 20, 21 y 35-, han revisado sus instrumentos legislativos de derecho internacional privado y han advertido que, en muchos casos, reflejan hasta la exageración la neutralidad del conflictualismo clásico y no permiten asegurar una adecuada protección a los niños vinculados estrechamente al foro ni equilibrar la tensión entre los dos imperativos esenciales: a) permitir que la adopción internacional despliegue su función social, y b) evitar la desviación de la institución de la adopción por medio de aberrantes actos de tráfico.

El desarrollo de esta Segunda Parte comprenderá dos títulos, destinados a descubrir técnicas de coordinación entre sistemas de derecho internacional privado u ordenamientos, en las convenciones internacionales -en materia de adopción y en otros temas afines dentro de la protección del menor- y en las legislaciones nacionales.

La proliferación de reglamentación en la fuente convencional nos ha impulsado a dar una breve referencia al ámbito de aplicación y a la estructura general de cada convención, tópicos que, indudablemente, otros autores han profundizado en trabajos específicos. En cuanto al panorama que brindaremos de derecho comparado, hemos seleccionado legislaciones que sirven de modelo de coordinación -como el derecho internacional privado suizo-, y otras que, en nuestra opinión, son ejemplo de lo que se debe evitar en una reglamentación -como las normas que regulan la «salida organizada de niñas» de China- a fin de que la variedad de los ordenamientos jurídicos enriquezca las conclusiones.

Interamericana Especializada en Derecho Internacional Privado, en 1994, a fin de elaborar un marco jurídico que organizara la cooperación civil y penal para luchar contra ese flagelo, bajo la inspiración del art. 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

## Capítulo 1

### Instrumentos elaborados en la década de los sesenta

Dos convenciones internacionales vieron la luz en la década de los sesenta: una, destinada a unificar progresivamente el derecho interno de cada Estado en materia de adopción, elaborada en el seno del Consejo de Europa, y la otra, elaborada en el marco de la Conferencia de La Haya, destinada a designar la autoridad competente para constituir adopciones con elementos extranjeros, eliminar el conflicto de leyes y dar eficacia a adopciones otorgadas fuera del país.

#### *Sección 1*

##### *Los trabajos en el seno de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*

En el seno de la Conferencia de La Haya, el siglo XX empezó y finalizó con instrumentos que reflejan honda preocupación por la protección de la infancia. El título de estas convenciones da idea de las características metodológicas propias de la época respectiva. En la Convención sobre ley aplicable a la tutela de menores del 12 de junio de 1902<sup>14</sup>, impera el método conflictual -designación de ley aplicable y de auto-

---

<sup>14</sup> Hoy vigente entre Bélgica, Alemania y Rumania. Un reclamo por incumplimiento de este tratado, presentado por Suecia contra los Países Bajos, dio lugar al célebre caso «Boll», fallado por la Corte Internacional de Justicia en 1958.

protección del menor en general, desde el ángulo de los elementos de coordinación entre sistemas de derecho internacional privado y entre ordenamientos jurídicos.

De los esfuerzos de la primera etapa, tal vez sólo se pueda rescatar la toma de conciencia de que un emplazamiento adoptivo sólo debe ser constituido en el interés del niño, concepto que aparece claramente en el Ciclo de Estudios de Leysin, auspiciado por la división europea de la Organización de Naciones Unidas <sup>9</sup>. Sólo participaron Estados europeos y los debates se centraron en las adopciones internacionales a constituirse entre países europeos, pero los principios que allí se establecieron expandieron su influencia más allá de ese marco regional <sup>10</sup>.

A una segunda época corresponden los estudios que en forma casi paralela emprendieron el UNIDROIT, el Consejo de Europa, el Instituto Interamericano del Niño, la International Law Association y, sobre todo, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y la Conferencia Interamericana Especializada en Derecho Internacional Privado <sup>11</sup>. Una inestimable colaboración fue el informe que Hans van Loon presentó a la Oficina permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado <sup>12</sup>, que abarcaba los elementos de derecho comparado y de derecho internacional privado indispensables para comprender las necesidades a las cuales debía dar respuesta un nuevo tratado en materia de adopción que comportara el desplazamiento del niño a través de las fronteras.

---

<sup>9</sup> *European Seminar on Intercountry Adoption*, Leysin, cantón de Vaud, Suiza, del 22 al 31 de mayo de 1960 (UN/TAO/SEM/1960, Rep. 2).

<sup>10</sup> Georges DESMOTTES, «Vers un droit européen de l'adoption», *Revue de Droit Sanitaire et Social* 1967, N° 9, Éditions Techniques, Paris, págs. 273/285

<sup>11</sup> Johannes H.A VAN LOON, «International Cooperation...», ob. cit., especialmente págs. 308, 321/2.

<sup>12</sup> Johannes H.A VAN LOON, «Rapport sur l'adoption...», citado en nota 7 de esta Segunda Parte.



aislamiento de la especie respecto del contexto de materias vecinas, en aras de hallar una solución inmediata <sup>222</sup>, con el riesgo de perder la coherencia del conjunto.

No es posible reflexionar sobre la *foreign court theory* despojada de sus fundamentos históricos y filosóficos. No obstante, en una línea de pensamiento que guarda cierta similitud, advierto que la distinción que Georges Droz propone en nuestro tiempo entre foro de juzgamiento y foro de razonamiento, encierra valiosas posibilidades para la coordinación de ordenamientos.

La no disociación entre juez y derecho ejerce una comprensible seducción en materia de jurisdicción voluntaria. Aun cuando no se diera ese carácter a un procedimiento que ha de concluir en el otorgamiento de una adopción, es indudable que el juez es la piedra angular de todo el sistema normativo pues a él le corresponde apreciar y aplicar el criterio del mejor interés del niño. El foco de la atención se desplaza del derecho aplicable al juez competente, pues la autoridad que confiere la adopción interpreta en el caso concreto los criterios axiológicos del foro. Una cosa es, sin embargo, la imposibilidad de disociar juez y derecho y otra es el paralelismo entre las conexiones que fijan la competencia jurisdiccional y la competencia legislativa; la primera es rígida, la segunda admite cláusulas escapatorias u otras técnicas de flexibilización del principio.

Las consideraciones sustanciales que se infiltran en el razonamiento conflictualista ¿no marcan una aproximación entre el conflictualismo y el razonamiento estatutario? En materia de adopción parecen insoslayables las enseñanzas de Currie sobre la ponderación de las políticas legislativas subyacentes en las reglas sustanciales del propio ordenamien-

---

<sup>222</sup> Metodología seriamente criticada por el profesor Ives Lequette, por exceso de «utilitarismo». Conf.: «De l'utilitarisme dans le droit international privé conventionnel de la famille», en *L'internationalisation du droit. Mélanges en l'honneur de Ivon Loussouarn*, Dalloz, 1994, págs. 245/263, especialmente pág. 246.

tuye uno de los primeros instrumentos que se ocupan, específicamente, de los derechos sociales y económicos de los niños y del derecho del niño y de su familia a la protección social, legal y económica.

Para citar sólo los convenios relevantes anteriores a la intensa actividad que el Consejo desplegó en la década de los ochenta, mencionaremos: la Convención europea sobre adopción de niños, firmada el 24 de abril de 1967, el Convenio europeo sobre repatriación de menores, elaborado en 1970 y el Convenio europeo sobre la situación jurídica de los niños nacidos fuera de matrimonio, elaborado en 1975 por el Comité Europeo de Cooperación Jurídica y en vigor desde el 11 de agosto de 1978 <sup>24</sup>.

### *B. La Convención europea en materia de adopción de niños del 24 de abril de 1967*

El Comité Social del Consejo de Europa designó en 1961 a un subcomité encargado de dar forma a principios básicos para rodear de las mejores garantías a la adopción de menores entre Estados diferentes, principios destinados a ser incorporados en las legislaciones nacionales de los Estados miembros. Tuvo conocimiento de los trabajos emprendidos en el marco de la Conferencia de La Haya, sin embargo, estimó que la Conferencia avanzaba en el enfoque propio del derecho internacional privado, en tanto el proyecto del subcomité se orientaba hacia el objetivo de lograr un consenso en torno a preceptos sustanciales, válidos para una adopción puramente interna o interestatal.

---

<sup>24</sup> Robin GUTHRIE, «Los niños y el Consejo de Europa», Revista Infancia y Sociedad Nº 15, 1992, Centro Focal, Consejo Nacional del Menor y la Familia, referencia Nº 28594. El primer instrumento que inaugura la década de los ochenta, es la Convención de Luxemburgo del 20 de mayo de 1980 sobre reconocimiento de decisiones relativas a la guarda de niños, elaborada en forma paralela a la Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980.

**SEGUNDA PARTE**

**LA PREOCUPACIÓN POR LA COORDINACIÓN  
EN LAS CONVENCIONES INTERNACIONALES  
Y EN LAS LEGISLACIONES NACIONALES**

de la residencia habitual del adoptante (desde luego, en la hipótesis en que no coinciden). Se trata de una *técnica de coordinación de sistemas*.

Merecen atención las siguientes disposiciones:

Art. 8º: «Cualquier adopción regulada por el presente Convenio y sobre la cual haya decidido una autoridad competente según el párrafo primero del art. 3º, será reconocida de pleno derecho en todos los Estados contratantes» (párrafo primero). «Cualquier decisión de anulación o de revocación pronunciada por una autoridad competente en el sentido del art. 7º, será reconocida de pleno derecho en todos los Estados contratantes» (párrafo segundo).

Art. 9º: «Cuando una de las autoridades competentes según el párrafo primero del art. 7º anule o revoque una adopción, informará al Estado cuya autoridad hubiera concedido la adopción, así como al Estado de la nacionalidad del menor y al Estado en donde hubiera nacido el menor» (párrafo segundo).

Se establece el principio de la circulación de decisiones de constitución, anulación o revocación de adopciones, conforme a la Convención, de pleno derecho, es decir, sin necesidad de promover procedimiento alguno a efectos de verificar condiciones de regularidad en extraña jurisdicción. La intención de armonización se advierte incluso con el Estado donde el niño hubiese nacido que no fuese el Estado nacional del menor. *El conjunto normativo produce una coordinación efectiva entre los ordenamientos jurídicos de la autoridad competente que ha dictado la decisión y del Estado que reconoce de pleno derecho.*

Sólo tres Estados ratificaron esta Convención, circunstancia que permite inferir que a pesar de los esfuerzos, fue un instrumento que no satisfizo las expectativas creadas.

## Sección 2

### *Los trabajos en el seno del Consejo de Europa*

Europa reposa sobre múltiples fundamentos que provienen de la civilización grecolatina, de la influencia

## INTRODUCCIÓN

Desde el momento en que se tuvo la clara noción de que la adopción sólo debía ser otorgada en interés del niño, se advirtieron las dificultades para la coordinación entre los ordenamientos jurídicos de los Estados potencial o efectivamente involucrados en una adopción con elementos extranjeros.

Los sistemas de derecho internacional privado nacionales se mostraron impotentes para solucionar situaciones como las siguientes:

- En el Estado de origen del niño los padres de sangre han dado su consentimiento para el único tipo de adopción que se conoce (débil o simple). Una vez conferida la adopción, los adoptantes desplazan al niño a su Estado domiciliar, cuyo ordenamiento sólo conoce la adopción de tipo pleno y, por lo tanto, no puede reconocer ese emplazamiento constituido en el extranjero. Una nueva demanda de adopción, conforme a la ley del domicilio del o de los adoptantes, ¿exigirá la manifestación de un nuevo consentimiento de los padres biológicos, que no vislumbraron una ruptura de vínculo con el hijo?

- El Estado donde se configura el abandono del niño otorga la adopción a candidatos a adoptar domiciliados en el extranjero, sin tomar en consideración condiciones tales como la diferencia de edad entre adoptante y adoptado o una determinada duración en el período de previa convivencia entre el niño y la familia adoptante. Una vez ingresados en el Estado del domicilio de los adoptantes, esa adopción no puede ser reconocida en esas condiciones, ni existe la posibili-

La Convención fue firmada el 15 de noviembre de 1965 por el Reino Unido y entró en vigor el 23 de octubre de 1978 entre Austria, Suiza y el Reino Unido <sup>21</sup>.

Según este instrumento, sólo puede pronunciarse la adopción si es conforme al interés del niño (art. 6º, párrafo 1) y, en tal sentido, los países involucrados deben llevar a cabo encuestas e informes relativos al niño y a su familia. La convención sólo se aplica a adopciones de menores de 18 años, no casados, que tengan su residencia habitual en un Estado contratante y sean nacionales de un Estado contratante. También los candidatos a adoptar deben acumular las dos condiciones, nacionalidad y residencia habitual en Estados miembros del convenio, exigencia que restringe el ámbito de influencia del tratado.

No están comprendidas las adopciones totalmente internas y sólo las constituidas mediante decisión judicial. El enfoque del instrumento es jurisdiccional. En efecto, la autoridad competente del Estado de la residencia habitual del adoptante (o de los adoptantes si son cónyuges) y la autoridad competente del Estado nacional del adoptante (o del Estado de la nacionalidad común de los cónyuges) son competentes para constituir adopciones según el convenio. Esta autoridad aplica su *lex fori a las condiciones de la adopción y la ley nacional del menor a los consentimientos distintos a los del adoptante, su familia o su cónyuge*.

Advertimos ciertos intentos de cooperación -embrionaria- entre autoridades: el art. 5º, párrafo segundo, y el art. 6º, párrafos segundo y tercero <sup>22</sup>. El art. 5º, segundo párrafo, esta-

---

<sup>21</sup> El primer Estado que ratificó este instrumento fue Austria, el 15 de noviembre de 1965. Suiza ratificó en 1973 y finalmente lo hizo el Reino Unido en 1978. Desde entonces, ningún otro Estado ha ratificado este convenio.

<sup>22</sup> Dice el art. 6º, párrafo segundo: «Las autoridades de todos los Estados contratantes tomarán sin demora todas las medidas de asistencia solicitadas en relación a una

implementan un procedimiento uniforme y la aproximación de las legislaciones nacionales mediante la convergencia sobre estándares mínimos de protección. Existen tratados bilaterales <sup>1</sup>, regionales <sup>2</sup> y multilaterales sobre reconocimiento de decisiones extranjeras en materia de adopción internacional.

Numerosas organizaciones intergubernamentales han actuado en forma paralela a lo largo de aproximadamente cuarenta años, realizando estudios complementarios o no, y han debido resignar, en ocasiones, sus propios deseos de protagonismo a fin de evitar un excesivo conflicto de convenciones.

La idea de una *convención universal* en materia de adopción surgió en 1972, en la Organización de las Naciones Uni-

---

<sup>1</sup> Ejemplo de convención bilateral en América es el «Memorandum of understanding between the government of the Republic of El Salvador and the government of Canada in respect to an adoption program for children», del 21 de septiembre de 1984, Anexo G del trabajo de Johannes H.A. VAN LOON, «Rapport sur l'adoption d'enfants originaires de l'étranger», documento preliminar N° 1, abril de 1990, publicado por el Bureau Permanent de la Conférence de La Haye (posteriormente este valioso informe fue incorporado al tomo II de Actes et documents de la Dix-septième session, pero sin el Anexo G, citado). Muy interesante -pues adapta a relaciones bilaterales algunas de las soluciones de la Convención de La Haya del 29 de mayo de 1993- es el convenio bilateral entre Francia y Vietnam, firmado en Hanoi el 1° de febrero de 2000 «relative à la coopération en matière d'adoption d'enfants entre la République Française et la République Socialiste du Vietnam». Este acuerdo evita todo contacto directo entre los candidatos a adoptar y la familia biológica del menor y pone fin a la suspensión de las adopciones ordenada por el gobierno de Vietnam en abril de 1999, tras la comprobación de la existencia de rutas de tráfico de niños (décret 2000-1061, JO du 29 oct. 2000).

<sup>2</sup> Por ejemplo, la «Inter Nordic Convention containing certain provisions of private international law on marriage, adoption and guardianship», firmada en Estocolmo el 6 de febrero de 1931 y revisada en 1953. Establece la competencia de las autoridades del domicilio del adoptante que aplicarán su *lex fori*. Las decisiones de constitución de una adopción conforme al convenio, dictadas en un Estado contratante, serán reconocidas en todos los otros Estados contratantes, sin revisión sobre el fondo. Cuando el niño a adoptar sea nacional de un Estado y residente en otro, la adopción sólo será otorgada después de consultar con las autoridades competentes del Estado de la nacionalidad del niño. Conf. Johannes H.A. VAN LOON, «International Co-operation and protection of children with regard to intercountry adoption», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 1993, t. 244, pág. 191 y ss., especialmente pág. 303.

era superada por la migración de niños huérfanos japoneses y alemanes hacia los Estados Unidos de Norteamérica, para ser adoptados por familias americanas.

Algunas legislaciones conocían la adopción de tipo fuerte, que creaba un vínculo de filiación equiparable a la filiación biológica; sin embargo, gran parte de las legislaciones nacionales vacilaban en romper los lazos jurídicos del niño con su familia de sangre y no se avanzaba en la conciencia sobre los efectos sociales, psicológicos, culturales de esta institución y sobre la necesidad de preparar a niños, a futuros adoptantes y a las autoridades administrativas responsables de las decisiones. La equiparación entre el niño adoptado y el hijo biológico no era aceptada en varios Estados miembros de la Conferencia de La Haya -Bélgica, Italia, Suiza y Turquía<sup>18</sup>- y las legislaciones nacionales se distanciaban en las formas de conferir una adopción y en sus condiciones esenciales.

Las posturas que tradicionalmente habían sostenido los países de Europa occidental en el seno de la Conferencia de La Haya<sup>19</sup>, se enfrentaban con el razonamiento típico de la tradición anglosajona, que se desentendía de la ley aplicable y se preocupaba por regular el conflicto de jurisdicciones, es decir, por designar el juez competente que aplicaba a la adopción su *lex fori*.

---

dos, las madres solteras tenían un futuro incierto y aún no se habían fortalecido los sistemas de asistencia social para familias uniparentales. Conf. Johannes H.A VAN LOON, *Note on the desirability of preparing a new convention on international cooperation in respect of intercountry adoption*, documento preliminar N° 9, diciembre de 1987, La Haya, pág. 7.

<sup>18</sup> Johannes H.A VAN LOON, ídem, pág. 11.

<sup>19</sup> Versaban sobre el predominio de la ley nacional del adoptante o la ley personal -nacional o domiciliar- del adoptando, como principal localización del caso, ya sea aplicadas separadamente de manera distributiva o en forma acumulativa, y con diversos matices. Estas ópticas distintas conducían a una gran dificultad en reconocer efectos extraterritoriales a una adopción otorgada en país extranjero. Sobre un panorama completo para la época: Rodolfo DE NOVA, «Adoption in comparative private international law», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 1961, vol. 104, págs. 69/158.



niños de países del Tercer Mundo hacia el continente europeo. Es así que en la décimo sexta Conferencia de Ministros europeos de Justicia, que tuvo lugar en Lisboa del 21 al 22 de junio de 1988, la atención se centró en la adopción y en el tráfico de niños <sup>5</sup>.

En la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, se encomendó al señor Vitit Muntarbhorn la preparación de un informe relativo a «derechos del niño-venta de niños» (resolución 68 del 7 de marzo de 1990). A partir de enero de 1992, el informe del relator especial fue puesto en circulación entre los países y, dentro del capítulo destinado a venta de niños, incluye el fenómeno del tráfico con fines de adopción internacional. Desde entonces, el informe se actualiza anualmente <sup>6</sup>.

En cuanto al continente americano, la Conferencia Interamericana Especializada en Derecho Internacional Privado elaboró una convención multilateral en La Paz, Bolivia, en 1984, y ha encomendado al Instituto Interamericano del Niño el seguimiento permanente del tema.

---

<sup>5</sup> La resolución Nº 2 aprobada en esta Conferencia, recomienda al Comité de Ministros del Consejo de Europa: «I. To invite member States to further the best interests of the child by ... (ii) examining the application of the European Convention on the adoption of children ... and the reasons which prevent ratification...IV. To ensure full cooperation between the Council of Europe and other interested intergovernmental and non governmental organisations in particular in the field of international adoption». Council of Europe, «16<sup>th</sup> Conference of European Ministers of Justice, Conclusions and resolutions», Lisbon, 21-22 June 1988, Strasbourg.

<sup>6</sup> Con fecha 29 de enero de 1999 se dio a circulación el informe presentado a la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social por la relatora especial, señora Ofelia Calcetas Santos (Documento E/CN.4/1999/71 del 29/1/99). Este informe incluye la adopción internacional como uno de los objetivos comprobados del tráfico de niños, especialmente de recién nacidos y niños muy pequeños. El informe del año siguiente -E/CN.4/2000/73- dio cuenta de misiones especiales a Bélgica, Países Bajos, Guatemala y a la República de Fiji. En el informe conocido el 25 de enero de 2001 -E/CN.4/2001/78-, la relatora especial centró sus actividades en el sector privado. Respecto de la Argentina, el informe da cuenta de 56 niños bolivianos que eran obligados a trabajar en condiciones inhumanas.

ridad competente- y a esta orientación responde la primera convención específica en materia de adopción de menores preparada en este marco, que vio la luz en 1965. Por el contrario, la Convención del 19 de octubre de 1996 concerniente a la competencia, a la ley aplicable, al reconocimiento, a la ejecución y a la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños, explota -junto al método conflictual- las posibilidades de mecanismos de cooperación entre los Estados, ensayados con relativo éxito en los instrumentos elaborados en los últimos veinte años.

### *A. Panorama histórico de la Conferencia de La Haya*

La primera Conferencia internacional de derecho internacional privado se reunió el 12 de septiembre de 1893 bajo la presidencia de Tobías Michael Carel Asser, entonces consejero de Estado de Holanda. Tuvo dos grandes impulsores, Pascual Mancini, estadista y juriconsulto italiano <sup>15</sup> y el propio Asser, diplomático, profesor universitario e inspirador de los movimientos de unificación de reglas de conflicto de la época <sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Pascual Mancini fue ministro de Relaciones Exteriores de Italia de 1881 a 1885 y puso gran esfuerzo en la organización de una conferencia internacional. Falleció en 1888 sin llegar a ver la concreción de su anhelo.

<sup>16</sup> Asser -a diferencia de las ideas que en la misma época sostenía Edouard Clunet, fundador del *Journal de Droit International*- estaba convencido de que los tiempos no estaban maduros para la unificación del derecho material. Propuso al gobierno de los Países Bajos la convocatoria a una conferencia internacional, bajo la invitación del Estado holandés. Aceptaron Alemania, Austria/Hungría, Bélgica, Dinamarca, España, Francia, Italia, Luxemburgo, Portugal, Rumania, Rusia y Suiza. En el discurso inaugural, Asser afirmó: «... todos deberemos sacrificar en aras del acuerdo internacional las opiniones e ideas que nos son caras. No aspiramos a la unificación general del derecho privado; es el respeto a la diversidad de las leyes nacionales lo que hace sentir la necesidad de una solución uniforme de los conflictos internacionales. El programa de la Conferencia es un homenaje a la autonomía nacional». Tobías Asser presidió cuatro conferencias de La Haya y en 1911 recibió el Premio Nobel de la Paz.

# TÍTULO I

## LA COORDINACIÓN EN LAS CONVENCIÓNES INTERNACIONALES CONCERNIENTES A MENORES

Hubo dos corrientes que propiciaron la elaboración de tratados multilaterales en materia de adopción internacional, cada una de ellas orientada hacia la solución de los problemas que se vislumbraban como acuciantes en la época respectiva. La primera se ubica en torno a 1960 y fue generada por la repercusión que tuvo en el continente europeo la migración de niños asiáticos hacia los Estados Unidos de Norteamérica y hacia Europa occidental, tras las guerras de Vietnam y Corea <sup>7</sup>. La segunda surge por la profundización de las diferencias económico-sociales entre los países altamente industrializados y los países del Tercer Mundo, con sus consecuencias sobre la desprotección de la infancia, preocupación que se reflejó en la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 3 de diciembre de 1986 <sup>8</sup>.

Dedicaremos este título a profundizar los tratados internacionales relacionados con el tema que nos ocupa y con la

---

<sup>7</sup> Johannes H.A VAN LOON, «Rapport sur l'adoption d'enfants originaires de l'étranger», documento preliminar N° 1 de abril de 1990, *Actes et documents de la Dix-septième session, tome II, Adoption-coopération*, Bureau Permanent de la Conférence, Éditions SDU, La Haye, 1994, pág. 10/119, especialmente págs. 36/40.

<sup>8</sup> Déclaration sur les principes sociaux et juridiques..., citados en nota 3 de esta Segunda Parte.

La Conferencia de La Haya descartó los razonamientos típicos de conflicto de leyes y conflicto de jurisdicciones y se orientó hacia una convención de cooperación entre autoridades administrativas. Las autoridades centrales asumieron un rol protagónico en la Convención de La Haya del 29 de mayo de 1993, tras haber generado confianza y recogido prestigio en la Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de niños.

América Latina siguió su propio ritmo en la regulación de la adopción en la fuente convencional. Si bien existían ciertas disposiciones en el Código Bustamante, aprobado en la IV Conferencia Internacional Americana de La Habana, en febrero de 1928, como así también en el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, los trabajos relevantes se encararon en ocasión de la preparación de la III Conferencia Especializada en Derecho Internacional Privado, especialmente en la importante reunión de expertos que tuvo lugar en Quito, Ecuador, en mayo de 1983. También en América se manifestó la tensión -que años antes se había revelado en el seno de las organizaciones intergubernamentales europeas- entre el método conflictualista clásico, centrado en la designación del derecho aplicable y de la autoridad competente, y el método sustancialista, orientado a la elaboración de normas materiales uniformes. Finalmente, la convención aprobada en La Paz, Bolivia, el 24 de marzo de 1984, respondió al tradicional enfoque del conflicto de leyes <sup>13</sup> y, tal vez por esa característica, fue un instrumento desactualizado al tiempo de su aprobación pues no contemplaba el panorama que comenzaba a vislumbrarse en los países de Centro y Sudamérica, impotentes para prevenir y sancionar el tráfico de niños a través de las fronteras. Fue necesaria una nueva convocatoria, que se concretó en la V Conferencia

---

<sup>13</sup> Zulema WILDE, *La adopción nacional e internacional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, especialmente pág. 65 y ss..

- Los derechos y obligaciones del niño adoptado se asimilan completamente a los de un niño legítimo (art. 10).

- Si el niño adoptado no tiene, en caso de adopción por una sola persona, la nacionalidad del adoptante o, en el caso de adopción por cónyuges, la nacionalidad común, la parte contratante que corresponda a la nacionalidad del adoptante facilitará la adquisición por el niño de esta nacionalidad. La pérdida de la nacionalidad como consecuencia de una adopción está subordinada a la adquisición de otra nacionalidad (art. 11).

- Queda prohibida toda ganancia injustificada con motivo de una adopción.

El art. 16 dispone expresamente que cada Estado conserva la posibilidad de establecer reglas más favorables en su legislación interna.

Entre las disposiciones que sólo son facultativas para los Estados Partes, figuran: a) la institución de un período de prueba durante el cual el niño a adoptar es confiado a los candidatos a adoptantes (art. 17); b) la supervisión por parte de los poderes públicos de todo organismo o institución que colabore en la preparación e intermediación de una adopción; c) la protección de la confidencialidad en la adopción: el adoptante y el adoptado podrán contar con documentos donde conste el hecho, la fecha y el lugar de nacimiento del niño pero que no revelen explícitamente la adopción ni la identidad de los padres de sangre (art. 20).

Esta Convención ha sido una contribución eficaz a la uniformidad de las legislaciones materiales en Europa. Algunas disposiciones relativas a garantías del procedimiento han facilitado la construcción de la trama de la cooperación internacional <sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> En este sentido, el art. 14, *in fine*, contempla comunicación directa entre autoridades: «Lorsque les enquêtes effectuées pour l'application des articles 8 et 9 de la présente Convention se rapporteront à une personne qui réside ou a résidé sur le territoire d'une

## Capítulo 2

### Convenciones elaboradas en los últimos veinte años en el marco de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado

En el fascinante curso general dictado en 1995 en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, el profesor Erik Jayme distingue tres etapas en las actividades de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. La primera corresponde a los trabajos de principio de siglo, esencialmente dedicados al derecho de familia y basados en la nacionalidad como elemento localizador. La segunda se caracteriza por los esfuerzos por conciliar las técnicas conflictuales de la Europa continental con la de los países del *common law*, especialmente en cuestiones de procedimiento y de conflicto de autoridades. Un ejemplo de los convenios de esta segunda etapa es la Convención del 6 de octubre de 1961 sobre competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores, que sigue el principio del paralelismo entre competencia jurisdiccional y competencia legislativa, típico del enfoque del mundo anglosajón.

La tercera etapa, según el profesor Jayme, es la que comienza con la Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de niños y se caracteriza por la originalidad de las soluciones <sup>27</sup>.

Vamos a profundizar este período, en el que se han aprobado tres convenciones concernientes a la protección de la infancia: la del 25 de octubre de 1980, citada precedentemente, la del 29 de mayo de 1993 sobre adopción internacional y

---

autre Partie Contractante, cette Partie Contractante devra s'efforcer d'obtenir que les renseignements nécessaires qui lui sont demandés soient fournis sans délai. Les autorités peuvent communiquer directement entre elles à cet effet».

<sup>27</sup> Erik JAYME, «Identité culturelle...», ob. cit., especialmente pág. 64.

la del 19 de octubre de 1996 sobre el ejercicio de la autoridad parental y medidas de protección de los niños. Todas ellas brindan un marco jurídico uniforme para el desarrollo de la cooperación entre autoridades y consagran técnicas de coordinación de sistemas u ordenamientos.

### *Sección 1*

#### *La Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de niños*

Por ley 23.857 la República Argentina aprobó la ratificación de esta Convención. El depósito de los instrumentos correspondientes se produjo el 20 de marzo de 1991 y este tratado entró en vigencia el 1° de junio de 1991.

#### *A. Finalidad de la Convención*

El fenómeno llamado *child abduction* apareció por primera vez en la Conferencia de La Haya en los trabajos preparatorios de la Convención sobre autoridad competente y ley aplicable a la protección internacional de menores del 5 de octubre de 1961<sup>28</sup>, por iniciativa de los representantes canadienses. Sin embargo, la Oficina Permanente de la Conferencia no incluyó el tema en la agenda de trabajos sino al concluir la décimo tercera sesión, en octubre de 1976. De las respuestas brindadas por los Estados miembros al cuestionario cursado por la Secretaría General, surgían las siguientes preferencias: a) rechazo de la creación de un tribunal supranacional para resolver los conflictos relativos a la guar-

---

<sup>28</sup> Adair DYER, «Aspects historiques de la Quatorzième Session de la Conférence de La Haye», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 1980-III, t. 168, pág. 231 y ss., especialmente pág. 240.

da y al desplazamiento de niños; b) resistencia al dictado de una norma de jurisdicción internacional para estos temas, y c) aceptación del establecimiento de cooperación a través de autoridades centrales, cuya función resultaba familiar debido al esquema implementado por la Convención de Nueva York del 20 de junio de 1956 sobre reconocimiento y ejecución en el extranjero de obligaciones alimentarias.

En noviembre de 1979, en la segunda reunión de la Comisión especial, se resolvió limitar el ámbito material de la futura convención a los aspectos civiles del desplazamiento o retención ilícitos, excluyendo los aspectos penales, aun cuando se conservó en el título de la Convención la referencia a la sustracción internacional de niños. La Conferencia identificó cinco situaciones típicas <sup>29</sup>: a) el desplazamiento de un niño por uno de sus progenitores sin el consentimiento del otro progenitor, cuando no se había dictado ninguna decisión sobre la guarda del niño; b) desplazamiento o retención del niño por uno de sus padres, cuando en el Estado de la residencia habitual del niño se había tomado una decisión sobre su guarda, atribuyéndola al otro progenitor; c) el supuesto anterior, pero el padre sustractor obtenía en el Estado de refugio una decisión judicial o administrativa a su favor, que le otorgaba la custodia (provocando un conflicto de decisiones con el Estado de la residencia habitual del niño); d) al cabo de un período de vacaciones consentidas por el padre que gozaba de la guarda, el niño era retenido en un país distinto de aquél donde tenía su residencia habitual, y e) el padre que gozaba por decisión judicial o administrativa del derecho de guarda, llevaba al niño a residir a otro país, en violación al derecho de visita del otro progenitor.

Sólo la última situación quedó excluida del mecanismo autónomo de restitución que prevé la Convención. En efecto,

---

<sup>29</sup> Adair DYER, *ídem*, págs. 248/249.



aun cuando el art. 1º, inciso b, atinente a la finalidad del convenio dice: «b) Velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes», en el art. 3º, que define la conducta calificada como ilícita, no se incluye la mera violación del derecho de visita. Ello significa que la Convención prevé la organización efectiva del derecho de visita, pero no la restitución de un niño a efectos de garantizar el derecho de visita del progenitor no conviviente.

### *B. Ambito de aplicación y procedimiento general*

El convenio se aplica a todo menor de 16 años que haya tenido su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos que da origen al reclamo de restitución, que haya sido trasladado o retenido ilícitamente en otro Estado contratante. La Convención cesa de aplicarse cuando el niño cumple 16 años (art. 4º) y sólo se aplica entre Estados contratantes en los casos de traslados o retenciones ilícitos ocurridos después de la entrada en vigor en esos Estados <sup>30</sup>.

Sin perjuicio de que la parte interesada puede reclamar directamente la aplicación de la Convención ante la autoridad judicial o administrativa de un Estado contratante, conforme al art. 29, el corazón de la Convención consiste en un procedimiento autónomo -que no es un reconocimiento de sentencia extranjera y no es una acción de fondo atinente a la guarda del niño- que se implementa entre las autoridades

---

<sup>30</sup> No obstante esa disposición, Finlandia ha dictado una norma transitoria que permite la aplicación retroactiva de la Convención. Según las «transitory provisions of the Act on the revision of the Child Custody Act (1983)» de 1994, cuando un niño tenía su residencia habitual en un Estado Parte de la Convención y fuese desplazado a Finlandia *antes* de la entrada en vigor del convenio entre este país y aquél, correspondía aplicarlo,

centrales designadas según el tratado (arts. 6° y 7°), que abarca una fase administrativa, en la que la autoridad central se esfuerza por lograr el regreso voluntario del menor al Estado de su residencia habitual (arts. 7° inc. c y 10), y una fase generalmente judicial -aun cuando también puede ser administrativa, según las legislaciones nacionales- en la que la última palabra sobre el regreso del niño corresponde al Estado de refugio donde el niño se encuentra.

Para poner en marcha el procedimiento no se necesita el dictado de una decisión sobre la guarda que favorezca al reclamante; en el supuesto de que esa decisión exista, se ha de mencionar en los «motivos en que se basa el demandante para reclamar la restitución del menor» (art. 8° inc. e, del Convenio). Si no existe, bastará con que el actor demuestre que se ha configurado una conducta ilícita en el sentido de los arts. 3° inc. a, y 5° de la Convención. Para ello es particularmente importante que el interesado obtenga una certificación o declaración jurada expedida por una autoridad central o por otra autoridad competente, que acredite que el traslado o la retención del menor satisface esa condición (arts. 15 y 8° inc. f).

Dijo la Corte Suprema de Justicia de la Nación: «El derecho del padre de obtener el regreso de la menor al lugar de la residencia habitual anterior a la retención ilícita, preexistía a toda decisión judicial y no necesitaba de ninguna manera la intervención de un magistrado»<sup>31</sup>.

---

siempre y cuando el pedido de restitución se presentara ante las autoridades finlandesas durante la vigencia del tratado. Conf. Matti SAVOLAINEN, «The Hague Convention on Child Abduction of 1980 and its implementation in Finland», *Nordic Journal of International Law* 66, 1997, págs. 101-166, especialmente págs. 125/129.

<sup>31</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 318:1269, del 14 de junio de 1995, caso «E.M.W. c/ M.G.O.», considerando 7°. Uno de los agravios invocados por la madre al solicitar la apertura del recurso extraordinario, fue que una decisión judicial de un tribunal de Ontario, emitida a título provisorio e *inaudita parte* a pedido del padre de la niña, que le atribuía a éste un derecho de custodia, resultaba violatoria del derecho de

La obligación de restitución del menor cesa para el Estado requerido cuando el reclamante haya dejado transcurrir más de un año -desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos- hasta la presentación de su demanda en el sentido del art. 8º de la Convención y, además, se demuestre que el niño ha quedado integrado en su nuevo medio (art. 12, segundo párrafo).

También cesa la obligación internacional de restituir al niño cuando la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido encuentre fundada la oposición que presente y pruebe la persona u organismo que se opone a la restitución, en el sentido del art. 13 incs. a y b, o cuando el propio menor se oponga a su restitución y haya alcanzado una edad y grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones <sup>32</sup>. Finalmente, como causal autónoma que justifica la no restitución del menor, la Convención establece en el art. 20: «*La restitución del menor conforme a lo dispuesto en el art. 12 podrá denegarse cuando no lo permiten los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales*».

No obstante todas estas cuestiones, la autoridad competente del Estado requerido cuenta con la facultad de ordenar en cualquier momento la restitución del menor (art. 18), teniendo en consideración su interés primordial.

---

defensa del progenitor ausente y no satisfacía las exigencias de los arts. 517 y 519 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. La Corte rechazó el argumento y afirmó: «Tampoco se trata de juzgar incidentalmente si el acto judicial extranjero reúne las exigencias de los arts. 517 y 519 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Nada corresponde juzgar al respecto, incluso a los limitados efectos que contempla el artículo 17 de la Convención» (considerando 8º, *in fine*, del fallo de Corte).

<sup>32</sup> Elisa PÉREZ VERA, «Explanatory Report: Convention on the civil aspects of International Child Abduction», *Actes et Documents de la Conférence de La Haye*, La Haya, 1982, págs. 460/462.

La finalidad de este mecanismo es evitar la consolidación de situaciones inicialmente ilícitas, mediante la rápida colocación del niño en el estado en que se encontraba con anterioridad a la vía de hecho <sup>33</sup>. Con cita del profesor Jorg Pirrung, dijo la Corte Suprema en Fallos 318:269, considerando 10: «La Convención parte de la presunción de que el bienestar del niño se alcanza volviendo al *statu quo* anterior al acto de desplazamiento o de retención ilícitos». Y en el considerando 11, agregó: «La regla cede cuando la persona, institución u organismo que se opone a la restitución demuestre que, ante una situación extrema, se impone, en aras del interés superior del niño, el sacrificio del interés personal del guardador desasido».

En este esquema, el rol principal corresponde a las autoridades judiciales o administrativas del Estado de refugio del niño. A diferencia de lo que sucede en ciertos instrumentos latinoamericanos <sup>34</sup>, a esa autoridad le competen las apreciaciones y decisiones fundamentales -entre ellas, el rechazo de

---

<sup>33</sup> Además del informe general de la profesora Pérez Vera, puede verse, entre otros: Amos SHAPIRA, «Private International Law. Aspects of child custody and child kidnapping cases», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 1989-II, t. 214, pág. 127 y ss.; José Carlos ARCAGNI, «La Convención de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y el derecho internacional privado tuitivo», L.L. 1995-D, ps. 1024/1036; Ignacio GOICOECHEA - María del Carmen SEOANE DE CHIOLDI, «Convención de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores», L.L. 1995-D, ps. 1412/1423; María Elsa UZAL, «Algunas reflexiones en torno a la Convención de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 1980», E.D. 169, pág. 1253 y ss..

<sup>34</sup> El Convenio sobre protección internacional de menores entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay, del 31 de julio de 1981 -aprobado por ley 22.546 y en vigor desde el 10 de diciembre de 1982-, deja en manos del *juez requirente* la última palabra sobre la oposición formulada ante el juez del país de refugio (art. 8º). También el art. 9º del Protocolo de Ouro Preto sobre medidas cautelares, del 17 de diciembre de 1994 -aprobado por ley 24.579 y en vigor entre Argentina, Brasil y Paraguay- contempla un incipiente proceso inter-jurisdiccional a los fines de resolver la oposición al cumplimiento de la medida cautelar solicitada.

la restitución dentro del régimen autónomo del convenio y, en ese supuesto, la subsiguiente decisión sobre el fondo de la guarda-. El mecanismo es efectivo, pero sólo contempla una endeble coordinación entre el ordenamiento del Estado de refugio y el del Estado de la anterior residencia habitual del niño.

### *C. Los mecanismos de coordinación*

La Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980 tiene, en nuestra opinión, dos mecanismos de coordinación entre el Estado de refugio -es decir, el Estado donde el niño ha sido llevado después del desplazamiento o donde se encuentra retenido- y el Estado de la residencia habitual que el niño tenía con anterioridad a la vía de hecho. Uno de ellos es de tipo clásico: el art. 20, que permite invocar un estándar particular de orden público a fin de resistir la obligación de restituir. El otro mecanismo -que aparece en el art. 3º inc. a, y se refuerza por el art. 16- supone un razonamiento que se aproxima a la teoría de la referencia al ordenamiento competente de Paolo Picone. A fin de respetar la lógica del procedimiento, trataremos este último en primer lugar.

El texto completo del art. 3º, es el siguiente: «El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos: a) cuando se hayan producido con infracción a un derecho de custodia atribuido separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención, y b) cuando este derecho se ejercía en forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado».

La configuración de la conducta ilícita supone la acumulación de un presupuesto jurídico y de otro fáctico, cuya apre-

ciación corresponde a las autoridades centrales de los Estados involucrados <sup>35</sup> pero, fundamentalmente, a la autoridad competente del Estado de refugio que resuelve judicial o administrativamente el pedido de restitución. El elemento fáctico consiste en la nota de efectividad en el ejercicio de la custodia, y el elemento jurídico es la configuración de la «conducta ilícita». Esto es: que exista una relación protegida en el Estado de la residencia habitual del niño, es decir, una situación amparada por el derecho del Estado donde se desarrollaban las relaciones con anterioridad al desplazamiento <sup>36</sup>. La autoridad que debe tomar la decisión no revisa las condiciones de atribución de la guarda según la ley o la norma de conflicto vigente en el Estado de la anterior residencia habitual. No se trata de una norma indirecta que remite a la ley del país de la residencia habitual que el niño tenía <sup>37</sup>. Si la Convención hubiera seguido este camino, nuestra conclusión sería: he aquí una norma de coordinación de sistemas que admite, si corresponde a la naturaleza del caso, el mecanismo del reenvío.

Entendemos que el razonamiento es más complejo: la autoridad del Estado de refugio sigue al ordenamiento jurídico del Estado donde el niño tenía su centro de vida y acepta el título que es válido en ese ordenamiento, considerado globalmente. Por ello el último párrafo del art. 3º destaca que ese derecho de custodia protegido puede resultar de la ley o de una decisión judicial o administrativa o de un simple acuerdo de partes interesadas, con tal de que sea «vigente según el

---

<sup>35</sup> Una autoridad central puede rechazar *in limine* una demanda cuando aparezca manifiesto que no se han cumplido las condiciones requeridas (art. 27).

<sup>36</sup> Elisa PÉREZ VERA, «Explanatory Report...», ob. cit., pág. 444.

<sup>37</sup> Ver el enfoque de la profesora María Elsa UZAL, en «Algunas reflexiones ...», ob. cit., especialmente pág. 1257.

derecho de dicho Estado»<sup>38</sup>. Las restantes normas de la Convención que se refieren a la obtención por parte del reclamante de una certificación o declaración jurada destinada a demostrar la configuración de la conducta ilícita - arts. 8º inc. f, 14 y 15-, apoyan la idea de que no se intenta probar una ley vigente sino que se trata de constatar una situación protegida por el ordenamiento de referencia, considerado globalmente.

El art. 16 de la Convención coadyuva a reforzar esta mirada de respeto a la atribución de la guarda por parte del ordenamiento de la residencia habitual del niño (anterior a la vía de hecho). Esa preeminencia no corre riesgo por acciones posteriores a la conducta ilícita llevadas a cabo por el sustractor -o retenedor- en el país de refugio, normalmente con toda premura y en violación de los derechos de defensa de quien era titular de la custodia<sup>39</sup>. En suma: el Estado de refugio estima que la especie no tiene una inserción legítima en el foro e instaura un mecanismo de bloqueo de decisiones sobre la custodia del niño, hasta tanto se resuelva la demanda de restitución conforme al convenio; ello *comporta un seguimiento por parte del Estado requerido de la solución de*

---

<sup>38</sup> En este sentido, Isabelle BARRIÈRE BROUSSE, «L'enfant et les conventions internationales», *Journal de Droit International* 1996-IV, págs. 843/888 especialmente págs. 858/859. En el mecanismo de la Convención, es importante mantener en su juicio el juicio que corresponde a la autoridad del Estado de refugio sobre el título jurídico del legitimado activo en el pedido de restitución, a fin de evitar que el juez requerido se apropie del contencioso de fondo sobre la custodia del niño. La Convención «remite» el contencioso sobre el fondo al ordenamiento jurídico de la residencia habitual que el niño tenía con anterioridad a la vía de hecho. Conf. pág. 866. Ver nota 173 de la Primera Parte.

<sup>39</sup> Transcribimos el art. 16: «Después de haber sido informadas de un traslado o retención ilícitos de un menor en el sentido previsto en el art. 3, las autoridades judiciales o administrativas del Estado contratante adonde haya sido trasladado el menor o donde esté retenido ilícitamente no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones del presente Convenio para la restitución del menor o hasta que haya transcurrido un período de tiempo razonable sin que se haya presentado una solicitud en virtud de este Convenio».

*fondo vigente en el Estado requirente, al que se le reconoce competencia de principio.*

Examinaremos el art. 20 de la Convención. La obligación de reintegrar al niño cesa cuando la restitución no sea permitida por los «principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales».

Se trata de una norma de difícil interpretación, que fue debatida en las negociaciones diplomáticas hasta el día de la firma del acta final, y es el resultado de un compromiso entre los delegados que favorecían y los que se oponían a la inclusión en el texto de la Convención de una cláusula tradicional de orden público internacional <sup>40</sup>. En el seno de la Comisión especial, y sólo con un voto de diferencia, se había aprobado una norma que permitía hacer una «reserva» en el sentido de recurrir a la invocación del orden público, en estos términos: «*Contracting States may reserve the right not to return the child when such return would be manifestely incompatible with the fundamental principles of the law relating to the family and children in the State addressed*» <sup>41</sup>. Esta posibilidad significaba abrir una brecha en el mecanismo convencional que haría peligrar su verdadera eficacia. Finalmente, en el plenario, pudo adoptarse el texto vigente por una notable mayoría <sup>42</sup>.

Es una fórmula muy estricta. El Estado requerido ha resignado invocar los principios que inspiran su legislación interna sobre la familia y el niño y se ha comprometido a mantener la obligación de restituir en tanto la restitución no sea prohibida por los principios fundamentales en materia de protección de derechos humanos y libertades fundamentales. Son principios impuestos en numerosos compromisos inter-

---

<sup>40</sup> Elisa PÉREZ VERA, «Explanatory Report...», ob. cit., pág. 433.

<sup>41</sup> Elisa PÉREZ VERA, ídem, págs. 433/434

<sup>42</sup> Elisa PÉREZ VERA, íbidem, pág. 434, N° 33.



nacionales, normalmente recogidos e integrados en el derecho constitucional del Estado de refugio. La renuncia a invocar el propio orden público internacional o la limitación de su contenido hasta un pequeño núcleo irreductible, constituye en la práctica un eficaz instrumento de coordinación. Se resigna la prioridad de los principios nacionales y se tolera la solución global extranjera (o la solución convencional, según el caso), en aras de obtener las ventajas de la coordinación. Dijo la Corte Suprema de Justicia de la Nación: «... *la resignación a la invocación del orden público interno, que la República acepta al comprometerse internacionalmente, es la medida del sacrificio que el Estado debe hacer para satisfacer la recordada directiva del art. 11 de la Convención sobre los derechos del niño y procurar que la vigencia de un tratado de aplicación rápida y eficaz tenga efectos disuasivos sobre las acciones de los padres que cometen sustracciones o retenciones ilícitas en atropello de los derechos del niño...*»<sup>43</sup>.

Esta Convención obliga a más de setenta Estados que pertenecen a ámbitos geográficos y culturales diferentes. Constituye una de las más exitosas convenciones elaboradas en los últimos veinte años y, no obstante, su aplicación revela la falta de coordinación adecuada entre el Estado de refugio que ha resuelto la restitución del menor y el Estado de recibimiento, donde nada garantiza el seguimiento del niño ni la

---

<sup>43</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 318:1269, citado precedentemente. Muy interesante es el fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I, resuelto el 14 de septiembre de 1995, caso «S.Z.A.A. c/ A.D.D s/ exhorto». La madre había desplazado al niño de origen kuwaití, desde Londres -donde residían precariamente- hacia la Argentina, sin el consentimiento del padre. La conducta fue calificada de ilícita, pero se negó la restitución, sobre la base del art. 20 de la Convención, en razón de que de las constancias de la causa surgía que en caso de restablecerse la situación anterior al traslado ilícito, la vida del menor estaría expuesta a un grave riesgo en razón de amenazas de muerte dirigidas al padre por parte de grupos fanáticos. El caso fue publicado en L.L. 1996-E, pág. 165.

protección de quien regresa a discutir el fondo de la atribución de la guarda en condiciones disminuidas <sup>44</sup>.

## Sección 2

### *La Convención de La Haya del 29 de mayo de 1993 sobre la protección de los niños y la cooperación en materia de adopción internacional*

También este instrumento soslaya los problemas del conflicto de leyes y del conflicto de autoridades y organiza una cooperación entre autoridades centrales y otras autoridades públicas. El funcionamiento aceitado del mecanismo de cooperación produce la coordinación entre los ordenamientos jurídicos involucrados.

---

<sup>44</sup> En el 2002 entró en vigor en Letonia (1/2/02), Guatemala (1/5/02), Lituania (1/9/02) y Tailandia (1/11/02). Están obligados setenta y tres Estados, entre ratificaciones y adhesiones. En el Anexo III del «Rapport de la troisième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (17-21 mars 1997)», publicación del Bureau Permanent de la Conférence, agosto 1997, consta el documento de trabajo N° 20, en el que se estimula a las delegaciones de los Estados Partes a incrementar las responsabilidades de las respectivas autoridades centrales a fin de garantizar que los órganos de protección de la infancia del Estado de recibimiento estén debidamente prevenidos de la llegada del niño -y del adulto que lo acompaña- a fin de brindar la protección necesaria hasta que se haga cargo la autoridad judicial competente. Entre las conductas que deberían estar comprendidas en las obligaciones del art. 7º, h, de la Convención, figura proporcionar un informe al Estado requerido sobre el bienestar del niño durante algún tiempo posterior a su regreso. En la reunión más reciente, que tuvo lugar del 22 al 28 de mayo de 2001, se puso el acento en la mejora de los procedimientos judiciales, en la efectividad de las decisiones y en la organización del derecho de visita. Conf. Documento *Conclusions et Recommendations de la quatrième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (22-28 mars 2001)*. Para la reunión de la comisión especial de septiembre/octubre 2002 se preparó el documento preliminar N° 5 (julio de 2002) sobre «Le droit de visite/droit d'entretenir un contact transfrontière et la Convention de La Haya du 25 octobre 1980» (rapport final établie par M. William Duncan).

La Convención fue elaborada en la décimo séptima sesión de la Conferencia de La Haya y el nuevo instrumento fue firmado el 29 de mayo de 1993 por Brasil, Costa Rica, México y Rumania. Actualmente, se han obligado cincuenta y un Estados, entre ellos Estados de origen de los niños de América Latina y Centroamérica, del Africa, Europa Oriental, Asia y continente australiano. A diferencia del sistema instaurado en la Convención del 25 de octubre de 1980, en el cual la autoridad competente -generalmente judicial- del Estado de refugio tiene la decisión final sobre la restitución, en este nuevo convenio la decisión fundamental para llevar adelante un «proyecto de adopción», es responsabilidad conjunta de las respectivas autoridades centrales del Estado de origen y del Estado de recibimiento del niño <sup>45</sup>.

#### *A. Antecedentes y finalidad de la Convención*

El entusiasmo por la elaboración de una nueva convención en materia de adopción centrada en la cooperación entre Estados, se desarrolló a partir de una comunicación enviada por la Oficina Permanente a los Estados miembros en 1987 <sup>46</sup>. Se había advertido la inoperancia del instrumento de 1965, que sólo obligaba a tres países europeos, y se deseaba especialmente establecer canales de comunicación entre los Estados de origen y los Estados de recibimiento de los niños y establecer normas sustanciales mínimas que deberían ser

---

<sup>45</sup> Según Horatia Muir Watt, las autoridades centrales han incrementado enormemente las facultades y responsabilidades a su cargo, convirtiéndose en una suerte de «Hércules» de quien todo se espera. Conf. Horatia MUIR WATT, «La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale», *Travaux du Comité Français de Droit Internationale Privé*, séance su 26 janvier 1994, années 1993-1994-1995, Pedone, págs. 49/69 especialmente págs. 49/50.

<sup>46</sup> *Note on the desirability of...*, documento citado en nota 17 de esta Segunda Parte.

respetadas en todo proyecto de adopción <sup>47</sup>. La iniciativa tuvo buena acogida y el 20 de octubre de 1988, la conferencia insertó en la agenda para la sesión de 1993, la elaboración de una convención sobre la adopción de niños provenientes del extranjero. Claramente se percibía que ningún esfuerzo valdría la pena si no se contaba con la colaboración y participación de los Estados de origen de los niños.

La Comisión especial encargada de la redacción del anteproyecto celebró tres reuniones en La Haya y designó como relator al doctor Gonzalo Parra Aranguren, profesor de la Universidad Central de Venezuela y de la Universidad Católica Andrés Bello de Caracas <sup>48</sup>. La primera reunión se llevó a cabo del 11 al 21 de junio de 1990. Participaron, además de la casi totalidad de los Estados miembros, dieciocho Estados no miembros, de los cuales, los de lengua española fueron autorizados a expresarse en su lengua materna, a fin de debatir con mayor libertad. Entre los Estados no miembros asistieron Brasil, Colombia, Ecuador, Costa Rica, El Salvador, Honduras y Perú. Asimismo, India, Etiopía, Indonesia, Madagascar, Isla Mauricio, Filipinas, Sri Lanka, Tailandia y Viet Nam <sup>49</sup>. En las conclusiones de esta primera reunión, se declaró que el punto de partida era la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y la Declaración de las Naciones Unidas del 3 de diciembre de 1986 sobre los principios sociales y jurídicos aplicables a la protección y al bienestar de los niños <sup>50</sup>. El principio de subsidiariedad de la

---

<sup>47</sup> Johannes H.A. VAN LOON, «International Cooperation and protection...», ob. cit., pág. 326.

<sup>48</sup> Como relator consultante se nombró a la señora L.H. Baladon, directora del Bureau de l'enfance au Ministère des Affaires Sociales et du Développement de Filipinas.

<sup>49</sup> Michel VERWILGHEN, «La genèse d'une convention sur l'adoption d'enfants originaires de l'étranger», *Revue Belge de Droit International* 1991-1, págs. 438/468, especialmente pág. 440 y nota 6.

<sup>50</sup> Documento preliminar N° 3, de agosto de 1990, «Conclusions de la Commission spéciale de juin 1990 sur l'adoption d'enfants originaires de l'étranger», *Actes et documents de la Dix-septième session*, ob. cit., pág. 128 y ss..

adopción internacional respecto de la adopción nacional fue destacado y se definieron los objetivos del futuro instrumento en estos términos:

*«Objectifs de la coopération: 12. La Convention devrait organiser la coopération des autorités du pays d'origine et du pays d'accueil en vue de promouvoir: a) la mise en place de mesures juridiques internationales de sauvegarde destinées à lutter contre la traite des enfants ou autres abus similaires, bien qu'il soit préférable de laisser à d'autres instruments le soin d'aborder les conséquences pénales de tels abus; b) les échanges d'information et la transmission de documents entre pays, en vue d'obvier aux problèmes bureaucratiques et de faciliter les solutions pratiques; c) les moyens d'éviter les adoptions 'boiteuses' ou non reconnues»*<sup>51</sup>.

La cooperación que se proyectaba no tenía un fin en sí misma, sino que perseguía la coordinación de ordenamientos jurídicos a fin de prevenir el tráfico de niños y evitar las adopciones claudicantes, válidas en un país pero inválidas en otro u otros.

La segunda reunión de la Comisión especial tuvo lugar del 22 de abril al 3 de mayo de 1991, con la presencia de treinta y tres Estados miembros, veinte Estados no miembros, así como un número considerable de observadores y de organizaciones internacionales. La tercera reunión se llevó a cabo del 3 al 14 de febrero de 1992 con la participación de sesenta Estados. Se habían agregado: Albania, Bolivia, República de Corea, Haití, Líbano, Malasia, Nepal, Panamá, Paraguay, Rusia y la Santa Sede. Un grupo reducido de expertos se convocó al finalizar esta reunión a fin de dar forma a la redacción del proyecto. Como anexo se agregó un documento con las observaciones del delegado de Egipto, país no miembro de la Conferencia que participó activamente en las deliberaciones

---

<sup>51</sup> *Actes et documents...*, t. II, ob. cit., pág. 130.

con el propósito de exigir que se tuviese debidamente en cuenta al definir el concepto de «Estado de origen», no solamente el domicilio del niño sino su ley nacional y sus verdaderos orígenes culturales y religiosos <sup>52</sup>.

La negociación diplomática final tuvo lugar del 10 al 29 de mayo de 1993 y en su transcurso, el anteproyecto fue intensamente trabajado. Por una parte, la convención establece normas materiales mínimas necesarias en la concreción de todo proyecto de adopción. Por otra parte, instaura un sistema de cooperación interestatal que domina la fase preparatoria de la adopción -a fin de prevenir el secuestro, venta y tráfico de niños- y conduce a una decisión conjunta respecto de la colocación de un niño concreto en una familia determinada.

### *B. Ambito de aplicación y estructura general del procedimiento*

En el convenio sólo interesan las adopciones que importan desplazamiento del menor de su Estado de origen a un Estado de recibimiento, sea que la adopción se haya pronunciado en el primero, o que ocurra el desplazamiento y con posterioridad se emita la decisión de adopción, en el Estado de origen o en el de recibimiento. Desde que esos dos países son partes del convenio, éste se aplica en forma obligatoria y exclusiva. La definición de esos conceptos se hace sobre la base de la residencia habitual de las personas involucradas.

---

<sup>52</sup> La finalidad fue evitar que niños musulmanes, residentes en Estados obligados por la Convención, fuesen incorporados en un «proyecto de adopción», con total prescindencia del estatuto personal prohibitivo de la filiación adoptiva. *Actes et documents...*, ob. cit., t. II, pág. 242. El delegado de Egipto propuso la siguiente disposición: «La presente Convención no se aplica a nacionales de países donde la adopción es considerada contraria al derecho interno». La propuesta fue rechazada pues los delegados entendieron que todo dilema sobre este punto podía ser ponderado por las autoridades centrales en interés del niño, al tiempo de dar la aprobación decisiva a que se refiere el art. 17, inc. c.

El tiempo crítico para apreciar la residencia habitual de las partes interesadas es: a) respecto del menor, cuando la Autoridad Central del Estado de origen prepara el informe y realiza las constataciones necesarias respecto de la adoptabilidad del niño (art. 16), y b) en cuanto al candidato a adoptar (o a los candidatos), al tiempo de comenzar el procedimiento (art. 14) ante la autoridad central que corresponda.

El art. 3º define cuáles son los niños a los que se aplica la convención. El Uruguay había presentado la siguiente propuesta: «*Si l'enfant atteint l'âge de dixhuit ans après son déplacement vers l'Etat d'accueil mais avant d'être adopté, que ce soit dans l'Etat d'origine ou dans l'Etat d'accueil, la Convention restera applicable*»<sup>53</sup>. El texto final dice así: «El convenio deja de aplicarse si no se han otorgado las aceptaciones a las que se refiere el artículo 17, apartado c, antes de que el niño alcance la edad de dieciocho años».

El tiempo fuerte, el momento decisivo en el procedimiento, no es el otorgamiento de la adopción, sino cuando se toma la decisión de confiar el niño a sus futuros padres adoptivos, con la conformidad de los dos Estados para la prosecución del trámite<sup>54</sup>.

Varias propuestas se presentaron en el sentido de dar una definición de la noción de «adopción», a fin de que comportara la ruptura con los vínculos jurídicos de sangre. La mayoría prefirió un concepto más amplio, que abarcara todo tipo de adopción conocida en las regulaciones nacionales, con tal de que significara la creación de un lazo de filiación<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> Documento de trabajo N° 60 de la República Oriental del Uruguay, «Rapport explicatif» de G. PARRA ARANGUREN (traducción al francés por Robert Daumières), *Actes et documents de la Dix-septième session*, cit., t. II, págs. 538/650, especialmente pág. 564.

<sup>54</sup> Nathalie MEYER-FABRE, «La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale», *Revue Critique de Droit International Privé* 1993, t. 83, págs. 259/295, especialmente pág. 268.

<sup>55</sup> G. PARRA ARANGUREN, «Rapport explicatif...», ob. cit., pág. 562, N° 94.

Los aspirantes a adoptar con residencia habitual en un Estado contratante deberán dirigirse a la autoridad central de ese país para iniciar el procedimiento autónomo previsto en el convenio, con miras a la adopción de un niño residente habitual en otro Estado contratante. Esa autoridad central -del país de recepción- en forma directa o por delegación a autoridades públicas u organismos acreditados (art. 22.1), preparará un informe que contenga información sobre la identidad, capacidad jurídica y aptitud de los candidatos a adoptar, su situación personal, médica, su medio social, los motivos de la decisión, su aptitud para asumir semejante compromiso, así como una referencia al número de niños que estarían dispuestos a tomar a su cargo. La autoridad central del Estado de recibimiento transmitirá ese informe a la autoridad central del Estado de origen del niño.

Esta última autoridad central preparará un informe sobre la identidad, adoptabilidad y necesidades del menor, donde conste su historia médica y familiar y su evolución personal. Este informe deberá dar cuenta del interés del niño en una adopción de tipo internacional y de la regularidad de los consentimientos (art. 16).

A la autoridad central del Estado de origen corresponde la primera propuesta sobre la colocación del niño en una familia determinada, que transmitirá a la autoridad central del otro Estado contratante. Se llega así al momento culminante. En los trabajos preparatorios se denominó *matching* a esta etapa en que las autoridades competentes se interrogan sobre la adecuación de tal niño a tales adoptantes <sup>56</sup>. El texto completo del

---

<sup>56</sup> Se descartó el término *placement* que podía dar lugar a confusión, pues en inglés tiene el sentido de entrega física del niño a una persona, en cambio, en francés, tiene un sentido tanto fáctico como jurídico (transferencia de la guarda del niño a los futuros padres adoptivos). En el Acta Final de la sesión se retuvo la expresión «confier un enfant» (à des futurs parents adoptifs), en la versión en francés, y se usó el término «entrustement» para expresar la idea en lengua inglesa. G. PARRA ARANGUREN, ob. cit., pág. 600, N<sup>os</sup> 327/328.



art. 17 es el siguiente: «*Art. 17. En el Estado de origen sólo se podrá confiar al niño a los futuros adoptantes si: a) la autoridad central del Estado de origen se ha asegurado de que los futuros padres adoptivos han manifestado su acuerdo; b) la autoridad central del Estado de recepción ha aprobado tal decisión, si así lo requiere la ley de dicho Estado o la autoridad central del Estado de origen; c) las autoridades centrales de ambos Estados están de acuerdo en que se siga el procedimiento de adopción; y d) se ha constatado, de acuerdo con el art. 5, que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar y que el niño ha sido o será autorizado a entrar y residir permanentemente en el Estado de recepción*».

Se advierte un sistema de garantías, que permite a una autoridad central oponer su veto a la constitución de la adopción y a la salida del niño del país <sup>57</sup>. Es responsabilidad de las autoridades centrales que el desplazamiento a través de las fronteras se realice con toda seguridad para el niño y en condiciones adecuadas (art. 19). En las reuniones de elaboración de la Convención, los países latinoamericanos exigían que se incluyese en el tratado la obligación de que el traslado del niño se realizara con la presencia de los padres adoptantes o, por lo menos, de uno de ellos. Tal fue la postura de Haití, Chile, Madagascar, Mauricio, Rumania. Por el contrario, India, Corea y Filipinas estimaron que era suficiente una disposición flexible, puesto que todo traslado se iba a efectuar bajo la supervisión de las autoridades centrales. La redacción final refleja esta postura <sup>58</sup>.

Puede suceder que el niño ya se haya desplazado y que antes del pronunciamiento de la adopción, se advierta que el

---

<sup>57</sup> Bruno STURLÈSE, «La Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale», *Juris Classeur Périodique* 1993-1-3710. En opinión de este jurista, se trata de un «*système de verrouillage*».

<sup>58</sup> *Actes et Documents...*, ob. cit., págs. 408/409.

emplazamiento es equivocado y que el interés del niño aconseja la no constitución de esa adopción. El art. 21 contempla este supuesto y pone en cabeza de la autoridad central del Estado de recibimiento la responsabilidad de retirar al niño del hogar donde se encontraba y de ocuparse de su cuidado personal hasta que pueda intentarse otra colocación alternativa.

Una adopción constituida y certificada según la Convención, es reconocida de pleno derecho en los demás Estados contratantes.

### *C. Los mecanismos de coordinación*

El art. 1º, que define los objetivos de la Convención, no reiteró el propósito de evitar «adopciones claudicantes», tal como expresaban los «objetivos» consagrados en las conclusiones de la primera reunión de la Comisión especial, de junio de 1990. Sin embargo, esa finalidad es la que orienta las técnicas utilizadas para la coordinación de los ordenamientos jurídicos de los Estados interesados, que aparecen en el art. 17, inc. c (en combinación con los arts. 4º y 5º), por una parte, y en el art. 23 (en combinación con los arts. 26 y 27), por la otra.

*La técnica consiste en organizar un sistema de verificaciones para anticipar la reacción global de los dos ordenamientos jurídicos involucrados antes de comprometer emocionalmente al niño en una colocación familiar determinada.*

Recordaremos que una de las aspiraciones del derecho internacional privado -típica del conflictualismo pero presente, asimismo, en otras explicaciones actuales del fenómeno de la relación privada internacional<sup>59</sup>- es la armonía interna-

---

<sup>59</sup> Ver los tres discursos explicativos presentados por Diego P. FERNÁNDEZ ARROYO, *Derecho internacional privado (Una mirada actual...)*, ob. cit. en nota 149 de la Primera Parte, especialmente pág. 110. Asimismo, Erik JAYME, «*Identité culturelle....*», ob. cit., pág. 89 y ss..

cional de las decisiones, tendiente a evitar situaciones claudicantes. Ahora bien, esta Convención afirma: el conflictualismo y sus técnicas de coordinación son impotentes para lograr este propósito <sup>60</sup>.

*a. La prevención de los conflictos insolubles entre ambos ordenamientos*

Se trata de evitar el avance de un proyecto de adopción cuando exista, desde el principio, algún obstáculo insalvable en alguno de los dos Estados interesados. No se verifica la divergencia entre ambos sistemas de derecho internacional privado; se trata de ponderar la reacción global de ambos ordenamientos. El obstáculo puede estar fundado en la ley que rige la institución, en la autoridad que interviene, en principios de orden público internacional, en la comisión de un acto de tráfico perpetrado en un país y desconocido en el otro, en dificultades migratorias, etcétera.

La Convención distribuye responsabilidades entre las autoridades competentes del Estado de origen (art. 4º) y del Estado de recepción (art. 5º), pero reserva la última palabra en la decisión sobre el *matching* a las autoridades del Estado de origen <sup>61</sup>, las que se aseguran de que cuentan con el acuerdo de los padres adoptantes y con la aprobación de la autoridad central del país de recibimiento, si es que así lo requiere la ley de dicho Estado (art. 17 incs. a y b) <sup>62</sup>. De los trabajos

---

<sup>60</sup> Horatia MUIR WATT, «La Convention de La Haye...», ob. cit., pág. 51.

<sup>61</sup> A quienes les compete el control de la adoptabilidad del niño. Esa circunstancia determina la prosecución del procedimiento administrativo (art. 16.1), la prosecución de la instancia judicial (art. 4.a), la decisión de confiar el niño a la familia elegida (art. 17) y la autorización para la salida del niño del país (art. 19). Conf. Horatia MUIR WATT, «La Convention de La Haye...», ob. cit., pág. 53.

<sup>62</sup> En general, los países de recibimiento no desean asumir la responsabilidad del *matching*. Les basta con que los futuros adoptantes estén de acuerdo y que ambas autori-

preparatorios surge un intenso debate sobre los acuerdos necesarios para la colocación del niño y para proseguir el trámite. Según la delegación suiza, la aprobación de las dos autoridades centrales debía manifestarse en los tres momentos: el *matching*, la adopción y el desplazamiento. Más tarde, Suiza aceptó que el momento determinante era el contacto físico entre el niño y los futuros adoptantes y que no era necesario repetir la «doble aprobación»<sup>63</sup>.

La delegación de Italia había propuesto una reforma en el Documento de trabajo N° 38, según el cual los dos Estados debían asegurarse «*qu'il n'existe pas d'empêchements à l'adoption selon la loi de l'État où l'adoption doit avoir lieu et pas d'obstacles à sa reconnaissance dans l'autre État en cause*»<sup>64</sup>. Estas precisiones fueron eliminadas y quedaron subsumidas en el actual art. 17 inc. c. Es decir, las autoridades centrales de ambos Estados deben manifestar su acuerdo a que se siga adelante con el procedimiento. Una verifica todo lo necesario para el dictado de la adopción; la otra constata todo lo necesario para el reconocimiento de efectos a esa adopción que se pronunciará en el país extranjero.

Las autoridades centrales anticipan su punto de vista sobre la validez de la adopción a constituirse. La Convención no dice cuál es el criterio para esta conclusión. Quienes han

---

dades centrales tomen en forma conjunta la decisión de seguir adelante con el procedimiento. Conf. Elizabeth POISSON-DROCOURT, «L'entrée en vigueur de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection d'enfants et la coopération en matière d'adoption internationale», *Journal de Droit International* 1999, págs. 707/730, esp. pág. 723.

<sup>63</sup> Intervención de Andréas BUCHER, *Actes et documents...*, ob. cit., pág. 400 y Documento de trabajo N° 95 de Suiza.

<sup>64</sup> Documento de trabajo N° 38, *Nouvel article 7, Proposition de la délégation de l'Italie, Actes et documents...*, ob. cit., pág. 302. Italia entendía que, en tanto el sistema de conflicto de leyes del Estado de la creación de la adopción debía ser respetado íntegramente, en el otro Estado sólo interesaba que no existiesen obstáculos a la posibilidad de que la adopción produjese sus efectos. El rol del orden público era, por el contrario, de relevante importancia en el Estado de recibimiento.

co de niños en América Latina y Centroamérica en la década de los ochenta <sup>99</sup>, es en ocasión de la CIDIP III que aparece una tímida recomendación en el sentido de sancionar a las personas que actúan como intermediarios en actos de tráfico de menores. Sin embargo, la inquietud no se reflejó en el texto aprobado en la convención sobre adopción de menores elaborada en esa oportunidad. Al concluir la IV Conferencia Interamericana Especializada -el 15 de julio de 1989-, se incluyó el tema «aspectos civiles del tráfico internacional de menores» en la agenda de la CIDIV V, solicitud que fue aceptada por resolución de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos <sup>100</sup>. Posteriormente, el Consejo Permanente de la OEA resolvió agregar el tratamiento de los temas penales vinculados al tráfico de niños.

En abril-mayo de 1991 se llevó a cabo en Quito, Ecuador, el Seminario Latinoamericano sobre Adopción de Menores y Tráfico de Niños. Fue organizado por el Ministerio de Bienestar Social del Ecuador y por Defensa de los Niños -Internacional y Sección Ecuador- y auspiciado por UNICEF y por el Instituto Interamericano del Niño <sup>101</sup>. Se debatieron cuatro

<sup>99</sup> Por ejemplo: Defensa de los Niños Internacional-Sección Chile, «Investigación preliminar sobre el tráfico y comercio de niño hacia el extranjero en Chile», septiembre de 1985; Defensa de los Niños Internacional-Sección Ecuador, «Informe sobre las adopciones internacionales ilegales en el Ecuador durante el año 1988», Instituto Interamericano del Niño (Nº 19280 Centro Focal, Consejo Nacional del Menor y la Familia).

<sup>100</sup> Res. 1024 del 18 de noviembre de 1989 (AG/Res.1024/XIX-O189). El punto 10 de esta resolución revela el espíritu de cooperación entre organizaciones intergubernamentales en los grandes temas atinentes a menores: «10. Exhortar al Instituto Interamericano del Niño a que continúe sus programas de trabajos sobre los temas de derecho de menores que deban ser incluidos en el proyecto de la CIDIP V; igualmente, que coordine con la Secretaría Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado los estudios que llevará a cabo en materia de adopción internacional de menores con miras a aprobar una convención de alcance universal sobre adopción de menores».

<sup>101</sup> Se llevó a cabo unos días antes de la segunda reunión de la Comisión especial encargada de elaborar un anteproyecto de Convenio sobre adopciones internacionales -reunión que tuvo lugar en la sede de la Conferencia de La Haya del 22 de abril al 3 de mayo

tratado el punto coinciden en que se debe evaluar la totalidad del ordenamiento: reglas sustanciales, reglas de conflicto de leyes, condiciones de eficacia de una decisión extranjera, principios constitucionales, derecho administrativo, etcétera. Este método de anticipación previsto en la Convención, se inspira claramente en el método de la referencia al ordenamiento competente del profesor Paolo Picone <sup>65</sup>. Este mecanismo de consulta previa, anterior a la decisión judicial (o administrativa) de constitución de la adopción, reduce la función de la regla de conflicto ante esa autoridad competente. Sólo llegarán a esa instancia los proyectos de adopción que se consideren viables y, en ese caso, *la solución conflictual será irrelevante pues se ha constatado la aceptación global del emplazamiento por el Estado de recibimiento.*

*b. El reconocimiento uniforme de un contenido mínimo de la adopción*

Puede producirse una divergencia real entre los ordenamientos en cuanto a los efectos de la adopción en los lazos de filiación del niño, particularmente, con relación al mantenimiento o ruptura de su vínculo con su familia de sangre.

La Convención establece una regla material uniforme que fija un contenido mínimo a toda adopción conforme al procedimiento instaurado: comporta, al menos, un lazo de filiación y la responsabilidad de los padres adoptivos respecto del hijo.

<sup>65</sup> Sostienen esta opinión: Horatia MUIR WATT, «La Convention de La Haye...», ob. cit., pág. 53; Nathalie MEYER FABRE, «La Convention de La Haye...», ob. cit., pág. 282 y nota 23. También, Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS, «La aplicación en España del 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», Revista Jurídica de Catalunya Nº 2, año XV, Barcelona, 1996, pág. 338.

En cuanto a la ruptura del lazo de filiación original: se produce si es un efecto previsto en el Estado en que se ha conferido la adopción (art. 26.1.c). La conciliación entre las posiciones de los dos ordenamientos se produce mediante un enfoque conflictualista, materialmente orientado: da protección al niño con un nivel mínimo, pone límites a la tendencia de los países de recibimiento a imponer su propia solución y contempla un correctivo útil -la posibilidad de conversión en adopción de tipo plena- para satisfacer las aspiraciones de los Estados que pasan a ser el medio social estable donde se integra la familia.

El caso es el siguiente. En el Estado de origen se otorga una adopción de tipo simple antes del desplazamiento del niño a través de las fronteras. Esa adopción, certificada conforme al art. 23, es reconocida de pleno derecho en el Estado Parte de recibimiento. Los adoptantes presentan una demanda de conversión ante el juez competente, de acuerdo al art. 27, que autoriza la conversión en una adopción de tipo pleno, con ruptura del vínculo de filiación preexistente, con tal de que: *a) así lo permita la ley del Estado de recepción, y b) se hayan otorgado -o puedan otorgarse- los consentimientos exigidos en el art. 4º, apartados c y d, del Convenio.* El juez que resuelve debe verificar dos condiciones: una sustancial, que hace al alcance del consentimiento dado por los padres o por quienes deben consentir, y otra propia del sistema de derecho internacional privado del Estado de recepción, que debe habilitar la conversión de una adopción de tipo simple otorgada en el extranjero en otra de tipo pleno. La decisión de conversión será certificada conforme a la Convención a fin de facilitar el reconocimiento en otros Estados contratantes (art. 27.2).

En el país de origen del niño -que tal vez desconoce otro tipo de adopción que no sea la simple-, esa segunda decisión relativa a la conversión y dotada de un título uniforme (el certificado conforme al art. 23), deberá ser reconocida de pleno derecho y, en consecuencia, en ambos Estados se coincidirá en cuanto a la aceptación de un emplazamiento que com-

les, favorece la coordinación entre los ordenamientos jurídicos involucrados. Cuando la finalidad del tratado es lograr un objetivo tuitivo concreto en interés del menor, en temas cuya solución sólo puede alcanzarse mediante la actuación solidaria de los Estados, la excepción de orden público internacional definida por los jueces nacionales sobre la base de los principios locales que informan el derecho del menor y de la familia, conduce a frustrar los objetivos del tratado y a reintroducir las divergencias entre los ordenamientos que suscitaron la celebración del convenio internacional.

El citado art. 25, inspirado en el proyecto de la reunión de expertos de San José de Costa Rica, es la versión latinoamericana de aquella idea europea de favorecer la cooperación internacional evitando el bloqueo en el funcionamiento del convenio por la presión de nociones puramente nacionales. Los delegados en la Conferencia Interamericana interpretaron que el alcance del art. 20 de la Convención de La Haya de 1980 se mantenía en el marco del derecho constitucional de cada uno de los Estados. En el ámbito americano, la intención fue superar los principios puramente jurídicos de la legislación nacional y establecer «un orden público mejorado»<sup>98</sup>, constituido por principios jurídicos, religiosos, culturales, sociales, aceptados por la comunidad internacional, es decir, una especie de derecho supranacional protector del niño.

### *Sección 3*

#### *La Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores (México, 1994)*

Si bien las organizaciones no gubernamentales investigaron y denunciaron con lujo de detalles las corrientes de tráfi-

<sup>98</sup> Actas y documentos de la CIDIP IV, vol. II, Comisión I, Secretaría General de la OEA 1990, intervención del representante de Colombia, págs. 125/126; intervención del representante de la Argentina, págs. 128/129.

dencia respecto de los procedimientos conocidos en las legislaciones nacionales (plazos para formular oposición y para dictar la resolución -art. 12-; plazos de caducidad para la ejecución de la sentencia de restitución -art. 13-; procedimiento cautelar de localización de menores -arts. 18 a 20-). El rol de las autoridades centrales, mucho menos protagónico que en la Convención de La Haya de 1980, es cooperar con los titulares de la acción y con las autoridades judiciales o administrativas de los Estados Partes para allanar los obstáculos que se interpongan al cumplimiento de los objetivos del convenio (art. 7°).

### B. Técnicas de coordinación

La percepción del problema de la coordinación es rudimentaria. Tal como sucede en la Convención de La Haya de 1980, a fin de evitar situaciones inconciliables -desde el punto de vista de los ordenamientos considerados globalmente- el Estado de refugio acepta la «situación protegida» en el Estado donde se hallaba el centro de vida del menor con anterioridad a la conducta calificada de ilegal (art. 4° *in fine* y concordantes, que consagran un sistema similar a los arts. 3° a, 5 y concordantes, de la Convención de La Haya de 1980). Asimismo, se dispone la prohibición de decidir sobre el fondo del derecho de guarda, en un reconocimiento del principio de la competencia para tratar ese tema en favor del Estado de la anterior residencia habitual del niño, en las condiciones del art. 17 de la Convención Interamericana.

Más interesante nos parece el tratamiento de la cláusula de reserva del orden público internacional contenida en este tratado. Dice el art. 25: «*La restitución del menor dispuesta conforme a la presente Convención podrá negarse cuando sea manifiestamente violatoria de los principios fundamentales del Estado requerido y consagrados en instrumentos de carácter universal y regional sobre derechos humanos y del niño*».

La restricción de la posibilidad de invocar razones de orden público para liberarse de las obligaciones convenciona-

porta ruptura de los lazos de filiación de origen <sup>66</sup>. En suma: se ha llegado a la coordinación de ordenamientos en torno a un contenido homogéneo.

Este mecanismo se sustenta en dos piezas claves: el reconocimiento de pleno derecho de lo decidido conforme a la Convención en otro Estado y la función protagónica de la autoridad central. A este organismo le corresponde cerciorarse de que se expresen los consentimientos con el alcance necesario, cuando el país de recibimiento conozca una adopción de tipo pleno, antes de dar su aprobación para que avance el proyecto de adopción <sup>67</sup>.

### Sección 3

#### *La Convención de La Haya del 19 de octubre de 1996 sobre responsabilidad parental y medidas de protección de la infancia*

La última convención elaborada en el marco de la Conferencia de La Haya sobre protección internacional de niños sigue, en lo fundamental, la técnica tradicional del conflicto

<sup>66</sup> Horatia MUIR WATT, «La Convention de La Haye...», ob. cit., pág. 58. Esta autora es de la opinión de que la ratificación de la Convención por un Estado que sólo conoce en su legislación interna una adopción de tipo simple y que, a la vez, impone la competencia exclusiva de sus tribunales para la creación del emplazamiento, entraña la aceptación del riesgo de la conversión con la consiguiente ruptura del vínculo precedente.

<sup>67</sup> A fines del 2000 tuvo lugar la reunión de la Comisión especial sobre el funcionamiento práctico de la Convención de La Haya del 29 de mayo de 1993 y entre los temas que fueron objeto de recomendación, figuran: la actualización de la información sobre las autoridades y organismos acreditados, las exigencias para la extensión de los certificados mencionados en el art. 23 y la necesidad de reglamentar otros tipos de colocación de niños con desplazamiento internacional no contemplados en la convención. En esa reunión, los expertos manifestaron una neta preferencia por el otorgamiento al niño de la nacionalidad del Estado de recibimiento. Conf. «Rapport et conclusions de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale (28 novembre-1° décembre 2000)».

de autoridades y del conflicto de leyes. Aparece el reenvío como técnica de coordinación y se disminuyen las condiciones para reconocer y dar eficacia extraterritorial a medidas de protección dictadas por autoridades extranjeras. En ocasiones, se favorece la eliminación del conflicto mediante la comunicación y la transferencia de competencias entre las autoridades nacionales, en un marco de cooperación entre Estados que se apoya en el sistema de las autoridades centrales (art. 29), a las que no les compete el rol protagónico que les atribuyó la Convención de La Haya del 29 de mayo de 1993.

La Convención de La Haya relativa a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de la infancia, fue firmada por Marruecos el 19 de octubre de 1996 y ha sido ratificada por Mónaco, la República Checa, Eslovaquia -países entre los cuales entró en vigor el 1° de enero de 2002-, Marruecos y Letonia. En este último país está en vigencia desde el 1° de abril de 2003. También ha sido firmada por los Países Bajos y por Polonia.

La circunstancia relevante que apresuró la elaboración de un nuevo tratado multilateral en la materia, fue la aprobación el 20 de noviembre de 1989 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño<sup>68</sup>. El concepto de menor y la consideración primordial de su interés no estaban

<sup>68</sup> Algunas de sus cláusulas constituían un verdadero desafío. Tal es el caso de los arts. 9°, apartado 3, y 10, apartado 2 -sobre el derecho del niño a relaciones personales con ambos padres- el art. 12 -relativo al derecho del niño a expresar libremente su opinión en los asuntos que le afectan y a que se tome en cuenta su opinión en función de su edad y madurez-, los arts. 16, 19, 20, 22, 25, 27, 28 y también el art. 18, que establece la responsabilidad común de ambos progenitores y que determinó la expresión «responsabilidad parental» utilizada en el título y en el texto de la nueva convención. Conf.: «Rapport sur la révision de la Convention de La Haye de 1961 en matière de protection des mineurs -première partie-», por Adair Dyer, secrétaire général adjoint, Document préliminaire N° 1, avril 1994. *Actes et documents de la Dix-huitième session*, t. II, Bureau Permanent de la Conférence, 1998.

plazo de un año contado conforme al art. 14, y en las condiciones que fija el convenio (art. 9°); surge entonces, para la autoridad judicial o administrativa del Estado Parte requerido, la obligación de restituir -incluso en resguardo del ejercicio de los derechos de visita (arts. 4° y 21), salvo las reducidas excepciones admitidas por la Convención (arts. 11 y 25).

Esta convención, ajustándose al espíritu de los instrumentos de cooperación jurisdiccional conocidos en el sistema interamericano, tiene una norma de jurisdicción internacional para promover la acción de restitución, mediante la cual designa -como regla general- a las autoridades judiciales o administrativas del Estado Parte donde el menor tuviere su residencia habitual inmediatamente antes de su desplazamiento o de su retención, con ciertas opciones en caso de urgencia (art. 6°, párrafos segundo y tercero). Define, asimismo, quién es el titular legitimado para promover la acción: «los padres, tutores o guardadores, o cualquier institución» (art. 4)<sup>96</sup>.

En suma: la Convención ha establecido un proceso especial autónomo respecto del contencioso sobre el fondo de los derechos de guarda o de visita<sup>97</sup>, que tiene relativa indepen-

<sup>96</sup> Sobre el carácter restrictivo de la legitimación activa: Gualberto LUCAS SOSA, «La Convención interamericana...», ob. cit., pág. 784, N° 5.5.1.; Diego FERNÁNDEZ ARROYO, «La Convención interamericana...», ob. cit., pág. 16. El art. 8° de la Convención de La Haya del 25/10/1980 tiene una redacción intencionalmente imprecisa: «Toda persona, institución u organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención con infracción del derecho de custodia...».

<sup>97</sup> Este proceso especial trasciende la cooperación meramente cautelar que se había instaurado en la Convención Interamericana sobre cumplimiento de medidas cautelares (CIDIP II, Montevideo, 1979), que abarca las «medidas cautelares dictadas por jueces o tribunales de otro Estado Parte competentes en la esfera internacional, que tengan por objeto: a) el cumplimiento de medidas necesarias para garantizar la seguridad de las personas, tales como custodia de hijos menores...» (art. 2° y art. 9° de la Convención Interamericana, que fue aprobada por la República Argentina por ley 22.921). En el mismo sentido, el Protocolo de Ouro Preto del 17 de diciembre de 1994 sobre medidas cautelares, elaborado en el marco de la armonización de legislaciones que propicia el Tratado de Asunción del 26 de marzo de 1991, comprende medidas cautelares relativas a la custodia de menores (arts. 12 y 25).



dencia habitual en uno de los Estados Partes y hayan sido trasladados ilegalmente de un Estado Parte a otro Estado Parte o que habiendo sido trasladados legalmente hubieran sido retenidos ilegalmente. Es también objeto de esta Convención hacer respetar el ejercicio del derecho de visita y el de custodia o guarda por parte de sus titulares». Supone, pues, un caso multinacional y se propone hacer respetar el derecho de custodia o guarda, así como el ejercicio del derecho de visita, por parte de sus titulares, y asegurar la pronta restitución del menor que haya sido víctima de la conducta calificada como ilícita <sup>94</sup>.

A los efectos de la aplicación de la Convención, se considera menor «a toda persona que no haya cumplido dieciséis años de edad». A diferencia de la rígida disposición del art. 4º de la Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980 <sup>95</sup>, el art. 2º del convenio interamericano permite interpretar que el menor debe contar con menos de 16 años al tiempo de promover las actuaciones previstas en la Convención, aun cuando alcance esa edad durante el trámite.

Los arts. 3º y 4º contienen calificaciones autárquicas que definen el alcance de las conductas consideradas ilegales, ateniéndose a la violación de los derechos que ejercían «individual o conjuntamente los padres, tutores o guardadores o cualquier institución, inmediatamente antes de ocurrir el hecho, de conformidad con la ley de la residencia habitual del menor». Configurada la transgresión, la persona legitimada (art. 4º) instaura el procedimiento de restitución ante la autoridad judicial o administrativa competente (art. 6º), en el

<sup>94</sup> Gualberto LUCAS SOSA, «La Convención interamericana sobre restitución internacional de menores (CIDIP IV, Montevideo, 1989)», *Jurisprudencia Argentina* 1990-I, pág. 779 y ss., especialmente pág. 781.

<sup>95</sup> Dice el art. 4º, última frase, de la Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980: «El convenio dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de dieciséis años».

apropiadamente consagrados en la anterior Convención de 1961 sobre la protección de niños.

Al finalizar la tercera reunión de la Comisión especial, en septiembre de 1995, se había aprobado el anteproyecto de treinta artículos que serían discutidos en las reuniones diplomáticas de octubre de 1996 <sup>69</sup>. A la décimo octava sesión de la Conferencia asistieron representantes de treinta y cinco Estados miembros, quince Estados observadores, ocho organizaciones intergubernamentales y nueve organizaciones no gubernamentales.

El preámbulo de este convenio recuerda que se trata de una convención sobre conflicto de leyes y conflicto de autoridades y no una convención sobre unificación de normas materiales relativas a la protección de la infancia. Destacaremos dos párrafos que nos parecen reveladores del espíritu del instrumento:

*«Désirant éviter les conflits entre leurs systèmes juridiques en matière de compétence, loi applicable, reconnaissance et exécution des mesures de protection des enfants... Rappelant l'importance de la coopération internationale pour la protection des enfants...»* <sup>70</sup>.

La forma de evitar los conflictos de sistemas es la coordinación de sistemas. La Convención contiene, asimismo, técnicas de coordinación de ordenamientos.

#### A. Ambito de aplicación

El nuevo instrumento es un texto voluminoso que explicita con detalle su ámbito de aplicación material. El art. 3º enun-

<sup>69</sup> Avant projet de convention et rapport de Paul Lagarde, Document préliminaire N° 7, de mars 1996, *Actes et documents...*, ob. cit., págs. 140/189.

<sup>70</sup> No contamos con traducción oficial en idioma español de esta Convención. El texto aprobado, en inglés y en francés, aparece en el libro *Actes et documents* de la Dix-huitième., ob. cit., págs. 514/531. También ha sido publicado en francés en la *Revue Critique de Droit International Privé* 1996, t. 85, págs. 813/828.

cia el abanico de materias que pueden ser objeto de una medida de protección: la atribución, ejercicio, delegación y retiro de la autoridad parental, el derecho de custodia y de visita, regímenes tuitivos como la tutela y la curatela, medidas de colocación de niño en familia de acogimiento o institucionalización, con exclusión de la colocación en guarda preadoptiva y de la internación de un menor como sanción a una infracción penal. Explícitamente, la Convención incluye en su ámbito de aplicación material, la colocación familiar de un niño por *kafala* o institución similar del derecho musulmán <sup>71</sup>.

La enumeración del art. 3º es puramente ejemplificativa; por el contrario, son taxativas las exclusiones contenidas en el art. 4º, las que se justifican o bien porque la materia no tiende de manera principal a la protección del niño, o bien porque existen otras convenciones específicas respecto de las cuales no parecía conveniente la superposición de soluciones <sup>72</sup>.

En cuanto al ámbito personal de aplicación, dice el art. 2º: «La Convención se aplica a niños a partir de su nacimiento hasta que hayan alcanzado la edad de 18 años». Prescinde,

<sup>71</sup> Art. 3º, apartado e, de la Convención. La delegación de Marruecos presentó un documento con detalles del procedimiento de la *kafala* según la ley marroquí del 10/9/1993. Por decisión del juez tutelar -o de una comisión administrativa- el niño puede ser confiado a una institución pública o a una familia musulmana que se ocupará de su cuidado y educación y, si corresponde, del cuidado de sus bienes. La *kafala* no produce ningún efecto en cuanto a la filiación; el niño no pasa a ser pariente en la familia del *kafil*. *Actes et documents...*, ob. cit., pág. 546, Nº 23.

<sup>72</sup> Quedan fuera del ámbito de aplicación de la nueva convención: a) el establecimiento y la impugnación de la filiación; b) el otorgamiento de la adopción, su anulación o revocación y las medidas preparatorias, especialmente la guarda que precede a la adopción; c) el nombre y el apellido del niño; d) la emancipación; e) las obligaciones alimentarias; f) los trusts y las sucesiones; g) la seguridad social; h) las medidas públicas de carácter general en materia de educación y de salud (por ejemplo, las que imponen una vacunación obligatoria a una edad determinada; en cambio, la colocación de un niño en un establecimiento escolar se considera una medida de protección que está comprendida en el ámbito de la convención); i) las medidas tomadas en virtud de infracciones penales cometidas por niños y j) las decisiones relativas al derecho de asilo y las atinentes a problemas migratorios.

México, Paraguay Uruguay y Venezuela. La República Argentina aprobó este convenio por ley 25.358 y designó el 16 de febrero de 2001 a la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto como autoridad central.

Es innegable la influencia que en su elaboración ha tenido la Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, así como los convenios bilaterales que la República Oriental del Uruguay había celebrado con la República Argentina el 31 de julio de 1981 <sup>91</sup>, con Chile, el 15 de octubre de 1981 y con el Perú, el 7 de febrero de 1985 <sup>92</sup>. En el ámbito norteamericano, se conocían, asimismo, la Uniform Child Custody Jurisdiction Act (U.C.C.J.A), elaborada en 1968 por los *Commissioners on Uniform State Laws* y adoptada por todos los Estados de los Estados Unidos de Norteamérica, y la Federal Parental Kidnapping Prevention Act (P.K.P.A.), que tuvo su origen en el Senado de los Estados Unidos y se aprobó en 1980 <sup>93</sup>. Estos antecedentes, más los fecundos aportes de los juristas Didier Opertti Badan, Ronald Herbert, Alicia Perugini y Eduardo Tellechea Bergman, constituyeron las fuentes esenciales de la nueva convención.

#### A. Ambito de aplicación y caracteres del procedimiento

Establece el art. 1º que la Convención tiene por objeto «asegurar la pronta restitución de menores que tengan resi-

<sup>91</sup> Aprobado en la República Argentina por ley 22.546 y en la República Oriental del Uruguay por dect.-ley 15.218 del 20 de noviembre de 1981.

<sup>92</sup> Diego FERNÁNDEZ ARROYO, «La Convención interamericana sobre restitución internacional de menores», publicación del Instituto Interamericano del Niño, 1992, págs. 4/5.

<sup>93</sup> Ver Título II, Capítulo 1, Sección 1, apartado A, párrafo b, de esta Segunda Parte. Puede consultarse: Amos SHAPIRA, «Private International...», ob. cit., especialmente págs. 178/179.

Con el propósito de dar estabilidad al emplazamiento, el art. 5º instauro un sistema de reconocimiento de efectos de pleno derecho, en estos términos: «*Las adopciones que se ajusten a la presente Convención surtirán sus efectos de pleno derecho, en los Estados Partes, sin que pueda invocarse la excepción de institución desconocida*». La disposición es oscura, pues no explicita si reemplaza totalmente a los tradicionales sistemas de reconocimiento de sentencia extranjera, conocidos en los sistemas de los Estados Partes, ajenos, como regla general, al reconocimiento de pleno derecho de las decisiones relativas a las relaciones de familia.

A pesar de haber sido elaborada en la década de los ochenta, esta convención sólo contempla una cooperación embrionaria con la finalidad de efectuar un seguimiento del niño después su desplazamiento al extranjero. Dice el art. 8º: «*En las adopciones regidas por esta Convención las autoridades que otorgaren la adopción podrán exigir que el adoptante (o adoptantes) acredite su aptitud física, moral, psicológica y económica, a través de instituciones públicas o privadas cuya finalidad específica se relacione con la protección del menor. Estas instituciones deberán estar expresamente autorizadas por algún Estado u organismo internacional. Las instituciones que acrediten las aptitudes referidas se comprometerán a informar a la autoridad otorgante de la adopción acerca de las condiciones en que se ha desarrollado la adopción, durante el lapso de un año. Para este efecto la autoridad otorgante comunicará a la institución acreditante, el otorgamiento de la adopción*».

## Sección 2

### *La Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores (Montevideo, 1989)*

Este tratado, elaborado en el marco de la CIDIP IV, entró en vigor el 11 de abril de 1994 entre Brasil y México. En la actualidad, obliga a diez Estados: Argentina (desde el 15 de febrero de 2001), Belice, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Ecuador,

pues, de lo dispuesto sobre la minoridad del niño en la ley personal respectiva: la Convención se aplica aun cuando según la ley personal, la plena capacidad se haya alcanzado antes de los 18 años. En el curso de las negociaciones se propuso suprimir la frase «a partir de su nacimiento», a fin de dejar en libertad a los Estados que deseaban aplicar la convención a niños concebidos. El debate fue áspero y, por fuerte mayoría -25 votos contra 5 y una abstención-, se aprobó el texto actual. Prevaleció la posición de que cada Estado era libre de dictar en su legislación nacional las medidas de protección en favor de los niños concebidos que creyera oportunas, las que no gozarían del régimen privilegiado de reconocimiento previsto en la Convención <sup>73</sup>.

Este instrumento tiene una trama compleja: algunas de sus disposiciones se aplican sólo entre Estados contratantes -por ejemplo, los arts. 8º y 9º-; en cambio, el art. 16, primer párrafo, que determina la ley que rige la autoridad parental, es una norma de conflicto universal, aplicable a todos los niños cualquiera sea su nacionalidad y su residencia habitual

En cuanto al ámbito temporal, el art. 53 dispone la aplicación de la Convención a las medidas tomadas después de la entrada en vigor del tratado en ese Estado al que pertenece la autoridad que actúa. En cuanto al sistema de reconocimiento, sólo se aplica respecto de medidas dictadas en un Estado después de la entrada en vigor del tratado entre ese Estado y el Estado donde se pide el reconocimiento (art. 61, 2, b y art. 58, 3).

<sup>73</sup> Paul LAGARDE, «La nouvelle Convention de La Haye sur la protection des mineurs», *Revue Critique de Droit International Privé* 1997, t. 86, págs. 217/237, especialmente págs. 221/222. Asimismo, en *Actes et documents...*, ob. cit., pág. 544.

## B. Los mecanismos de coordinación

### a. Técnicas tradicionales

La idea general es que los Estados sacrifiquen sus pretensiones respecto de la competencia de sus propias autoridades y que acepten la competencia de las autoridades más próximas del niño que son las autoridades de su residencia habitual (art. 5º). Hay excepciones en caso de ausencia de residencia habitual o de desplazamiento ilícito de niños (arts. 6º y 7º) -y de manera muy restringida, en favor del foro del divorcio o separación de los padres (art. 10)-. La regla es que la autoridad competente aplica su *lex fori*, principio que admite excepción en virtud de una original «cláusula escapatoria orientada con finalidad material»<sup>74</sup>.

Dado el tipo de convención de que se trata, aparecen las técnicas tradicionales de coordinación de sistemas de derecho internacional privado: la restricción a la reserva del orden público (art. 22) y el reenvío.

Dice el art. 21: «1. En el sentido del presente capítulo, el término «ley» designa el derecho en vigor en un Estado, con exclusión de las reglas de conflicto de leyes. 2. No obstante, si la ley aplicable en virtud del art. 16 es la ley de un Estado no contratante y las reglas de conflicto de ese Estado designan la ley de otro Estado no contratante que aplicaría su propia ley, esta ley de este otro Estado es aplicable. Si la ley de ese otro

<sup>74</sup> Dice el art. 15, párrafo segundo: «Toutefois, dans la mesure où la protection de la personne ou des biens de l'enfant le requiert, elles (les autorités des Etats contractants dans l'exercice de leur compétence) peuvent exceptionnellement appliquer ou prendre en considération la loi d'un autre Etat avec lequel la situation présente un lien étroit». La cláusula escapatoria es un correctivo a una localización inapropiada (desde el punto de vista de los lazos de proximidad) efectuada por una norma de conflicto abstracta y rígida; tradicionalmente, no se la concibió como instrumento de justicia material. Conf. César E. DUBLER, *Les clauses d'exception en droit international privé*, Études suisses de droit international, Librairie de l'Université de Genève, 1983, vol. 35, esp. págs. 28, 31 y ss.; pág. 125 N° 149.

pio del interés superior del menor como criterio que orienta la anulación del emplazamiento. En forma coherente con la naturaleza conflictual del instrumento, contiene una cláusula que restringe la posibilidad de invocar el orden público internacional a fin de liberarse de los compromisos convencionales (art. 18).

La Convención se preocupa por evitar adopciones claudicantes y opta por una norma conflictual de aplicación distributiva (arts. 3º y 4º), que persigue asegurar la validez del emplazamiento en el Estado de la residencia habitual del adoptado, que es el Estado de la constitución de la adopción (art. 15)<sup>89</sup>. Sin embargo, se trata de un razonamiento conflictual abstracto, propio del método conflictual clásico, que no constata, antes de la creación del lazo adoptivo, cuál es la concreta reacción del ordenamiento jurídico del domicilio del o de los adoptantes. En ese sentido parece insuficiente la idea de favor que expresa el art. 19, en estos términos: «Las leyes aplicables según la presente Convención y los términos de ésta se interpretarán armónicamente a favor de la validez de la adopción y en beneficio del adoptado». En nuestra opinión, este tinte material en la interpretación no alcanza a superar el grado de abstracción que encierra la opción metodológica seguida<sup>90</sup>.

<sup>89</sup> El art. 3º de la Convención establece: «La ley de la residencia habitual del menor regirá la capacidad, consentimiento y demás requisitos para ser adoptado, así como cuáles son los procedimientos y formalidades extrínsecas necesarios para la constitución del vínculo». En cuanto al art. 4: «La ley del domicilio del adoptante (o adoptantes) regirá: a) la capacidad para ser adoptante; b) los requisitos de edad y estado civil del adoptante; c) el consentimiento del cónyuge del adoptante, si fuere del caso, y d) los demás requisitos para ser adoptante. En el supuesto de que los requisitos de la ley del adoptante (o adoptantes) sean manifiestamente menos estrictos a los señalados por la ley de la residencia habitual del adoptado, regirá la ley de éste».

<sup>90</sup> Para el análisis metodológico de esta Convención, debe leerse: Rubén SANTOS BELANDRO, *Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias. Reglas de conflicto materialmente orientadas hacia la protección de las personas*, Fundación de Cultura Universitaria, 2ª ed., Montevideo, 1999, especialmente págs. 207/208.

El concepto de «menor», se deja librado a la ley de la residencia habitual del niño, que rige la capacidad (art. 3º).

En cuanto al problema de la calificación, están comprendidas todas las instituciones «que equiparen al adoptado a la condición de hijo cuya filiación esté legalmente establecida» (art. 1º).

### B. Técnicas de coordinación

En los trabajos preparatorios se discutió un proyecto de ley modelo, destinado a uniformar las legislaciones nacionales en la materia. Contenía un precepto interesante, según el cual la competencia para otorgar una adopción podía abrirse en el país de la residencia habitual del candidato a adoptar -foro que concurría con el de la residencia habitual del adoptado- siempre y cuando constara que el menor había sido autorizado debidamente a abandonar el país de su residencia anterior <sup>87</sup>. Ello significaba que la demostración de que el niño era autorizado a dejar su país de origen -lo cual, obviamente, comportaba una aprobación de ese ordenamiento en cuanto a la adoptabilidad del niño y a la intervención de la autoridad extranjera- se constituía en *condición de apertura de la competencia para conferir la adopción*.

Esa norma se aproximaba claramente al método de la referencia al ordenamiento competente <sup>88</sup>, pero no se concretó en la convención finalmente aprobada, que es una típica convención de conflicto de autoridades y conflicto de leyes, que se completa con un par de normas materiales -arts. 7º y 14 *in fine*- relativas a la confidencialidad de la adopción y al princi-

<sup>87</sup> Art. 12 del proyecto de ley modelo elaborado en Quito en marzo de 1983, presentado por Operti Badan en su curso en la Academia de Derecho Internacional de La Haya. Conf. Didier OPERTI BADAN, «L'adoption...», ob. cit., pág. 391.

<sup>88</sup> Primera Parte, Título III, Capítulo 1, Sección 2.

*Estado no contratante no se considera aplicable, se aplicará la ley designada por el artículo 16».*

El rechazo del reenvío se justifica cuando un tratado pretende lograr la armonía internacional de las decisiones mediante una regla de conflicto uniforme, que designa una única ley sustancial nacional cualquiera sea la autoridad del Estado contratante que intervenga. En ese contexto, seguir la remisión a otro derecho efectuada por la regla de conflicto del sistema designado, reintroduce la divergencia de sistemas de derecho internacional privado que la convención ha eliminado por la regla de conflicto uniforme. Sin embargo, puede suceder que el Estado de la residencia habitual del niño sea un Estado no contratante y que el seguimiento de su norma de conflicto conduzca a un derecho de fondo que concrete una armonía más extensa. Por ejemplo, si el niño tiene su residencia habitual en un Estado no contratante cuya regla de conflicto remite a la ley nacional del niño, que acepta su competencia <sup>75</sup>.

Tal como hemos señalado anteriormente <sup>76</sup>, todo régimen de reconocimiento de decisiones extranjeras comporta una coordinación entre los ordenamientos jurídicos involucrados. La Convención que se comenta dedica el Capítulo IV (arts. 23 a 28) a establecer un sistema de reconocimiento de pleno derecho de toda medida de protección entre Estados contratantes, que comprende la posibilidad de promover una acción preventiva de reconocimiento o de no reconocimiento de una medida de protección dispuesta por autoridades de otro Estado contratante (art. 24) <sup>77</sup>.

<sup>75</sup> Paul LAGARDE, «La nouvelle Convention de La Haye...», ob. cit., págs. 233/234. Esta manera de aprovechar los espacios existentes de coordinación de sistemas de derecho internacional privado fuera del espacio de armonía creado por el tratado, había sido también plasmado en el art. 4 de la Convención de La Haya del 1º de agosto de 1989 sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte.

<sup>76</sup> Primera Parte, Título III, Capítulo 2.

<sup>77</sup> Paul Lagarde da el siguiente ejemplo: en el Estado A, la guarda de un niño ha sido confiada a la madre, con prohibición de fijar la residencia habitual del menor en otro país sin

*b. Los aportes originales en materia de coordinación*

Consisten en el sistema de transferencia de competencias al foro apropiado (arts. 8º y 9º) y en el acuerdo de autoridades que precede a la colocación del niño en familia de acogimiento radicada en el extranjero (art. 33).

Estos mecanismos sólo se implementan entre Estados contratantes.

La autoridad normalmente competente puede transferir su competencia a la autoridad de otro Estado contratante, si considera que ésta se halla en mejores condiciones de apreciar en un caso concreto el interés superior del niño <sup>78</sup>. Para ello, invitará a la autoridad que estima más apropiada a asumir la competencia a efectos de dictar las medidas de protección que juzgue adecuadas. También puede suspender el procedimiento e invitar a las partes a dirigir su demanda ante aquella otra autoridad extranjera, mejor ubicada para solucionar el caso concreto. La Convención limita las autoridades que pueden recibir esta transferencia de competencia, con fundamentos en el principio de proximidad: ellas son las autoridades de la nacionalidad del niño, del lugar de ubicación de sus bienes, la autoridad que intervino en la demanda de divorcio, de separación o de nulidad del matrimonio de los

---

el acuerdo formal del padre. El padre no tiene inconveniente en consentir que la madre y el niño instalen la residencia habitual en el Estado B, pero no quiere perder aquella prerrogativa y quiere evitar que la madre se vea liberada de la obligación de reclamar su consentimiento para un cambio de residencia. El padre tiene, pues, un interés inmediato a que el Estado B reconozca la medida dispuesta en el Estado A (y ello antes de que se produzca el desplazamiento del niño con autorización del padre hacia ese Estado B). Conf. Paul LAGARDE, «Rapport...», *Actes et documents...*, ob. cit., pág. 586, N° 129.

<sup>78</sup> Los representantes de los Estados Unidos y de los Países Bajos presentaron sendas propuestas a fin de que la transferencia pudiera efectuarse en favor de autoridades de Estados no contratantes, siempre que se justificara el interés del niño. Tales iniciativas no fueron aceptadas. Documento de trabajo N° 63, Proposition de la délégation des Pays Bas. *Actes et documents...*, ob. cit., pág. 250.

interamericano <sup>85</sup>. En la actualidad, obliga a seis Estados: Belice, Brasil, Chile, Colombia, México y Panamá, lo cual revela poca capacidad de respuesta a las necesidades del continente.

*A. Ambito de aplicación*

La Convención se aplica a la adopción de menores de naturaleza internacional, carácter dado por el domicilio del adoptante en un Estado contratante y por la residencia habitual del adoptado en otro Estado contratante. El art. 20 dispone: «*Cualquier Estado Parte podrá, en todo momento, declarar que esta Convención se aplica a las adopciones de menores con residencia habitual en él por personas que también tengan residencia habitual en el mismo Estado Parte, cuando, de las circunstancias del caso concreto, a juicio de la autoridad interviniente, resulte que el adoptante (o adoptantes) se proponga constituir domicilio en otro Estado Parte después de constituida la adopción*». La norma procura evitar que se soslaye la aplicación de la Convención mediante la maniobra de constituir una residencia en el Estado de la residencia habitual del adoptado y crear la apariencia de un caso totalmente nacional <sup>86</sup>. Sin embargo, a pesar de la percepción de una conducta probablemente fraudulenta, no se ha avanzado en el intento de coordinar el ordenamiento jurídico de creación del vínculo con el de probable destino del niño, sea el Estado de la nacionalidad o del domicilio del adoptante.

---

<sup>85</sup> Zulema WILDE, *La adopción...*, ob. cit., especialmente pág. 76.

<sup>86</sup> Zulema WILDE, ídem, pág. 84. En el proyecto de convención elaborado en la Reunión de Expertos de Quito, se contemplaba el supuesto, también a los fines de definir el ámbito de aplicación: «Cualquiera de los Estados Partes podrá declarar al momento de ratificar esta Convención que ella se aplica a las adopciones que se lleven a cabo en ellos por personas extranjeras, cuando el adoptante y el adoptado tengan residencia habitual en ese Estado» (art. 18, segunda parte). Conf. Didier OPERTTI BADAN, «L'adoption internationale», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 1983-II, t. 180, págs. 295/412, especialmente pág. 397.

Conferencia Interamericana Especializada (reunida en Panamá, en 1975) hasta la fecha, se han elaborado cuatro convenciones encaminadas a la protección de los niños, todas ellas en vigencia. Este conjunto de instrumentos completa, en el plano del derecho internacional privado, la labor que en favor de los derechos de la niñez ha realizado el Instituto Interamericano del Niño desde su fundación en 1927<sup>84</sup>.

A los fines del presente trabajo, los aportes de estas convenciones son rudimentarios. No obstante, revelan la formación de una mayor conciencia sobre los conflictos de sistemas y de ordenamientos y sobre el rol que puede corresponder a las autoridades centrales como órganos de cooperación, que contribuyen a la función de los jueces, verdaderos protagonistas de la protección del niño en nuestro continente.

### Sección 1

#### *La Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de adopción de menores (La Paz, 1984)*

Este instrumento se elaboró en el marco de la CIDIP III y entró en vigor el 26 de mayo de 1988 entre Colombia y México. No es exclusivamente regional puesto que -al igual que los otros instrumentos que citaremos en esta sección- permite la adhesión por parte de Estados no integrantes del sistema

---

*internacional privado en América Latina*, Eurolex, 1994, y la reciente publicación: *Derecho internacional privado interamericano. Evolución y perspectivas*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2000.

<sup>84</sup> El Instituto Interamericano del Niño nació el 9 de junio de 1927 por ley nacional de la República Oriental del Uruguay; posteriormente, se incorporó como órgano especializado de la Organización de los Estados Americanos. Promueve el estudio de los problemas que afectan a la infancia, adolescencia y familias americanas y recomienda medidas para su solución. Conf. Rafael SAIÓN, *Derecho de menores*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, pág. 470 y ss..

padres, y la correspondiente a un Estado con el cual el menor presente lazos estrechos (art. 8º, párrafo 2). Aun cuando no surge del texto del tratado, parece que la posibilidad de invitar directamente a otra autoridad extranjera a asumir competencia es apropiada cuando se trata de medidas de autoridades administrativas y que, en cambio, la expresión «suspender el procedimiento» hace referencia a un trámite judicial. El punto queda librado a lo que dispongan al respecto las legislaciones nacionales.

En forma simétrica, la iniciativa puede provenir de otra autoridad de un Estado contratante, vinculada al caso por razones de proximidad, ante la cual las partes han presentado una demanda y que, según la regla general, sería una autoridad *incompetente* conforme a la Convención. Si estima que, en el caso concreto, es la mejor ubicada para apreciar el interés superior del niño, cuenta con una doble posibilidad: a) puede dirigirse a la autoridad del Estado de la residencia habitual del niño (directamente o con la colaboración de las autoridades centrales, art. 31, apartado a) y requerirle permiso para asumir la competencia, y b) puede suspender el procedimiento e invitar a las partes a presentar una petición en tal sentido ante las autoridades del Estado de la residencia habitual del niño. El texto del art. 9º parece suponer que las autoridades de la residencia habitual del niño no han percibido la necesidad de dictar una medida de protección. También puede concebirse el mecanismo cuando las partes hayan promovido una demanda ante ese foro y esa autoridad no ha actuado conforme a las posibilidades que le brinda el art. 8º del tratado<sup>79</sup>. El ejercicio de la competencia por parte de la autoridad que se entiende a sí misma como la más apropiada, está subordinado a que la autoridad de la residencia habitual del niño acepte expresamente la transferencia de la compe-

---

<sup>79</sup> Paul LAGARDE, «Rapport...», *Actes et documents...*, ob. cit., pág. 562.

tencia. Si guardase silencio, la autoridad que está entendiendo en la causa -y que no es, por hipótesis, la autoridad de la residencia habitual del niño- sólo estaría habilitada a adoptar medidas urgentes provisionales. Condicionar la actuación de un ordenamiento jurídico a la reacción de otro, es una técnica de coordinación. La transferencia de competencia evita la necesidad de reconocer y de ejecutar una decisión extranjera en el foro relevante.

Dice el art. 33 de la Convención de La Haya: «1. Cuando la autoridad competente en virtud de los artículos 5 a 10 considere la colocación del niño en una familia de acogimiento o en un establecimiento, o en kafala o institución análoga, y tal colocación o acogimiento tendrá lugar en otro Estado contratante, deberá consultar previamente a la autoridad central o a otra autoridad competente de ese último Estado. A tales efectos, le comunicará un informe sobre el niño y sobre los motivos por los que se contempla tal colocación. 2. La decisión sobre la colocación o el acogimiento sólo se tomará en el Estado requirente si la autoridad central u otra autoridad competente del Estado requerido ha aprobado tal colocación o acogimiento, habida cuenta el interés superior del niño».

Es la única cláusula que contempla un mecanismo de consulta obligatorio. Según la redacción del texto, parece que esa aprobación es una «condición de la validez» de la medida de protección. Sin embargo, no está prevista la sanción de la nulidad sino que cesa la obligación internacional de reconocer en el estado de recibimiento del niño, esa medida de colocación dispuesta en otro Estado contratante (art. 23.2, apartado f, de la Convención). La autoridad del Estado donde la colocación se hará efectiva toma el control de la medida y puede establecer las condiciones del ingreso del niño. La técnica de este art. 33 está claramente inspirada en la aprobación conjunta del *matching* entre los candidatos a adoptar y el niño, tal como está aparece en el art. 17, inc. c, de la Convención de La Haya del 29 de mayo

de 1993 sobre protección de niños y cooperación en materia de adopción internacional <sup>80</sup>.

### Capítulo 3

#### La coordinación en las convenciones elaboradas en el marco de la Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado

La codificación regional interamericana es un proceso orgánico, respaldado institucionalmente por la Organización de los Estados Americanos <sup>81</sup>, que ha procurado contrarrestar la tendencia atomizadora que caracterizó a la corriente colonizadora española en el continente americano. A partir de la Segunda Guerra Mundial y tras haber abandonado el proyecto soñado en 1952, de unificación general del derecho internacional privado en América <sup>82</sup>, se afirmó la tendencia a elaborar tratados multilaterales sobre materias específicas que fueran de utilidad para los Estados <sup>83</sup>. Desde la Primera

<sup>80</sup> Paul LAGARDE, «Rapport...», *Actes et documents...*, ob. cit., pág. 592, N° 143.

<sup>81</sup> La Conferencia Interamericana Especializada en Derecho Internacional Privado es uno de los órganos de la O.E.A. Conf. Didier OPERTTI BADAN, «Compatibilidad e interacción de la codificación regional interamericana...», obra citada en nota 66 de la Primera Parte de esta tesis; págs. 217/237.

<sup>82</sup> En el seno del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, por iniciativa del profesor Joaquín Caicedo Castilla, surgió el propósito de unificar los tratados de Montevideo, el Código Bustamante y el Restatement of Conflict of Laws de los Estados Unidos de Norteamérica. La propuesta no se concretó y en 1965 el Consejo Interamericano de Jurisconsultos recomendó al Consejo de la OEA la convocatoria a una Conferencia Interamericana. Leonel PEREZNIETO CASTRO, «Las influencias recíprocas entre la codificación interamericana y los sistemas de derecho internacional privado», en *El derecho internacional privado interamericano...*, ob. cit., págs. 239/259, especialmente pág. 252 y nota 26.

<sup>83</sup> Sobre el movimiento codificador americano: Graciela CHALITA - María Blanca NOODT TAQUELA, *Unificación del derecho internacional privado CIDIP...*, ob. cit. en nota 66 de la Primera Parte; también Diego FERNÁNDEZ ARROYO, *La codificación del derecho*



tratado el punto coinciden en que se debe evaluar la totalidad del ordenamiento: reglas sustanciales, reglas de conflicto de leyes, condiciones de eficacia de una decisión extranjera, principios constitucionales, derecho administrativo, etcétera. Este método de anticipación previsto en la Convención, se inspira claramente en el método de la referencia al ordenamiento competente del profesor Paolo Picone <sup>65</sup>. Este mecanismo de consulta previa, anterior a la decisión judicial (o administrativa) de constitución de la adopción, reduce la función de la regla de conflicto ante esa autoridad competente. Sólo llegarán a esa instancia los proyectos de adopción que se consideren viables y, en ese caso, *la solución conflictual será irrelevante pues se ha constatado la aceptación global del emplazamiento por el Estado de recibimiento*.

*b. El reconocimiento uniforme de un contenido mínimo de la adopción*

Puede producirse una divergencia real entre los ordenamientos en cuanto a los efectos de la adopción en los lazos de filiación del niño, particularmente, con relación al mantenimiento o ruptura de su vínculo con su familia de sangre.

La Convención establece una regla material uniforme que fija un contenido mínimo a toda adopción conforme al procedimiento instaurado: comporta, al menos, un lazo de filiación y la responsabilidad de los padres adoptivos respecto del hijo.

---

<sup>65</sup> Sostienen esta opinión: Horatia MUIR WATT, «La Convention de La Haye...», ob. cit., pág. 53; Nathalie MEYER FABRE, «La Convention de La Haye...», ob. cit., pág. 282 y nota 23. También, Cristina GONZÁLEZ BELFUSS, «La aplicación en España del 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», Revista Jurídica de Catalunya N° 2, año XV, Barcelona, 1996, pág. 338.

## Capítulo 2

### Convenciones elaboradas en los últimos veinte años en el marco de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado

En el fascinante curso general dictado en 1995 en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, el profesor Erik Jayme distingue tres etapas en las actividades de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. La primera corresponde a los trabajos de principio de siglo, esencialmente dedicados al derecho de familia y basados en la nacionalidad como elemento localizador. La segunda se caracteriza por los esfuerzos por conciliar las técnicas conflictuales de la Europa continental con la de los países del *common law*, especialmente en cuestiones de procedimiento y de conflicto de autoridades. Un ejemplo de los convenios de esta segunda etapa es la Convención del 6 de octubre de 1961 sobre competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores, que sigue el principio del paralelismo entre competencia jurisdiccional y competencia legislativa, típico del enfoque del mundo anglosajón.

La tercera etapa, según el profesor Jayme, es la que comienza con la Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de niños y se caracteriza por la originalidad de las soluciones <sup>27</sup>.

Vamos a profundizar este período, en el que se han aprobado tres convenciones concernientes a la protección de la infancia: la del 25 de octubre de 1980, citada precedentemente, la del 29 de mayo de 1993 sobre adopción internacional y

---

autre Partie Contractante, cette Partie Contractante devra s'efforcer d'obtenir que les renseignements nécessaires qui lui sont demandés soient fournis sans délai. Les autorités peuvent communiquer directement entre elles à cet effet».

<sup>27</sup> Erik JAYME, «Identité culturelle...», ob. cit., especialmente pág. 64.

porta ruptura de los lazos de filiación de origen <sup>66</sup>. En suma: se ha llegado a la coordinación de ordenamientos en torno a un contenido homogéneo.

Este mecanismo se sustenta en dos piezas claves: el reconocimiento de pleno derecho de lo decidido conforme a la Convención en otro Estado y la función protagónica de la autoridad central. A este organismo le corresponde cerciorarse de que se expresen los consentimientos con el alcance necesario, cuando el país de recibimiento conozca una adopción de tipo pleno, antes de dar su aprobación para que avance el proyecto de adopción <sup>67</sup>.

### *Sección 3*

#### *La Convención de La Haya del 19 de octubre de 1996 sobre responsabilidad parental y medidas de protección de la infancia*

La última convención elaborada en el marco de la Conferencia de La Haya sobre protección internacional de niños sigue, en lo fundamental, la técnica tradicional del conflicto

---

<sup>66</sup> Horatia MUIR WATT, «La Convention de La Haye...», ob. cit., pág. 58. Esta autora es de la opinión de que la ratificación de la Convención por un Estado que sólo conoce en su legislación interna una adopción de tipo simple y que, a la vez, impone la competencia exclusiva de sus tribunales para la creación del emplazamiento, entraña la aceptación del riesgo de la conversión con la consiguiente ruptura del vínculo precedente.

<sup>67</sup> A fines del 2000 tuvo lugar la reunión de la Comisión especial sobre el funcionamiento práctico de la Convención de La Haya del 29 de mayo de 1993 y entre los temas que fueron objeto de recomendación, figuran: la actualización de la información sobre las autoridades y organismos acreditados, las exigencias para la extensión de los certificados mencionados en el art. 23 y la necesidad de reglamentar otros tipos de colocación de niños con desplazamiento internacional no contemplados en la convención. En esa reunión, los expertos manifestaron una neta preferencia por el otorgamiento al niño de la nacionalidad del Estado de recibimiento. Conf. «Rapport et conclusions de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale (28 novembre-1<sup>o</sup> décembre 2000)».

da y al desplazamiento de niños; b) resistencia al dictado de una norma de jurisdicción internacional para estos temas, y c) aceptación del establecimiento de cooperación a través de autoridades centrales, cuya función resultaba familiar debido al esquema implementado por la Convención de Nueva York del 20 de junio de 1956 sobre reconocimiento y ejecución en el extranjero de obligaciones alimentarias.

En noviembre de 1979, en la segunda reunión de la Comisión especial, se resolvió limitar el ámbito material de la futura convención a los aspectos civiles del desplazamiento o retención ilícitos, excluyendo los aspectos penales, aun cuando se conservó en el título de la Convención la referencia a la sustracción internacional de niños. La Conferencia identificó cinco situaciones típicas <sup>29</sup>: a) el desplazamiento de un niño por uno de sus progenitores sin el consentimiento del otro progenitor, cuando no se había dictado ninguna decisión sobre la guarda del niño; b) desplazamiento o retención del niño por uno de sus padres, cuando en el Estado de la residencia habitual del niño se había tomado una decisión sobre su guarda, atribuyéndola al otro progenitor; c) el supuesto anterior, pero el padre sustractor obtenía en el Estado de refugio una decisión judicial o administrativa a su favor, que le otorgaba la custodia (provocando un conflicto de decisiones con el Estado de la residencia habitual del niño); d) al cabo de un período de vacaciones consentidas por el padre que gozaba de la guarda, el niño era retenido en un país distinto de aquél donde tenía su residencia habitual, y e) el padre que gozaba por decisión judicial o administrativa del derecho de guarda, llevaba al niño a residir a otro país, en violación al derecho de visita del otro progenitor.

Sólo la última situación quedó excluida del mecanismo autónomo de restitución que prevé la Convención. En efecto,

---

<sup>29</sup> Adair DYER, *ídem*, págs. 248/249.

apropiadamente consagrados en la anterior Convención de 1961 sobre la protección de niños.

Al finalizar la tercera reunión de la Comisión especial, en septiembre de 1995, se había aprobado el anteproyecto de treinta artículos que serían discutidos en las reuniones diplomáticas de octubre de 1996<sup>69</sup>. A la décimo octava sesión de la Conferencia asistieron representantes de treinta y cinco Estados miembros, quince Estados observadores, ocho organizaciones intergubernamentales y nueve organizaciones no gubernamentales.

El preámbulo de este convenio recuerda que se trata de una convención sobre conflicto de leyes y conflicto de autoridades y no una convención sobre unificación de normas materiales relativas a la protección de la infancia. Destacaremos dos párrafos que nos parecen reveladores del espíritu del instrumento:

*«Désirant éviter les conflits entre leurs systèmes juridiques en matière de compétence, loi applicable, reconnaissance et exécution des mesures de protection des enfants... Rappelant l'importance de la coopération internationale pour la protection des enfants...»*<sup>70</sup>.

La forma de evitar los conflictos de sistemas es la coordinación de sistemas. La Convención contiene, asimismo, técnicas de coordinación de ordenamientos.

### A. Ambito de aplicación

El nuevo instrumento es un texto voluminoso que explicita con detalle su ámbito de aplicación material. El art. 3º enun-

---

<sup>69</sup> Avant projet de convention et rapport de Paul Lagarde, Document préliminaire N° 7, de mars 1996, *Actes et documents...*, ob. cit., págs. 140/189.

<sup>70</sup> No contamos con traducción oficial en idioma español de esta Convención. El texto aprobado, en inglés y en francés, aparece en el libro *Actes et documents* de la Dix-huitième., ob. cit., págs. 514/531. También ha sido publicado en francés en la *Revue Critique de Droit International Privé* 1996, t. 85, págs. 813/828.

centrales designadas según el tratado (arts. 6° y 7°), que abarca una fase administrativa, en la que la autoridad central se esfuerza por lograr el regreso voluntario del menor al Estado de su residencia habitual (arts. 7° inc. c y 10), y una fase generalmente judicial -aun cuando también puede ser administrativa, según las legislaciones nacionales- en la que la última palabra sobre el regreso del niño corresponde al Estado de refugio donde el niño se encuentra.

Para poner en marcha el procedimiento no se necesita el dictado de una decisión sobre la guarda que favorezca al reclamante; en el supuesto de que esa decisión exista, se ha de mencionar en los «motivos en que se basa el demandante para reclamar la restitución del menor» (art. 8° inc. e, del Convenio). Si no existe, bastará con que el actor demuestre que se ha configurado una conducta ilícita en el sentido de los arts. 3° inc. a, y 5° de la Convención. Para ello es particularmente importante que el interesado obtenga una certificación o declaración jurada expedida por una autoridad central o por otra autoridad competente, que acredite que el traslado o la retención del menor satisface esa condición (arts. 15 y 8° inc. f).

Dijo la Corte Suprema de Justicia de la Nación: «El derecho del padre de obtener el regreso de la menor al lugar de la residencia habitual anterior a la retención ilícita, preexistía a toda decisión judicial y no necesitaba de ninguna manera la intervención de un magistrado»<sup>31</sup>.

---

siempre y cuando el pedido de restitución se presentara ante las autoridades finlandesas durante la vigencia del tratado. Conf. Matti SAVOLAINEN, «The Hague Convention on Child Abduction of 1980 and its implementation in Finland», *Nordic Journal of International Law* 66, 1997, págs. 101-166, especialmente págs. 125/129.

<sup>31</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 318:1269, del 14 de junio de 1995, caso «E.M.W. c/ M.G.O.», considerando 7°. Uno de los agravios invocados por la madre al solicitar la apertura del recurso extraordinario, fue que una decisión judicial de un tribunal de Ontario, emitida a título provisorio e *inaudita parte* a pedido del padre de la niña, que le atribuía a éste un derecho de custodia, resultaba violatoria del derecho de

pues, de lo dispuesto sobre la minoridad del niño en la ley personal respectiva: la Convención se aplica aun cuando según la ley personal, la plena capacidad se haya alcanzado antes de los 18 años. En el curso de las negociaciones se propuso suprimir la frase «a partir de su nacimiento», a fin de dejar en libertad a los Estados que deseaban aplicar la convención a niños concebidos. El debate fue áspero y, por fuerte mayoría -25 votos contra 5 y una abstención-, se aprobó el texto actual. Prevalció la posición de que cada Estado era libre de dictar en su legislación nacional las medidas de protección en favor de los niños concebidos que creyera oportunas, las que no gozarían del régimen privilegiado de reconocimiento previsto en la Convención <sup>73</sup>.

Este instrumento tiene una trama compleja: algunas de sus disposiciones se aplican sólo entre Estados contratantes -por ejemplo, los arts. 8º y 9º-; en cambio, el art. 16, primer párrafo, que determina la ley que rige la autoridad parental, es una norma de conflicto universal, aplicable a todos los niños cualquiera sea su nacionalidad y su residencia habitual

En cuanto al ámbito temporal, el art. 53 dispone la aplicación de la Convención a las medidas tomadas después de la entrada en vigor del tratado en ese Estado al que pertenece la autoridad que actúa. En cuanto al sistema de reconocimiento, sólo se aplica respecto de medidas dictadas en un Estado después de la entrada en vigor del tratado entre ese Estado y el Estado donde se pide el reconocimiento (art. 61, 2, b y art. 58, 3).

---

<sup>73</sup> Paul LAGARDE, «La nouvelle Convention de La Haye sur la protection des mineurs», *Revue Critique de Droit International Privé* 1997, t. 86, págs. 217/237, especialmente págs. 221/222. Asimismo, en *Actes et documents...*, ob. cit., pág. 544.

La finalidad de este mecanismo es evitar la consolidación de situaciones inicialmente ilícitas, mediante la rápida colocación del niño en el estado en que se encontraba con anterioridad a la vía de hecho <sup>33</sup>. Con cita del profesor Jorg Pirrung, dijo la Corte Suprema en Fallos 318:269, considerando 10: «La Convención parte de la presunción de que el bienestar del niño se alcanza volviendo al *statu quo* anterior al acto de desplazamiento o de retención ilícitos». Y en el considerando 11, agregó: «La regla cede cuando la persona, institución u organismo que se opone a la restitución demuestre que, ante una situación extrema, se impone, en aras del interés superior del niño, el sacrificio del interés personal del guardador desasido».

En este esquema, el rol principal corresponde a las autoridades judiciales o administrativas del Estado de refugio del niño. A diferencia de lo que sucede en ciertos instrumentos latinoamericanos <sup>34</sup>, a esa autoridad le competen las apreciaciones y decisiones fundamentales -entre ellas, el rechazo de

---

<sup>33</sup> Además del informe general de la profesora Pérez Vera, puede verse, entre otros: Amos SHAPIRA, «Private International Law. Aspects of child custody and child kidnapping cases», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 1989-II, t. 214, pág. 127 y ss.; José Carlos ARCAGNI, «La Convención de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y el derecho internacional privado tuitivo», L.L. 1995-D, ps. 1024/1036; Ignacio GOICOECHEA - María del Carmen SEOANE DE CHIOLDI, «Convención de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores», L.L. 1995-D, ps. 1412/1423; María Elsa UZAL, «Algunas reflexiones en torno a la Convención de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 1980», E.D. 169, pág. 1253 y ss..

<sup>34</sup> El Convenio sobre protección internacional de menores entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay, del 31 de julio de 1981 -aprobado por ley 22.546 y en vigor desde el 10 de diciembre de 1982-, deja en manos del *juez requirente* la última palabra sobre la oposición formulada ante el juez del país de refugio (art. 8°). También el art. 9° del Protocolo de Ouro Preto sobre medidas cautelares, del 17 de diciembre de 1994 -aprobado por ley 24.579 y en vigor entre Argentina, Brasil y Paraguay- contempla un incipiente proceso inter-jurisdiccional a los fines de resolver la oposición al cumplimiento de la medida cautelar solicitada.



*Estado no contratante no se considera aplicable, se aplicará la ley designada por el artículo 16».*

El rechazo del reenvío se justifica cuando un tratado pretende lograr la armonía internacional de las decisiones mediante una regla de conflicto uniforme, que designa una única ley sustancial nacional cualquiera sea la autoridad del Estado contratante que intervenga. En ese contexto, seguir la remisión a otro derecho efectuada por la regla de conflicto del sistema designado, reintroduce la divergencia de sistemas de derecho internacional privado que la convención ha eliminado por la regla de conflicto uniforme. Sin embargo, puede suceder que el Estado de la residencia habitual del niño sea un Estado no contratante y que el seguimiento de su norma de conflicto conduzca a un derecho de fondo que concrete una armonía más extensa. Por ejemplo, si el niño tiene su residencia habitual en un Estado no contratante cuya regla de conflicto remite a la ley nacional del niño, que acepta su competencia <sup>75</sup>.

Tal como hemos señalado anteriormente <sup>76</sup>, todo régimen de reconocimiento de decisiones extranjeras comporta una coordinación entre los ordenamientos jurídicos involucrados. La Convención que se comenta dedica el Capítulo IV (arts. 23 a 28) a establecer un sistema de reconocimiento de pleno derecho de toda medida de protección entre Estados contratantes, que comprende la posibilidad de promover una acción preventiva de reconocimiento o de no reconocimiento de una medida de protección dispuesta por autoridades de otro Estado contratante (art. 24) <sup>77</sup>.

---

<sup>75</sup> Paul LAGARDE, «La nouvelle Convention de La Haye..», ob. cit., págs. 233/234. Esta manera de aprovechar los espacios existentes de coordinación de sistemas de derecho internacional privado fuera del espacio de armonía creado por el tratado, había sido también plasmado en el art. 4 de la Convención de La Haya del 1° de agosto de 1989 sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte.

<sup>76</sup> Primera Parte, Título III, Capítulo 2.

<sup>77</sup> Paul Lagarde da el siguiente ejemplo: en el Estado A, la guarda de un niño ha sido confiada a la madre, con prohibición de fijar la residencia habitual del menor en otro país sin

ciación corresponde a las autoridades centrales de los Estados involucrados <sup>35</sup> pero, fundamentalmente, a la autoridad competente del Estado de refugio que resuelve judicial o administrativamente el pedido de restitución. El elemento fáctico consiste en la nota de efectividad en el ejercicio de la custodia, y el elemento jurídico es la configuración de la «conducta ilícita». Esto es: que exista una relación protegida en el Estado de la residencia habitual del niño, es decir, una situación amparada por el derecho del Estado donde se desarrollaban las relaciones con anterioridad al desplazamiento <sup>36</sup>. La autoridad que debe tomar la decisión no revisa las condiciones de atribución de la guarda según la ley o la norma de conflicto vigente en el Estado de la anterior residencia habitual. No se trata de una norma indirecta que remite a la ley del país de la residencia habitual que el niño tenía <sup>37</sup>. Si la Convención hubiera seguido este camino, nuestra conclusión sería: he aquí una norma de coordinación de sistemas que admite, si corresponde a la naturaleza del caso, el mecanismo del reenvío.

Entendemos que el razonamiento es más complejo: la autoridad del Estado de refugio sigue al ordenamiento jurídico del Estado donde el niño tenía su centro de vida y acepta el título que es válido en ese ordenamiento, considerado globalmente. Por ello el último párrafo del art. 3º destaca que ese derecho de custodia protegido puede resultar de la ley o de una decisión judicial o administrativa o de un simple acuerdo de partes interesadas, con tal de que sea «vigente según el

---

<sup>35</sup> Una autoridad central puede rechazar *in limine* una demanda cuando aparezca manifiesto que no se han cumplido las condiciones requeridas (art. 27).

<sup>36</sup> Elisa PÉREZ VERA, «Explanatory Report...», ob. cit., pág. 444.

<sup>37</sup> Ver el enfoque de la profesora María Elsa UZAL, en «Algunas reflexiones ...», ob. cit., especialmente pág. 1257.

padres, y la correspondiente a un Estado con el cual el menor presente lazos estrechos (art. 8º, párrafo 2). Aun cuando no surge del texto del tratado, parece que la posibilidad de invitar directamente a otra autoridad extranjera a asumir competencia es apropiada cuando se trata de medidas de autoridades administrativas y que, en cambio, la expresión «suspender el procedimiento» hace referencia a un trámite judicial. El punto queda librado a lo que dispongan al respecto las legislaciones nacionales.

En forma simétrica, la iniciativa puede provenir de otra autoridad de un Estado contratante, vinculada al caso por razones de proximidad, ante la cual las partes han presentado una demanda y que, según la regla general, sería una autoridad *incompetente* conforme a la Convención. Si estima que, en el caso concreto, es la mejor ubicada para apreciar el interés superior del niño, cuenta con una doble posibilidad: a) puede dirigirse a la autoridad del Estado de la residencia habitual del niño (directamente o con la colaboración de las autoridades centrales, art. 31, apartado a) y requerirle permiso para asumir la competencia, y b) puede suspender el procedimiento e invitar a las partes a presentar una petición en tal sentido ante las autoridades del Estado de la residencia habitual del niño. El texto del art. 9º parece suponer que las autoridades de la residencia habitual del niño no han percibido la necesidad de dictar una medida de protección. También puede concebirse el mecanismo cuando las partes hayan promovido una demanda ante ese foro y esa autoridad no ha actuado conforme a las posibilidades que le brinda el art. 8º del tratado <sup>79</sup>. El ejercicio de la competencia por parte de la autoridad que se entiende a sí misma como la más apropiada, está subordinado a que la autoridad de la residencia habitual del niño acepte expresamente la transferencia de la compe-

---

<sup>79</sup> Paul LAGARDE, «Rapport...», *Actes et documents...*, ob. cit., pág. 562.

*fondo vigente en el Estado requirente, al que se le reconoce competencia de principio.*

Examinaremos el art. 20 de la Convención. La obligación de reintegrar al niño cesa cuando la restitución no sea permitida por los «principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales».

Se trata de una norma de difícil interpretación, que fue debatida en las negociaciones diplomáticas hasta el día de la firma del acta final, y es el resultado de un compromiso entre los delegados que favorecían y los que se oponían a la inclusión en el texto de la Convención de una cláusula tradicional de orden público internacional <sup>40</sup>. En el seno de la Comisión especial, y sólo con un voto de diferencia, se había aprobado una norma que permitía hacer una «reserva» en el sentido de recurrir a la invocación del orden público, en estos términos: «*Contracting States may reserve the right not to return the child when such return would be manifestely incompatible with the fundamental principles of the law relating to the family and children in the State addressed*» <sup>41</sup>. Esta posibilidad significaba abrir una brecha en el mecanismo convencional que haría peligrar su verdadera eficacia. Finalmente, en el plenario, pudo adoptarse el texto vigente por una notable mayoría <sup>42</sup>.

Es una fórmula muy estricta. El Estado requerido ha resignado invocar los principios que inspiran su legislación interna sobre la familia y el niño y se ha comprometido a mantener la obligación de restituir en tanto la restitución no sea prohibida por los principios fundamentales en materia de protección de derechos humanos y libertades fundamentales. Son principios impuestos en numerosos compromisos inter-

---

<sup>40</sup> Elisa PÉREZ VERA, «Explanatory Report...», ob. cit., pág. 433.

<sup>41</sup> Elisa PÉREZ VERA, ídem, págs. 433/434

<sup>42</sup> Elisa PÉREZ VERA, íbidem, pág. 434, N° 33.

de 1993 sobre protección de niños y cooperación en materia de adopción internacional <sup>80</sup>.

### Capítulo 3

#### La coordinación en las convenciones elaboradas en el marco de la Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado

La codificación regional interamericana es un proceso orgánico, respaldado institucionalmente por la Organización de los Estados Americanos <sup>81</sup>, que ha procurado contrarrestar la tendencia atomizadora que caracterizó a la corriente colonizadora española en el continente americano. A partir de la Segunda Guerra Mundial y tras haber abandonado el proyecto soñado en 1952, de unificación general del derecho internacional privado en América <sup>82</sup>, se afirmó la tendencia a elaborar tratados multilaterales sobre materias específicas que fueran de utilidad para los Estados <sup>83</sup>. Desde la Primera

---

<sup>80</sup> Paul LAGARDE, «Rapport...», *Actes et documents...*, ob. cit., pág. 592, N° 143.

<sup>81</sup> La Conferencia Interamericana Especializada en Derecho Internacional Privado es uno de los órganos de la O.E.A. Conf. Didier OPERTTI BADAN, «Compatibilidad e interacción de la codificación regional interamericana...», obra citada en nota 66 de la Primera Parte de esta tesis; págs. 217/237.

<sup>82</sup> En el seno del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, por iniciativa del profesor Joaquín Caicedo Castilla, surgió el propósito de unificar los tratados de Montevideo, el Código Bustamante y el Restatement of Conflict of Laws de los Estados Unidos de Norteamérica. La propuesta no se concretó y en 1965 el Consejo Interamericano de Jurisconsultos recomendó al Consejo de la OEA la convocatoria a una Conferencia Interamericana. Leonel PEREZNIETO CASTRO, «Las influencias recíprocas entre la codificación interamericana y los sistemas de derecho internacional privado», en *El derecho internacional privado interamericano...*, ob. cit., págs. 239/259, especialmente pág. 252 y nota 26.

<sup>83</sup> Sobre el movimiento codificador americano: Graciela CHALITA - María Blanca NOODT TAQUELA, *Unificación del derecho internacional privado CIDIP...*, ob. cit. en nota 66 de la Primera Parte; también Diego FERNÁNDEZ ARROYO, *La codificación del derecho*

protección de quien regresa a discutir el fondo de la atribución de la guarda en condiciones disminuidas <sup>44</sup>.

## Sección 2

### *La Convención de La Haya del 29 de mayo de 1993 sobre la protección de los niños y la cooperación en materia de adopción internacional*

También este instrumento soslaya los problemas del conflicto de leyes y del conflicto de autoridades y organiza una cooperación entre autoridades centrales y otras autoridades públicas. El funcionamiento aceitado del mecanismo de cooperación produce la coordinación entre los ordenamientos jurídicos involucrados.

---

<sup>44</sup> En el 2002 entró en vigor en Letonia (1/2/02), Guatemala (1/5/02), Lituania (1/9/02) y Tailandia (1/11/02). Están obligados setenta y tres Estados, entre ratificaciones y adhesiones. En el Anexo III del «Rapport de la troisième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (17-21 mars 1997)», publicación del Bureau Permanent de la Conférence, agosto 1997, consta el documento de trabajo N° 20, en el que se estimula a las delegaciones de los Estados Partes a incrementar las responsabilidades de las respectivas autoridades centrales a fin de garantizar que los órganos de protección de la infancia del Estado de recibimiento estén debidamente prevenidos de la llegada del niño -y del adulto que lo acompaña- a fin de brindar la protección necesaria hasta que se haga cargo la autoridad judicial competente. Entre las conductas que deberían estar comprendidas en las obligaciones del art. 7º, h, de la Convención, figura proporcionar un informe al Estado requerido sobre el bienestar del niño durante algún tiempo posterior a su regreso. En la reunión más reciente, que tuvo lugar del 22 al 28 de mayo de 2001, se puso el acento en la mejora de los procedimientos judiciales, en la efectividad de las decisiones y en la organización del derecho de visita. Conf. Documento *Conclusions et Recommendations de la quatrième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (22-28 mars 2001)*. Para la reunión de la comisión especial de septiembre/octubre 2002 se preparó el documento preliminar N° 5 (julio de 2002) sobre «Le droit de visite/droit d'entretenir un contact transfrontière et la Convention de La Haya du 25 octobre 1980» (rapport final établie par M. William Duncan).

interamericano<sup>85</sup>. En la actualidad, obliga a seis Estados: Belice, Brasil, Chile, Colombia, México y Panamá, lo cual revela poca capacidad de respuesta a las necesidades del continente.

### A. *Ambito de aplicación*

La Convención se aplica a la adopción de menores de naturaleza internacional, carácter dado por el domicilio del adoptante en un Estado contratante y por la residencia habitual del adoptado en otro Estado contratante. El art. 20 dispone: «*Cualquier Estado Parte podrá, en todo momento, declarar que esta Convención se aplica a las adopciones de menores con residencia habitual en él por personas que también tengan residencia habitual en el mismo Estado Parte, cuando, de las circunstancias del caso concreto, a juicio de la autoridad interviniente, resulte que el adoptante (o adoptantes) se proponga constituir domicilio en otro Estado Parte después de constituida la adopción*». La norma procura evitar que se soslaye la aplicación de la Convención mediante la maniobra de constituir una residencia en el Estado de la residencia habitual del adoptado y crear la apariencia de un caso totalmente nacional<sup>86</sup>. Sin embargo, a pesar de la percepción de una conducta probablemente fraudulenta, no se ha avanzado en el intento de coordinar el ordenamiento jurídico de creación del vínculo con el de probable destino del niño, sea el Estado de la nacionalidad o del domicilio del adoptante.

---

<sup>85</sup> Zulema WILDE, *La adopción...*, ob. cit., especialmente pág. 76.

<sup>86</sup> Zulema WILDE, ídem, pág. 84. En el proyecto de convención elaborado en la Reunión de Expertos de Quito, se contemplaba el supuesto, también a los fines de definir el ámbito de aplicación: «Cualquiera de los Estados Partes podrá declarar al momento de ratificar esta Convención que ella se aplica a las adopciones que se lleven a cabo en ellos por personas extranjeras, cuando el adoptante y el adoptado tengan residencia habitual en ese Estado» (art. 18, segunda parte). Conf. Didier OPERTTI BADAN, «L'adoption internationale», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 1983-II, t. 180, págs. 295/412, especialmente pág. 397.

respetadas en todo proyecto de adopción <sup>47</sup>. La iniciativa tuvo buena acogida y el 20 de octubre de 1988, la conferencia insertó en la agenda para la sesión de 1993, la elaboración de una convención sobre la adopción de niños provenientes del extranjero. Claramente se percibía que ningún esfuerzo valdría la pena si no se contaba con la colaboración y participación de los Estados de origen de los niños.

La Comisión especial encargada de la redacción del anteproyecto celebró tres reuniones en La Haya y designó como relator al doctor Gonzalo Parra Aranguren, profesor de la Universidad Central de Venezuela y de la Universidad Católica Andrés Bello de Caracas <sup>48</sup>. La primera reunión se llevó a cabo del 11 al 21 de junio de 1990. Participaron, además de la casi totalidad de los Estados miembros, dieciocho Estados no miembros, de los cuales, los de lengua española fueron autorizados a expresarse en su lengua materna, a fin de debatir con mayor libertad. Entre los Estados no miembros asistieron Brasil, Colombia, Ecuador, Costa Rica, El Salvador, Honduras y Perú. Asimismo, India, Etiopía, Indonesia, Madagascar, Isla Mauricio, Filipinas, Sri Lanka, Tailandia y Viet Nam <sup>49</sup>. En las conclusiones de esta primera reunión, se declaró que el punto de partida era la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y la Declaración de las Naciones Unidas del 3 de diciembre de 1986 sobre los principios sociales y jurídicos aplicables a la protección y al bienestar de los niños <sup>50</sup>. El principio de subsidiariedad de la

---

<sup>47</sup> Johannes H.A. VAN LOON, «International Cooperation and protection...», ob. cit., pág. 326.

<sup>48</sup> Como relator consultante se nombró a la señora L.H. Baladon, directora del Bureau de l'enfance au Ministère des Affaires Sociales et du Développement de Filipinas.

<sup>49</sup> Michel VERWILGHEN, «La genèse d'une convention sur l'adoption d'enfants originaires de l'étranger», *Revue Belge de Droit International* 1991-1, págs. 438/468, especialmente pág. 440 y nota 6.

<sup>50</sup> Documento preliminar N° 3, de agosto de 1990, «Conclusions de la Commission spéciale de juin 1990 sur l'adoption d'enfants originaires de l'étranger», *Actes et documents de la Dix-septième session*, ob. cit., pág. 128 y ss..



pio del interés superior del menor como criterio que orienta la anulación del emplazamiento. En forma coherente con la naturaleza conflictual del instrumento, contiene una cláusula que restringe la posibilidad de invocar el orden público internacional a fin de liberarse de los compromisos convencionales (art. 18).

La Convención se preocupa por evitar adopciones claudicantes y opta por una norma conflictual de aplicación distributiva (arts. 3º y 4º), que persigue asegurar la validez del emplazamiento en el Estado de la residencia habitual del adoptado, que es el Estado de la constitución de la adopción (art. 15) <sup>89</sup>. Sin embargo, se trata de un razonamiento conflictual abstracto, propio del método conflictual clásico, que no constata, antes de la creación del lazo adoptivo, cuál es la concreta reacción del ordenamiento jurídico del domicilio del o de los adoptantes. En ese sentido parece insuficiente la idea de favor que expresa el art. 19, en estos términos: «Las leyes aplicables según la presente Convención y los términos de ésta se interpretarán armónicamente a favor de la validez de la adopción y en beneficio del adoptado». En nuestra opinión, este tinte material en la interpretación no alcanza a superar el grado de abstracción que encierra la opción metodológica seguida <sup>90</sup>.

---

<sup>89</sup> El art. 3º de la Convención establece: «La ley de la residencia habitual del menor regirá la capacidad, consentimiento y demás requisitos para ser adoptado, así como cuáles son los procedimientos y formalidades extrínsecas necesarios para la constitución del vínculo». En cuanto al art. 4: «La ley del domicilio del adoptante (o adoptantes) regirá: a) la capacidad para ser adoptante; b) los requisitos de edad y estado civil del adoptante; c) el consentimiento del cónyuge del adoptante, si fuere del caso, y d) los demás requisitos para ser adoptante. En el supuesto de que los requisitos de la ley del adoptante (o adoptantes) sean manifiestamente menos estrictos a los señalados por la ley de la residencia habitual del adoptado, regirá la ley de éste».

<sup>90</sup> Para el análisis metodológico de esta Convención, debe leerse: Rubén SANTOS BELANDRO, *Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias. Reglas de conflicto materialmente orientadas hacia la protección de las personas*, Fundación de Cultura Universitaria, 2ª ed., Montevideo, 1999, especialmente págs. 207/208.

con el propósito de exigir que se tuviese debidamente en cuenta al definir el concepto de «Estado de origen», no solamente el domicilio del niño sino su ley nacional y sus verdaderos orígenes culturales y religiosos <sup>52</sup>.

La negociación diplomática final tuvo lugar del 10 al 29 de mayo de 1993 y en su transcurso, el anteproyecto fue intensamente trabajado. Por una parte, la convención establece normas materiales mínimas necesarias en la concreción de todo proyecto de adopción. Por otra parte, instaura un sistema de cooperación interestatal que domina la fase preparatoria de la adopción -a fin de prevenir el secuestro, venta y tráfico de niños- y conduce a una decisión conjunta respecto de la colocación de un niño concreto en una familia determinada.

### *B. Ambito de aplicación y estructura general del procedimiento*

En el convenio sólo interesan las adopciones que importan desplazamiento del menor de su Estado de origen a un Estado de recibimiento, sea que la adopción se haya pronunciado en el primero, o que ocurra el desplazamiento y con posterioridad se emita la decisión de adopción, en el Estado de origen o en el de recibimiento. Desde que esos dos países son partes del convenio, éste se aplica en forma obligatoria y exclusiva. La definición de esos conceptos se hace sobre la base de la residencia habitual de las personas involucradas.

---

<sup>52</sup> La finalidad fue evitar que niños musulmanes, residentes en Estados obligados por la Convención, fuesen incorporados en un «proyecto de adopción», con total prescindencia del estatuto personal prohibitivo de la filiación adoptiva. *Actes et documents...*, ob. cit., t. II, pág. 242. El delegado de Egipto propuso la siguiente disposición: «La presente Convención no se aplica a nacionales de países donde la adopción es considerada contraria al derecho interno». La propuesta fue rechazada pues los delegados entendieron que todo dilema sobre este punto podía ser ponderado por las autoridades centrales en interés del niño, al tiempo de dar la aprobación decisiva a que se refiere el art. 17, inc. c.

México, Paraguay Uruguay y Venezuela. La República Argentina aprobó este convenio por ley 25.358 y designó el 16 de febrero de 2001 a la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto como autoridad central.

Es innegable la influencia que en su elaboración ha tenido la Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, así como los convenios bilaterales que la República Oriental del Uruguay había celebrado con la República Argentina el 31 de julio de 1981<sup>91</sup>, con Chile, el 15 de octubre de 1981 y con el Perú, el 7 de febrero de 1985<sup>92</sup>. En el ámbito norteamericano, se conocían, asimismo, la Uniform Child Custody Jurisdiction Act (U.C.C.J.A), elaborada en 1968 por los *Commissioners on Uniform State Laws* y adoptada por todos los Estados de los Estados Unidos de Norteamérica, y la Federal Parental Kidnapping Prevention Act (P.K.P.A.), que tuvo su origen en el Senado de los Estados Unidos y se aprobó en 1980<sup>93</sup>. Estos antecedentes, más los fecundos aportes de los juristas Didier Opertti Badan, Ronald Herbert, Alicia Perugini y Eduardo Tellechea Bergman, constituyeron las fuentes esenciales de la nueva convención.

#### *A. Ambito de aplicación y caracteres del procedimiento*

Establece el art. 1° que la Convención tiene por objeto «asegurar la pronta restitución de menores que tengan resi-

---

<sup>91</sup> Aprobado en la República Argentina por ley 22.546 y en la República Oriental del Uruguay por decr.-ley 15.218 del 20 de noviembre de 1981.

<sup>92</sup> Diego FERNÁNDEZ ARROYO, «La Convención interamericana sobre restitución internacional de menores», publicación del Instituto Interamericano del Niño, 1992, págs. 4/5.

<sup>93</sup> Ver Título II, Capítulo 1, Sección 1, apartado A, párrafo b, de esta Segunda Parte. Puede consultarse: Amos SHAPIRA, «Private International...», ob. cit., especialmente págs. 178/179.

Los aspirantes a adoptar con residencia habitual en un Estado contratante deberán dirigirse a la autoridad central de ese país para iniciar el procedimiento autónomo previsto en el convenio, con miras a la adopción de un niño residente habitual en otro Estado contratante. Esa autoridad central -del país de recepción- en forma directa o por delegación a autoridades públicas u organismos acreditados (art. 22.1), preparará un informe que contenga información sobre la identidad, capacidad jurídica y aptitud de los candidatos a adoptar, su situación personal, médica, su medio social, los motivos de la decisión, su aptitud para asumir semejante compromiso, así como una referencia al número de niños que estarían dispuestos a tomar a su cargo. La autoridad central del Estado de recibimiento transmitirá ese informe a la autoridad central del Estado de origen del niño.

Esta última autoridad central preparará un informe sobre la identidad, adoptabilidad y necesidades del menor, donde conste su historia médica y familiar y su evolución personal. Este informe deberá dar cuenta del interés del niño en una adopción de tipo internacional y de la regularidad de los consentimientos (art. 16).

A la autoridad central del Estado de origen corresponde la primera propuesta sobre la colocación del niño en una familia determinada, que transmitirá a la autoridad central del otro Estado contratante. Se llega así al momento culminante. En los trabajos preparatorios se denominó *matching* a esta etapa en que las autoridades competentes se interrogan sobre la adecuación de tal niño a tales adoptantes <sup>56</sup>. El texto completo del

---

<sup>56</sup> Se descartó el término *placement* que podía dar lugar a confusión, pues en inglés tiene el sentido de entrega física del niño a una persona, en cambio, en francés, tiene un sentido tanto fáctico como jurídico (transferencia de la guarda del niño a los futuros padres adoptivos). En el Acta Final de la sesión se retuvo la expresión «confier un enfant» (à des futurs parents adoptifs), en la versión en francés, y se usó el término «entrustement» para expresar la idea en lengua inglesa. G. PARRA ARANGUREN, ob. cit., pág. 600, N<sup>os</sup> 327/328.

plazo de un año contado conforme al art. 14, y en las condiciones que fija el convenio (art. 9º); surge entonces, para la autoridad judicial o administrativa del Estado Parte requerido, la obligación de restituir -incluso en resguardo del ejercicio de los derechos de visita (arts. 4º y 21), salvo las reducidas excepciones admitidas por la Convención (arts. 11 y 25).

Esta convención, ajustándose al espíritu de los instrumentos de cooperación jurisdiccional conocidos en el sistema interamericano, tiene una norma de jurisdicción internacional para promover la acción de restitución, mediante la cual designa -como regla general- a las autoridades judiciales o administrativas del Estado Parte donde el menor tuviere su residencia habitual inmediatamente antes de su desplazamiento o de su retención, con ciertas opciones en caso de urgencia (art. 6º, párrafos segundo y tercero). Define, asimismo, quién es el titular legitimado para promover la acción: «los padres, tutores o guardadores, o cualquier institución» (art. 4) <sup>96</sup>.

En suma: la Convención ha establecido un proceso especial autónomo respecto del contencioso sobre el fondo de los derechos de guarda o de visita <sup>97</sup>, que tiene relativa indepen-

---

<sup>96</sup> Sobre el carácter restrictivo de la legitimación activa: Gualberto LUCAS SOSA, «La Convención interamericana...», ob. cit., pág. 784, N° 5.5.1.; Diego FERNÁNDEZ ARROYO, «La Convención interamericana...», ob. cit., pág. 16. El art. 8º de la Convención de La Haya del 25/10/1980 tiene una redacción intencionalmente imprecisa: «Toda persona, institución u organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención con infracción del derecho de custodia...».

<sup>97</sup> Este proceso especial trasciende la cooperación meramente cautelar que se había instaurado en la Convención Interamericana sobre cumplimiento de medidas cautelares (CIDIP II, Montevideo, 1979), que abarca las «medidas cautelares dictadas por jueces o tribunales de otro Estado Parte competentes en la esfera internacional, que tengan por objeto: a) el cumplimiento de medidas necesarias para garantizar la seguridad de las personas, tales como custodia de hijos menores...» (art. 2º y art. 9º de la Convención Interamericana, que fue aprobada por la República Argentina por ley 22.921). En el mismo sentido, el Protocolo de Ouro Preto del 17 de diciembre de 1994 sobre medidas cautelares, elaborado en el marco de la armonización de legislaciones que propicia el Tratado de Asunción del 26 de marzo de 1991, comprende medidas cautelares relativas a la custodia de menores (arts. 12 y 25).

emplazamiento es equivocado y que el interés del niño aconseja la no constitución de esa adopción. El art. 21 contempla este supuesto y pone en cabeza de la autoridad central del Estado de recibimiento la responsabilidad de retirar al niño del hogar donde se encontraba y de ocuparse de su cuidado personal hasta que pueda intentarse otra colocación alternativa.

Una adopción constituida y certificada según la Convención, es reconocida de pleno derecho en los demás Estados contratantes.

### *C. Los mecanismos de coordinación*

El art. 1º, que define los objetivos de la Convención, no reiteró el propósito de evitar «adopciones claudicantes», tal como expresaban los «objetivos» consagrados en las conclusiones de la primera reunión de la Comisión especial, de junio de 1990. Sin embargo, esa finalidad es la que orienta las técnicas utilizadas para la coordinación de los ordenamientos jurídicos de los Estados interesados, que aparecen en el art. 17, inc. c (en combinación con los arts. 4º y 5º), por una parte, y en el art. 23 (en combinación con los arts. 26 y 27), por la otra.

*La técnica consiste en organizar un sistema de verificaciones para anticipar la reacción global de los dos ordenamientos jurídicos involucrados antes de comprometer emocionalmente al niño en una colocación familiar determinada.*

Recordaremos que una de las aspiraciones del derecho internacional privado -típica del conflictualismo pero presente, asimismo, en otras explicaciones actuales del fenómeno de la relación privada internacional<sup>59</sup>- es la armonía interna-

---

<sup>59</sup> Ver los tres discursos explicativos presentados por Diego P. FERNÁNDEZ ARROYO, *Derecho internacional privado (Una mirada actual...)*, ob. cit. en nota 149 de la Primera Parte, especialmente pág. 110. Asimismo, Erik JAYME, «*Identité culturelle....*», ob. cit., pág. 89 y ss..

les, favorece la coordinación entre los ordenamientos jurídicos involucrados. Cuando la finalidad del tratado es lograr un objetivo tuitivo concreto en interés del menor, en temas cuya solución sólo puede alcanzarse mediante la actuación solidaria de los Estados, la excepción de orden público internacional definida por los jueces nacionales sobre la base de los principios locales que informan el derecho del menor y de la familia, conduce a frustrar los objetivos del tratado y a reintroducir las divergencias entre los ordenamientos que suscitaron la celebración del convenio internacional.

El citado art. 25, inspirado en el proyecto de la reunión de expertos de San José de Costa Rica, es la versión latinoamericana de aquella idea europea de favorecer la cooperación internacional evitando el bloqueo en el funcionamiento del convenio por la presión de nociones puramente nacionales. Los delegados en la Conferencia Interamericana interpretaron que el alcance del art. 20 de la Convención de La Haya de 1980 se mantenía en el marco del derecho constitucional de cada uno de los Estados. En el ámbito americano, la intención fue superar los principios puramente jurídicos de la legislación nacional y establecer «un orden público mejorado»<sup>98</sup>, constituido por principios jurídicos, religiosos, culturales, sociales, aceptados por la comunidad internacional, es decir, una especie de derecho supranacional protector del niño.

### *Sección 3*

#### *La Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores (México, 1994)*

Si bien las organizaciones no gubernamentales investigaron y denunciaron con lujo de detalles las corrientes de tráfi-

---

<sup>98</sup> Actas y documentos de la CIDIP IV, vol. II, Comisión I, Secretaría General de la OEA 1990, intervención del representante de Colombia, págs. 125/126; intervención del representante de la Argentina, págs. 128/129.

preparatorios surge un intenso debate sobre los acuerdos necesarios para la colocación del niño y para proseguir el trámite. Según la delegación suiza, la aprobación de las dos autoridades centrales debía manifestarse en los tres momentos: el *matching*, la adopción y el desplazamiento. Más tarde, Suiza aceptó que el momento determinante era el contacto físico entre el niño y los futuros adoptantes y que no era necesario repetir la «doble aprobación»<sup>63</sup>.

La delegación de Italia había propuesto una reforma en el Documento de trabajo N° 38, según el cual los dos Estados debían asegurarse «*qu'il n'existe pas d'empêchements à l'adoption selon la loi de l'État où l'adoption doit avoir lieu et pas d'obstacles à sa reconnaissance dans l'autre État en cause*»<sup>64</sup>. Estas precisiones fueron eliminadas y quedaron subsumidas en el actual art. 17 inc. c. Es decir, las autoridades centrales de ambos Estados deben manifestar su acuerdo a que se siga adelante con el procedimiento. Una verifica todo lo necesario para el dictado de la adopción; la otra constata todo lo necesario para el reconocimiento de efectos a esa adopción que se pronunciará en el país extranjero.

Las autoridades centrales anticipan su punto de vista sobre la validez de la adopción a constituirse. La Convención no dice cuál es el criterio para esta conclusión. Quienes han

---

dades centrales tomen en forma conjunta la decisión de seguir adelante con el procedimiento. Conf. Elizabeth POISSON-DROCOURT, «L'entrée en vigueur de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection d'enfants et la coopération en matière d'adoption internationale», *Journal de Droit International* 1999, págs. 707/730, esp. pág. 723.

<sup>63</sup> Intervención de Andréas BUCHER, *Actes et documents...*, ob. cit., pág. 400 y Documento de trabajo N° 95 de Suiza.

<sup>64</sup> Documento de trabajo N° 38, *Nouvel article 7, Proposition de la délégation de l'Italie, Actes et documents...*, ob. cit., pág. 302. Italia entendía que, en tanto el sistema de conflicto de leyes del Estado de la creación de la adopción debía ser respetado íntegramente, en el otro Estado sólo interesaba que no existiesen obstáculos a la posibilidad de que la adopción produjese sus efectos. El rol del orden público era, por el contrario, de relevante importancia en el Estado de recibimiento.



En 1989 se elaboró un proyecto de ley que contemplaba una práctica más liberal en materia de adopciones constituidas en el extranjero: se reconocerían en Suecia en tanto fuesen válidas en el Estado donde el niño tenía su residencia habitual al tiempo de la adopción (incluso si se trataba de adopciones «independientes», concretadas sin la mediación de agencias autorizadas). No hemos tenido conocimiento de que tal proyecto llegase a consagración legislativa <sup>130</sup>.

Suecia ha ratificado la Convención de La Haya del 29 de mayo de 1993, que se encuentra en vigor para ese país desde el 1º de septiembre de 1997.

## *Sección 2*

### *Estados que siguen un enfoque predominantemente conflictualista*

Se trata de Estados europeos de tradición civilista, que han intentado superar, por diversas vías, la neutralidad del conflictualismo clásico, desarrollando instrumentos de ricos matices en las legislaciones más recientes.

#### *A. Insuficiencia de las técnicas clásicas: reenvío y reconocimiento de adopciones extranjeras*

##### *a. Alemania*

La ley de fondo alemana sobre adopción es del 2 de julio de 1976, ha sido modificada en diciembre de 1992, con motivo de la reforma del derecho de la infancia del 16 de diciembre de 1997 y, recientemente, por leyes del 5 de noviembre de 2001.

---

<sup>130</sup> Conf. *Jurisclasseur de droit comparé*, «Suède-Adoption», 1997, por Bruno LINDEN.

Alemania conoce la adopción de tipo simple de mayores de edad, por decisión judicial y a requerimiento de ambas partes, siempre que el tribunal verifique que se halla «moralmente justificada». Cuando se trata de adopción de menores, sólo puede otorgarse adopción de tipo pleno, que admite causas de disolución y de revocación <sup>131</sup>. Durante la minoridad del niño, el juez de tutelas puede anular una adopción, incluso de oficio, en interés del niño. Si bien, en principio, debe existir un período apropiado de guarda preadoptiva, no se trata de una condición imperativa y pueden aceptarse soluciones diferentes previstas por el derecho extranjero.

El derecho alemán pone especial atención en los consentimientos de la familia de sangre y en el acceso por el niño a sus orígenes. El consentimiento no puede ser dado antes de que el niño haya alcanzado ocho semanas de vida y debe ser expresado respecto de candidatos a adoptar determinados, aun cuando los padres de sangre no deban conocer su identidad. Antes de la reforma del 16 de diciembre de 1997, la adopción de un niño extramatrimonial sólo necesitaba el consentimiento de la madre. Tras la redacción del nuevo art. 1747 del BGB, necesita asimismo el consentimiento del padre de sangre, siempre y cuando la paternidad del hombre haya sido jurídicamente establecida. A fin de no perjudicar la posibilidad de que el niño sea adoptado oportunamente, se admite una presunción de paternidad a favor del hombre que pruebe

---

<sup>131</sup> La revocación de una adopción plena puede suceder por dos órdenes de razones, según los artículos 1760 y 1763 del BGB, a saber: 1) en caso de vicio en las declaraciones que se necesitan para la adopción (error grave, dolo o violencia), vicios que quedan purgados tres años después del momento en que devino ejecutoria la decisión de adopción; y 2) por decisión del juez, de oficio, cuando la revocación de la adopción de un menor fuese necesaria por motivos serios y solamente si la revocación puede habilitar una nueva colocación familiar con fines de adopción. En los dos supuestos, la revocación sólo produce efectos hacia el futuro. Esta característica del derecho de fondo alemán, hace difícil su coordinación con el ordenamiento francés o con el italiano, que conciben la adopción plena irrevocable.

haber mantenido relaciones sexuales con la madre en el período de la concepción, y es él quien debe dar su consentimiento para la adopción <sup>132</sup>.

El derecho alemán afirma que todo individuo tiene un interés legítimo en conocer sus orígenes, derecho fundamental reconocido por el Tribunal Federal Constitucional el 31 de enero de 1989. La identidad de los padres del niño permanece en las actas originales del nacimiento. Las posteriores transcripciones no harán ninguna alusión a la adopción, pero a partir de los 16 años el niño podrá solicitar un «certificado de origen» (*Abstammungsurkunde*) en el cual figurarán sus padres biológicos.

En cuanto a la adopción internacional, su regulación se hizo mediante el método conflictual al dictar la ley federal de derecho internacional privado del 25 de julio de 1986 <sup>133</sup>. Recientemente, y con motivo de la ratificación por Alemania de la Convención de La Haya del 29 de mayo de 1993, se dictó una importante reforma que afectó el art. 22 de la Parte General del Código Civil alemán -Capítulo 2, Tercera parte-. La nueva ley relativa a la adopción internacional fue publicada en el Boletín Oficial el 5 de noviembre de 2001 y entró en vigor el 1º de enero de 2002 <sup>134</sup>.

---

<sup>132</sup> Eva WENNER, *Jurisclasseur de droit comparé*, «Allemagne: Filiation.Adoption», 2001.

<sup>133</sup> Publicada en la *Revue Critique de Droit International Privé* 1987, págs. 170/198. Modificó el Código Civil alemán, en su capítulo 2 (arts. 3º a 49) y, en lo que interesa en este trabajo, en los arts. 22 y 23.

<sup>134</sup> *Gesetzes zur Regelung von Rechtsfragen auf dem Gebiet der internationalen Adoption und zur Weiterentwicklung des Adoptionsvermittlungsrechts*. En el art. 1º aprobó las normas para la aplicación de la Convención de La Haya del 29 de mayo de 1993. En el art. 2º aprobó la ley sobre los efectos de la adopción de un niño (*Adoptionswirkungsgesetz -AdWirkG*, en abreviatura alemana). De esta última regulación, resulta interesante el art. 2º, párrafo 2, inciso b, relativo a la homologación en Alemania de una adopción otorgada en país extranjero conforme a un derecho extranjero que no comporta ruptura del vínculo del niño con sus padres biológicos. Alemania no conoce una institución de esas características pero ello no será obstáculo a la homologación, pues se limitará a verificar que las conse-

Dispone en el art. 22: «1. La adopción se rige por la ley del Estado de la nacionalidad del adoptante. La adopción promovida por uno o por ambos cónyuges se rige por la ley que, según el art. 14, párrafo 1, rige los efectos generales del matrimonio»<sup>135</sup>. El párrafo 2, reformado, agrega: «2. Los efectos de la adopción con relación al vínculo de parentesco del niño con sus progenitores y adoptantes así como con las personas con las que el niño tiene un vínculo de familia, se regirán por el derecho designado en el apartado 1».

En cuanto a la exigencia del consentimiento del niño, conforme a su edad, y de su representante legal o de la persona que tiene con él un lazo de familia relevante, el art. 23 dispone la acumulación de la ley nacional del niño. Sin embargo, en su mejor interés, se puede sustituir la ley extranjera por la ley alemana. El criterio orientador es la inserción del menor en el medio alemán.

La designación de la ley nacional del adoptante -y de la ley nacional del adoptado en lo relativo al consentimiento- puede estar matizada por la aplicación de la técnica del reenvío, que debe mantener la coherencia del sistema de conflicto del foro. Dice el art. 4º: «*Reenvío de primer y segundo grado, conflictos*

---

cuencias relativas a la custodia y al régimen alimentario sean compatibles con las normas alemanas. Destaco que el art. 3º de la *AdWirkG*, en armonía con lo dispuesto en el art. 27 de la Convención de La Haya de 1993, regula la posibilidad de que el o los adoptantes soliciten la conversión de los efectos de la adopción otorgada en el extranjero al derecho alemán. Ello se admite siempre y cuando: a) beneficie al menor, b) se hayan dado los consentimientos exigidos para la adopción y las condiciones necesarias para la disolución del vínculo del niño con sus padres biológicos y c) no resulte altamente contradictorio con los intereses de los padres, niños y adoptantes. El texto en alemán de la reforma puede hallarse en el sitio: <http://dejure.org/gesetze/EGBGB/22.html>.

<sup>135</sup> Dice el art. 14.1: «1. Los efectos generales del matrimonio se rigen: 1º) por la ley del Estado de la nacionalidad de los dos esposos, o de su última nacionalidad, con tal que uno de ellos posea todavía la nacionalidad de ese Estado; en defecto: 2º) por la ley del Estado en el cual los dos tienen su residencia habitual, o tenían su última residencia habitual, con tal que uno de ellos conserve esa residencia; subsidiariamente: 3º) por la ley del Estado con el cual los esposos tengan en común el lazo más estrecho de cualquier otra manera».

*internos: (1) Cuando se designa la ley de un Estado extranjero, es necesario también aplicar sus reglas de conflicto, en tanto ellas no se opongan al sentido de la regla de conflicto alemana. Cuando la ley de ese Estado reenvíe a la ley alemana, las reglas de derecho interno alemanas deben aplicarse».*

Las disposiciones sobre jurisdicción internacional de los jueces alemanes para conferir adopciones con elementos extranjeros, fueron también modificadas por el art. 8º de la ley federal del 25 de julio de 1986. Dice el artículo 43.b del código procesal civil alemán: «1. *En materia de adopción de un niño, los tribunales alemanes son competentes cuando el adoptante, uno de los esposos adoptantes o el niño: 1º) es alemán; 2º) tiene su residencia habitual en el territorio de la República Federal Alemana. Esta competencia no es exclusiva. 2. Es competente el tribunal en jurisdicción del cual el adoptante o uno de los esposos adoptantes tiene su domicilio o, en su defecto, tiene su residencia en la República Federal Alemana; a tales efectos, es determinante el momento de la demanda o, en el caso del art. 1753, párrafo 2, del Código Civil, el momento en que el notario efectúa el depósito. 3. Cuando el adoptante o uno de los cónyuges adoptantes es alemán, y no tiene ni domicilio ni residencia en la República Federal Alemana, el tribunal de instancia de Berlin-Schoneberg es competente. Por justos motivos, puede transmitir el expediente a otro tribunal; la decisión de transmisión vincula al tribunal requerido. 4. Cuando el adoptante o uno de los cónyuges adoptantes no tiene ni domicilio ni residencia en el territorio de la República Federal Alemana, es competente el tribunal en jurisdicción del cual el niño tiene su domicilio o, en su defecto, su residencia. Cuando el niño es alemán y no tiene domicilio ni residencia en la República Federal Alemana, es competente el tribunal de instancia de Berlin-Schoneberg. Por justos motivos, puede transmitir el expediente a otro tribunal; la decisión de transmisión vincula al tribunal requerido».*

Como se advierte, las bases para abrir la competencia son muy amplias y pueden dar lugar a foros exorbitantes: por ejemplo, la adopción de un niño alemán no residente

en Alemania, por parte de ciudadanos extranjeros no domiciliados ni residentes con habitualidad en Alemania. Precisamente, esa circunstancia es la que ha permitido desarrollar jurisprudencialmente una tendencia a negar la intervención de los tribunales alemanes cuando se advierta la probabilidad de que esa decisión no sea reconocida en un Estado estrechamente vinculado al caso: se trataría de una aplicación libre de la doctrina anglosajona del *forum non conveniens* <sup>136</sup>.

En cuanto a los criterios para el reconocimiento de decisión extranjera de adopción, en el supuesto de haber intervenido una autoridad judicial extranjera, se controla, además de la ley aplicada, la competencia del juez de origen de la decisión y la compatibilidad de la solución con el orden público internacional alemán (noción que abarca la manifestación sin fraude de los consentimientos debidos). Los efectos en Alemania de la adopción otorgada en el extranjero, han sido objeto de especial tratamiento en la ley del 5 de noviembre de 2001, siguiendo una solución respetuosa de los caracteres del lazo constituido en otro Estado. Se analizará prioritariamente si ha quedado disuelto el vínculo del niño con sus progenitores. Si ello es así, verificará si las condiciones de la adopción coinciden con lo dispuesto por la legislación alemana. Por respeto a la identidad cultural del niño, Alemania admite y da homologación a una adopción de tipo simple conferida en el extranjero, aun cuando en este

---

<sup>136</sup> Andrea BONOMI, «La disciplina dell'adozione internazionale...», ob. cit., pág. 361 y nota 23, con cita del caso fallado por AG Wurzburg, del 7/8/1984. Se trataba de una demanda presentada en Alemania por esposos norteamericanos, respecto de un niño también de esa nacionalidad, residentes en Alemania al tiempo de promover la demanda. En el curso del procedimiento regresaron a los Estados Unidos de Norteamérica. Si bien el art. 43, b, sólo exige el domicilio o la residencia al tiempo de la demanda, los jueces se declararon foro no apropiado, por temor a que la decisión no fuese reconocida en Norteamérica.

país sólo es posible concebir una adopción plena respecto de un menor <sup>137</sup>.

En todos los casos en que el reconocimiento parezca dudoso o sea rechazado, se recomienda a los alemanes que han traído un niño a Alemania desde el extranjero, que recomiencen el procedimiento de adopción en ese país.

El 22 de noviembre de 2001, Alemania ratificó la Convención de La Haya del 29 de mayo de 1993, que entró en vigor el 1° de marzo de 2002.

### *b. Bélgica*

El derecho sustancial belga en materia de adopción fue modificado por ley del 27 de abril de 1987, que establece las siguientes fases en un procedimiento de adopción en Bélgica: la redacción de un acta de filiación adoptiva ante notario belga o ante el juez de paz del domicilio belga del adoptante (o ante el cónsul belga en el extranjero o ante el oficial público belga en el extranjero); la etapa de investigación del Ministerio Público, a fin de asegurar el respeto a las condiciones legales y al interés del niño; la homologación por un tribunal belga competente y la transcripción de la parte dispositiva de la decisión en el registro belga del estado civil.

La forma de toda adopción que se pida en Bélgica, debe seguir la *lex fori* <sup>138</sup>.

Las condiciones para la apertura de la jurisdicción belga, son muy amplias. Según el art. 350 del Código Civil belga, son competentes los jueces: a) de la residencia en Bélgica del adoptante o adoptantes; en defecto, b) de la residencia en Bélgica del adoptado; (si ninguna de las partes del acta notarial tiene

---

<sup>137</sup> Ver nota 134 de esta Segunda Parte.

<sup>138</sup> Michel VERWILGHEN, Jean Ives CARLIER, Colette DEBROUX, Jacques DE BURLET, *L'adoption internationale en droit belge*, Bruylant, 1991, especialmente págs. 68 y 69.

su residencia habitual en Bélgica): es competente el tribunal de Bruselas, si una de las partes es nacional belga <sup>139</sup>.

Se permite la adopción de menor y de mayor de 15 años; en este último supuesto está excluida la forma plena de la adopción y la norma de conflicto designa la aplicación acumulativa de las leyes personales de las partes para resolver la admisibilidad de la adopción, y la aplicación distributiva de tales leyes para decidir las condiciones de fondo de la constitución del emplazamiento.

Cuando se trata de niño menor de 15 años, el rol de la ley de fondo belga se torna relevante. Si bien el principio general es la aplicación de la ley personal del adoptante, tanto a la admisibilidad de la adopción como a las condiciones de fondo y a los efectos, y la aplicación de la ley personal del adoptado al consentimiento (su exigencia y manifestación), el sistema se altera notablemente cuando los candidatos a adoptar son de diferente nacionalidad. En ese supuesto, la ley belga se aplica a la admisibilidad de la adopción, a las condiciones de fondo, a los efectos e, incluso, al consentimiento del adoptado (y del adulto que lo debe representar) en sustitución de la ley personal del adoptado. En cuanto a los niños cuyo abandono se configura en territorio belga, son alcanzados por la ley del 20 de mayo de 1987 relativa al abandono de niños menores, a la que se le reconoce el carácter de norma de policía <sup>140</sup>.

Tras la reforma de la ley de 1987, el reconocimiento de adopciones extranjeras en Bélgica se rige por el art. 344 bis, del Código Civil, que impone dos condiciones alternativas: «La filiación adoptiva adquirida en el extranjero, sea entre belgas, sea entre extranjeros, sea entre belgas y extranjeros, se reconoce de pleno derecho en Bélgica si al momento en que se otorgó, las condiciones que hubieran permitido la adop-

---

<sup>139</sup> Michel VERWILGHEN y otros, *L'adoption internationale...*, ídem, pág. 45.

<sup>140</sup> Michel VERWILGHEN y otros, *ibídem*, pág. 80.



ción en Bélgica estaban reunidas o si cada una de las partes satisface las condiciones que le impone su estatuto personal». No se necesita procedimiento de *exequatur*, sino que se controlarán estas condiciones en ocasión de la inscripción en el registro belga del estado civil o en caso de oposición. O bien se satisfacen las condiciones de fondo de las respectivas leyes personales de las partes o bien se toma al ordenamiento belga como referencia y se resuelve si esa demanda de adopción hubiera prosperado de presentarse ante un juez belga. En ambos casos, además, corresponderá controlar la compatibilidad con el orden público del foro y las condiciones formales de autenticidad de la decisión.

En cuanto a los efectos en Bélgica de una adopción otorgada en el extranjero, dice el art. 344 ter del Código Civil: «los efectos se determinan por la ley que ha sido aplicada a la admisibilidad de la adopción».

En la práctica judicial belga ha sido muy excepcional la aplicación de la teoría del reenvío en casos de adopción con elementos extranjeros, y no parece que esta técnica tenga mucho futuro, habida cuenta el papel creciente de la *lex fori* belga en las adopciones de menores de quince años.

Bélgica ha firmado el 27 de enero de 1999 la Convención de La Haya del 29 de mayo de 1993, pero aún no la ha ratificado.

### *B. Reconocimiento de adopciones extranjeras y control administrativo para prevenir el tráfico de niños*

Un enfoque conflictualista -centrado en la ley nacional del adoptante- ha cedido el paso en los últimos años, a reformas en el derecho internacional privado de España y de Francia, preocupadas por no favorecer la corriente ilegal de niños hacia sus respectivos territorios. Los Países Bajos, con un enfoque territorialista, también confían en las verificaciones administrativas a fin de garantizar la constitución de genuinas adopciones.

*a. España*

España se ha convertido en un destino muy buscado para niños provenientes de países de América Latina y del este europeo. La regulación consta en la ley 21/87 del 11 de noviembre de 1987 y en la ley orgánica 1/96 del 15 de enero de 1996, de Protección Jurídica del Menor, por la cual este país ha realizado los ajustes necesarios en su legislación interna -Código Civil y Ley de Enjuiciamiento Civil- a fin de adecuarla a las exigencias de la Convención de La Haya del 29 de mayo de 1993 <sup>141</sup>. La ley 1/96 atribuyó el ejercicio de las funciones administrativas en materia de adopción a cada una de las diecisiete Comunidades Autónomas españolas, las cuales han asumido en sus estatutos las competencias en materia de protección de menores <sup>142</sup>. Finalmente, por ley 18/1999 del 18 de mayo de ese año, se modificó la redacción del art. 9.5 del Código Civil español, en cuanto a la eficacia en España de una adopción constituida por competente autoridad extranjera <sup>143</sup>.

Este Estado no fija jurisdicciones exclusivas y acepta que la adopción se constituya en el país de origen del niño o ante los jueces españoles de recibimiento. La norma de conflicto es el art. 9.4 del Código Civil que, en la redacción dada por la

---

<sup>141</sup> España fue el primer país de recibimiento de niños en ratificar la Convención de La Haya sobre protección internacional y cooperación en materia de adopción internacional del 29 de mayo de 1993 (BOE N° 182 del 1/8/1995). La Convención entró en vigor el 1° de noviembre de 1995 para España, con relación a Chipre, México, Polonia, Rumania y Sri Lanka. Posteriormente se sumaron otras ratificaciones y adhesiones que, a octubre de 2002, suman cincuenta Estados.

<sup>142</sup> Es la primera Convención de La Haya en la que España hace uso de la facultad de designar más de una autoridad central. Ver Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS, «La aplicación en España del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la...», ob. cit., especialmente pág. 325. De la misma autora: «La ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: normas sobre adopción internacional», *Revista Española de Derecho Internacional*, 1996-I, págs. 501/502.

<sup>143</sup> BOE N° 119, del 19 de mayo de 1999.

ley 1/1996, establece que se regirá por la «ley personal del hijo y, si no pudiera determinarse ésta, se estará a la de la residencia habitual del hijo».

En cuanto a las adopciones que se constituyen en el extranjero con posterior desplazamiento del niño hacia España, dice el art. 9.5 del Código Civil, párrafo cuarto: «*En la adopción constituida por la competente autoridad extranjera, la ley del adoptando regirá en cuanto a la capacidad y consentimientos necesarios*». Es evidente que el legislador español no ha dictado una norma de conflicto para ser aplicada por la autoridad que otorgue la adopción en el extranjero. Se trata, pues, de una norma de coordinación de sistemas, que señala bajo qué condición el ordenamiento español va a admitir la validez -desde el punto de vista del derecho internacional privado- de una adopción otorgada en el extranjero. Se requerirá que sea dictada por autoridad competente y que someta a la ley personal del adoptado las condiciones de la capacidad y de los consentimientos debidos <sup>144</sup>. La reforma de 1999 agregó el siguiente párrafo al art. 9.5 del Código Civil: «La atribución por la ley extranjera de un derecho de revocación de la adopción no impedirá el reconocimiento de ésta si se renuncia a tal derecho en documento público o por comparencia ante el encargado del Registro Civil». Esta regla tiene expresos efectos retroactivos respecto a las adopciones constituidas con anterioridad <sup>145</sup>.

---

<sup>144</sup> La ley no prevé criterios de competencia indirecta para controlar la competencia de la autoridad extranjera. La doctrina propone bilateralizar el art. 22.3 de la LOPJ, es decir: la autoridad extranjera es competente cuando el adoptante o el adoptado son nacionales de ese Estado o cuando uno u otro son residentes en ese Estado. Además, se controla la conformidad con el orden público español (Ley Orgánica del Poder Judicial español N° 6 del 1/7/1985, BOE del 2 de julio y del 8 de noviembre de 1985).

<sup>145</sup> El agregado ha sido duramente criticado por la doctrina española por favorecer un posible fraude a la ley extranjera que rigió la constitución de la adopción y por plasmar una solución en el ordenamiento español que difícilmente tanga validez en el país de

Para asegurar el reconocimiento en España de una adopción otorgada en el extranjero, es necesario que los adoptantes nacionales españoles o domiciliados en España al tiempo de la adopción, soliciten y obtengan, antes de desplazarse en busca del niño, una «propuesta» formulada por una entidad pública española, que califica la idoneidad de los aspirantes. Cuando los adoptantes no hayan residido en España en los dos años previos a la constitución de la adopción en el extranjero, será imposible satisfacer este requisito, pero el cónsul español solicitará a autoridades del lugar de residencia de los candidatos los informes necesarios para valorar su idoneidad (art. 9.5, párrafo tercero, redacción dada por la disposición final segunda de la ley orgánica 1/1996).

Una vez que el emplazamiento se haya constituido en el extranjero, en España no será necesario un procedimiento de *exequatur* -por ser acto de jurisdicción voluntaria- y ello habilita al cónsul español a desplegar facultades según dos opciones. Por la primera, puede reconocer la adopción extranjera (arts. 600 y 601 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), proceder a su inscripción en un registro y extender pasaporte español para el niño, cuya entrada y residencia en España queda garantizada <sup>146</sup>. Por la segunda, que es la más utilizada en razón del temor a favorecer el tráfico de niños, el cónsul español concede una visa y deja que el trámite de reconocimiento se efectúe una vez que los adoptantes y el adoptado se hallen en territorio español.

---

otorgamiento de la adopción. Es una solución que protege los intereses de los mayores adoptantes y no el superior interés del niño. Conf. Pedro-Pablo MIRALLES SANGRO y Mónica HERRANZ BALLESTEROS, «Algunas reflexiones en torno a las últimas reformas del derecho internacional privado español en materia de protección de menores», Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1999.

<sup>146</sup> Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS, «La aplicación en España del convenio de La Haya...», ob. cit., pág. 323.

En principio, España no reconoce una adopción otorgada en el extranjero en favor de un español, domiciliado en España al tiempo de la adopción, cuando no hubiese intervenido con anterioridad al procedimiento en el extranjero una autoridad pública española que ha certificado la idoneidad de los aspirantes. Si el niño ha sido trasladado al territorio español, su presencia significará una fuerte presión para las autoridades que se sentirán inclinadas a subsanar la deficiencia. Si la decisión es desfavorable, la autoridad competente deberá retirar el niño de la guarda de quienes lo hayan traído a España y disponer su protección. Ciertamente, estas decisiones se tomarán en interés superior del niño pero, no obstante, revelan una falta grave de coordinación entre el Estado de origen y el Estado de recepción del niño. En el primero, el menor será considerado hijo de determinados ciudadanos españoles; en España, país de acogimiento, se lo colocará en situación de adoptabilidad a fin de que pueda ser nuevamente inserto en una familia de futuros adoptantes.

Tratándose de adopciones otorgadas en el extranjero, la fase registral se realiza como adopción independiente -pues no existe partida de nacimiento del niño en España- que debe incluir un dictamen sobre la conformidad del orden público español. La inscripción no tiene valor constitutivo sino probatorio y cumple una importante función de control de legalidad de la adopción internacional <sup>147</sup>.

### *b. Francia*

Francia ocupa el segundo lugar -después de los Estados Unidos de Norteamérica- entre los países que reciben más

---

<sup>147</sup> De Rubén MARINO, «El procedimiento en las adopciones transnacionales», ponencia al I Congreso Mundial sobre Derecho de Familia, Panamá, del 22 al 27 de septiembre de 1996, Libro II, pág. 613 y ss.. A pesar de los controles de tipo administrativo que España ha implementado, este país ha informado a la señora Ofelia Calcetas

cantidad de niños extranjeros con fines de adopción <sup>148</sup>. En los últimos veinte años, las cifras estadísticas de las adopciones internacionales que se llevan a cabo en Francia, han superado ampliamente las de las adopciones puramente nacionales. En 1980 se detectaban diez países de origen de niños adoptados por franceses. En la actualidad se distinguen sesenta y siete Estados diferentes. En 1999 la Misión de la Adopción Internacional otorgó 3.528 visas para niños extranjeros adoptados o con destino a la adopción en Francia <sup>149</sup>. La fuerza de las asociaciones de adoptantes y de las instituciones especializadas es tal, que se ha llegado a debatir sobre un supuesto «derecho al niño» <sup>150</sup>.

Francia no ratificó la Convención de La Haya del 15 de noviembre de 1965 ni la Convención europea del 24 de abril de 1967 -que había tomado como modelo la regulación de la

---

Santos, relatora especial de la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, la existencia de una ruta de tráfico de menores oriundos de la Federación de Rusia y de otros países del Este europeo, que son colocados por intermediarios inescrupulosos en familias españolas. España ha informado que ha establecido un procedimiento por el cual da permiso de entrada y de residencia a estos niños, pero registra los datos de los padres adoptivos así como los del menor en la Dirección General de Menores y la Familia y en la Oficina de la Fiscalía General del Estado. Documento E/CN.4/1999/71 del 29 de enero de 1999, citado en nota 6 de esta Segunda Parte, págs. 9/10.

<sup>148</sup> Rapport J.F. MATTEL, «Enfant d'ici, enfant d'ailleurs, l'adoption sans frontière», Doc. fr. *Rapports Officiels* 1995, pág. 118.

<sup>149</sup> Según cifras de la MAI -Mission de l'adoption internationale- unos 51.240 niños provenientes de 67 Estados diferentes han sido adoptados por familias francesas entre 1979 y 1999. En 1996 se registraron las siguientes proporciones según el continente de procedencia de los niños: Asia, un 45,06%; América, un 22,04%; Africa, un 16,86%; Europa, un 16,04%. La MAI fue creada el 2 de diciembre de 1998 (JO del 3/12/1998). Puede verse: Isabelle CORPART, «L'adoption. Une filiation affective», supplément *Actualités Sociales Hebdomadaires*, septiembre de 2000, pág. 50.

<sup>150</sup> Brigitte FEUILLET-LE MINTIER, «Le droit des couples stériles à l'obtention d'un enfant: droits de l'homme, réalités médicales et pratiques administratives», en págs. 69/84, especialmente págs. 72/73 de la publicación del Colloque de Lille II, *Les filiations par greffe*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1997.

adopción plena de la legislación francesa, pero había admitido la revocación del vínculo- y tampoco dictó normas de derecho internacional privado de fuente interna en la materia. La primera regulación fue una circular del Ministerio de la Justicia de julio de 1976 y la segunda, otra circular del 6 de julio de 1979, que modificó y completó la anterior, y trató el conflicto de leyes y otras cuestiones atinentes a la nacionalidad de los niños adoptados <sup>151</sup>. Durante años, el legislador francés dejó evolucionar la jurisprudencia. Rápidamente, se advirtieron dos problemas de falta de coordinación con otros ordenamientos: el otorgamiento en Francia de la adopción de un niño cuyo estatuto personal desconocía o prohibía la adopción y el otorgamiento de una adopción plena de derecho francés, respecto de un niño cuyos padres habían consentido -en el Estado de origen- una adopción sin ruptura de los vínculos de filiación por la sangre.

En 1996 se reformó la legislación interna y se dictó una nueva ley sobre adopción, N° 604 del 5 de julio de 1996. No se reguló el tema de la adopción internacional, a pesar de intensos debates en la Asamblea Nacional y en los medios periódicos <sup>152</sup>. Sin embargo, se previó la creación de una autori-

---

<sup>151</sup> La circular de 1979 estimaba que a las condiciones y a los efectos de la adopción debía aplicarse la ley que rige los «efectos personales del matrimonio de los adoptantes» (punto de conexión que, en la gran mayoría de los casos, conducía a la ley francesa). Ahora bien, según la Constitución francesa de 1958, esa materia debía ser regulada por la ley. No obstante, las circulares del Ministerio de la Justicia no fueron anuladas por el Consejo de Estado por vicio de forma. Conf. Marthe SIMON-DEPITRE, «L'adoption d'enfants étrangers en droit international privé français», en la publicación coordinada por M. Jacques Foyer y Mme. Catherine Labrusse-Riou, *L'adoption d'enfants...*, ob. cit., especialmente pág. 33

<sup>152</sup> Françoise MONÉGER, «Le Parlement à la recherche d'une règle de conflit de lois en matière d'adoption internationale», *Juris Classeur Périodique*, G, (La Semaine Juridique N° 9 del 28 de febrero de 1996). La propuesta de ley del diputado Jean F. Mattéi consistía en lo siguiente: «*Les conditions et les effets de l'adoption sont régis par la loi française lorsque l'adoptant est de nationalité française. Si l'adopté est né dans un pays étranger, le tribunal s'assure que le consentement a été donné par l'adopté ou son représentant legal*

dad central con miras a la ratificación por Francia de la Convención de La Haya del 29 de mayo de 1993, hecho que se concretó por ley 98-147 del 9 de mayo de 1998.

Corresponde delinear la solución jurisprudencial.

Entre los años 1984 y 1995, la Corte de Casación francesa elaboró y perfeccionó la norma de conflicto que, con algunas vicisitudes, ha mantenido su vigencia hasta la emisión de la circular del Ministerio de Justicia conocida como «Circulaire Guigou», la cual constituye, en nuestra opinión, el primer esfuerzo de Francia por coordinar su ordenamiento con el del Estado de origen del niño, a fin de evitar el fraude contra ley extranjera y el tráfico de menores <sup>153</sup>. Daremos una breve reseña de la evolución de la jurisprudencia a fin de una mejor comprensión de la significativa modificación que se ha efectuado por acto administrativo.

En 1984, la Corte de Casación resolvió el caso «Torlet», según el cual la ley nacional del adoptante -ley de creación del vínculo- debía regir las condiciones y efectos de una adop-

---

*en pleine connaissance des conséquences de son acte au regard de la loi française*». Esta norma de fuerte tinte unilateral, dejaba algunos problemas sin resolver, por ejemplo, qué ley se aplicaba cuando los futuros adoptantes son una pareja mixta, nacional francés y extranjero o ambos extranjeros. También conozco la propuesta presentada por Mme. Véronique Neiertz ante la Asamblea Nacional, en estos términos: «*Les conditions de l'adoption sont régies par la loi du pays de l'adopté et ses effets par la loi française lorsque l'adoptant est de nationalité française ou a son résidence en France. En l'absence dans le pays d'origine de législation sur l'adoption, la loi française s'applique aux conditions et aux effets de l'adoption*». Ninguna de estas reformas fue aprobada al sancionarse la ley de julio de 1996.

<sup>153</sup> Circulaire relative à l'adoption internationale du 16 février 1999 (JO du 2 avril 1999). Texto publicado en *Juris Classeur Périodique* (La Semaine Juridique Edition générale N° 15, III- 20071, 14 de abril de 1999), pág. 755/762. Comentarios: Mariel REVILLARD, «L'adoption internationale à la suite de la circulaire du 16 février 1999», *Répertoire du Notariat Deffrénois* N° 17, 37029, del 15 de septiembre de 1999, pág. 917/930. Pascale SALVAGE-GEREST, «La circulaire Guigou du 16 février 1999: Quelles perspectives pour l'adoption internationale?», *Éditions Juris Classeur, Droit de la Famille* N° 9, Chroniques, septiembre de 1999, págs. 4/10.



ción, reservando a la ley nacional del adoptado las cuestiones atinentes al consentimiento para ser adoptado <sup>154</sup>. La Corte elaboró una regla sustancial según la cual, cuando el consentimiento dado para la adopción de un niño extranjero por un nacional francés no especificaba cuál era el tipo de adopción que se vislumbraba, debía aceptarse como consentimiento válido para ambos tipos de adopción conocidos por el derecho francés.

Era previsible que se discutiese ante jueces franceses la adoptabilidad de un niño de estatuto personal prohibitivo -normalmente un niño marroquí o argelino <sup>155</sup>. El primer supuesto que dio lugar a la doctrina de la Corte de Casación fue la causa «Pistre», fallada el 31 de enero de 1990 <sup>156</sup>, que involucraba a un niño oriundo de Brasil. La Corte no admitió una solicitud de adopción plena presentada ante juez francés, pues consideró que el representante legal del niño -en el caso, un órgano jurisdiccional brasileño- no había dado un consentimiento esclarecido en cuanto a *los efectos que la ley francesa* otorga al tipo de adopción plena. En 1994 se presentó el caso de un niño cuyo estatuto personal prohibía la adopción, y la Corte tuvo la posibilidad de precisar su doctrina: no se trataba de «aplicar la ley nacional del adoptado», sino de apreciar si quienes deben dar el consentimiento según la ley

---

<sup>154</sup> Cass.Civ., 1° Ch, «Torlet», 7 de noviembre de 1984, *Revue Critique de Droit International Privé* 1985, pág. 533, nota de M. SIMON DE PITRE. Una mujer francesa había obtenido una decisión de adopción de un tribunal griego, tras una audiencia en la que la madre de sangre había dado el consentimiento. Una vez en Francia, la adoptante -que no pidió el reconocimiento de sentencia extranjera- solicitó ante el juez francés el otorgamiento de una adopción plena de derecho francés. La manifestación del consentimiento por la madre biológica no contenía ninguna precisión; debía resolverse si en esas condiciones podía considerarse que la madre biológica había aceptado una ruptura irrevocable del vínculo jurídico.

<sup>155</sup> Túnez, Turquía e Indonesia admiten la adopción.

<sup>156</sup> Cass.Civ. 1° Ch., «Pistre», 31 de enero de 1990, *Revue Critique de Droit International Privé* 1990, pág. 519, con nota Elizabeth POISSON-DROCOURT.

personal del niño, lo han hecho con plena conciencia de las consecuencias de una adopción plena del derecho francés. El alto tribunal francés consideró bien negada la adopción en Francia por los jueces de la causa, que habían decidido soberanamente que «*les actes établis au Maroc et produits par les requérants n'établissent pas que la mère naturelle ait consenti à autre chose qu'une simple prise en charge du jeune Y. par la nourricière conformément à la loi et aux coutumes marocaines*»<sup>157</sup>. Los demandantes pretendían que el consentimiento de la madre biológica, dado en ocasión de la entrega del niño al *kafil*, superaba el objeto de una *kafala*, pues se había dado con conocimiento de la posibilidad de que en el futuro, se produjera una ruptura del lazo de filiación. Aun cuando en el caso concreto la Corte de Casación dejó firme la negativa a constituir la adopción, el fallo del 1º de junio de 1994 significó una aceptación del principio, bajo dos condiciones: que los jueces hayan investigado la voluntad real de quien ha prestado el consentimiento y que los adoptantes sean de estatuto personal permisivo.

Esta línea jurisprudencial terminó de perfilarse al año siguiente, con la causa «Fanthou»<sup>158</sup>, que puso en evidencia despreocupación por la creación de situaciones claudicantes, en las que el niño tiene una filiación de sangre en su país de origen o ninguna filiación, y una filiación adoptiva en el país de su residencia habitual no reconocida por el primero. En «Fanthou» se trataba de un menor marroquí que había sido

---

<sup>157</sup> Cass.Civ., «Époux Moreaux», 1º de junio de 1994, *Revue Critique de Droit International Privé* 1994, pág. 654, con nota de Horatia MUIR WATT. El menor había sido entregado en *kafala*; esta institución ha sido invocada algunas veces en Francia como equivalente a la adopción simple, pero en general esta petición no ha tenido favorable acogimiento (por ej.: Cour d'Appel de Paris, 1º Ch., «M. Boulaye c/ Ministère Public», 4 de junio de 1998, *Revue Critique de Droit International Privé* 1999, págs. 108/112, citado en la nota 96 de la Primera Parte de esta tesis).

<sup>158</sup> Cass.Civ., 1º Ch., «Fanthou», 10 de mayo de 1995, *Revue Critique de Droit International Privé* 1995, pág. 547, con nota Horatia MUIR WATT.

confiado a esposos franceses en *kafala* por la autoridad responsable del centro de protección de la infancia Lalla Mariam. Dijo la Corte de Casación: «Teniendo en cuenta el artículo 3 del Código Civil y los principios generales en materia de adopción internacional, dos esposos franceses pueden proceder a la adopción de un niño cuya ley personal no conoce o prohíbe esta institución, a condición de que, con indiferencia a las disposiciones de esa ley, el representante del menor haya dado su consentimiento con plena conciencia de los efectos que otorga la ley francesa a la adopción demandada». Según la doctrina de esta causa, si quien ha dado el consentimiento es una persona de derecho público -cuya competencia está ligada a la ley de su creación- no puede considerarse un «consentimiento apropiado». En cambio, si quien ha consentido es el padre o la madre biológicos, o un tutor legal, es posible interpretar los alcances de la voluntad real expresada. Ahora bien, ¿es razonable que un «representante legal» autorice válidamente algo que está prohibido por la ley?

En fecha más reciente, la Corte de Casación efectuó una interpretación estricta de su propia doctrina. El caso involucraba a un niño marroquí, abandonado al nacer e institucionalizado, que fue dado en *kafala* a un matrimonio francés, con autorización del *wali*, *representante legal del niño*. El tribunal de apelaciones de Versailles otorgó la adopción plena, provocando el agravio del Ministerio Público. La Corte de Casación entendió que se trataba de una autoridad pública marroquí y que, por lo tanto, no tenía el poder de consentir a una adopción <sup>159</sup>. Meses más tarde, sin embargo, la Corte de Casación revisó su postura y aprobó al tribunal de

---

<sup>159</sup> Cass.Civ., 1° Ch., «Proc.Gén.près CAVersailles c/ Époux Lorre», 1° de julio de 1997, *Juris Classeur Périodique* (La Semaine Juridique, Édition générale 1997 N° 40, *Jurisprudence* 22916), págs. 423/425, con nota de Thierry GARÉ. También publicado en *Journal de Droit International* 1997, pág. 972 con nota de Françoise Monéger.

Besançon por haber considerado que el consentimiento dado por el representante legal del niño -el director del centro Lalla Mariam, de Rabat, que es un funcionario público- se había efectuado con pleno conocimiento del propósito de llevar el niño a Francia con fines de adopción. A diferencia del caso «Lorre», en este segundo supuesto, el matrimonio francés había solicitado una adopción de tipo simple <sup>160</sup>.

Esta doctrina reduce los supuestos en que sería procedente reclamar una adopción plena. Una primera hipótesis sería la de un niño de estatuto prohibitivo que reside en Francia, donde también residen su madre y/o padre biológicos (y es pedido en adopción por un adoptante o adoptantes franceses). Los padres biológicos podrían dar su consentimiento en Francia, incluso por acta notarial. El Tribunal de Gran Instancia de Dijón permitió en 1991 la adopción de un niño de Bangladesh, respecto del cual el consentimiento había sido dado por la directora anglosajona de una institución religiosa que había recogido y cuidado al niño. Se estimó que esta persona podía consentir válidamente, lo cual no hubiera sido posible para un «representante legal» de Bangladesh <sup>161</sup>.

Por lo demás, se produce una desarmonía que resulta chocante: a una pareja de nacionalidad marroquí -o argelina, etcétera, es decir, de estatuto personal que prohíbe la adopción- se niega la posibilidad de adoptar en Francia por aplicación de la ley nacional común, en tanto si la pareja es de diferente nacionalidad, ambos de estatuto personal «prohibitivo», se le aplicaría la ley francesa del domicilio común con las verificaciones que resultan de la jurisprudencia «Fanthou»,

---

<sup>160</sup> Cass.Civ., 1<sup>o</sup> Ch.Civ., 16 de diciembre de 1997, publicado en *Revue Critique de Droit International Privé* 1998, t. 87, pág. 433 con nota de Horatia MUIR WATT.

<sup>161</sup> Tribunal grande instance Dijón, 8 noviembre de 1991, *Journal de droit international* 1993, pág. 367, con nota de Edouard LOQUIN; sumario publicado en la *Revue Critique de Droit International Privé* 1993, pág. 736.

a fin de constatar si quien ha consentido lo ha hecho con pleno conocimiento de los efectos que otorga a la adopción la ley francesa competente <sup>162</sup>.

Los matices de esta jurisprudencia no logran esconder una realidad: se priorizan los lazos del niño con Francia y se soslaya la importancia -para el interés del niño- de crear un emplazamiento claudicante. El niño será considerado en su país de origen como desprovisto de todo lazo de parentesco con quienes son, en Francia, sus padres adoptivos. En algunas circunstancias, será peor aún: mantendrá en su país de origen una filiación diferente <sup>163</sup>.

En este contexto, y tras la ratificación por Francia de la Convención de La Haya del 29 de mayo de 1993 sobre la protección de niños y la cooperación en materia de adopción internacional, un senador preguntó al Ministro de Justicia si los poderes públicos «iban a privilegiar, al fin, la ley francesa, sin tomar en cuenta la ley del país de origen del adoptado». Ello provocó la «Respuesta ministerial del 11 de febrero de 1999» <sup>164</sup>, en la que Mme. Guigou, ministro de Justicia de Francia, afirmó que *«el derecho internacional privado francés, pre-ocupado por evitar el dictado en Francia de decisiones que confiriesen a un extranjero un estatuto civil que no pudiese*

---

<sup>162</sup> En Cass.Civ., 1° Ch.Civ., 19 de octubre de 1999, se negó a una pareja de marroquíes la adopción de la niña N., que había residido en Francia con ellos desde después de su nacimiento. Publicado en *Journal de Droit International* 2000, N° 3, pág. 737 y ss., con nota de Mme. Françoise MONÉGER.

<sup>163</sup> Algunos autores han sostenido que a pesar del emplazamiento claudicante, la solución es ventajosa cuando se trata, como en los casos «Fathou» y «Lorre», de niños abandonados o que están residiendo desde tiempo atrás en Francia. Conf. Horatia MUIR WATT, comentario al caso «Époux Abboud», publicado en la *Revue Critique de Droit International Privé* 1994, pág. 87. Otros juristas franceses propician, para ese supuesto, el otorgamiento de una adopción simple del derecho francés. Conf. Françoise MONÉGER, comentario al caso «Lorre», en *Journal de droit international* 1997, pág. 972.

<sup>164</sup> Publicada en la *Revue Critique de Droit International Privé* 1999, t. 88, pág. 380. Respuesta ministerial al senador Louis Souvet.

*ser reconocido en el país de origen, sienta el principio de la aplicación de la ley personal de los interesados».* Esta era la posición más conforme -sostuvo Mme. Guigou- con la Convención de las Naciones Unidas de 1989 sobre los Derechos del Niño y con la Convención de La Haya de 1993, la cual prevé que la adopción no puede tener lugar a menos que haya sido autorizada por las autoridades competentes del país de origen del niño.

*Lo sorprendente de esta respuesta ministerial es que no refleja con exactitud el «derecho internacional privado francés», tal como había sido consagrado por la jurisprudencia de la Corte de Casación, objeción que fue inmediatamente advertida por los juristas franceses* <sup>165</sup>.

Este acto anticipó la significativa modificación que se iba a producir un poco más tarde, el 16 de febrero de 1999, mediante el dictado de una circular -que deroga la anterior de 1979, citada- dirigida al Ministerio Público, en la que se señala que *sólo el respeto de los principios de derecho permitirán luchar contra las prácticas ilícitas que se desarrollan en el ámbito de la adopción internacional* <sup>166</sup>.

---

<sup>165</sup> Horatia Muir Watt afirma que la respuesta ministerial es doblemente equivocada. En primer lugar, porque según la Corte de Casación francesa, la ley aplicable es la ley nacional del adoptante, *«la loi de l'enfant devant seulement déterminer les conditions du consentement et de la représentation de l'adopté»*. En segundo lugar, el contenido del consentimiento para la adopción debe apreciarse *«indépendement des dispositions de la loi nationale de l'adopté; le juge français devant s'attacher à la volonté expresse, ou présumée de la personne qui a consenti»*. *Revue Critique de Droit International Privé* 1999, págs. 380/381.

<sup>166</sup> Francia lucha por erradicar la intervención de intermediarios inescrupulosos. El nuevo Código Penal de 1994 prevé un año de prisión y multa de 100.000 francos (art. 227-12, al.2) y penas complementarias que comportan la supresión de derechos cívicos y civiles y la publicación de la sentencia de condena. El tribunal de gran instancia de París ha fallado un caso recientemente: Tribunal grande instance Paris, 4 de mayo de 1998, Dalloz, 1998, pág. 15, nota de Elizabeth POISSON DROCOURT.

La circular «Guigou» es una instrucción dirigida por el ministro a sus funcionarios, con el propósito de brindar una interpretación de leyes o normas, a fin de asegurar una aplicación uniforme del derecho positivo en toda la República. Es un acto administrativo, que no obliga a los *jueces judiciales* <sup>167</sup>.

Según la circular, el Ministerio Público debe suscitar una unificación de la jurisprudencia en torno a los principios contenidos en la instrucción, pues se trata de una materia que concierne al orden público. El *Parquet* debe aprovechar las ocasiones que establece la ley, para una intervención activa en los procesos de adopción y en las actuaciones ante el registro civil, a fin de defender el interés del niño <sup>168</sup>. Debe tener presente que la adopción puede no ser ventajosa para el niño en algunos casos, y que existen otras instituciones que pueden ofrecer un marco jurídico apropiado.

Presentaremos las ideas centrales que contiene la instrucción, que afirma claramente que no es adoptable un niño cuyo país de origen prohíbe la adopción. No aparecen normas de conflicto; encontramos principios y normas imperativas y autolimitadas que fijan condiciones sustanciales a las que se somete la creación de una adopción en Francia así como el

---

<sup>167</sup> Horatia MUIR WATT, «Vers l'inadoptabilité de l'enfant étranger de statut personnel prohibitif? À propos de la circulaire du 16 février 1999 relative à l'adoption internationale», *Revue Critique de Droit International Privé* 1999, t. 88, págs. 469/492.

<sup>168</sup> Según el art. 1168 del Nouveau Code de Procédure Civile, en los procedimientos de jurisdicción voluntaria, los interesados pueden dirigir su petición al Ministerio Público para que éste lo encamine ante el juez. El art. 425 del mismo cuerpo legal -que se completa con el art. 1170- dispone que el Ministerio Público debe intervenir en todos los juicios en que esté comprometido el emplazamiento filiatorio, a fin de dar su dictamen sobre la aplicación de la ley. El art. 370 del Código Civil francés amplió la actuación del *Parquet*, pues lo habilita para promover la acción de revocación de la adopción simple. El *Parquet* debe examinar la regularidad internacional de la decisión extranjera, debe apreciar su alcance según los dos tipos de adopción conocida en Francia, a fin de dar instrucciones al oficial del estado civil. Conf. Horatia MUIR WATT, «Vers l'inadoptabilité...», *ob. cit.*, pág. 472, nota 13.

reconocimiento de efectos a una adopción constituida en el extranjero. Hay una preocupación por el medio cultural y religioso en el que el niño ha nacido: los derechos extranjeros que ignoran o prohíben la adopción son compatibles con el orden público internacional francés.

- Los adoptantes franceses o residentes en Francia, que se desplazan para adoptar un niño en el extranjero, deben contar con un «acuerdo para la adopción», necesario antes del ingreso del niño en territorio francés.

- El Ministerio Público debe controlar las circunstancias en las cuales el niño devino «adoptable». En primer lugar, el consentimiento para la adopción debe ser recogido en el país de origen del niño y según las formas aplicables localmente.

- El juez francés, antes de pronunciar una adopción, debe verificar ciertas circunstancias que podrían formar convicción sobre la existencia de un fraude a la ley extranjera. Con este propósito, la circular extiende al plano internacional una disposición que sólo se aplicaba en adopciones internas: el art. 348-5 del Código Civil francés, que priva de efecto al consentimiento cuando se trata de niño menor de dos años que no hubiera sido dado al servicio de ayuda social o a un organismo de adopción regularmente acreditado <sup>169</sup>.

- Aun cuando se trate de un niño declarado «abandonado» en el país de origen, el juez francés debe proceder con los consentimientos conforme a lo dispuesto al respecto por la ley de ese Estado (es decir, no debe aplicar automáticamente el art. 347-3 del Código Civil francés, que dispensa de obtener consentimientos en ese supuesto).

- La reacción del ordenamiento francés cuando el niño pertenece a un Estado de origen que prohíbe la adopción, es

---

<sup>169</sup> Indudablemente, esta prohibición de contacto directo (o por intermedios) entre la madre biológica y los candidatos a adoptar tiende a evitar presiones indebidas y actos de tráfico. Conf. HORATIA MUIR WATT, «Vers l'inadoptabilité...», ob. cit., pág. 483 y nota 41.



terminante. Ahora bien, si se trata de un niño que proviene de un país que ignora la institución (y tiene entre sus costumbres otras formas de acogimiento basados en la familia «ampliada» o en la solidaridad de la comunidad), corresponde respetar ese contexto. Tanto los parientes del niño como las *autoridades locales* deben ser informados del «proyecto de adopción» en Francia a fin de que expresen su aprobación. El supuesto reviste interés pues, en esos países, no hay nadie habilitado para «consentir una adopción». No se prevé una solución según la metodología conflictualista (no se trata de aplicar la ley de ese país), sino que se intenta provocar la reacción global de ese ordenamiento frente a una futura adopción en Francia.

- La circular ministerial de 1979 aconsejaba «promover una segunda adopción en Francia». La nueva circular considera sin interés recomenzar el procedimiento en Francia, siempre que la adopción haya sido otorgada válidamente en el extranjero y sea de efectos equiparables a la adopción de derecho francés. Para ello es fundamental ser riguroso en la *calificación* de la institución otorgada en el extranjero. La circular manifiesta que se deben ponderar dos caracteres para saber si el emplazamiento extranjero puede ser asimilado a la adopción plena del derecho francés: la ruptura completa del lazo anterior de filiación y la irrevocabilidad del vínculo.

- El cónsul francés acreditado en el país de origen del niño debe verificar estos principios antes de otorgar una visa de residencia en Francia. La ausencia de visa hace presuponer que el niño ha sido recogido en condiciones ilícitas y que su adopción es jurídicamente imposible.

- Si adoptantes franceses han adoptado regularmente por adopción plena un niño nacido en el extranjero, el niño adquiere la nacionalidad francesa y debe ser inscripto en los registros del servicio central del Estado Civil francés. La transcripción de la decisión extranjera de adopción en el registro se hace por pedido del Ministerio Público ante el Tri-

bunal de gran instancia de Nantes, ocasión en la que se deben verificar los principios de la circular <sup>170</sup>.

La circular ha provocado un profundo debate en Francia. Se aparta, sin duda, de las reformas de tipo tradicional: no se produce por ley sino por un acto administrativo que influye en la actuación del Ministerio Público en todo litigio e incluso en gestiones administrativas. Se inspira en las corrientes unilateralistas, que definen cuáles son los valores sustanciales que interesan al propio ordenamiento, a saber, el rechazo de situaciones claudicantes, la transparencia en los consentimientos para la adopción, la presunción de que una ruptura radical con su medio de origen es contraria al interés del niño <sup>171</sup>.

En nuestra opinión, Francia concretó por primera vez una medida idónea para lograr una coordinación entre su ordenamiento y el ordenamiento del Estado de origen de los niños <sup>172</sup>.

A comienzos del 2000, el diputado Mattéi presentó una nueva propuesta legislativa, que no se ajustaba perfectamente al espíritu de la circular «Guigou» <sup>173</sup>. Finalmente, el 6 de

---

<sup>170</sup> Las decisiones de adopción simple pronunciadas en el extranjero relativas a niños nacidos en el extranjero y que no han adquirido la nacionalidad francesa, no son transcriptas en registros del estado civil en Francia.

<sup>171</sup> En el contexto francés, significa un claro retroceso en el *derecho al niño a todo precio*. Conf. Horatia MUIR WATT, «Vers l'adoptabilité...», ob. cit., pág. 488.

<sup>172</sup> Un fallo relativamente reciente de un tribunal de apelación otorga la adopción plena en Francia de una niña de estatuto personal argelino, siguiendo la doctrina de la Corte de Casación que se ha reseñado en el texto y sin ninguna mención a la Circular del 16 de febrero de 1999. Cabe destacar las circunstancias de la causa. Se trataba de una niña abandonada al nacer, recogida en un orfanato de Argelia, confiada en *kafala* a un matrimonio francés cuando tenía meses de edad, criada por éstos durante once años y residente en Francia desde 1997. Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 6<sup>o</sup> Ch.Civ., 25 de marzo de 1999, publicado en *Recueil Le Dalloz*, del 20 de enero del 2000, N<sup>o</sup> 3, Commentaires Jurisprudence, pág. 45, con nota de Jean Baptiste Donnier.

<sup>173</sup> Propuesta del diputado Mattéi, tendiente a agregar un artículo al Código Civil con el siguiente texto: «Art. 353-2. L'adoption régulièrement prononcée dans le pays

febrero de 2001 se dictó la ley 2001-111, que agrega un capítulo al Título VIII del Libro I del Código Civil francés, denominado «Del conflicto de leyes relativas a la filiación adoptiva y del efecto en Francia de las adopciones pronunciadas en el extranjero». El corazón de la reforma se encuentra en el art. 2º de la ley, que ofrece tres normas: una relativa a las condiciones de constitución de la adopción, otra referente a los efectos de la adopción otorgada en Francia, y la tercera, atinente a los efectos de una adopción otorgada en el extranjero <sup>174</sup>.

---

d'origine de l'adopté produit les effets prévus par la loi française lorsque l'adoptant est de nationalité française ou réside habituellement en France. Le prononcé de l'adoption en France d'un mineur né dans un pays ou un territoire ne relevant pas des dispositions du présent code requiert le consentement du représentant légal de l'enfant, consentement libre et obtenu sans aucune contrepartie, après la naissance de l'enfant et éclairé sur ses conséquences, en particulier s'il est donné en vue d'une adoption plénière. En l'absence de législation de l'adoption dans le pays d'origine de l'enfant, la loi française s'applique aux conditions et aux effets de l'adoption». Asssemblée Nationale N° 2265, 28 de marzo de 2000. Los autores han criticado esta norma por no efectuar distinciones relevantes, como por ejemplo entre un niño declarado abandonado por autoridad pública extranjera y un niño que no está en esa condición. Conf. Jacques FOYER, «Adoption», *Répertoire Dalloz de Droit International*, octubre 2000, N° 160/161. Las normas transcriptas fueron reformuladas seriamente cuando el proyecto ingresó al Senado. Nicolas About fue el encargado de la redacción; el texto final fue aprobado por la Asamblea Nacional el 24 de enero de 2001 y promulgado el 6 de febrero de ese año (ley 2001-111). Sobre esta reforma legislativa, puede verse, entre otros: François BOULANGER, «Une réforme médiatique mais porteuse de controverses: la codification de l'adoption internationale (loi du 6 février 2001)», *Le Dalloz*, 1º de mayo 2001, N° 9; Poisson-Drocourt Elizabeth, «Codification des règles de droit international en matière d'adoption», *Le Dalloz 2001*, Chron., pág. 1404; Lagarde Paul, «La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale: une opportune clarification», *Revue Critique de Droit International Privé 2001*, avril-juin, págs. 275/300.

<sup>174</sup> Dice el art. 370-3 del Código Civil francés: «*Les conditions de l'adoption sont soumises à la loi nationale de l'adoptant ou, en cas d'adoption par deux époux, par la loi que régit les effets de leur union. L'adoption ne peut toutefois être prononcée si la loi nationale de l'un et l'autre époux la prohibe. L'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France. Quelle que soit la loi applicable, l'adoption requiert le consentement du représentant légal de l'enfant. Le consentement doit être libre, obtenu sans aucune contrepartie, après la naissance de l'enfant et éclairé sur les conséquences de l'adoption, en particulier, s'il est donné en vue d'une adoption plénière, sur le caractère complet et irrévocable de la rupture du lien de filiation préexistant*».

El legislador ha tomado en consideración las reglas elaboradas por la Corte de Casación, pero ha seguido el espíritu de la Circular «Guigou» en el sentido de respetar el estatuto personal de los niños cuya ley nacional prohíbe la adopción, a menos que el niño haya nacido y resida habitualmente en Francia <sup>175</sup>.

Las condiciones de la adopción se someten a la ley nacional del adoptante o, en caso de adopción por esposos, a la ley que rige los efectos del matrimonio. Sin embargo -agrega el art. 370-3, primer párrafo, última frase- la adopción «no puede ser pronunciada si la ley nacional de uno y de otro esposo prohíbe la institución». El segundo párrafo del art. 370-3 (que impide la adopción cuando la ley personal del niño la prohíbe), solamente rige para solicitudes de adopción presentadas a partir de la vigencia de la nueva ley, conforme a la cláusula transitoria contenida en el art. 3º. El párrafo final del art. 370-3 contiene una norma material, que fija exigencias para el consentimiento del representante legal del niño, cualquiera sea la ley aplicable a la adopción. Estas exigencias coinciden con la jurisprudencia de la Corte de Casación y con los principios que se plasmaron en la Convención de La Haya del 29 de mayo de 1993. La nueva ley no se expide sobre el derecho que rige la designación del representante legal ni sobre la forma en que debe expresarse el consentimiento, cuestiones que, conforme a la jurisprudencia, son reservadas al derecho nacional del adoptado <sup>176</sup>.

En la nueva regulación, se ha disociado la ley aplicable a la constitución del vínculo y la que rige los efectos. Estos últimos se someten a la ley francesa, eliminando las diferencias

---

<sup>175</sup> Esta excepción se explica porque un niño, en esas condiciones, probablemente tendrá en el futuro la nacionalidad francesa, o bien al llegar a la mayoría de edad, o bien por petición expresa a partir de los 13 años. Conf., «La loi du...», ob.cit., pág. 284.

<sup>176</sup> Paul LAGARDE, «La loi du...», ob. cit., pág. 289 y nota 50.

entre los distintos efectos conocidos para la institución en derecho comparado y estableciendo una igualdad de estatuto para todas las adopciones constituidas en Francia (y las reconocidas por el ordenamiento francés), cualquiera sea la nacionalidad de los adoptantes (conf. art. 370-4 del Código Civil). En efecto, una adopción constituida en otro Estado debe producir en Francia los efectos de uno de los dos tipos conocidos por la ley francesa <sup>177</sup>.

La nueva ley da participación a los organismos acreditados en materia de adopción y a las asociaciones de adoptantes en la integración -con voz consultativa- de la Autoridad Central para la Adopción. Sin embargo, el legislador no ha cedido a las presiones de las agrupaciones de familias adoptantes, muy activas a partir del dictado de la Circular «Guigou», sino que ha logrado una composición de intereses respetuosa de los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño, dentro de la línea abierta por la jurisprudencia de la Corte de Casación <sup>178</sup>.

### *c. Países Bajos*

La institución de la adopción no tiene raíces muy profundas en el derecho holandés. Fue introducida en 1956 y ha tenido sucesivas modificaciones. Existen dos tipos de adopción, y ambos insertan al niño en la familia del adoptante con plenos efectos de filiación, y son: la adopción ordinaria y la adop-

---

<sup>177</sup> Este régimen ha sido llamado «de la transposición de efectos», conf. Bernard AUDIT, *Droit International Privé*, 3ª ed., Paris, 2000, N° 312 y ss..

<sup>178</sup> En marzo de 2001 se ha emitido una circular conjunta de los ministros de Relaciones Exteriores y de la Familia y la Infancia, dirigida a los jefes de los consulados y puestos diplomáticos, en donde se recomienda brindar a los aspirantes a adoptar todo el soporte necesario que se requiera en el país de origen del niño. Marie Christine LE BOURSICOT, «Les chemins de l'adoption internationale», *Le Dalloz*, 10 de enero de 2002, N° 2, pág. 100.

ción del hijo del cónyuge (admitida desde 1979). En este segundo tipo, el ex esposo (o ex pareja) tiene un derecho de veto absoluto respecto de la adopción por un tercero de su hijo de sangre. Si consiente la adopción, el tribunal puede decidir que conservará un derecho de visita. La adopción sólo se concibe respecto de menores y por sentencia judicial.

Si se trata de un niño extranjero adquiere la nacionalidad holandesa si el padre adoptivo o la madre adoptiva tienen tal nacionalidad el día en que la sentencia que confiere la adopción goza de autoridad de cosa juzgada, con tal de que el niño sea menor al tiempo del dictado de la decisión en la primera instancia.

Los Países Bajos otorgan al adoptado un derecho de revocación, que puede ejercer entre el segundo y el tercer año siguiente al día en que ha alcanzado su mayoría de edad.

En 1988, este Estado dictó la ley 566 del 8 de diciembre relativa al recibimiento de niños extranjeros con vistas a una adopción, que regula asimismo la actividad de organizaciones autorizadas para realizar actividades de intermediación. Hubo reformas por ley del 16 de diciembre de 1993, del 7 de julio de 1994, del 30 de marzo de 1995 y del 14 de mayo de 1998.

El o los aspirantes a adoptar necesitan una aprobación preliminar extendida por el ministro de Justicia con validez por un período de tres años, que puede ser prolongada por períodos similares. Al presentar la solicitud deben declarar que están dispuestos a prodigar al niño extranjero los tratamientos preventivos y curativos usuales, de importancia vital para el niño. El Consejo de Protección de Menores realizará una investigación y emitirá un informe sobre la idoneidad de los aspirantes. El informe deberá ser negativo si alguno de los aspirantes ha llegado a la edad de cuarenta y dos años al tiempo de la presentación de la solicitud, si bien es concebible una excepción en casos especiales conforme al interés superior del niño. Éste no debe haber cumplido la edad de seis años a la fecha de entrada en los Países Bajos, pudiendo autorizarse alguna excepción. Los aspirantes a adoptar

deberán demostrar que el consentimiento de los padres de sangre se ha emitido en debida forma y, asimismo, que las autoridades del país de origen están de acuerdo en que el menor extranjero sea adoptado por ellos. Sin duda, esta exigencia revela una técnica de coordinación de ordenamientos.

Las disposiciones de la ley -especialmente lo relativo a la autorización previa y a la investigación por parte de las autoridades competentes de los Países Bajos- no se aplican cuando el niño extranjero haya sido acogido por los aspirantes a adoptar en un período en el cual ellos hayan tenido residencia habitual en el extranjero y hayan cuidado del niño por lo menos durante un año. Tampoco se aplicarán cuando la adopción se haya conferido conforme a la Convención de La Haya del 29 de mayo de 1993, vigente para los Países Bajos desde el 1º de octubre de 1998.

Por ley del 21 de diciembre de 2000, los Países Bajos aprobaron una reforma al Libro 1 del Código Civil por la cual se admite la adopción por personas del mismo sexo, sean cónyuges, una pareja registrada o una pareja conviviente durante, por lo menos, tres años continuos. Esta reforma, aprobada por decreto real del 20 de marzo de 2001 N° 145, está en vigor a partir del 1º de abril de 2001 <sup>179</sup>.

Conforme a esta ley, se admiten adopciones por personas del mismo sexo, respecto de niños que residen habitualmente en los Países Bajos. En estos casos -al igual de lo que sucede si los aspirantes a adoptar en Holanda son de sexo diferente- se aplica el derecho de fondo holandés. En el informe que acompañó a la ley, se vislumbra la probabilidad

---

<sup>179</sup> Admiten la adopción de niños por parejas estables homosexuales: la legislación del Estado de Vermont (abril 2000); la ley de Navarra (junio 2000); la ley danesa (de mayo de 1999, limitada a la adopción del hijo del compañero homosexual). Conf. Graciela MEDINA, *Uniones de hecho. Homosexuales*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, diciembre de 2001, Capítulo IX, «Adopción».

de que tales adopciones no sean reconocidas por los Estados extranjeros <sup>180</sup>.

*C. Combinación de métodos: conflictualismo, unilateralismo y referencia al ordenamiento competente*

*a. Italia*

El Código Civil italiano de 1942 contemplaba un único tipo de adopción, no legitimante, según la cual el niño no perdía los lazos de filiación con sus padres biológicos. En 1967 se introdujo en el derecho sustancial la adopción legitimante e Italia ratificó la Convención europea en materia de adopción del 24 de abril de 1967. Años más tarde, con el propósito de combatir el «*mercato di bambini*» <sup>181</sup>, se sancionó la ley 184/83 del 4 de mayo de 1983, que estableció pautas fundamentales para la adopción puramente local -la declaración de adoptabilidad, la satisfacción de un período de guarda preadoptiva, etcétera- y para la adopción internacional. Esta ley ha sido reformada recientemente por la nueva ley 149, del 28 de marzo de 2001 <sup>182</sup>.

---

<sup>180</sup> Dice el art. 227 del Código Civil: «1. *Adoption is effected by a decision of the district court at the joint request of two persons or at the request of one person alone... 2. The joint request by two persons can only be done, if they have been living together during at least three continuous years immediately before the submission of the request. The request by an adopter who is the spouse, registered partner or other life partner of the parent, can only be done, if he has been living together with that parent during at least three continuous years immediately before the submission of the request*». En el primer párrafo, la reforma eliminó las palabras «de diferente sexo» a continuación de «dos personas». El texto completo en inglés, puede obtenerse en el sitio: <http://ruijls.leidenuniv.nl/user/cwaaldij/www/NHR/transl-adop.html>.

<sup>181</sup> Andrea BONOMI, «La disciplina dell'adozione internazionale...», ob. cit., pág. 357.

<sup>182</sup> Legge 149 «Modifiche alla legge 4 maggio 1983 N° 184. Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori», Titolo VIII, Libro Primo del Codice Civile, Gazzetta Ufficiale N° 96 del 26 aprile 2001.



En cuanto al derecho internacional privado, la República Italiana ha sancionado la ley 218, en vigor desde el 1º de septiembre de 1995 -con excepción del título relativo al reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, que entró en vigencia un año más tarde- que dedica cuatro normas a los problemas de la adopción internacional. Finalmente, por ley 476 del 31 de diciembre de 1998, Italia ha aprobado la ratificación de la convención de La Haya del 29 de mayo de 1993, ajustando algunos aspectos de la legislación interna a fin de hacerla más conforme al mecanismo del citado tratado <sup>183</sup>. La ratificación tuvo lugar el 18 de enero del 2000, y la entrada en vigor se ha producido el 1º de mayo de ese año.

La reforma del derecho internacional privado italiano entraña una mayor apertura del sistema italiano hacia los valores jurídicos extranjeros -por la aceptación del reenvío como técnica de coordinación <sup>184</sup>-, aun cuando la designación de la ley extranjera en materia de adopción está limitada a un papel residual, en virtud del dictado de una norma de aplicación inmediata, contenida en el nuevo art. 38, párrafo primero, segunda parte.

En cuanto a las normas de jurisdicción internacional, el art. 40 abre la jurisdicción de los jueces italianos por la nacionalidad italiana del o de los futuros adoptantes (basta que uno de los cónyuges sea italiano), del niño a ser adoptado, o

---

<sup>183</sup> Ley 476 del 31 de diciembre de 1998, *Gazzeta Ufficiale* N° 8 del 12 de enero de 1999.

<sup>184</sup> Transcribimos de la *Gazzeta Ufficiale* del 3 de junio de 1995 (legge 31 maggio 1995, n. 218): «Art. 13. Rinvio. 1. Quando negli articoli successivi è richiamata la legge straniera, si tiene conto del rinvio operato dal diritto internazionale privato straniero alla legge di un altro Stato: a) se il diritto di tale Stato accetta il rinvio; b) si se tratta di rinvio alla legge italiana...» (en el párrafo segundo, trata las excepciones al principio de la aplicación del reenvío). La ley italiana de derecho internacional privado ha sido publicada en francés en la *Revue Critique de Droit International Privé* 1996, t. 85, pág. 174 y ss.; no contamos con una versión al español de las normas, que traduciremos en el texto, cuando sea necesario para la exposición.

por la residencia habitual en Italia de los futuros adoptantes extranjeros, o cuando el futuro adoptado es un niño -cualquiera sea su nacionalidad- que se encuentra en estado de abandono en Italia. Es una norma de gran amplitud, pues permite que el juicio se lleve a cabo en Italia cuando se trate de un nacional italiano que resida en el extranjero y pretenda adoptar a un menor italiano también residente habitual en el extranjero <sup>185</sup>. La competencia abarca la constatación del estado de adoptabilidad del niño, la declaración de idoneidad de los futuros adoptantes y el pronunciamiento de la guarda preadoptiva.

El art. 38 establece en cuanto al derecho aplicable: «38.1 Las condiciones, la constitución y la revocación de la adopción se rigen por el derecho nacional del adoptante o de los adoptantes, si es común, o en su defecto, por el derecho del Estado en el cual ambos adoptantes residen, o por el del Estado en el cual se localiza su vida conyugal de manera preponderante al momento de la adopción. De todas manera, *el derecho italiano se aplica cuando se solicita a un juez italiano una adopción tendiente a atribuir a un menor el estado de hijo legítimo*. 2. En todos los casos, se reserva la aplicación de la ley nacional del adoptado mayor de edad, en cuanto a las disposiciones relativas al consentimiento requerido».

Supongamos la siguiente hipótesis. Un matrimonio italiano residente en el extranjero (o un italiano residente en el extranjero) o un matrimonio de distinta nacionalidad residente en Italia, le solicita a un juez italiano (competente) la adopción no legitimante de un niño abandonado en Italia. La

---

<sup>185</sup> A diferencia de Alemania o de Suiza, que también han dictado normas de jurisdicción internacional muy abarcativas, Italia no contiene previsiones -por ejemplo, la técnica del *forum non conveniens*- que le permita negar su competencia cuando de las circunstancias de la causa resulte que el emplazamiento a crear en el foro no tiene posibilidad concreta de ser reconocido en el domicilio o en el país de la nacionalidad extranjera del niño.

primera parte del art. 38 conduciría a la aplicación de la ley italiana de fondo: ahora bien, puesto que el juez italiano, al aplicar derecho italiano, sólo puede otorgar adopción no legitimante en los casos del art. 44 de la ley 184/83 -en su redacción conforme a la ley 149/2001-, es decir, cuando la solicita un pariente del niño dentro del sexto grado, el juez debería declarar la adoptabilidad del niño y otorgar adopción legitimante. En ese supuesto, y cuando solicitan directamente adopción legitimante de un niño abandonado en Italia, el juez sólo puede aplicar derecho italiano (el 38.l, segunda parte, es una norma unilateral inderogable).

Si un extranjero, o un matrimonio de diferente nacionalidad y residente en el extranjero, solicita ante un juez italiano la adopción no legitimante de un niño abandonado en Italia, el juez italiano (competente) aplicará un derecho extranjero (el nacional del futuro adoptante, el de la residencia del matrimonio en el extranjero o el del Estado en donde el matrimonio de diferente nacionalidad tenga radicada su vida conyugal de manera preponderante). En este caso, el juez podrá conferir una adopción de tipo simple del derecho extranjero. Sin embargo, ¿está solución es en el mejor interés del niño? Por haber sido declarado en adoptabilidad y estar abandonado en Italia, el niño podría insertarse en una familia con una situación totalmente equiparada al hijo biológico. En realidad, sólo en casos excepcionales, el juez italiano otorgará una adopción simple de derecho extranjero, no legitimante, cuando se trate de un niño abandonado y adoptable según la ley de fondo italiana <sup>186</sup>.

En cuanto a la adoptabilidad ¿está comprendida en la «categoría» del art. 38, primer párrafo? Si la respuesta es afirmativa, en los casos en que la adopción se somete al de-

---

<sup>186</sup> Andrea BONOMI, «La disciplina dell'adozione...», ob. cit., pág. 375.

recho extranjero, la declaración de adoptabilidad debería gobernarse por tal derecho (pero si se reclama adopción no legitimante, lo lógico es que el derecho extranjero no contemple una «declaración de adoptabilidad» del niño y que la declaración de la ley italiana sea excesiva frente a un emplazamiento que no crea una verdadera inserción en la familia del adoptante). Si se reclama adopción legitimante, el problema no se plantea pues la adopción queda alcanzada por la norma de aplicación inmediata (art. 38.1, segunda parte) y, por lo tanto, corresponde a la ley italiana regular tanto la adoptabilidad como la adopción.

El tema del reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras de adopción es de particular relevancia, pues la regulación intenta prevenir los actos irregulares o los delitos cometidos en el exterior por nacionales italianos, que van en busca de niños y pretenden más tarde regularizar su ingreso al país y el reconocimiento de una filiación adoptiva desde la óptica del ordenamiento italiano.

La ley 184/83 regulaba con detalle las condiciones que debía verificar el juez italiano antes de proceder al reconocimiento de la decisión de adopción dictada en el extranjero <sup>187</sup>. Los controles versaban sobre: la declaración de idoneidad de los futuros adoptantes, la existencia de un período de guarda preadoptiva no inferior a un año; la protección del derecho

---

<sup>187</sup> El sistema general en materia de reconocimiento de decisiones sobre el estatuto civil de las personas, exigía un procedimiento llamado «delibazione», como condición necesaria para que esa decisión extranjera pudiese desplegar efectos en Italia. La doctrina y la jurisprudencia habían sostenido desde la década de los sesenta, que si la decisión había sido dictada *en el Estado cuya ley era aplicable según las normas italianas de conflicto de leyes o si era reconocida en ese Estado*, podía desplegar ciertos efectos en Italia, como fuente de situaciones jurídicas válidamente constituidas en el extranjero, si bien no se las dotaba de autoridad de cosa juzgada. La práctica atendía, esencialmente, a decisiones dictadas en el extranjero, en el Estado de la nacionalidad de los sujetos. Conf. Andrea BONOMI, «Le nouveau système de la reconnaissance et...», ob. cit. en nota 184 de la Primera Parte, especialmente pág. 373.

de defensa de la familia de sangre y del menor en el proceso extranjero; la conformidad global del ordenamiento jurídico de la constitución de la adopción.

La nueva ley de derecho internacional privado ¿ha modificado este régimen? Dice el art. 41 de la ley 218/95: «41. Reconocimiento de decisiones extranjeras en materia de adopción. 1. Las decisiones extranjeras en materia de adopción son susceptibles de reconocimiento en Italia en los términos de los artículos 64, 65 y 66. 2. *Se reservan las disposiciones de leyes especiales en materia de adopción de menores*» (el énfasis no está en el texto). ¿Debemos entender que las disposiciones de la ley 218, que entraron en vigencia un año más tarde, han sustituido enteramente el sistema de la ley 184/83, o que las disposiciones de este último cuerpo normativo, por constituir *ley especial*, conservan su preeminencia? El dictado de la reciente ley 476 de 1998 ha confirmado esta segunda interpretación, que conduce a la aplicación de los arts. 32 y 33 de la ley de 1983, que no fueron reformados por la ley 149/2001. En cambio, se ha transformado el sistema general de reconocimiento de decisiones, para los casos no previstos en la ley especial de 1983, y que son: adopción de persona mayor de edad, adopción por los padres del niño y, finalmente, los casos sin lazos de proximidad con el ordenamiento italiano (adopción de niños extranjeros sin residencia en Italia, por parte de adoptantes extranjeros residentes en el exterior) <sup>188</sup>.

Pueden distinguirse tres supuestos:

- Cuando se trata de un menor extranjero adoptado en el extranjero por ciudadanos italianos residentes en Italia: es la hipótesis típica que la ley 184 de 1983 reglamentó con severidad a fin de evitar actos de tráfico de niños. El adop-

---

<sup>188</sup> Conf. Sami ALDEEB y Andrea BONOMI, *Le droit musulman de la famille...*, ob. cit., pág. 279.

tante italiano, antes de partir al país extranjero, deberá promover ante el juez italiano competente, la *declaración de idoneidad del adoptante*, que asegurará el éxito de su gestión cuando en el futuro presente la sentencia de adopción dictada en el extranjero.

- Si un italiano residente en país extranjero adopta en esa jurisdicción un niño nacional de ese país extranjero o de un tercer país y posteriormente quiere lograr el reconocimiento de ese emplazamiento en Italia: en este supuesto, la certificación de la idoneidad del adoptante será difícil de lograr pues, por hipótesis, la residencia del candidato es en el extranjero. Otro requisito cuyo cumplimiento se controla con severidad es el período de guarda preadoptiva -que debe tener una extensión de, por lo menos, un año-. Si no se satisface esta condición, la adopción extranjera será considerada como una decisión de «colocación adoptiva» y al finalizar un año de convivencia, los adoptantes podrán reclamar una sentencia de adopción según la ley italiana (art. 33 de la ley 184 de 1983, no modificado).

- Cuando se trata de la adopción extranjera de un mayor de edad, o de un menor nacional y oriundo de país extranjero, adoptado por extranjeros: los lazos con el ordenamiento jurídico italiano son muy débiles y el reconocimiento de pleno derecho de los artículos 65 y 66 de la ley 218 juega un papel preponderante. En esos supuestos, las decisiones extranjeras se reconocen en Italia bajo ciertas condiciones: que hayan sido emitidas en el Estado cuya ley es aplicable (según la norma de conflicto italiana, es decir, la ley nacional del adoptante/s o la ley de la residencia habitual en el extranjero de los adoptantes de diferente nacionalidad, o la ley del Estado extranjero donde se radica de manera preponderante la vida conyugal de esa pareja) o que, simplemente, *sean reconocidas en ese Estado*, o bien, que la decisión haya sido pronunciada por una autoridad competente según los criterios de competencia vigentes en Italia. El art. 65, por su parte, exige una condición sustancial y otra condición procesal: la conformidad al orden público italiano y que se haya respetado el derecho de defensa en el procedimiento extranjero.

Estas condiciones no requieren ningún procedimiento especial, sino que las verifica directamente el oficial del registro civil al proceder a la inscripción de la adopción extranjera <sup>189</sup>.

El régimen general profundiza una mirada unilateralista, que distingue las hipótesis según los lazos de proximidad con el ordenamiento italiano, y sólo en las especies escasamente vinculadas al foro acepta alinearse en la posición de un ordenamiento extranjero (a lo creado en él o a lo aprobado por él), con clara inspiración en la teoría del profesor Paolo Picone.

### b. Suiza

En su legislación sustancial, Suiza sólo conoce la adopción de tipo fuerte o plena, que rompe los lazos de filiación con la familia biológica, salvo en el supuesto de adopción del hijo del cónyuge (art. 267, apartados 1 y 2 del Código Civil suizo). El consentimiento del niño -además del de los adultos a quienes corresponda consentir- es necesario desde que es capaz de discernimiento.

Tras una intensa obra de actualización del derecho internacional privado, Suiza aprobó el 18 de diciembre de 1987 la ley federal sobre derecho internacional privado, en vigor desde el 1º de enero de 1989. Constituye una de las legislaciones más completas e interesantes que se conocen actualmente <sup>190</sup>.

---

<sup>189</sup> Andrea BONOMI, «Le nouveau système de la reconnaissance et...», ob. cit., pág. 379.

<sup>190</sup> Paolo Michèle PATOCCHI et Elliott GEISINGER, *Code de Droit International Privé Suisse Annoté*, Éditions Payot, 1995. Algunos principios generales son de especial pertinencia en materia de adopción: a) la aceptación del reenvío del derecho extranjero al derecho suizo en materias de estado civil (art. 14.2); b) la toma en consideración del orden público extranjero cuando el derecho extranjero ha sido designado por la regla de conflicto suiza; c) el principio de que la reserva de orden público del foro sólo interviene cuando el caso tenga lazos suficientemente estrechos con el ordenamiento suizo (condición llamada «*Binnenbeziehung*»); d) la calificación de una institución extranjera desconocida según las instituciones jurídicas suizas más próximas en sus efectos.

La nueva ley dedica a esta materia la Sección 3 del Capítulo 4, y abarca los problemas de competencia directa, ley aplicable y reconocimiento en Suiza de adopciones pronunciadas en el extranjero.

La jurisdicción de los jueces suizos se abre sobre la base del domicilio del adoptante o de los futuros adoptantes en Suiza, y también con fundamento en el «foro de origen». Esto es, cuando el candidato (o, por lo menos, uno de los esposos) sea nacional suizo y no pueda adoptar en el Estado de su domicilio en el extranjero o «no resulte razonable que se promueva en aquel Estado un procedimiento de adopción»<sup>191</sup>. Esta última posibilidad es excepcional y plantea el interrogante sobre el sentido o la conveniencia de otorgar una adopción en estas condiciones, con grandes posibilidades de constituir un emplazamiento «claudicante». El artículo 77.2 brinda la respuesta: «Cuando parece que una adopción no será reconocida en el Estado del domicilio o en el Estado nacional del adoptante o de los esposos adoptantes y de ello resultara un grave perjuicio para el niño, la autoridad debe tomar en consideración, además (del derecho suizo), las condiciones exigidas por el derecho del Estado en cuestión. *Si a pesar de ello, el reconocimiento no parece asegurado, no debe pronunciarse la adopción*».

Esta regla condiciona la creación de una adopción en Suiza a cierta seguridad que pueda tener el juez otorgante sobre el éxito del reconocimiento de ese emplazamiento a crearse en el foro, en el Estado del domicilio del adoptante o de los adoptantes, habida cuenta el criterio del interés superior del niño. Es una norma de *coordinación de ordenamientos* inspirada en la teoría de la referencia al ordenamiento competente del profesor Paolo Picone.

Reflexionemos el siguiente ejemplo. Un matrimonio italiano, domiciliado en Suiza, le pide al juez de su domicilio la adopción de un niño colombiano de cuatro años de edad, que declara como abandonado por una empleada doméstica colombiana que trabajaba en el hogar, y de la cual no han tenido noticias durante tres años. La pareja desea dar estabilidad al



emplazamiento del niño, al que quieren como hijo y solicitan adopción plena del derecho suizo. El juez suizo -que sólo aplica su *lex fori* cuando es competente- tomará en consideración el derecho nacional de los adoptantes (el derecho italiano y no el derecho nacional del niño, que no tiene relevancia en el derecho internacional privado suizo), y llegará a la conclusión de que un juez italiano acepta aplicar el derecho del foro a una adopción legitimante solicitada respecto de un niño en estado de abandono en el foro. Consecuentemente, seguirá un procedimiento de declaración de abandono y adoptabilidad del niño -en el cual procurará tomar contacto con la madre de sangre del menor- dará por cumplido el período de un año de guarda preadoptiva y pronunciará una adopción plena de derecho suizo, en condiciones aceptables para el ordenamiento italiano.

La adopción otorgada por el juez suizo competente se rige por el derecho suizo. Asimismo, se somete al derecho suizo la acción en anulación de una adopción conferida en Suiza. El juez suizo puede anular una adopción conferida en el extranjero, siempre y cuando también exista un motivo de anulación según el derecho suizo <sup>192</sup>.

Dice el art. 78 de la ley del 18 de diciembre de 1987: «1. Las adopciones otorgadas en el extranjero se reconocen en Suiza cuando han sido pronunciadas en el Estado del domicilio o en el Estado de la nacionalidad del adoptante o de los esposos adoptantes» <sup>193</sup>.

---

<sup>191</sup> La obra de los juristas Patocchi y Geisinger contiene las normas de la ley del 18/12/1987 en los idiomas oficiales de la Confederación suiza: francés, italiano y alemán. El texto completo también se ha publicado en francés en la *Revue Critique de Droit International Privé* 1988, t. 77, pág. 409 y ss.. Las traducciones al español que aparecen en el texto son de nuestra autoría.

<sup>192</sup> Ver Tercera Parte, Título único, Capítulo 1, Sección 2, apartado A, párrafo b.

<sup>193</sup> El art. 78.2 establece: «Las adopciones o las instituciones similares de derecho extranjero que tengan efectos esencialmente diferentes al lazo de filiación en el sentido del

Para que en Suiza se reconozca y se inscriba una adopción otorgada en el extranjero en el registro del estado civil, es necesario que haya sido dictada por autoridad competente -a los ojos del derecho internacional privado suizo, es decir, por el juez del domicilio o de la nacionalidad de los adoptantes-; que no sea contraria al orden público suizo -apreciado con criterio relativamente laxo- y que tenga un cierto grado de equivalencia con el tipo de adopción conocida en el derecho de fondo suizo. Supongamos que una adopción plena se haya dictado en el extranjero, en el Estado de origen y de residencia habitual del adoptado, y que ese emplazamiento adoptivo sea reconocido -o cuente con probabilidad de ser reconocido- en el Estado nacional de los adoptantes o en el Estado del domicilio que los adoptantes tenían al tiempo de la adopción. Esa adopción tiene posibilidad de ser reconocida en Suiza sobre la base del art. 78.1 de la ley federal, que funcionaría como una «norma de referencia al ordenamiento competente», en casos escasamente vinculados al foro al tiempo de su creación.

Suiza ha ratificado la Convención de La Haya del 29 de mayo de 1993, que entró en vigor el 1/1/2003. Desde 1978 está unida con Austria y el Reino Unido por la Convención de La Haya del 15 de noviembre de 1965.

## Capítulo 2

### Soluciones de los Estados de origen de los niños

La gran mayoría de los Estados sigue un enfoque jurisdiccional: declara la jurisdicción exclusiva de sus tribunales para conferir una adopción respecto de un niño de origen lo-

---

derecho suizo, no son reconocidas en Suiza sino con los efectos que le son otorgados en el Estado extranjero en que han sido pronunciadas».

cal o residente en el propio territorio, y la reglamenta conforme al derecho sustancial del foro.

Si el sistema de derecho internacional privado prevé la aplicación acumulativa de las leyes personales de adoptante y de adoptado -como en los países obligados por el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, art. 23- o la aplicación distributiva de las respectivas leyes personales -tal como la nueva ley venezolana de derecho internacional privado de 1998, art. 25-, ese aspecto «conflictualista» es de escasa significación con relación al cumplimiento de los requisitos adicionales previstos por la *lex fori* a través de normas materiales. De esta naturaleza son las disposiciones que condicionan el otorgamiento de una adopción a la existencia probada de un organismo público o entidad privada debidamente autorizada, que asuma el compromiso de avalar la idoneidad de los futuros adoptantes y de efectuar el seguimiento del niño en el país donde se supone que se instalará la familia con el niño después del dictado de la decisión de adopción (casos de Rumania, Bolivia, Honduras y otros).

La casi totalidad de los países de América Central y Sudamérica exigen la intervención de sus autoridades para otorgar la adopción de sus niños (originarios o residentes habituales en el respectivo Estado). Esa característica, aceptada hoy por los países de recepción de los niños, ha sido el primer criterio para clasificar las legislaciones nacionales. El segundo criterio ha sido el esfuerzo por implementar alguna técnica de coordinación con el Estado de seguro o probable destino del niño.

### *Sección 1*

#### *Constitución de la adopción en el Estado de origen del niño*

Junto con la abrumadora mayoría de países del continente americano hemos seleccionado a Rumania, que ha sido uno de los primeros Estados de origen de niños en ratificar la Convención de La Haya del 29 de mayo de 1993. Es notable la au-

sencia de la República Oriental del Uruguay, cuyos delegados han contribuido brillantemente tanto a la elaboración de la Convención Interamericana de La Paz de 1984, como a la Convención de La Haya de 1993. A pesar de estos aportes, el Uruguay no ha ratificado ninguno de estos instrumentos por el momento y, no obstante la reforma del Código Civil uruguayo de 1994, no ha dictado disposiciones sobre la adopción con elementos extranjeros y probable desplazamiento de niño <sup>194</sup>.

### *A. Rudimentarios esfuerzos unilaterales de coordinación*

#### *a. Bolivia*

En el Código del Menor, que sustituyó a la legislación de 1972 <sup>195</sup>, Bolivia contemplaba dos tipos de adopción: la simple y la plena, esta última reservada a menores de seis años de edad, huérfanos, abandonados o de padres desconocidos. Durante la minoridad de un niño mayor de 6 años, era posible

---

<sup>194</sup> La República Oriental del Uruguay conoce la legitimación adoptiva (ley 10.674 de 1945 con sus modificaciones), y la adopción de tipo simple del Código Civil y del Código del Niño, que establece relaciones jurídicas entre adoptante y adoptado, pero no entre cualquiera de ellos y la familia del otro. Desde el punto de vista de los casos multinacionales, está obligado por el Tratado de Montevideo de 1940, que contempla la adopción internacional en los arts. 23 y 24 (y une a este país con Argentina y Paraguay). Recientemente, ha ratificado la Convención de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores del 25 de octubre de 1980, que obliga a este país con la República Argentina desde el 1/4/00. En el ámbito americano, está obligado por las convenciones interamericanas sobre restitución internacional de menores, sobre obligaciones alimentarias y por la Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores de México, 1994, que une al Uruguay con Argentina, Belice, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Panamá y Paraguay. Ha suscripto la Convención de La Haya del 29 de mayo de 1993, pero aún no la ha ratificado.

<sup>195</sup> Los textos de las legislaciones nacionales de América Latina han sido publicados en una compilación coordinada por Ubaldino CALVENTO SOLARI, *Adopción de niños en América Latina. Introducción y Compilación. Conferencia Intergubernamental sobre adopción internacional. Instituto Interamericano del Niño*, Montevideo, Uruguay, 1999. Las modificaciones posteriores se indican en el texto.

conferir una adopción simple, con miras a su conversión a tipo pleno una vez transcurridos dos años. Las adopciones por extranjeros o bolivianos residentes en el extranjero, debían presentarse por intermedio de organizaciones o instituciones debidamente autorizadas y registradas ante el organismo nacional boliviano, y debían corresponder a Estados que hubiesen suscripto «cartas de intenciones» con el gobierno de Bolivia.

Bolivia modificó su legislación interna y dictó la ley 2026 (Código del Niño, Niña y Adolescente), del 17 de octubre de 1999. A partir de este Código, Bolivia establece un solo tipo de adopción que atribuye al adoptado la calidad de hijo, con extinción de los vínculos del adoptado con la familia de origen, salvo los impedimentos matrimoniales por razón de consanguinidad (arts. 57 y 59). La adopción sólo se constituye por sentencia judicial, siempre que se comprueben verdaderos beneficios para el adoptado y existan motivos legítimos (art. 63). El nuevo Código protege la libertad del consentimiento requerido para la adopción y asegura que el juez escuche personalmente al niño y considere su opinión, cuando la edad y madurez lo tornen conveniente, y que constate si quien otorga el consentimiento ha sido convenientemente asesorado sobre los efectos de sus actos (arts. 60 y 62).

La Subsección II trata sobre la adopción internacional. Se destaca la exigencia de convenios entre el Estado boliviano y el Estado de la residencia habitual de los adoptantes (art. 87), la prohibición total de presentaciones directas por parte de personas radicadas en el exterior (art. 88) y la obligación impuesta a los organismos acreditados de realizar un seguimiento posterior a la salida del niño del país, que se extiende durante dos años <sup>196</sup>.

---

<sup>196</sup> Dice el art. 89 del Código del Niño, Niña y Adolescente de Bolivia: «La autoridad nacional y los organismos acreditados para actuar como intermediarios en las

La República de Bolivia firmó la Convención de La Haya del 29 de mayo de 1993 y presentó declaraciones respecto de los artículos 9, inciso a; 15, inciso 1; 16, incisos a y b, y artículo 19. Respecto de este último ha señalado que el desplazamiento del niño deberá tener lugar en compañía de los padres adoptivos con respeto a las demás condiciones del art. 17 de la Convención, y normas del Código del Niño, Niña y del Adolescente. Por nota del 29 de noviembre de 2001, la Embajada de Bolivia ha informado a la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya que el Gobierno boliviano ha retirado las declaraciones efectuadas respecto de los arts. 9º inc. a y 16 de la Convención. Finalmente, Bolivia se obligó por esta convención, que rige en este país a partir del 1º de julio de 2002.

En el ámbito americano, Bolivia ha ratificado la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores de 1989 y la Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias, también aprobada en Montevideo en 1989.

### *b. Guatemala*

Desde septiembre de 1996 cuenta con un nuevo Código de la Niñez y la Juventud (decreto 78/96)<sup>197</sup>. Conoce un solo tipo de adopción, revocable, que da emplazamiento de filiación<sup>198</sup> y es similar, por sus efectos, a la adopción de tipo simple (arts. 229, 236, 237 y 238 del Código Civil).

---

adopciones internacionales, tendrán como obligación el seguimiento post-adoptivo, remitiendo cada seis meses durante dos años, los informes respectivos al juez y a la Instancia Técnica Gubernamental señalada en la sentencia, sin perjuicio de que la autoridad competente de Bolivia realice las acciones de control y seguimiento que considere convenientes. Dichos informes deberán ser legalizados en la representación diplomática y/o consular boliviana acreditada ante el país de la residencia de los adoptantes».

<sup>197</sup> En el punto que nos interesa, declara: «Art. 24. El Estado velará porque los niños, niñas y jóvenes que hayan de ser adoptados en otro país, gocen por lo menos de los mismos derechos y normas equivalentes a las existentes, respecto de la adopción en el país de origen y sujetos a los procedimientos establecidos en la ley de la materia».

<sup>198</sup> Según el art. 228 del Código Civil guatemalteco: «La adopción es el acto jurídico de asistencia social por el que el adoptante toma como hijo propio a un menor que es hijo

La legislación de este país no contiene previsiones especiales relativas a la adopción por extranjeros. El procedimiento se lleva a cabo ante un juez de primera instancia que al aprobar la solicitud, ordenará el otorgamiento de la escritura pública. La ley reguladora de la tramitación notarial de asuntos de jurisdicción voluntaria <sup>199</sup>, establece que la solicitud se puede presentar a un notario público, con el testimonio de dos personas honorables y el informe social de la trabajadora inscripta en el tribunal de familia de la jurisdicción. Se dará intervención al Ministerio Público y, sólo si hay objeción, revolverá un juez competente. Si no hay oposición, o si la resolución judicial es favorable a la adopción, deberá comparecer personalmente el adoptante y se otorgará la escritura pública.

La ausencia de regulación específica y la facilidad del otorgamiento de adopciones sin intervención judicial han favorecido el incremento de irregularidades en la colocación de los niños, fenómeno que ha conmocionado a instituciones intergubernamentales y a Estados de destino de niños de origen guatemalteco. Ha llamado la atención que sólo un 2% de los menores encuentren ubicación en el seno de familias nacionales y que, no obstante la gran necesidad de acudir a la adopción internacional, sólo se registran casos regulares en un 12% de los niños en condiciones de tales adopciones. Respecto del resto, el Estado carece de supervisión y se estima que los procedimientos se desarrollan en circuitos extrajudiciales. El 27 de enero de 2000 se tuvo conocimiento del informe que preparó la relatora especial de la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de las

---

de otra persona. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, puede legalizarse la adopción de un mayor de edad con su expreso consentimiento, cuando hubiese existido la adopción de hecho durante su minoridad».

<sup>199</sup> Decreto 54/77 en vigor desde el 9 de noviembre de 1977.

Naciones Unidas, señora Ofelia Calcetas Santos, sobre su misión a Guatemala <sup>200</sup>, que da detalles sobre la actuación de abogados y notarios dedicados a la intermediación en la venta de niños.

El caso de Guatemala fue objeto de discusión en el seno de la Comisión Especial para la evaluación de la Convención de La Haya de 1993, que se reunió en La Haya a fines del año 2000, en razón de que los países de acogimiento de niños no deseaban favorecer los actos de tráfico. Los expertos de los países fueron conscientes de que Guatemala no era un Estado miembro de la Conferencia de La Haya ni tampoco era parte de la Convención de La Haya del 29 de mayo de 1993; no obstante, aprobaron por unanimidad una recomendación relativa a la aplicación de los principios de esa convención en las relaciones con Estados no parte del convenio <sup>201</sup>. En cuanto al resto de las convenciones interamericanas, Guatemala ha ratificado la convención relativa a obligaciones alimentarias y se ha adherido el 1º de mayo de 2002 a la Convención de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de niños.

### *c. Honduras*

El Código de la Niñez y la Adolescencia (decr. 73/96) es del 5 de septiembre de 1996. Deroga las clasificaciones de las adopciones contenidas en el Código de la Familia, y establece

---

<sup>200</sup> Documento E/CN.4/2000/73/Add.2, del 27 de enero de 2001.

<sup>201</sup> El texto de la recomendación es el siguiente: «... la Commission spéciale recommande aux États parties d'appliquer les standards et les garanties contenues dans la Convention, dans toute la mesure du possible, aux adoptions internationales effectuées dans les relations avec des États non contractants. Les États parties devraient également encourager de tels États, sans délai, à prendre toutes les dispositions nécessaires, incluant éventuellement la promulgation d'une législation et la création d'une Autorité Centrale, afin de leur donner la possibilité d'adhérer à ou de ratifier la Convention».



un único tipo de adopción plena. Contiene una norma muy original, que preserva la identidad cultural de los «menores indígenas y garífunas», que ya hemos citado <sup>202</sup>, y las siguientes disposiciones, que transcribimos, pues son reveladoras de la realidad hondureña:

«*Art. 69.* Ninguna persona natural o jurídica, nacional o extranjera podrá ejecutar en el territorio nacional proyectos que tengan como finalidad la crianza de niños con el propósito de entregarlos en adopción o bajo cualquier otro concepto a terceras personas.

*Art. 70.* Ninguna autoridad permitirá el desarrollo de programas de adopción franca o encubierta, quien quiera que sea la persona interesada, ni que se recompense a los padres por la entrega que hagan de sus hijos a un adoptante o que se ejerza sobre ellos presión alguna para obtener su consentimiento. El incumplimiento de esta disposición será justa causa de despido del empleado o funcionario infractor».

Según el procedimiento regulado, la adopción se solicitará ante el juez, quien dará vista al fiscal y a los padres o representantes legales del menor. Si éste no tuviese padres y no estuviese en alguna institución de asistencia social, se le nombrará un curador. El juez apreciará siempre la conveniencia del menor y, en su caso, ordenará el otorgamiento de la escritura pública y la inscripción de la adopción en el Registro civil, en un libro especial de «registro de adopción» y al margen del asiento del nacimiento del niño. Una única disposición trata el tema que nos ocupa: «Cuando el adoptante o adoptantes sean extranjeros, no residentes en el país, deberán acreditar, además de los requisitos indicados en el párrafo anterior, que en el país de su residencia habitual, una ins-

---

<sup>202</sup> Art. 63 del Código de la Niñez y la Adolescencia de Honduras, citado en el Título I de la Primera Parte, nota 90.

titución gubernamental o privada, reconocida por el Estado, ejercerá control acerca del cumplimiento de las obligaciones del adoptante o adoptantes con respecto al adoptado» (art. 120, párrafo segundo, del Código de Familia).

Honduras está obligada por la Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de niños y no ha ratificado ni se ha adherido a las convenciones interamericanas.

#### *d. República Dominicana*

En 1994 ha dictado el Código para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes <sup>203</sup> que contempla explícitamente la adopción internacional. La adopción está prevista para menores de 15 años <sup>204</sup>, se conocen dos tipos de adopción, la simple y la privilegiada, la cual es irrevocable y confiere al adoptado una filiación que sustituye la filiación de origen (art. 90). La adopción debe estar precedida por una etapa de convivencia, cuyo plazo será establecido por la autoridad competente, según las particularidades del caso. Si el adoptante es residente o domiciliado fuera del país, el plazo de convivencia será como mínimo de 30 días cuando se trate de mayores de 15 años y de 60 días cuando el adoptado sea un niño menor de esa edad (art. 43, segundo párrafo).

Es competente para el otorgamiento de una adopción internacional, el tribunal de menores del lugar de la residencia del menor (art. 86). Si los adoptantes son extranjeros que re-

---

<sup>203</sup> Ley N° 14 del 22 de abril de 1994. Dice el art. 28: «La adopción constituye, de manera principal, una medida de protección para los niños, niñas y adolescentes, cuyo proceso debe ser llevado bajo la suprema vigilancia del Estado».

<sup>204</sup> Podrá adoptarse al mayor de 15 años, cuando el adoptante haya tenido el cuidado personal del adoptado(a) antes de que éste(a) hubiese cumplido la edad indicada anteriormente (art. 38, segundo párrafo, del Código para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, ley 14/94).

sidan fuera del país, deben agregar -a los requisitos exigidos a todo candidato- la certificación expedida por el organismo o entidad oficialmente autorizado del país de su residencia, en la que conste el compromiso de efectuar el seguimiento del niño hasta su nacionalización en ese país, así como autorización del respectivo gobierno para el ingreso del menor. El defensor de Niños, Niñas y Adolescentes mantendrá una entrevista con los aspirantes y deberá emitir un dictamen favorable a la adopción. Cuando el juez estime insuficientes los documentos probatorios de la idoneidad de los aspirantes, podrá otorgar un plazo complementario para completar el expediente, tras lo cual tomará la resolución.

Los arts. 83 y 85 contienen una norma de conflicto que dispone la aplicación de las leyes domiciliarias de ambas partes, distributivamente. A la ley del Estado del domicilio de los adoptantes le corresponde regular: las condiciones para ser adoptantes, el consentimiento del o la cónyuge del adoptante, las demás condiciones que deben llenar los adoptantes. A la ley dominicana le corresponde regular: las condiciones que debe reunir el niño, niña o adolescente para ser adoptado; la edad del adoptado; el consentimiento de los progenitores o de los representantes legales; los procedimientos y formalidades para la constitución de la adopción; la autorización para la salida del país.

La sentencia que homologue la adopción deberá ser notificada personalmente, al menos, a uno de los adoptantes y su parte dispositiva se transcribirá al margen del acta de nacimiento del niño, con indicación de los nombres y apellidos nuevos del adoptado. Si no existe acta de nacimiento, la sentencia ordenará que se inscriba la decisión judicial en el libro del estado civil del lugar donde se ha otorgado la adopción. Las autoridades de migración no autorizarán la salida del niño del país antes de estar debidamente registrada y legalizada la sentencia que homologa la adopción en la Procuraduría General de la República, en la Secretaría de Estado de Relaciones Exteriores y en el consulado del país de origen de los adoptantes.

### *B. Coordinación por tratados multilaterales*

Todos los países que presentamos a continuación tienen en común que han ratificado o se han adherido a la Convención de La Haya sobre protección de niños y cooperación en materia de adopción internacional del 29 de mayo de 1993. En todos los casos, las legislaciones nacionales se expondrán con prescindencia del mecanismo convencional.

#### *a. Brasil*

La Constitución brasileña de 1988 prevé que la adopción deberá regularse por ley especial, que contemplará las condiciones bajo las cuales estarán habilitados a adoptar los extranjeros. El 13 de julio de 1990 se dictó el Estatuto del Menor y del Adolescente (ley 8069), que exige como primera condición que los candidatos -cónyuges o concubinos- constituyan una *familia* y demuestren estabilidad familiar. La adopción se otorga por sentencia judicial y sólo después de su dictado se autorizará la salida del niño del país. Brasil sólo conoce un tipo de adopción fuerte, irrevocable, que crea un emplazamiento equiparable a la filiación, con ruptura de todo lazo jurídico con la familia de sangre, salvo lo dispuesto sobre los impedimentos matrimoniales y el caso de adopción del hijo del cónyuge. Se deben verificar los consentimientos de los padres biológicos o del representante legal del niño, los cuales se dispensan si los padres han sido privados de la patria potestad o son desconocidos.

El otorgamiento de una adopción internacional debe estar precedida de una etapa de convivencia, que no puede ser menor a 15 días si se trata de un niño menor de dos años, y que debe ser de por lo menos un mes, cuando se trata de un niño mayor de esa edad <sup>205</sup>. Los candidatos a adoptar deben

---

<sup>205</sup> Cuando toda la documentación es correcta y está debidamente legalizada, la permanencia en el Brasil no suele prolongarse más de 45 días. Conf. Angela FERRI RAYMUNDI,

demostrar estar debidamente habilitados para ser adoptantes según las leyes de su país y deberán presentar un estudio psicosocial elaborado por un organismo público o agencia autorizada del Estado de su domicilio. El juez brasileiro, de oficio o a pedido del Ministerio Público, podrá requerir que los adoptantes extranjeros acompañen al expediente judicial el texto de la legislación extranjera vigente en el Estado de su domicilio (art. 51, párrafo segundo, ley 8069).

El otorgamiento de una adopción concreta podrá ser condicionada a la aprobación del proyecto de adopción por una comisión judicial estadual competente en materia de adopciones internacionales, que dará la habilitación necesaria caso por caso. Antes de autorizar la salida del país, los jueces deben cerciorarse de que el niño haya obtenido la visa de ingreso al país de destino.

Brasil ha ratificado la Convención Interamericana de La Paz de 1984, la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores, de 1989, y la Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores de 1994. El 10 de marzo de 1999 ratificó la Convención de La Haya del 29 de mayo de 1993, instrumento que entró en vigor para ese país el 1° de julio de 1999. Asimismo, se ha obligado por la Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de niños.

#### *b. Colombia*

El Código del Menor fue dictado el 27 de noviembre de 1989 (decreto 2737). La adopción se constituye por decisión judicial y entraña un emplazamiento filiatorio fuerte, irrevocable

---

«La práctica jurídica de la adopción internacional en Brasil», ponencia presentada al IX Congreso Mundial sobre Derecho de Familia, Panamá, del 22 al 27 de septiembre de 1996, t. I, págs. 499/517, especialmente pág. 513.

cable, con ruptura de lazos jurídicos con la familia de origen, salvo el supuesto de adopción del hijo del cónyuge <sup>206</sup>.

Las autoridades colombianas consideran que la adopción por una persona soltera que vive en concubinato, no es conforme al superior interés del niño; sin embargo aceptan a un aspirante soltero que viva solo. Tienen prioridad los esposos que no tienen hijos biológicos, los que acepten adoptar niños mayores de 7 años o discapacitados, y los que se postulen para recibir a varios hermanitos. El consentimiento de los padres de sangre o del representante legal no puede ser dado en favor de personas determinadas, ni con relación a un niño no nacido. El niño colombiano conserva su nacionalidad de origen aun cuando adquiera la nacionalidad del o de los adoptantes.

La demanda debe presentarse a través del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, y entre los requisitos a satisfacer por los candidatos figuran: a) certificación de entidad gubernamental o privada oficialmente autorizada donde conste el compromiso de hacer el seguimiento del niño hasta su nacionalización en el país de destino, y b) autorización del gobierno del país de residencia del o de los adoptantes para el ingreso del niño a ese país. Una vez que es propuesto un niño a los aspirantes a adoptar domiciliados en el extranjero, y ellos aceptan, deben trasladarse obligatoriamente a Colombia y estar presentes en el procedimiento judicial. La estadía suele abarcar, como promedio, cuatro semanas.

---

<sup>206</sup> El art. 93 del Código del Menor colombiano contempla la situación de los niños indígenas en estos términos: «Sólo podrán ser dados en adopción los menores indígenas que se encuentren abandonados fuera de su comunidad. Aun en ese supuesto, se procurará su reincorporación a la comunidad siempre que se le asegure adecuada protección. En caso de que la situación de abandono se presente dentro de la comunidad, se respetarán los usos y costumbres de ésta en cuanto no perjudique el interés del menor». Comparar con el art. 63 del Código de la Niñez y la Adolescencia de Honduras, transcrito en la nota 90 de la Primera Parte.

Dice el art. 117: «Para permitir la salida del país de un menor adoptado, las autoridades de emigración exigirán copia auténtica de la sentencia de adopción con la constancia de ejecutoria. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar podrá asesorarse de organizaciones no gubernamentales que tengan como finalidad el cuidado de la niñez, para efectuar el seguimiento de los menores adoptados por extranjeros».

Colombia ratificó la Convención Interamericana de La Paz de 1984, la Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores, la Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de niños y la Convención de La Haya del 29 de mayo de 1993, que entró en vigor para este país el 1° de noviembre de 1998.

### *c. Costa Rica*

El Código de Familia de 1973 fue modificado por la ley 7538 del 22 de agosto de 1995. Conoce un solo tipo de adopción fuerte o pleno, irrevocable, con desvinculación total de la familia consanguínea, salvo en lo atinente a los impedimentos matrimoniales por razón del parentesco y a los vínculos jurídicos con la familia paterna o materna, según el caso, cuando el adoptado sea el hijo o hija del cónyuge del adoptante.

La demanda de adopción debe presentarse ante el juez de familia de la residencia habitual del adoptado. Los adoptantes extranjeros deberán comprobar: a) tener, por lo menos, cinco años de casados; b) además de los requisitos generales (enumerados en el art. 106 del Código de Familia), deberán acreditar que reúnen las condiciones personales para adoptar exigidas por la ley de su domicilio; c) que la autoridad competente de su país los ha declarado aptos para adoptar, y d) que una institución pública o estatal o un organismo acreditado de su domicilio y sometido al control de las autoridades competentes del Estado receptor, velará por el interés del adoptado.

Recibida la solicitud, el juez nombrará a los peritos para que efectúen un estudio psicológico y social de la persona

menor de edad y de los adoptantes. En el caso de candidatos domiciliados en el extranjero, los estudios deberán estar respaldados por una institución pública o estatal de ese lugar, dedicada a velar por la protección de la infancia (art. 143). Una vez rendidos los informes, el juez convocará a una única audiencia, a la que deberán asistir el representante del Patronato Nacional de la Infancia, el menor y los futuros adoptantes, en la que el juez les explicará las obligaciones que asumen y los adoptantes manifestarán su aceptación de los derechos y obligaciones. Si el juez lo estima conveniente, podrá disponer de un período de convivencia previa entre el niño y los aspirantes, que precederá a la resolución definitiva sobre la adopción.

La Convención de La Haya del 29 de mayo de 1993 se encuentra en vigor para Costa Rica desde el 1° de febrero de 1996. En los últimos años este Estado se ha obligado por la Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980 y las Convenciones Interamericanas sobre restitución internacional de menores, obligaciones alimentarias y tráfico internacional de menores.

#### *d. Chile*

La adopción tuvo poco arraigo en la sociedad chilena bajo la legislación castellana y no fue incorporada en el Código Civil. La primera regulación que comportó una modificación del estado civil del adoptado data de 1934 y fue reemplazada por la ley 7613 de octubre de 1943. En 1965 se dictó la ley 16.346, que introdujo la adopción legitimante -con destrucción de los antecedentes de identificación del menor- la cual estuvo vigente hasta 1988. Ese año fue sustituida por la ley 18.703, que introdujo las especies de adopción simple y plena. Esta última confería la calidad de hijo legítimo de los adoptantes, con reserva del expediente original donde constaba la identidad biológica del menor.

Chile ha dictado la ley 19.620 del 26 de julio de 1999 -con vigencia a partir del 27 de octubre de 1999- que deroga las leyes 7613 y 18.703, estableciendo un único tipo de adopción



fuerte, con radical modificación del procedimiento para adopciones de niños chilenos solicitadas por residentes en el extranjero. No obstante, las adopciones constituidas conforme a la ley 7613 o bajo la forma de adopción simple de la ley 18.703, continuarán con sus efectos propios según la ley de su creación, incluso en materia sucesoria, si bien podrán convertirse en adopción plena, en las condiciones del art. 45 de la nueva ley <sup>207</sup>. En cuanto a las adopciones en trámite al tiempo de la reforma, continuarán hasta su conclusión con el procedimiento de la respectiva ley anterior, pero el emplazamiento resultante se someterá en cuanto a los efectos, a las previsiones del citado art. 45.

Con fecha 18 de noviembre de 1999, Chile dictó el decreto N° 944 -publicado en el Diario Oficial del 18 de marzo de 2000- que reglamentó la ley 19.620 y atribuyó funciones al Servicio Nacional de Menores, fijó normas relativas a la organización de los registros, al desarrollo de los programas de adopción y a la actuación de las instituciones especialmente acreditadas para desarrollar programas de adopción.

Chile ha adecuado su legislación a los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño y, en este sentido, se observan disposiciones sobre la audición del menor (art. 3º) y frecuentes reglas que exigen contemplar el interés superior del niño. No obstante, y tanto sea en casos de adopciones locales o adopciones internacionales, se mantiene la ficción de practicar una nueva inscripción de nacimiento del adoptado como hijo de los adoptantes. La sentencia que acoja la adopción ordenará la cancelación de la antigua inscripción de na-

---

<sup>207</sup> Esta norma prevé que adoptantes y adoptado puedan acordar la transformación del régimen de la adopción simple en adopción plena, con extinción de los vínculos de filiación de origen. Ese pacto deberá constar por escritura pública y se someterá a la aprobación de juez competente, quien necesariamente deberá dar audiencia a los padres de sangre del adoptado, si los hubiere.

cimiento del adoptado, si bien deberán tomarse medidas administrativas conducentes a mantener en reserva la identidad biológica del niño <sup>208</sup>.

La derogación de la ley 18.703 comporta el fin del procedimiento que regulaba la «salida de menores para su adopción en el extranjero», conforme al derecho del país de recibimiento (Título IV de la antigua ley). El párrafo tercero del Título III de la ley 19.620 contempla expresamente «De la constitución de la adopción por personas residentes en el extranjero». Sienta en primer lugar el principio de subsidiariedad de la adopción por personas no residentes en Chile, frente a la adopción por matrimonios chilenos o extranjeros con residencia permanente en Chile, aun cuando el juez podrá dar trámite favorable a la solicitud cuando medien razones de mayor conveniencia para el menor (art. 30). El art. 32 establece las constancias que deberán agregar a la solicitud de adopción y, entre ellas: certificado expedido por el cónsul chileno de profesión u honorario, en que conste que los solicitantes cumplen con los requisitos para adoptar según la ley de su país de residencia; certificado de la autoridad de inmigración del país de residencia de los solicitantes en que consten los requisitos que el menor adoptado debe cumplir para poder residir en el mismo; certificado autorizado por el organismo gubernamental del país de residencia de

---

<sup>208</sup> Aun cuando se resguarda el derecho del niño a tener acceso a sus orígenes, se conservan resabios de la legitimación adoptiva, polémica institución que entraña una sustitución legal de identidad y se opone a todas las corrientes sociológicas y psicológicas que, mucho antes de la vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño, clamaban por la necesidad de educar al hijo adoptivo en la verdad de su condición. Ver Catalina Elsa ARIAS DE RONCHIETTO, *La adopción*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, pág. 60. En la República Argentina la reforma de la ley 24.779 omitió asegurar la preservación de la identidad del adoptado al no definir la forma en que debe realizarse la inscripción de la sentencia de adopción. En opinión del Dr. D'Antonio, debió explicitarse que la adopción, su revocación o nulidad deben inscribirse marginalmente en el título de estado originario del adoptado. Conf. Daniel Hugo D'ANTONIO, *Regimen legal de la adopción. Ley 24.779*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1997, págs. 227/228.

los solicitantes donde conste la legislación vigente en aquel país en relación con la adopción, así como lo pertinente a la adquisición y pérdida de la nacionalidad del futuro adoptado; informe social favorable emitido por el organismo gubernamental o privado que corresponda al país de residencia de los adoptantes; tres cartas de honorabilidad de los solicitantes, otorgadas por autoridades o personas relevantes de la comunidad de su país de residencia.

Los solicitantes deberán comparecer personalmente ante el juez chileno -competente por el domicilio del menor o de la persona o entidad a cuyo cuidado se encuentre, art. 34-, cuando el magistrado lo estime necesario y por lo menos en una oportunidad durante el procedimiento. Los postulantes no residentes en Chile pueden ser patrocinados o bien por un organismo extranjero -registrado y fiscalizado en su país de origen- que también se haya acreditado en Chile, o bien pueden presentar su solicitud directamente ante el Servicio Nacional de Menores, adjuntando las exigencias previstas en el art. 32 de la ley 19.620.

En la sentencia de adopción, el juez deberá: a) oficiar al Servicio Nacional de Menores a fin de eliminar al adoptado o a los adoptantes de los registros correspondientes; b) solicitar a la Dirección Nacional del Registro Civil el envío de todos los antecedentes de identificación del niño, los que serán agregados a los autos. Posteriormente, el juez remitirá todo el expediente a la Oficina del Servicio de Registro Civil de la Comuna de Santiago, a fin de proceder a la cancelación de la antigua inscripción del nacimiento del adoptado y a una nueva inscripción, en la que el niño aparecerá como hijo de los adoptantes. Los autos quedarán en el Archivo General del Servicio de Registro Civil, en sección apartada, y sólo pueden salir por resolución judicial <sup>209</sup>. Una vez pronunciada la

---

<sup>209</sup> Hernán CORRAL TALCIANI, «La filiación adoptiva», *Documento de Trabajo N° 38*, Universidad de los Andes, Santiago de Chile, 2000, especialmente págs. 47/48.

adopción, se prevé un sistema de seguimiento del niño, por parte del organismo extranjero acreditado en Chile que haya intervenido en el procedimiento, o por parte del organismo gubernamental o privado extranjero que haya brindado el informe social al que se refiere el art. 32 de la ley.

A pesar de que Chile cuenta con normas de conflicto en el Código Bustamante, no ha seguido un enfoque conflictualista en la reforma de su ley de adopción. Como la gran mayoría de los países latinoamericanos, ha optado por normas materiales que implementan un procedimiento judicial, con la intervención de un órgano administrativo, el Servicio Nacional de Menores, que debe llevar dos registros: uno, de personas interesadas en la adopción de un menor de edad, donde deberán distinguirse los residentes en Chile y los residentes en el extranjero; y otro, de personas que pueden ser adoptadas.

Chile ha regulado la «declaración judicial de que el menor es susceptible de ser adoptado»<sup>210</sup>, y permite que el procedimiento de adopción se inicie antes del nacimiento del niño, siempre que sea patrocinado por el Servicio Nacional de Menores o por un organismo acreditado ante éste, si bien la madre deberá ratificar ante el juez su voluntad de entregar en adopción al niño dentro de un plazo de treinta días posteriores al parto (art. 10).

Tal como estaba previsto en la ley 18.703, la nueva ley establece sanciones de multa y de pena de presidio a quienes incurriesen en las figuras delictuales descritas en los arts.

---

<sup>210</sup> Según el art. 12 de la ley, procederá la declaración judicial de que el menor es susceptible de ser adoptado, sea que su filiación esté o no determinada, cuando el padre, la madre o las personas a quienes se haya confiado su cuidado se encuentren -entre otras causales-, en la siguiente situación: «... 2. No le proporcionen atención personal, afectiva o económica durante el plazo de seis meses. Si el menor tuviere una edad inferior a dos años, este plazo será de tres meses, y si fuere menor de seis meses, de cuarenta y cinco días. No constituye causal suficiente para la declaración judicial respectiva, la falta de recursos económicos para atender al menor».

40, 41 y 42, que contemplan la compra de un niño, la intermediación en actos de tráfico, y el agravamiento de las penas cuando los delitos fuesen cometidos por funcionarios públicos, abogados, asistentes sociales u otros profesionales.

Chile ha ratificado la Convención de La Haya de 1993, que está vigente para ese país a partir del 1° de noviembre de 1999. En cuanto a otros instrumentos de protección de menores, este Estado se halla obligado desde mayo de 1994 por la Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980. En el ámbito americano, ratificó la Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de adopción de menores, que entró en vigor el 17 de enero de 2002 <sup>211</sup>.

#### *e. Ecuador*

El Código de Menores del Ecuador es del 4 de agosto de 1992. Contempla un tipo de adopción plena, que sólo puede otorgarse respecto de menores huérfanos, menores declarados en estado de abandono definitivo o menores cuyos padres hayan consentido en la adopción. Para adoptar a un menor se requiere que el adoptante, ecuatoriano o extranjero resida en el Ecuador o *en uno de los Estados con los cuales el Ecuador tenga convenio de adopción*.

En los convenios internacionales, deberán existir reglas que prevean: a) la intervención personal de los adoptantes durante la audiencia de adopción; b) que el menor adoptado sólo saldrá del país en compañía de por lo menos uno de sus padres adoptivos; c) que los extranjeros residentes fuera del

---

<sup>211</sup> Chile ha efectuado la siguiente reserva: «La República de Chile declara que sólo reconoce la adopción plena u otra institución que produzca similares efectos y, en consecuencia, constituya un vínculo de filiación que confiera al adoptado la condición de hijo del o de los adoptantes, por lo cual formula reserva a lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención, el que considera inaplicable a su respecto».

país no podrán adoptar más de dos menores ecuatorianos, a no ser que se trate de hermanos, y d) en el procedimiento se adjuntará el convenio con el centro o institución de adopción que patrocina al adoptante, en el que constará la legislación del país de domicilio de los candidatos. Por su parte, el art. 37 del reglamento general del Código de Menores dispone que esos centros, que han patrocinado a los adoptantes extranjeros, deberán remitir al Departamento Técnico de Adopciones de Quito las «legalizaciones de las adopciones y las nacionalizaciones de los adoptados». Si no cumplen este compromiso, el Ecuador procederá a suspender todas las asignaciones de niños para el centro en cuestión, hasta la debida satisfacción de las obligaciones.

Ecuador está obligado por la Convención de La Haya de 1993 desde el 1° de enero de 1996. Desde 1992 se ha adherido a la Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980. En el ámbito interamericano entre los años 2001 y 2002, este país ha ratificado las convenciones sobre restitución internacional de niños, obligaciones alimentarias y tráfico internacional de menores (esta última el 28 de mayo de 2002).

#### *f. El Salvador*

Ha dictado el Código de Familia el 22 de noviembre de 1993. Contempla la adopción de tipo pleno y una regla especial que destaca el carácter subsidiario de la adopción internacional: «La adopción por extranjeros tendrá lugar cuando se hubieren agotado las posibilidades de adopción a nivel local, y preferentemente con ciudadanos de los Estados con los cuales se hubieren ratificado tratados o convenciones, pactos internacionales sobre la materia» (art. 184, segundo párrafo). El juez competente para el procedimiento y la decisión de adopción, es el de la residencia habitual del adoptado y los requisitos a satisfacer por los candidatos (art. 193 de la ley procesal de familia del 20 de septiembre de 1994), son similares a los que aparecen en el Código de Familia de Costa Rica, citados precedentemente.

El Salvador está obligado por la Convención de La Haya de 1993 desde el 1° de marzo de 1999. En mayo de 2001 se ha adherido a la Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980.

*g. México*

En mayo de 1998 los Estados Unidos Mexicanos han dictado un decreto que modifica el Código Civil para el Distrito Federal y el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal <sup>212</sup>. Conoce la adopción de tipo simple y pleno. Esta última es irrevocable, equipara al niño para todos los efectos legales con el hijo biológico y extingue los lazos jurídicos con la familia de sangre, salvo a los efectos de los impedimentos matrimoniales y en el supuesto de la adopción del hijo del cónyuge. «En igualdad de circunstancias se dará preferencia en la adopción a mexicanos sobre extranjeros» (art. 410 F).

Según las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles, los extranjeros con residencia en otro país deberán presentar certificado de idoneidad expedido por la autoridad competente de su país de origen que acredite que el solicitante es considerado apto para adoptar, constancia de que el menor que se pretende adoptar ha sido autorizado para entrar y residir permanentemente en ese Estado, y autorización de la Secretaría de la Gobernación para internarse y permanecer en México con la finalidad de realizar una adopción. Los estudios económico-sociales y psicológicos necesarios para efectuar el trámite de adopción deberán realizarse por el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, directamente o por quien esa entidad autorice (art. 923).

---

<sup>212</sup> Decreto del 28 de mayo de 1998. Define la adopción internacional y la adopción por extranjeros residentes permanentes en México. En el primer caso, las adopciones internacionales serán de tipo pleno y se registrarán por los tratados y por el Código Civil. Conf. Manuel CHÁVEZ ASENCIO, *La adopción*, México, Porrúa, 1999.

No se ha previsto norma de jurisdicción internacional, pero puede inferirse del art. 397 del Código Civil, que dispone la actuación del Ministerio Público del domicilio del adoptado.

México ha ratificado la Convención Interamericana de La Paz de 1984 y la Convención de La Haya de 1993, que entró en vigor para ese país el 1° de mayo de 1995. En materia de restitución internacional de niños, se adhirió a la Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980 y ratificó la Convención Interamericana de 1989.

#### *h. Panamá*

La República del Panamá dictó su Código de Familia el 17 de mayo de 1994. Contempla un solo tipo de adopción, plena, irrevocable y definitiva (art. 294), que crea un vínculo de parentesco equiparado al de filiación que existe entre padre o madre e hijos biológicos. Contiene una disposición relativa a la adopción de niños extranjeros por panameños y ninguna disposición se refiere a la adopción internacional con probable desplazamiento del niño a través de las fronteras.

La República del Panamá ha ratificado la Convención Interamericana sobre adopción de menores de La Paz de 1984 y la Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores de 1994. Desde el 1° de enero del 2000 está vigente para este país la Convención de La Haya del 29 de mayo de 1993. Asimismo, se ha adherido a la Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de niños.

#### *i. Paraguay*

La República del Paraguay ha modificado su legislación interna por ley 1136 del 22 de octubre de 1997, que contempla exclusivamente la adopción de tipo pleno, destaca el carácter subsidiario de la adopción internacional respecto de la adopción por nacionales, regula la «declaración de estado de adopción» y crea el Centro de Adopciones, autoridad central del Paraguay a todos los efectos de la Convención de La Haya del 29 de mayo de 1993, que se halla en vigor para este país desde el 1° de septiembre de 1998.



El art. 25, segundo párrafo, afirma: «Sólo procederá la adopción internacional con aquellos países que hayan ratificado el Convenio de La Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional». El único procedimiento de presentación de solicitudes y de toma de las decisiones fundamentales -la colocación del niño en familia de postulantes, el dictado de la adopción, la autorización para el desplazamiento al país de recibimiento- es el regulado en la Convención.

Destacaremos el art. 23: «La declaración de estado de adopción será determinada por el juez en todos los casos antes de iniciar el juicio de adopción. Los procesos por los cuales se declara a niños en estado de adopción son independientes de los juicios de adopción. De la declaración de estado de adopción se remitirá copia al Centro de Adopciones, a sus efectos». Asimismo, dice el art. 26 (cuya efectividad no se comprende fuera de un contexto convencional): «El niño adoptado por personas no residentes en el Paraguay gozará de los mismos derechos que correspondan a la adopción realizada en el país de residencia de los adoptantes. El adoptado tendrá derecho a entrar y salir permanentemente en el país de recepción de la adopción internacional».

Paraguay ha ratificado la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores, la convención interamericana sobre obligaciones alimentarias y la relativa al tráfico internacional de menores de 1994. Asimismo, se adhirió a la Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980.

### *j. Perú*

El Código de Niños y Adolescentes (ley 26.102 del 28 de diciembre de 1992) define la adopción internacional <sup>213</sup>, esta-

---

<sup>213</sup> Dice el art. 129, primer párrafo, del Código de los Niños y Adolescentes del Perú: «Por adopción internacional se entiende la efectuada por extranjeros residentes en el exterior a favor de niños y adolescentes peruanos».

blece su carácter subsidiario y dispone que es indispensable, para que una adopción de esta naturaleza sea procedente, que existan convenios entre el Estado peruano y los respectivos Estados de residencia de los candidatos a adoptar, o entre las instituciones públicas o privadas autorizadas por esos países y reconocidas por el Perú (arts. 129 y 153).

En cuanto al derecho aplicable a la adopción internacional, el Libro X del Código Civil peruano de 1984 sigue una metodología conflictualista, fuertemente inspirada en la Convención Interamericana de La Paz de 1984. La admisibilidad de la adopción debe ser aceptada tanto por la ley del domicilio del adoptante como por la ley del domicilio del adoptado. A la ley del domicilio del adoptante le corresponde regular: a) la capacidad para adoptar; b) la edad y estado civil del adoptante; c) el consentimiento eventual del cónyuge del adoptante; las demás condiciones que debe llenar el adoptante para obtener la adopción. A la ley domiciliar del adoptado, por su parte, le corresponde regir: a) la capacidad para ser adoptado; b) la edad y estado civil del adoptado; c) el consentimiento de los progenitores o de los representantes legales del menor; d) La eventual ruptura del parentesco del adoptado con la familia sanguínea y e) la autorización al menor para salir del país (art. 2087).

Este enfoque conflictualista sólo entraña una coordinación abstracta a través de la ley domiciliar del adoptante, que se aplica sin consultar su propia vocación para regir el caso. La única norma efectiva en el Código de los Niños y Adolescentes de 1992, es el art. 155, según el cual el centro o institución que patrocinó a los adoptantes será el responsable de la supervisión del estado del niño hasta el reconocimiento de la adopción en el país de destino, y remitirá periódicamente informes a la Secretaría Técnica de Adopciones.

Tras la ratificación por el Perú de la Convención de La Haya del 29 de mayo de 1993 -en vigor desde el 1° de enero de 1996- este país dictó la ley 26.981, de procedimiento administrativo de adopción de menores de edad declarados judicial-

mente en abandono, que establece que la adopción se conferirá por *resolución administrativa de la Oficina de Adopciones* (de la Gerencia de Promoción de la Niñez y la Adolescencia del Ministerio de Promoción de la Mujer y Desarrollo Humano), con posibilidad de recurso contencioso administrativo ante el poder judicial. En materia de restitución de menores, Perú se ha obligado desde el 1º de agosto de 2001 por la Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980. No ha ratificado ni se ha adherido, por el momento, a ninguna de las convenciones interamericanas.

#### *k. Rumania*

Con posterioridad al cambio político de 1990, Rumania encaró proyectos legislativos de envergadura que, en lo que interesa en el presente trabajo, comprenden la ley N° 11 de 1990 relativa a la adopción -que regula detalladamente la adopción internacional- y la ley N° 105 del 1º de octubre de 1992 sobre las «relaciones de derecho internacional privado»<sup>214</sup>. Este cuerpo normativo incluye la regulación del conflicto de autoridades, del conflicto de leyes y de las condiciones de reconocimiento en Rumania de decisiones dictadas en el extranjero.

Toda adopción que se otorgue en Rumania debe pasar por una etapa administrativa y otra de «aprobación judicial». En caso de aprobación, la sentencia de adopción confiere al adoptante o a los cónyuges adoptantes, respecto del adoptado, los derechos y obligaciones de los padres<sup>215</sup> y debe ser inscrita

---

<sup>214</sup> La ley 105/92 está vigente desde el 1º de diciembre de 1992. El texto de la ley y el comentario del profesor Octavian CAPATINA pueden verse en *Revue Critique de Droit International Privé* 1991, t. 83, págs. 167/194.

<sup>215</sup> Rumania conoce la adopción de «efectos completos», que asimila totalmente al adoptado al hijo de sangre del adoptante y lo inserta en la familia de éste, con ruptura de lazos respecto de la familia de origen (salvo la subsistencia de los impedimentos matrimoniales derivados del parentesco), y la adopción de «efectos restringidos», que sólo establece lazos de filiación entre adoptante y adoptado.

en el registro civil, como mención adicional o bien en el acta de nacimiento del niño -cuando se otorga con efectos restringidos-, o bien se extiende una nueva acta de nacimiento en la que los adoptantes aparecen como padres originarios del niño <sup>216</sup>. La adopción, sea nacional o internacional, sólo concierne a menores de 18 años; una vez cumplida esa edad, sólo puede aprobarse si el joven ha sido mantenido y educado durante su minoridad por el o los futuros adoptantes. Con el propósito de dar transparencia a las adopciones y de implementar una cooperación con instituciones similares del extranjero, la ley 11 de 1990 creó el Comité Rumano para las Adopciones, organismo administrativo cuyos actos pueden ser impugnados judicialmente conforme a la ley 29 de 1990 <sup>217</sup>.

Las autoridades judiciales rumanas son competentes cuando: a) el domicilio del adoptado está en Rumania y la demanda es presentada por un extranjero o por un ciudadano rumano con domicilio o residencia en el extranjero (interviene el tribunal de gran instancia del domicilio del adoptado o, en su defecto, de su residencia); b) el niño que se quiere adoptar es ciudadano rumano con domicilio o residencia en el extranjero (en este caso interviene el tribunal del Municipio de Bucarest) (art. 1º, párrafos 4 y 5, ley 11/90). Por su parte, la ley de derecho internacional privado establece que los tribunales rumanos tienen competencia exclusiva en los procesos relativos a: «... la aprobación de la adopción si quien va a ser adoptado tiene el domicilio en Rumania o si es nacional rumano o si es extranjero sin ciudadanía...».

Antes de dar comienzo a la fase judicial, el candidato a adoptante debe hacer inscribir el niño en el registro corres-

---

<sup>216</sup> Contrariamente a lo dispuesto anteriormente por el decreto 278/60, según la nueva ley no se extiende el acta de nacimiento con la ficción de tener al niño por nacido en el lugar del domicilio de los adoptantes.

<sup>217</sup> *Jurisclassseur de droit comparé*, «Roumanie. Filiación adoptive», págs. 25 y 26 (1995).

pondiente del Comité Rumano para las Adopciones. Deberá transcurrir un período de seis meses a fin de comprobar que el niño no ha sido pedido en adopción o en colocación familiar por una familia rumana local. Si esa circunstancia no se produce, el Comité expide una «confirmación» escrita, que debe ser presentada por el aspirante en la fase judicial. El Comité tiene la responsabilidad de realizar gestiones ante organizaciones o autoridades del Estado extranjero de la nacionalidad del candidato a adoptar al niño rumano, con el propósito de asegurar el régimen jurídico de que gozará el niño al abandonar el territorio rumano. Esta condición es imprescindible; el tribunal debe constatar efectivamente que el adoptado se beneficiará en el país de recepción de un régimen de garantías equivalente al que comporta una adopción interna rumana. Si esta comprobación no puede efectuarse, la adopción deberá ser rechazada <sup>218</sup>.

En la fase judicial, el juez debe verificar las condiciones de fondo, las que, conforme al art. 30 de la ley de derecho internacional privado, se establecen por la ley nacional del adoptante y por la ley nacional del adoptado. Estas leyes se aplican acumulativamente cuando se trata de condiciones que obligan a ambas partes (por ejemplo, la diferencia de edad entre las partes) <sup>219</sup>. Los adoptantes de nacionalidad extranjera deben agregar a las condiciones de la *lex causae*: a) una certificación emitida por la autoridad extranjera competente donde conste que según la ley de ese Estado, el adoptante tiene dere-

---

<sup>218</sup> Por excepción, esa condición no es exigida cuando: a) un esposo adopta al hijo del cónyuge; b) si el adoptante es pariente hasta el cuarto grado del padre o de la madre del niño; c) si el adoptado -que ha devenido mayor en el transcurso del trámite- ha sido mantenido y educado desde la minoridad por el adoptante.

<sup>219</sup> El art. 32 de la ley de reforma del derecho internacional privado de 1991 dice: «La forma de la adopción se somete a la ley del Estado sobre el territorio del cual se constituye».

cho a adoptar, y b) un informe social, efectuado por autoridades competentes del domicilio del adoptante, que brinde dictamen sobre el proyecto concreto de adopción que se solicita.

El juez rumano es competente para entender en una demanda de anulación o disolución de la adopción en las mismas condiciones que justifican la apertura de la competencia directa para la creación del vínculo: a) cuando el niño está domiciliado en Rumania, y b) cuando el niño es nacional rumano y está domiciliado en el extranjero. La anulación puede proceder en caso de violación de condiciones de fondo o forma, sea la adopción interna o internacional. Es causal de nulidad el vicio en el consentimiento tanto del adoptante como del adoptado (cuando haya alcanzado la edad de diez años). La jurisprudencia ha dicho que está viciada de nulidad absoluta la adopción que tiene en su origen una convención ilícita en virtud de la cual los padres de origen del menor se comprometen a efectuar trabajos domésticos en favor del adoptante a cambio de la promesa de adoptar al niño <sup>220</sup>. El vicio en el consentimiento de los padres de sangre produce la disolución del emplazamiento, con efectos *ex nunc*, sólo puede ser pedida por el progenitor afectado y se resuelve judicialmente conforme al criterio del beneficio del niño.

En cuanto al reconocimiento en Rumania de decisiones extranjeras de adopción, no hay una norma específica y es, por lo tanto, aplicable la regla general del art. 166 de la ley de derecho internacional privado: «Las sentencias extranjeras se reconocen de pleno derecho en Rumania si se refieren al estado civil de los ciudadanos nacionales del Estado que las ha dictado o, si provienen de un Estado tercero, si han sido primero reconocidas en el Estado de la nacionalidad de cada parte» <sup>221</sup>. Esta norma supone la nacionalidad extranjera de

---

<sup>220</sup> *Jurisclasser de droit comparé*, ob. cit., pág. 28, N° 220, por Octavian CAPATINA.

<sup>221</sup> Esta norma tiene similitud con el método seguido en el art. 65 de la nueva ley italiana de derecho internacional privado 218/95.

la persona de que se trate pues, tratándose de un niño rumano, la competencia de sus jueces es exclusiva y ello obsta a cualquier reconocimiento de decisión extranjera (art. 168.2 de la ley de derecho internacional privado).

En síntesis, creemos destacable las siguientes técnicas:

- La decisión judicial de adopción se condiciona a la comprobación de las garantías que protegerán al niño en el Estado de recibimiento extranjero (conforme a las gestiones del Comité Rumano para las Adopciones);

- Se da reconocimiento en el foro de una decisión extranjera de adopción -no vinculada al foro por el domicilio o la nacionalidad del niño- siempre que esa decisión sea reconocida o aceptada en Estado de la nacionalidad del sujeto.

La Convención de La Haya de 1993 está vigente para Rumania desde el 1° de mayo de 1995<sup>222</sup>. Asimismo, este Estado se ha adherido a la Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980.

## *Sección 2*

### *Desplazamiento y constitución de la adopción en el extranjero*

#### *Apartado único: experiencias fuera y dentro de un marco convencional*

Hemos tomado dos ejemplos del mundo asiático, de características muy diferentes. Por una parte, la República Po-

---

<sup>222</sup> Una decisión del Comité Rumano para Adopciones del 21 de junio de 2001 suspendió la adopción internacional por un año. Esa medida fue dejada sin efecto por la Corte de Apelaciones de Bucarest. Finalmente, el gobierno rumano dictó una disposición de urgencia el 9 de octubre de 2001 que prohíbe todo procedimiento de adopción de niño rumano por familias extranjeras durante un nuevo plazo de un año, en tanto se estudia una reforma al régimen de la adopción internacional.

pular de China, un vasto y poblado Estado que aún no se ha obligado por la Convención de La Haya del 29 de mayo de 1993. Por otra parte, la República de Filipinas -con más de setenta y tres millones de habitantes y una tasa de crecimiento poblacional de 2,1%-, que ha dictado en los últimos años una moderna legislación sobre adopción nacional e internacional.

*a. La experiencia de China*

En los últimos años, y probablemente debido a la «*one-child-per-family police*» implementada desde 1979, China se ha convertido en un país con un flujo muy elevado de niños (sobre todo, de sexo femenino), con principal destino a los Estados Unidos de Norteamérica <sup>223</sup>. La República Popular China acepta, además, aspirantes a adoptar que sean nacionales de alguno de los estados con los cuales China ha firmado convenios, a saber: Australia, Bélgica, Canadá, Dinamarca, España, Finlandia, Francia <sup>224</sup>, Reino Unido, Irlanda, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos y Suecia.

En 1992 se dictó una ley sobre adopciones y se abrió el *Official Adoption Centre*; el procedimiento se mejoró paulatinamente, a través de un cuerpo profesional más numeroso y competente a fin de poder supervisar de cerca todo el proceso. Desde noviembre de 1993 funciona la *China Adoption Organization* (CAO) que centraliza y coordina la adopción de niños por extranjeros. El 25 de mayo de 1999, el Ministerio de Asuntos Civiles emitió una nueva reglamentación sobre la adopción de niños chinos por extranjeros. El procedimiento comprende tres etapas, a saber:

---

<sup>223</sup> Robert S. GORDON, «The new chinaese export: orphaned children. An overview of adopting children from China», publicado en *The Transnational Lawyer*, vol. 10, 1998, págs. 121/151, especialmente págs. 129/131.

<sup>224</sup> En 2001, China aprobó la salida de 130 niños a adoptar por candidatos franceses. Conf. [www.france.diplomatie.fr/MAI/ficpays/chine.html](http://www.france.diplomatie.fr/MAI/ficpays/chine.html).



- La CAO recibe la solicitud completa de los candidatos a adoptar, por intermedio de las agencias y los abogados autorizados, con la intervención de un notario, con traducción al idioma chino y con sello del consulado de la República Popular China;

- La CAO identifica al niño adecuado para esos candidatos y organiza el *matching* entre los aspirantes y el niño. Los futuros padres adoptivos reciben documentación correspondiente al niño que incluye una fotografía y la fecha aproximada del nacimiento. Generalmente, la propuesta versa sobre una niña, de uno a tres años. Se incluye una evaluación médica y datos del organismo social donde se encuentra. Los aspirantes deben responder en un determinado plazo y, posteriormente, recibirán un documento oficial de aprobación.

- Los futuros padres se desplazan a China, donde deben pasar entre 10 a 14 días para concluir la gestión, período en el que son siempre acompañados por un traductor. Deben mantener una entrevista a fin de manifestar las razones para adoptar un niño chino y firman el «*adoption agreement*» en el que asumen la responsabilidad de hacer adquirir al niño la nacionalidad del país de destino <sup>225</sup>. El *Children Welfare's Institute* que depende del Ministerio de Asuntos Civiles, registra el acuerdo; a continuación debe solicitarse la emisión de un acto notarial y del pasaporte y visa de salida <sup>226</sup>.

China firmó el 30 de noviembre del año 2000 la Convención de La Haya del 29 de mayo de 1993. Llama la atención que una reglamentación unilateralista como la de este país logre articularse en la práctica con las exigencias -también

---

<sup>225</sup> Robert S. GORDON, «The new chinaese...», ídem, pág. 141 y nota 166.

<sup>226</sup> Según el abogado Robert S. Gordon, el costo total del trámite comprende los gastos de viaje y alojamiento, de notarios y abogados, de traducciones y una donación o contribución al orfanato, destinada al bienestar de todos los niños institucionalizados, que se espera en todos los acuerdos, íbidem, págs. 143/145.

unilateralistas- de los Estados Unidos de Norteamérica. La única coordinación parece realizarse a través del *United States Immigration and Naturalization Service*.

El Comité sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en observaciones dirigidas a China el 7 de junio de 1996 con relación al informe presentado en virtud del art. 44 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ha destacado causas de preocupación, que deberían ser objeto de medidas a tomar en el Estado Parte <sup>227</sup>.

### *b. La experiencia de Filipinas*

La República de Filipinas ha dictado una ley sobre adopción internacional en 1995 y una nueva ley sobre adopción en el ámbito doméstico en 1998 <sup>228</sup>.

En cuanto a la adopción internacional, el aspirante domiciliado en el extranjero debe pertenecer a un país con el cual Filipinas tenga relaciones diplomáticas. Si bien se aceptan personas solteras como candidatos a adoptar, deben ser informados de que la prioridad corresponde a matrimonios

---

<sup>227</sup> UNICEF, *information portfolio intercountry adoption*, 7 de febrero del 2000, Observaciones del Comité sobre los Derechos del Niño. En el apartado N° 38, dice lo siguiente: « It is the opinion of the Committee that further measures should be taken by the State party to promote the possibilities for children, particularly those who have been abandoned, to grow up in a home-like environment through, *inter alia*, fostering and adoption. The Committee also suggests that the State party review the present legislation on adoption, in the light of the principles and provisions of the Convention, notably those of its articles 20 and 21, so as to evaluate the effectiveness of national legislation in facilitating domestic adoption». Conf. Leif HOLMSTRÖM, *Concluding observations of the UN Committee on the Rights of the Child, Third to Seventeenth Session (1993-1998)*, The Hague/Boston/London, 2000, Martinus Nijhoff Publishers, vol. 1, especialmente pág. 79/87.

<sup>228</sup> La *Republic Act* 8043, que ha instituido al *Intercountry Adoption Board* como Autoridad Central, y la *Republic Act* 8552 del 13 de febrero de 1998. Hemos consultado la legislación en el sitio: [www.france.diplomatie.fr/MAI/ficpays/philippi.html](http://www.france.diplomatie.fr/MAI/ficpays/philippi.html). Francia está unida a Filipinas por la Convención de La Haya de 1993 desde el 1° de octubre de 1998. En el año 2001 se adoptaron once niños filipinos en Francia a través de este procedimiento.

sin hijos -deben tener un mínimo de tres años como cónyuges y deben adoptar en forma conjunta-. Las prioridades pueden flexibilizarse cuando los candidatos aceptan la adopción de niños con discapacidades especiales y grupos de tres o más hermanitos. El niño filipino debe ser menor a 15 años, salvo excepciones especiales. Debe ser un niño sin filiación conocida, declarado judicialmente abandonado -confiado al Departamento de Bienestar Social y Desarrollo- o un niño cuyos padres o representantes legales han consentido expresamente a la adopción.

Este país conoce una adopción nacional de tipo fuerte, con ruptura de todo lazo con la familia de origen y adquisición de un nuevo vínculo de filiación respecto del o de los adoptantes, similar al del hijo biológico, salvo el supuesto de adopción del hijo del cónyuge. La adopción puede ser *rescindida* únicamente a pedido del adoptado, por malos tratos físicos, verbales o psicológicos, abandono o atentado a la vida.

Filipinas respeta el principio de subsidiariedad de la adopción nacional frente a la adopción internacional. Por ello difícilmente pueda colocarse en familia domiciliada en el extranjero a un niño menor de dos años; normalmente, son niños entre dos y seis años. Previamente, han sido declarados -en forma administrativa o judicial- «niño apto para la adopción», y su custodia se ha transferido al Departamento de Bienestar Social y Desarrollo. Los aspirantes a adoptar deben presentarse a través de las autoridades centrales de sus respectivos Estados o por intermedio de organismos acreditados debidamente. En caso de que tuvieran hijos biológicos o adoptivos mayores de diez años, deben acompañar la aprobación dada por tales niños para una nueva adopción que incorpore un hermano nuevo a la familia.

Asimismo, deberán acompañar referencias sobre la personalidad de los candidatos, expedidas por una autoridad religiosa de la comunidad donde residen y por el empleador o superior jerárquico. Así también, una constancia del Ministerio de Justicia o de otro departamento gubernamental similar relativa a la idoneidad de los aspirantes, con informa-

ción sobre la ley local vigente y el compromiso de que el niño será autorizado a ingresar al Estado de destino y a residir permanentemente una vez adoptado. Se debe acompañar el compromiso asumido por un servicio social de carácter público, de efectuar el seguimiento del niño mediante el envío de un informe bimestral, durante los primeros seis meses posteriores a la llegada del niño filipino al hogar de los futuros adoptantes. El trámite no requiere la intervención de ningún abogado y deben pagarse los gastos administrativos, de tratamiento médico si hiciera falta y de traslado del niño.

En Filipinas se dicta una decisión administrativa de colocación del niño con obligación de convivir durante el período que se fije. Posteriormente, cuando se presente la demanda de adopción en el país de recibimiento del niño, deberá solicitarse la aprobación al *Intercountry Adoption Board*. El niño conservará la nacionalidad filipina aun cuando adquiera la nacionalidad de los adoptantes conforme a la ley de éstos. El adoptado no puede renunciar a su nacionalidad de origen antes de alcanzar los 18 años.

En el legajo del niño que prepara la autoridad competente filipina se hace constar una copia certificada del acta original de nacimiento del niño o un certificado relativo a las circunstancias en las que el niño fue hallado, y el consentimiento de los padres de sangre o del representante legal del niño o copia de la sentencia de declaración de abandono o del certificado de fallecimiento de los padres.

La República de Filipinas se ha obligado por la Convención de La Haya del 29 de mayo de 1993 desde el 1° de noviembre de 1996.

### *Sección 3*

#### *Estados de origen de los niños que son a la vez Estados de acogimiento de niños extranjeros*

##### *Apartado único: Pluralismo metodológico*

###### *a. Grecia*

Por ley del 30 de diciembre de 1996, Grecia ha modificado el Código Civil en lo relativo a la adopción internacional - a la vez que en el orden nacional ha consagrado una única adopción de tipo pleno o fuerte-, y ha seguido una pluralidad de métodos, bilateralistas y unilateralistas, sin llegar a implementar eficaces técnicas de coordinación <sup>229</sup>

Prevé, en primer lugar, una norma de conflicto bilateral que rige las condiciones de fondo para la constitución de la adopción -y para la disolución- conforme a las leyes nacionales respectivas de las partes. Se trata de una aplicación distributiva, aun cuando, en caso de anulación o revocación, correspondería su aplicación acumulativa, por la coherencia lógica de la sanción. Otra norma bilateral, con punto de conexión en cascada, regula las relaciones entre los adoptantes y el adoptado, a las que somete (en este orden): a) al derecho de la última nacionalidad común que los adoptantes poseían; b) al derecho de la última residencia común que los adoptantes hubiesen mantenido durante la adopción y c) en el raro supuesto de que las conexiones anteriores no pudieran concretarse, el legislador helénico ha previsto la aplicación de la ley nacional del padre adoptivo al tiempo del otorgamiento

---

<sup>229</sup> Ley 2447/1996 del 30 de diciembre de 1996 sobre «l'adoption, tutelle et prise en charge de mineurs, assistance judiciaire, diligence judiciaire des affaires étrangères et dispositions relatives matérielles, procédurales et transitoires», publicada en francés en la *Revue Critique de Droit International Privé* 1999, t. 88, págs. 617/620 con breve nota de Charalambos PAMBOUKIS.

de la adopción (o, si se trata de esposos adoptantes, por el derecho que rige las relaciones personales del matrimonio).

Se advierte cierta hesitación en calificar el «consentimiento» para la adopción (de los adoptantes, del adoptado, de los padres o representantes legales del adoptado) como una condición de fondo o de forma. En efecto, sería la ley nacional de cada parte la que debería gobernar quién debe consentir y cuáles son los efectos (art. 23 del Código Civil reformado por la ley 2447/96). Ahora bien, se ha dictado una compleja norma de conflicto de autoridades respecto de los diversos consentimientos (art. 5<sup>o</sup>), según la cual, ante el juez griego competente para otorgar la adopción deben expresar su consentimiento los candidatos a futuros padres adoptivos. En cuanto a los consentimientos del niño y de sus padres biológicos o representantes, si el que consiente tiene residencia habitual en Grecia, debe expresarlo ante el juez que otorga la adopción, y si su residencia habitual está en el extranjero, puede expresarlo ante la autoridad consular griega o ante la autoridad competente del país de su residencia.

La adopción de todo niño extranjero abandonado en Grecia -y no reclamado por ninguna persona con interés de protegerlo- se somete al derecho sustancial helénico (art. 3<sup>o</sup>). Se trata de una norma de conflicto unilateral de utilidad residual pues, en el caso de bebés abandonados en territorio griego, las leyes griegas sobre la nacionalidad y la aplicación de la norma bilateral del art. 23 reformado, permitirían llegar a la misma conclusión <sup>230</sup>. También se ha dictado una norma material de aplicación inmediata, que impone realizar un informe social del niño a adoptar en Grecia, residente habitual en el extranjero, o bien del candidato a adoptar en Grecia, residente habitual en el extranjero, por parte del servicio social griego especializado en adopciones internacionales

---

<sup>230</sup> Charalambos AMBOUKIS, *ídem*, pág. 619.

-incluso si el derecho extranjero aplicable en virtud de la nacionalidad de la parte no lo exige-. El servicio helénico deberá trabajar en colaboración con el servicio social extranjero competente, si fuese necesario (art. 4º de la nueva ley).

En síntesis, Grecia admite la competencia de sus tribunales para otorgar una adopción -en las condiciones de derecho señaladas- tanto si el adoptante tiene su residencia habitual en Grecia y el niño se encuentra en el extranjero (supuesto en el que no se regula el desplazamiento del menor y su ingreso en el país), como si es el niño, griego o extranjero, o menor abandonado cuya nacionalidad en principio se desconoce, quien tiene su residencia habitual en Grecia y es solicitado en adopción ante juez griego por candidato residente habitual en el extranjero. En este supuesto, si bien es probable que el niño abandone el territorio griego una vez dictada la adopción, tampoco se reglamenta un eventual seguimiento.

En cuanto a las convenciones concernientes a la protección de menores, Grecia ha ratificado la Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de niños.

### *b. Rusia*

Antes de la «era Gorbachev» el fenómeno de la adopción internacional no era significativo en Rusia; sólo se registraban algunos casos aislados de hijos de mujeres rusas adoptados por los esposos de nacionalidad extranjera, con consentimiento de autoridad administrativa de alto nivel <sup>231</sup>. A partir de 1990 aparecieron organizaciones de intermediación en materia de adopción -norteamericanas y europeas- que trabajaron seriamente, sobre todo con niños que no tenían nin-

---

<sup>231</sup> Olga A. DYUNZHEVA, «Drafting a Russian Law on Intercountry Adoption», en *Children on the Move. How to implement....*, ob. cit., págs. 181/187 especialmente pág. 182.

guna posibilidad de ser adoptados en Rusia <sup>232</sup>. Tiempo más tarde se advirtió que la estadía de las parejas extranjeras en Rusia no se prolongaba más de dos semanas, que se registraban casos de hermanos adoptados en forma separada, incluso con omisión del consentimiento de los padres biológicos -a veces, internados en institutos de salud o en prisión- y que se habían formado cadenas de intermediación corrupta que abarcaba directores de orfanatos, médicos y altos funcionarios administrativos. El Ministerio de Educación y el Ministerio de la Salud se ocuparon del problema, se fundó una Agencia para adopciones, de escasa vida, y se elaboró la reforma del Código de la Familia.

Rusia ha dictado un nuevo Código de la Familia en diciembre de 1995, que contempla en la última sección la reglamentación de los casos con elementos extranjeros que interesan a Rusia <sup>233</sup>. Cuando se solicita en territorio de Rusia la adopción de un niño de nacionalidad rusa por candidatos a adoptar extranjeros o apátridas, se deben respetar las condi-

---

<sup>232</sup> Según la profesora Dyunzheva, las parejas rusas sólo quieren bebés blancos y saludables a los que hacen pasar por hijos propios, ocultando el hecho de la adopción. Conf., ídem, pág. 182 y nota 2.

<sup>233</sup> Natalia BOGDANOVA, «L'état actuel de la législation russe en matière de droit international privé» y Code de la famille du 8 décembre 1995 (Section VII. Législation applicable en matière de famille concernant des étrangers et des apatrides), en *Revue Critique de Droit International Privé* 1997, t. 86, págs. 139/157. Además de las normas específicas sobre adopción internacional que están previstas en ese cuerpo normativo, deben considerarse los «Fundamentos de la legislación civil de la URSS y de las repúblicas federadas» de 1991, que se mantienen en vigor en Rusia desde el 3 de agosto de 1992 y se aplicarán hasta la sanción de un nuevo código civil para la Federación de Rusia. El Título VII de los «Fundamentos» concierne a cuestiones de derecho internacional privado, como la reserva de los «principios del orden jurídico soviético» o el principio de la aplicación de la *lex fori* cuando el contenido del derecho extranjero no puede ser establecido. Conf. M. BOGOUSLAVSKI, «Le droit international privé en Russie et dans les autres Etats membres de la CEI au seuil du XXI<sup>e</sup> siècle», *Journal de Droit International* 2000, pág. 413 y ss., especialmente pág. 417.



ciones de la adopción de la *lex fori*, a la que se agregan, acumulativamente, los requisitos de la ley del Estado nacional del adoptante extranjero o, si es el caso, de la ley del Estado del domicilio del candidato a adoptar apátrida. La acumulación, no la distribución, de ambas leyes tiene por finalidad evitar adopciones claudicantes.

Si se trata de un niño de nacionalidad extranjera, el art. 165 (primer apartado) dispone: «... Para otorgar la adopción en territorio ruso de un niño de nacionalidad extranjera en favor de adoptantes de nacionalidad rusa, se necesita contar con el consentimiento del representante legal del niño y *el del órgano competente del Estado de la nacionalidad del niño*, así como con el consentimiento del niño si esa condición es exigida por el derecho de ese Estado». En esta hipótesis, además de la aplicación de la ley rusa de la nacionalidad de los adoptantes -en su carácter de *lex fori*- se requieren dos condiciones materiales relativas al consentimiento: el del representante legal del niño en todo caso y el del niño, si es que el derecho del Estado de su nacionalidad así lo dispone. A ello se agrega una exigencia que condiciona la creación de la adopción en el foro y que produce coordinación concreta con el Estado de la nacionalidad del niño: *se debe constatar la aprobación de la adopción por parte del órgano competente del Estado nacional del niño. No se trata de un razonamiento de conflicto de leyes, no consiste en la aplicación de la ley extranjera por la autoridad rusa.* A fines de aprobar esa adopción que está por otorgarse en Rusia, esa autoridad extranjera debe estar en conocimiento de la presencia del niño en Rusia y debe efectuar una ponderación, según su propio criterio, del interés superior del menor.

En cuanto al reconocimiento de adopciones otorgadas en el extranjero, el artículo 165, apartado tercero, establece: «La adopción de un niño de nacionalidad rusa y residente fuera del territorio de Rusia, conferida por el órgano competente del Estado extranjero de la nacionalidad del adoptante, se reconoce en Rusia bajo la reserva del acuerdo del órgano competente de la región administrativa de Rusia sobre cuyo territo-

rio el niño o los padres del niño (o uno de los padres) residían con anterioridad al desplazamiento hacia el extranjero».

No está regulado el supuesto de reconocimiento de efectos en Rusia a una adopción otorgada en el extranjero respecto de niño extranjero. Sólo se contempla la adopción creada en el extranjero de niño de nacionalidad rusa no residente en Rusia. Se controla una condición procesal: la competencia de la autoridad que ha creado la adopción y que debe corresponder a la nacionalidad del adoptante. A ello se acumula la exigencia de la aprobación de la autoridad que corresponda al territorio ruso donde el niño -o sus padres, o uno de sus padres- residía antes de desplazarse al extranjero. Este acuerdo no corresponde al razonamiento del conflicto de leyes. Supone un juicio sobre la legalidad de la salida del niño del territorio ruso y sobre el beneficio que representa para el niño la colocación en familia extranjera.

Finalmente, el art. 165, apartado segundo, dispone lo siguiente: «En el supuesto de que, como consecuencia de la adopción, los derechos del niño previstos en la legislación de Rusia y en las convenciones internacionales corran el riesgo de ser transgredidos, no corresponderá conferir la adopción, cualquiera fuese la nacionalidad del adoptante, y si la adopción se ha otorgado, será considerada *nula* por el tribunal».

A través de técnicas que recuerdan a las establecidas en la Convención de La Haya del 29 de mayo de 1993, instrumento que la Federación de Rusia solamente ha suscripto en septiembre de 2000, se implementa una concreta coordinación con Estados extranjeros, especialmente en dos supuestos: antes de constituir en Rusia una adopción de niño extranjero y cuando se toma conocimiento de la adopción en el extranjero de un niño nacional ruso.

En el curso del año 2000, la Federación de Rusia ha dictado normas relativas a diversos aspectos atinentes a la adopción internacional. Por las resoluciones 267 y 268 del 28 de marzo de 2000, el Gobierno de la Federación creó el Comité Interdepartamental para adopciones de niños rusos por ciudadanos extranjeros o apátridas, le atribuyó funciones, y dio

competencia al Ministerio de Educación para el control de los requisitos de acreditación de las agencias y organismos extranjeros que persiguiesen fines no lucrativos, con experiencia mayor de cinco años en el ámbito de la adopción, a fin de lograr la habilitación para establecerse y actuar en el territorio de la Federación de Rusia. Por resolución 275 del 29 de marzo de 2000, se dieron reglas para el registro de niños rusos adoptados por ciudadanos extranjeros o apátridas, ante los cónsules de la Federación establecidos en los países de residencia de los adoptantes. Al final de cada año calendario, los cónsules deben enviar las listas de los niños registrados al Ministerio de Educación de la Federación de Rusia.

### *c. Venezuela*

Difícil de clasificar resulta este país, que contempla el otorgamiento de una adopción en el foro, sobre la base del domicilio en Venezuela del adoptante, pero también cuando el domicilio del niño se encuentra en el foro y el adoptante tiene su domicilio en el extranjero. Venezuela conoce en su Código Civil de 1984 dos tipos de adopción, la simple y la plena, ésta última irrevocable y sólo extingible por anulación <sup>234</sup>.

En 1998, tras un largo proceso que tiene sus raíces en un proyecto de 1963, Venezuela reformó su derecho internacional privado a fin de estar a la altura de los desafíos del fin de siglo <sup>235</sup>. En lo que interesa en este trabajo, la constitución de una adop-

---

<sup>234</sup> Los artículos 67 a 69 del Código Civil regulan la anulación de la adopción. Enuncian como causales la violación de las disposiciones sobre capacidad, impedimentos o consentimientos, y toda disposición de orden público. Sólo puede intentarse dentro del término de un año a contar desde la fecha de la inscripción de la sentencia que confiere la adopción en el Registro Civil; dicho término correrá para el adoptado a partir de que alcance la mayoría de edad.

<sup>235</sup> Ley venezolana de derecho internacional privado (G.O. de la República de Venezuela del 6/8/98). Gonzalo PARRA ARANGUREN, «La loi vénézuélienne de 1998 sur le droit international privé», en *Revue Critique de Droit International Privé* 1999, págs. 209/226

ción en Venezuela se rige en cuanto a las condiciones de fondo, por la ley domiciliar de cada una de las partes. No hay una norma específica sobre juez competente en materia de adopción, pero es aplicable el art. 51.1, que dispone que se abre la jurisdicción cuando se encuentra en Venezuela el domicilio de la persona para la cual la ley venezolana es aplicable.

En cuanto al reconocimiento de sentencia extranjera, dice el art. 43 del Código Civil: «La sentencia o el decreto de la adopción pronunciada en el extranjero, debe recibir el pase o *exequatur* de la correspondiente autoridad judicial venezolana, en la forma prevista en el art. 754 del Código de Procedimiento Civil, para que surta efectos en el país. Obtenido el *exequatur* de la sentencia o del decreto extranjero de adopción, el tribunal debe dar cumplimiento a las exigencias del art. 39 o del art. 40, según el caso -relativos a las inscripciones en el Registro Civil de las adopciones del tipo pleno o simple- siempre que alguna de las partes de éste fuere venezolana y también, de ser todas extranjeras, si alguna de ellas tuviera su domicilio o residencia en el país».

Contrariamente a otros derechos latinoamericanos, este país no contempla un procedimiento especial que asegure un seguimiento del niño.

El 10 de enero de 1997, Venezuela ratificó la Convención de La Haya del 29 de mayo de 1993, que se encuentra en vigor para ese país desde el 1° de mayo de 1997. Asimismo, en 1997 ratificó la Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de niños. En cuanto al ámbito americano, por el momento sólo se ha obligado por la Convención de 1989 relativa a la restitución internacional de menores.

## CONCLUSIONES

Cuando los Estados se han comprometido por medio de un tratado sobre adopción internacional, el primer punto que

han garantizado es que una adopción regularmente constituida en uno de ellos, tenga efectos extraterritoriales y sea reconocida en todos los Estados Partes del instrumento internacional. Todos los tratados en los que predomina una metodología de tipo conflictual procuran concretar esta aspiración. Así ha sido en la Convención de Estocolmo de 1931, que vincula a los países de Escandinavia, en la Convención de La Haya del 15 de noviembre de 1965 y en la Convención Interamericana de La Paz, de 1984. La Convención de La Haya del 29 de mayo de 1993, que ha abandonado la metodología conflictualista y es una típica convención de cooperación internacional, avanza un paso más: el Estado que constituye la adopción conforme al procedimiento de la Convención debe emitir un certificado de formas uniformes, para que «circule con el niño», dando plena fe de la regularidad del emplazamiento adoptivo y de sus efectos mínimos, sin necesidad de procedimiento ninguno, cualquiera sea el sistema de reconocimiento de decisiones extranjeras en asuntos de familia que conozca el Estado donde se pretendan los efectos.

La limitación a la posibilidad de invocar la cláusula de reserva del orden público del foro, coadyuva a ese objetivo de asegurar la estabilidad del emplazamiento en el ámbito de los Estados contratantes. El concepto del orden público se ha reducido y condensado hasta comprender un núcleo indestructible, constituido por los derechos fundamentales del niño, concebidos en el conjunto de instrumentos internacionales concernientes a los menores, especialmente en la Convención sobre los Derechos del Niño. Los Estados no pueden, a la luz de esos instrumentos, implementar políticas que impliquen un «derecho de los adultos» al niño, o que prescindan de la civilización a la que el niño pertenece, soslayando que, en los países que ignoran o que prohíben la adopción, existen otras formas de colocación del menor en familia de sustitución o de protección comunitaria, que pueden satisfacer el interés de un niño concreto.

Cuando las relaciones son más estrechas y existe un fondo común de valores, los Estados incluyen en su convención

los temas de mayor conflicto: la eficacia extraterritorial de una sentencia que anula la adopción otorgada en el extranjero y la cooperación en la persecución penal del delito de tráfico de niños.

Un mecanismo vigente para el cobro de alimentos en las relaciones interestadales de los Estados Unidos de Norteamérica, presenta potencialidades que pueden ser explotadas en materia de adopción internacional. Se trata del proceso interjurisdiccional, en el cual la decisión sobre la materia conflictiva se resuelve en forma conjunta, con la intervención de las autoridades competentes de ambos países involucrados.

Cuando el esfuerzo lo realiza un Estado individualmente, fuera de todo marco convencional, parece insoslayable coordinar el ordenamiento de creación de la adopción con el ordenamiento donde probablemente se va a desarrollar la vida del niño adoptivo. Alemania, el Reino Unido, Suiza, se ocupan por distintas técnicas de no atribuir competencias a sus tribunales para crear una adopción claudicante, cuando ostensiblemente se advierte que resultará un perjuicio para el niño. Condicionar la actuación de un ordenamiento jurídico a la reacción de otro, es una técnica de coordinación.

Los Estados de origen quieren que sus niños obtengan un emplazamiento de tipo pleno y que adquieran la nacionalidad del país de recibimiento; exigen, además, tener información sobre la evolución del niño por largos períodos, algunas veces, hasta que el adoptado alcance la mayoría de edad. Por ello organizan un procedimiento que asegure el carácter genuino del contacto entre el niño y los futuros adoptantes y sólo conceden la adopción si existe algún organismo público de protección de la infancia que avale en ese país extranjero la idoneidad de los candidatos y que asuma la responsabilidad de efectuar el seguimiento posterior al desplazamiento al lugar del nuevo domicilio.

Salvo algunas excepciones -Perú, República Dominicana, Venezuela y los Estados que han ratificado la Convención

Interamericana de La Paz de 1984-, la gran mayoría de los países de origen de niños se despreocupa del enfoque propio del conflicto de leyes. El respeto abstracto de la ley del domicilio o de la nacionalidad del adoptante, no es un factor relevante al tiempo del reconocimiento de esa adopción en una jurisdicción extranjera. En efecto, existe una generalizada tendencia a aceptar la aplicación de la *lex fori* por las autoridades competentes del Estado de origen del niño y los controles se detienen en otros aspectos sustanciales, como el contenido del vínculo adoptivo, o procesales, como la obtención de una autorización o certificación previa de idoneidad de los adoptantes o la aprobación previa de la residencia del niño en el país de destino.

Se advierte una preferencia hacia la constitución de adopciones de tipo fuerte o pleno cuando el niño es o será desplazado de su país de origen hacia el Estado de residencia habitual de los adoptantes. Probablemente ha influido en este fenómeno la expansión de la Convención de La Haya del 29 de mayo de 1993, hoy vigente en más de cincuenta Estados. Aun sin imponer un vínculo de tipo pleno, favorece la conversión en emplazamientos de esa naturaleza, en las condiciones del artículo 27 del tratado, y asegura el reconocimiento de ese lazo intenso surgido de la conversión en todo Estado Parte, incluso en el Estado de origen del niño.

En forma simultánea, se afianza el principio que garantiza al niño un derecho de acceso a su verdad biológica. En Francia y en Alemania, países que dan acogimiento a un importante flujo de niños, se han instituido acciones autónomas para conocer los orígenes biológicos, sin alterar los efectos de un emplazamiento adoptivo pleno (tal el caso, por ejemplo, de la ley francesa 2002-93, del 22 de enero de 2002, relativa al acceso a los orígenes de personas adoptadas y pupilos del Estado).

Los Estados de recibimiento exigen una etapa probatoria de convivencia entre el niño y los futuros adoptantes pues no desean ser responsables de niños rechazados y abandonados.

dos en el propio territorio. A nuestro modo de ver, estos Estados han desarrollado una constructiva tolerancia hacia lo diferente y hoy son contados los supuestos de ordenamientos que mantienen la práctica de las «segundas adopciones». Los ordenamientos italiano y suizo brindan ejemplos paradigmáticos.

Los problemas de las calificaciones y de la cuestión previa son de notable actualidad; sin embargo, los Estados no necesitan regularlos pues quedan absorbidos por la aceptación uniforme de un contenido mínimo y por la protección de los derechos fundamentales que exigen la asimilación de todos los hijos y la no discriminación en razón de la religión o la nacionalidad.

Interesa menos el derecho aplicado en el país de origen para la constitución de la adopción, que la organización de un sistema de cooperación de autoridades que permita verificar que se han expresado los consentimientos de los padres u otros representantes del niño -y del propio niño si corresponde-, y que no se ha incurrido en delito en los casos intencionalmente vinculados al foro. España, Francia, Italia, han reformado sus legislaciones a fin de no favorecer las conductas ilícitas de sus nacionales en el extranjero.

El panorama de las legislaciones nacionales no revela, como regla general, el espíritu de dominación de los países desarrollados, que obtienen ventajas de las debilidades de los países en vías de desarrollo. Advertimos una aproximación en los objetivos más elevados que persiguen unos y otros. Y una disposición a la resignación de los propios principios cuando las especies no están vinculadas al foro de manera preponderante.



**TERCERA PARTE**

**CONTRIBUCIÓN PARA UNA REFORMA  
LEGISLATIVA EN LA REPÚBLICA ARGENTINA**



## INTRODUCCIÓN

La atención central en los casos de adopción internacional no se dirige al respeto del elemento extranjero del caso, a fin de no distorsionar su naturaleza -e incurrir con ello en una preliminar injusticia- sino que se orienta a colocar al niño en un emplazamiento familiar de hijo, que no puede lograrse en su país de origen en forma oportuna, y a mantener los derechos fundamentales del menor en el dramático proceso de desarraigo de su Estado de origen por desplazamiento al Estado de recepción. Los requisitos que deben cumplir los candidatos a adoptar, la necesidad de que organismos especializados de carácter público -o respaldados por autoridad pública- se comprometan a hacer un seguimiento del niño y a brindar informes periódicos, los esfuerzos para que los efectos de una filiación conferida en un Estado no se diluyan por el traspaso de las fronteras, todo nos revela que existen intereses sustanciales en las políticas legislativas en materia de adopción internacional, que exceden el ideal clásico de la armonía internacional de las decisiones y que obedecen a un cierto consenso alcanzado en torno al principio de que la adopción debe responder al interés del niño.

Tal como lo propusieron los grandes unilateralistas, corresponde definir primero los intereses prioritarios del foro y delimitar la esfera de aplicación del propio derecho. La prelación de los intereses sustanciales servirá para fijar los supuestos en que sea conveniente la no disociación entre juez

y derecho e, incluso, los ámbitos en los que parezca imprescindible asegurar una solución material de derecho patrio sin pasar por la mediación de la norma de conflicto. El objetivo social de las leyes del foro, los intereses gubernamentales que subyacen en la política legislativa del propio Estado, son parámetros imprecisos en la generalidad de la ley, pero pueden obtener una definida concreción en materias limitadas. La eficacia de esta orientación unilateralista dependerá de cuál sea el Estado que ejerza la concreta protección material sobre el niño y de la posibilidad de convenir conductas de cooperación por medio de tratados.

Dos puntos interesan, a saber: a) que se trate de una genuina adopción -lo cual comprende la ausencia de delito que vicie el estado de adoptabilidad del niño- y b) que se establezca un emplazamiento equiparable a la filiación, con los efectos y la estabilidad que corresponde al estado de hijo -para lo cual es imprescindible que no desaparezca su eficacia por el traslado de un Estado a otro-. Estos objetivos, en los que predominan los valores materiales, no pueden alcanzarse solamente con una regulación de derecho internacional privado que responda al enfoque del conflicto de leyes y del conflicto de jurisdicciones.

La unificación de las legislaciones nacionales no es la respuesta satisfactoria pues, en materia de adopción internacional, es tarea a la vez imposible e insuficiente. Imposible, porque la experiencia demuestra que los Estados no resignan los principios que sostienen sus respectivas legislaciones de fondo. Insuficiente, pues el mero hecho de contar con normas uniformes no previene el tráfico de niños ni asegura protección en ocasión del desplazamiento. El camino es la coordinación de ordenamientos en función de la finalidad que la institución debe satisfacer.

Ello no implica una modificación sustancial de la legislación de fondo, que sólo deberá introducir ciertas instituciones que favorezcan el funcionamiento del conjunto. Compor-

ta la articulación de un ordenamiento con otro -u otros <sup>1</sup>- a fin de que los dos objetivos prioritarios señalados no se desvanezcan por la torpeza con que el marco jurídico reglamenta las relaciones humanas.

---

<sup>1</sup> Antonio BOGGIANO, *Derecho internacional y derecho de las relaciones ...*, ob. cit., pág. 191.



## TÍTULO ÚNICO

### LA COORDINACIÓN ENTRE ORDENAMIENTOS COMO PRIORIDAD EN MATERIA DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

Examinaremos el derecho vigente en la República Argentina, en la fuente convencional y en la fuente interna, sin olvidar los aportes doctrinales que han mantenido viva la inquietud por mejorar el respeto de los derechos del niño y por garantizar su protección, incluso antes de la ratificación por nuestro país de la Convención sobre los Derechos del Niño. En esta materia, como en pocas, el derecho material determina las bases del sistema de derecho internacional privado, comprensivo de las opciones fundamentales sobre jurisdicción exclusiva, técnicas de coordinación, respeto por las situaciones jurídicas creadas en el extranjero que resulten compatibles con los principios del foro y medios de reacción -aceptables por los ordenamientos jurídicos extranjeros- para las excepcionales ocasiones en que ninguna coordinación pueda vislumbrarse.

#### Capítulo 1

#### **El panorama normativo en la República Argentina**

La inserción de la figura de la adopción internacional en el ordenamiento jurídico argentino es inescindible de la aceptación de la adopción en general, y ha atravesado las dificultades propias de una institución no arraigada en la cultura argentina, que fue deformada en su funcionamiento -por el

flagelo del tráfico de niños- antes de alcanzar la plenitud en el cumplimiento de su función social.

Nuestro propósito es descubrir si existe alguna técnica de coordinación útil en el derecho internacional privado vigente en la materia y cuáles son los aspectos que deberían contemplarse necesariamente en una futura reforma.

### *Sección 1*

#### *El derecho internacional privado vigente*

Ha existido una influencia recíproca permanente entre las normas de fuente convencional y las normas de fuente interna. Así, las cláusulas concernientes a la adopción previstas en el Código Bustamante de 1928, inspiraron la propuesta del Dr. Víctor Romero del Prado en el proyecto de Código Civil de la comisión reformadora de 1936. Este proyecto se hallaba presente en los espíritus cuando se encomendó al Dr. Vico la preparación de la propuesta que la delegación argentina aportó al Segundo Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado convocado en la ciudad de Montevideo. A su vez, las soluciones del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 -arts. 23 y 24- sirvieron de fuente al Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado del profesor Werner Goldschmidt. En nuestro tiempo, las soluciones de la Convención Interamericana de La Paz de 1984 fueron apreciadas en ocasión de la reforma, recientemente propuesta, de normas de derecho internacional privado de fuente interna.

Desde principios de esta década, la legislación nacional reflejó la influencia de la Convención sobre los Derechos del Niño, cuyos principios impulsaron la reforma de la ley de adopción. La ley 24.779 repitió la norma de conflicto contenida en el art. 32 de la ley 19.134 -actual art. 339 del Código Civil- e introdujo leves modificaciones al art. 33 de la vieja ley. Agregó, sin embargo, una significativa exigencia para los candidatos a adoptar en el art. 315, primer párrafo, del Código



Civil- e introdujo leves modificaciones al art. 33 de la vieja ley. Agregó, sin embargo, una significativa exigencia para los candidatos a adoptar en el art. 315, primer párrafo, del Código Civil que, en su nueva redacción, impide en la práctica que un extranjero o un argentino residente en el extranjero -o un residente habitual en el país que aún no ha cumplido una radicación de cinco años- adopte un niño en la República Argentina.

#### *A. La fuente convencional*

El Código Bustamante de 1928 -no ratificado por la República Argentina- contempló el régimen internacional de la adopción desde una óptica conflictual. La regulación es interesante porque en la época en que se elaboró, la institución de la adopción no había sido todavía admitida en buena parte de las legislaciones americanas.

La Unión Panamericana encomendó en 1925 al Instituto Americano de Derecho Internacional la preparación de un proyecto comprensivo de los principios y reglas de derecho internacional privado. El autor del proyecto fue Antonio Sánchez de Bustamante y Sirven, quien elaboró cuatro artículos en materia de adopción. En el debate del proyecto en la Comisión de Jurisconsultos de Río de Janeiro, en 1927, se agregó una quinta norma por la cual las disposiciones sobre la adopción no serían aplicables en aquellos estados que no conociesen esta institución en sus legislaciones internas. Finalmente, en la Sexta Conferencia Panamericana se aprobó el proyecto, conocido como Código Bustamante, que fue ratificado por un elevado número de países de América Central y Sudamérica <sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Bolivia, Brasil, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana y Venezuela se

El Código Bustamante aplica las leyes personales de cada uno de los interesados para la constitución de la adopción. Es decir, un sistema distributivo puro <sup>3</sup>. También prevé la aplicación de las respectivas leyes personales a los efectos de la adopción, en estos términos: «Art. 74. *Se regula por la ley personal del adoptante sus efectos en cuanto a su sucesión, y por la del adoptado lo que se refiere a su apellido y a los derechos y deberes que conserva respecto de su familia, así como a su sucesión respecto del adoptante*» <sup>4</sup>. Esta solución es inadmisibles desde el punto de vista de la coordinación de ordenamientos puesto que favorece la creación de adopciones claudicantes, que no responden a la legislación nacional de ninguno de los dos Estados involucrados.

*a. El Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940*

Carlos María Vico, integrante de la delegación argentina en el Segundo Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado, es el autor de los arts. 23 y 24 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940.

El informe del Ministerio de Relaciones Exteriores de la Argentina, concerniente al citado Congreso, no aporta cri-

---

obligaron por el Código Bustamante, cuya eficacia ha sido disminuida por las diferentes reservas.

<sup>3</sup> María Susana NAJURIETA, «La adopción en derecho internacional privado», *Revista Prudentia Juris* N° 14, 1984, pág. 101. Las normas previstas son de difícil aplicación práctica pues el concepto de «ley personal» que es utilizado comprende tanto la ley de la nacionalidad como la ley del domicilio del sujeto.

<sup>4</sup> Las restantes normas del Código Bustamante son las siguientes: «Art. 73: La capacidad para adoptar y ser adoptado y las condiciones y limitaciones de la adopción se sujetan a la ley personal de cada uno de los interesados. Art. 75: Cada uno de los interesados podrá impugnar la adopción de acuerdo con las prescripciones de su ley personal. Art. 76: Son de orden público internacional las disposiciones que en esta materia regulan el derecho a los alimentos y las que establecen para la adopción formas solemnes».

terios para la interpretación, pues se limita a una breve referencia, en estos términos: «En la parte de derecho de familia se introdujo a propuesta de la Argentina un título sobre adopción, institución no contemplada en el derecho vigente, existente en algunos Estados de Sudamérica y proyectada en la Argentina»<sup>5</sup>.

El pensamiento de Vico se inclinaba hacia la aplicación distributiva de ambas leyes personales. En su Curso de Derecho Internacional Privado expresó lo siguiente: «... se han propuesto varios temperamentos pareciéndonos el más justo aquel que aplica las dos leyes. La del adoptante determinará si la adopción es posible respecto de él y la del adoptado decidirá lo mismo a su respecto. La adopción no será válida por consiguiente más que cuando responda a las exigencias de ambas leyes. En este caso la aplicación separada de las dos leyes es perfectamente posible...»<sup>6</sup>. Esta solución merece la misma crítica que las recibidas por las normas del Código de Bustamante<sup>7</sup>. Sin embargo, el art. 23 del Tratado fue redactado en estos 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 de los domicilios de las partes en cuanto sean concordantes, con tal que el acto conste en instrumento público».

La validez sustancial de la adopción se rige por una norma de conflicto con un punto de conexión acumulativo igual. Es una solución restrictiva que da lugar a un emplazamien-

---

<sup>5</sup> Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, División Asuntos Jurídicos, República Argentina, *II Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado de Montevideo, 1939/1940*, Buenos Aires, 1940, pág. 165.

<sup>6</sup> Carlos María Vico, *Curso de derecho internacional privado*, 6ª ed., t- 1, Derecho de Familia, pág. 348.

<sup>7</sup> Ver, entre otros, la obra de Jorge Eduardo COLL y Luis Alberto ESTIVILL, *La adopción e instituciones análogas*, Buenos Aires, Editora Argentina, 1947, pág. 457, citada en nota 194 de la Primera Parte.

to estable y evita situaciones claudicantes. En cuanto a la norma material uniforme relativa a la forma de la adopción, no responde al pensamiento de Vico, sino que fue incorporada tras los debates, por influencia del delegado uruguayo doctor Vargas <sup>8</sup> y favorece la «circulación» de una adopción una vez constituida: los países ratificantes del Tratado reconocerán la adopción hecha en instrumento público, dondequiera que se otorgue.

El anteproyecto de la delegación argentina contemplaba lo siguiente: «Art. 23. Las relaciones jurídicas concernientes a las partes se rigen por las leyes a que están sometidas cada una de aquéllas». Este art. 23 de la propuesta argentina se transformó en el art. 24 del Tratado en su texto definitivo: «*Art. 24. Las demás relaciones jurídicas concernientes a las partes se rigen por las leyes a que cada una de éstas se halla sometida*».

En la sesión del 13 de mayo de 1940, Vico explicó sobre el punto: «Esta disposición se refiere a las relaciones del adoptado con su familia natural y a las del adoptado con el adoptante y con los miembros de su familia. Todas ellas deben regirse por la ley que anteriormente las gobernaba, porque la adopción agrega ciertas relaciones que vinculan al adoptado con el adoptante y con la familia del adoptante; pero no quita ni modifica ninguna de las relaciones preexistentes» <sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> El anteproyecto de la delegación argentina preveía lo siguiente con relación a la forma: «Las solemnidades y formas extrínsecas de la adopción se rigen por la ley del lugar de la celebración». Conf. Jorge Eduardo COLL - Luis Alberto ESTIVILL, *La adopción...*, ob. cit., págs. 459/460.

<sup>9</sup> José Luis BUSTAMANTE y RIVERO, *II Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado de Montevideo. El Tratado de Derecho Civil Internacional de 1940*, Montevideo, 1942, pág. 83 y ss.. Como bien señala Eduardo Vaz Ferreira, la explicación de Vico podía tener sentido en 1939, época en la que las adopciones que rompían los vínculos del adoptado con su familia de origen no se conocían en ninguno de los Estados que intervinieron en la redacción del tratado. En opinión de este autor, el art. 24 resulta inútil en nuestra época, pues los tipos de adopción relevantes, lejos de dejar inalteradas

La explicación de Vico responde a la norma propuesta en el anteproyecto de la delegación argentina (art. 23, citado), pero no al art. 24 del texto del tratado. En efecto, el pronombre «éstas» en el texto del tratado, se refiere a «las partes» y en la exposición del Dr. Vico se refiere a las «relaciones jurídicas»<sup>10</sup>. En el sentido del tratado, la ley a que cada una de las partes está sometida, es la ley domiciliar. Se trata, pues, de la aplicación distributiva de ambas leyes domiciliarias: lo referente al adoptado y a su familia de sangre, por el derecho del domicilio del adoptado; lo relativo al adoptado y a la familia del adoptante, por el derecho del domicilio del adoptante. La solución pone en riesgo la estabilidad del emplazamiento adoptivo, mediante el fraccionamiento del estatuto aplicable a los efectos de la adopción.

El profesor Goldschmidt propone la siguiente interpretación del art. 24 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940: «Esta disposición enfoca tres clases de relaciones: 1) condicionantes de la validez de la adopción -por ejemplo, se prohíbe que alguien adopte a un hijo propio extramatrimonial: filiación de la persona a adoptar con respecto de quien desea adoptar-; 2) independientes de la adopción -por ejemplo, un préstamo que dio el adoptante al adoptado antes de la adopción-; 3) condicionadas por la adopción -por ejemplo, patria potestad, sucesión, etcétera-. Por consiguiente, la patria potestad que es la consecuencia de la adopción de menores, se regula por la ley que rige la patria potestad. Y lo que es particularmente importante, las vocaciones sucesorias de adoptante y adoptado se regulan por el derecho del último domicilio del causante o por el dere-

---

las relaciones preexistentes, rompen los lazos del adoptado con su familia de origen. Conf. Eduardo VAZ FERREIRA, Didier OPERTTI BADAN, Eduardo TELLECHEA BERGMAN, *Adopción internacional*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1984, págs. 16/17.

<sup>10</sup> Conf. Jorge Eduardo COLL - Luis Alberto ESTIVILL, *La adopción...*, ob. cit., pág. 462.

cho de la situación de los bienes relictos, según lo que fuere el estatuto sucesorio»<sup>11</sup>.

En nuestra opinión, las situaciones enunciadas como 1 y 2 por el maestro Goldschmidt no están comprendidas en el tipo legal del art. 24 del Tratado en estudio<sup>12</sup>. Las primeras, porque están comprendidas en las condiciones de validez de la adopción, materia regulada en el art. 23 del Tratado (y sometida acumulativamente a ambos derechos domiciliarios); las segundas, porque si son totalmente independientes de la adopción, no corresponde que sean regidas por una norma que trata la adopción sino por las normas de conflicto que abarcan en su tipo legal la relación de que se trate. Queremos detenernos en las relaciones que el profesor Goldschmidt enuncia en tercer lugar.

La adopción para ser calificada como tal debe, como mínimo, crear un emplazamiento filiatorio. Ahora bien, la creación por ficción jurídica de una filiación produce como consecuencia inescindible una transferencia de la autoridad parental y ello se gobierna por la ley que rige la adopción. No obstante, como se trata de una relación esencialmente dinámica, todo conflicto ulterior se ha de regir por la norma aplicable a la autoridad parental según el ordenamiento del juez

---

<sup>11</sup> Werner GOLDSCHMIDT, *Derecho internacional...*, ob. cit., págs. 349/350.

<sup>12</sup> Por su parte, el Dr. Juan Carlos Smith afirma: «En lo que respecta a la regla establecida en el art. 24... se advierte que el criterio fundante no es otro que separar el régimen internacional de la adopción propiamente dicho, de aquellos aspectos que, no obstante su conexión con el instituto, no necesariamente se encuentran comprendidos en él». Juan Carlos SMITH, «Amplitud y límites extraterritoriales de la adopción», L.L. 1980-C, págs. 948/972, esp. pág. 962. En sentido similar se expresa el Dr. Didier Operti Badan: «En nuestra opinión -diferente a la de Alfonsín- el Tratado de 1940 abarca en el art. 23 tanto las condiciones como los efectos de la adopción; en efecto, dicha norma al aludir a los efectos se refiere a los que son consustanciales a la institución, mientras que el art. 24 trata de las 'demás relaciones jurídicas', entendiéndose por tales las categorías de carácter autónomo que están sometidas por serlo a su propia ley». Conf. Eduardo VAZ FERREIRA, Didier OPERTTI BADAN, Eduardo TELLECHEA BERGMAN, *Adopción...*, ob. cit., pág. 30.

competente. En sentido similar, un emplazamiento adoptivo creado sobre la base de una determinada legislación nacional, ha de tener consecuencias de derecho sucesorio, tanto respecto del adoptado como respecto del adoptante. Sin embargo, la categoría «adopción» no absorbe, como principio, el estatuto sucesorio cuando se reclaman derechos sucesorios como pretensión principal de competencia de un foro dado, y la validez de la adopción conferida en el extranjero se presenta como cuestión condicionante de la anterior.

La República Argentina no ha ratificado otros tratados bilaterales o multilaterales en materia de adopción internacional <sup>13</sup>.

En 1983, como contribución a los trabajos preparatorios de la reunión de Río de Janeiro del Comité Jurídico de la Organización de los Estados Americanos, el profesor Julio J. López del Carril elaboró un proyecto de Convención de derecho internacional privado en materia de adopción <sup>14</sup>. En ella se establece el principio de que, para que una adopción sea posible, es necesario que la institución sea aceptada tanto en la ley del domicilio del adoptado como en la ley del domicilio del adoptante (art. 3º). El propósito que anima esta disposición es evitar adopciones claudicantes, pero el principio no produce, en sí mismo, una coordinación concreta entre ambos ordenamientos.

Más interesantes, a nuestro propósito, son las normas del citado proyecto sobre reconocimiento de adopciones otorgadas en el extranjero, contenidas en los arts. 8º y 15. Dicen así: «*Art. 8º. La sentencia que acuerde la adopción no requerirá exequatur para surtir efectos extraterritoriales, debiendo ser*

---

<sup>13</sup> La República Argentina no ha ratificado la Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de adopción, elaborada en La Paz, en 1984. Ver Segunda Parte, Título I, Capítulo 3, Sección 1.

<sup>14</sup> El proyecto se ha publicado en La Ley Actualidad del 21 de diciembre de 1983.

*homologada por los jueces del Estado del domicilio real del adoptante...».* Art. 15. *Los Estados Partes no podrán desconocer las adopciones otorgadas en base a la presente Convención, si ellas fuesen compatibles con su propia legislación y no afectasen gravemente la moral, las buenas costumbres o el orden público del Estado requerido o el orden público internacional». Estas disposiciones, al establecer un principio de circulación de las adopciones otorgadas conforme a la Convención entre los Estados Partes, favorece la relación entre los ordenamientos jurídicos. En nuestra opinión, no son claros los alcances de la «homologación», sobre todo para un ordenamiento como el argentino que no revisa el fondo de las sentencias dictadas en el extranjero y que desconoce el principio del reconocimiento de pleno derecho de las decisiones extranjeras que versan sobre el estado de las personas.*

*b. La Convención sobre los Derechos del Niño*

En ocasión de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, la República Argentina formuló la siguiente reserva: «... *la República Argentina hace reserva de los incisos 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*»<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> Ley 23.849, sancionada el 27/9/90, promulgada tácitamente el 16/10/90. Con posterioridad, la reforma constitucional de 1994 incorporó esta Convención entre los tratados de derechos humanos que, en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, Constitución Nacional). Aun cuando parezca obvio, señalamos que la Convención goza de jerarquía constitucional, tal como vincula a la República Argentina con el resto de los Estados obligados. En materia específica de adopción, tal prelación corresponde al art. 21 inciso a, de la Convención. La ley del Congreso de la Nación por la cual se aprueba la Convención y se autoriza su ratificación



El texto de la Convención trata de la «adopción en otro país». Ello significa que, estrictamente, no ha contemplado la adopción que se confiere en el país de origen en favor de adoptantes extranjeros que no comporte un desplazamiento actual del menor a través de las fronteras <sup>16</sup>. Sin embargo, la reserva revela el disfavor con que el legislador argentino considera la adopción con elementos extranjeros y esta actitud ha llevado a nuestros jueces a sostener la prohibición de toda adopción internacional <sup>17</sup>.

En consecuencia, la siguiente norma está vigente en la República Argentina y goza de jerarquía constitucional conforme a lo dispuesto en el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional. «Art. 21. *Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y: a) Velarán por*

---

bajo ciertas condiciones, tiene jerarquía legal y las reservas pueden levantarse con aprobación de la mayoría necesaria en cada Cámara. En sede internacional, la reserva fue presentada el 4 de diciembre de 1990.

<sup>16</sup> Conforme al art. 54 de la Convención, el texto en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos. Ello no impide la existencia de problemas de expresión de un mismo concepto en distintas lenguas. Es así como el término en inglés «intercountry adoption» refleja exactamente la idea, que no es sino comprender toda adopción que suponga un desplazamiento del niño a través de las fronteras de un Estado. Esa expresión no encuentra un equivalente fiel en lengua española ni tampoco en lengua francesa.

<sup>17</sup> En la Conferencia Intergubernamental sobre Adopción Internacional que se llevó a cabo en Chile, del 2 al 5 de marzo de 1999, el Dr. Alejandro Molina, entonces presidente del Consejo Nacional del Menor y la Familia, expuso la posición argentina en estos términos: «... *la Argentina ha adoptado un rígido sistema de rechazo a la adopción internacional respecto de menores nacionales o con residencia en nuestro país que se pretendan adoptar por residentes en el extranjero*». Alejandro C. MOLINA, «La Argentina y la adopción internacional», en E.D. 186, págs. 1114/1120. La Dra. María Fontemachi sostiene que las normas sobre adopción internacional contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño se contradicen con los principios de la propia Convención y que nuestro país debe abstenerse de legislar autorizando la adopción internacional. Conf. María FONTEMACHI, «La adopción internacional. Las convenciones», L.L. 1999-A, págs. 918/927 esp. 921.

*que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario».*

Dado que la reserva efectuada por la Argentina y las conclusiones que se han inferido de ella son el principal obstáculo para otorgar adopciones en jurisdicción nacional en favor de adoptantes domiciliados en el extranjero, debemos efectuar un estudio detenido de las normas que han sido excluidas por voluntad del Congreso de la Nación.

Con ese propósito utilizaremos los trabajos preparatorios del texto elaborado en el seno de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. La Comisión designó un grupo de trabajo que comenzó sus reuniones en 1979. Tras once sesiones, en diciembre de 1988, el grupo completó su proyecto final, que fue sometido a debate y aprobación de la Comisión de Derechos Humanos, del Consejo Económico y Social y de la Asamblea General, organismo que adoptó la Convención sobre los Derechos del Niño el 20 de noviembre de 1989 (resolución 44/25). Transcribiremos, cuando sea necesario, los textos del proyecto en inglés, tal como aparecen en los trabajos preparatorios, a fin de expresar con fidelidad los matices de la discusión.

El texto básico redactado en 1979 fue el apartado 3 de una norma redactada en estos términos: «Article 11. 1. A child deprived of parental care shall be entitled to the protection and assistance provided by the state. 2. The States Parties to the present Convention shall be obliged to provide appropriate educational environment to a child who is deprived of his natural family environment or, on account of his well-being, cannot be brought up in such environment. 3.

*The States Parties to the present Convention shall undertake measures so as to facilitate adoption of children and create favourable conditions for establishing foster families»<sup>18</sup>.*

En 1981, por propuesta de la delegación de Dinamarca, se agregó al apartado 3 una nueva frase que decía lo siguiente: «*The child shall not, however, be adopted unless there has been a serious attempt to investigate and elucidate his status concerning parents, guardians, relatives and other biological and stable social relations*».

Al finalizar las reuniones de 1982, el texto adoptado por el grupo de trabajo era el siguiente: «Article 11. 1. The State parties to the present Convention shall undertake measures, where appropriate, to facilitate the process of adoption of the child. Adoption of a child shall be authorized only by competent authorities who determine, in accordance with applicable law and procedures and on the basis of all pertinent and reliable information, that the adoption is permissible in view of the child's status concerning parents, relatives and guardians and that, if required, the appropriate persons concerned have given their informed consent to the adoption on the basis of such counselling as may be necessary. 2. *The States Parties to the present Convention shall take all appropriate measures to secure the best interests of the child who is the subject of intercountry adoption. States Parties shall ensure that placements are made by authorized agencies or appropriate persons under the adequate supervision of competent authorities, providing the same safeguards and standards that are applied in exclusively domestic adoptions. The competent authorities shall make every possible effort to ensure the legal validity of the adoption in the countries involved. States Parties shall endeavour, where appropriate,*

---

<sup>18</sup> Working Group E/CN.4/1349, pág. 4 (10 de octubre de 1979; original en inglés).

*to promote these objectives by entering into bilateral or multilateral agreements».*

Con esta redacción finalizaron los debates de 1982. En 1985 hubo una propuesta de la delegación de los Estados Unidos de Norteamérica con el propósito de señalar la confidencialidad de los archivos sobre adopciones, pero no fue incorporada al texto. En 1989 tuvo lugar un nuevo debate profundo sobre las disposiciones que se comentan. Egipto quiso salvaguardar la situación de los Estados que no aceptaban la adopción en sus legislaciones internas. Finalmente, se formuló una nueva redacción del artículo concerniente a la adopción que quedó aprobado en los términos siguientes:

*«Article 21. States Parties which recognize and/or permit the system of adoption shall ensure that the best interest of the child shall be the paramount consideration and they shall:*

(a) Ensure that the adoption of a child is authorized only by competent authorities who determine, in accordance with applicable law and procedures and on the basis of all pertinent and reliable information, that the adoption is permissible in view of the child's status concerning parents, relatives and legal guardians and that, if required, the persons concerned have given their informed consent to the adoption on the basis of such counselling as may be necessary;

(b) Recognize that intercountry adoption may be considered as an alternative means of child's care, if the child cannot be placed in a foster or an adoptive family or cannot in any suitable manner be cared for in the child's country of origin;

(c) Ensure that the child concerned by intercountry adoption enjoys safeguards and standards equivalent to those existing in the case of national adoption;

(d) Take all appropriate measures to ensure that, in intercountry adoption, the placement does not result in improper financial gain for those involved in it;

(e) Promote, where appropriate, the objectives of this article by concluding bilateral or multilateral arrangements

or agreements, and endeavour, within this framework, to ensure that the placement of the child in another country is carried out by competent authorities or organs».

Al comparar el texto definitivo con los trabajos de 1982, se advierten algunas notas destacables. En primer lugar, la introducción del art. 21, común a todos los apartados, en su versión original comportaba obligaciones para los Estados. En cambio, en el texto final, ha contemplado la preocupación de aquellos Estados que no aceptan la institución de la adopción -en tanto figura jurídica que sustituye una filiación biológica-. De los arts. 21 y 30 de la Convención sobre los derechos del niño debe inferirse que la posición de los países de tradición musulmana que no admiten la adopción, no es contraria a los principios de la Convención y que la prohibición que contenga en ese sentido la ley personal del adoptado no es ofensiva a los principios de orden público sobre los que existe consenso en la comunidad internacional <sup>19</sup>.

Según la versión auténtica en inglés del párrafo introductorio del art. 21, el mejor interés del niño es la con-

---

<sup>19</sup> En este sentido la Circular «Guigou» del 16 de marzo de 1999 del Ministerio de la Justicia de Francia, que asume una posición coherente a la Convención sobre los Derechos del Niño, frente a una línea jurisprudencial contraria. Conf. Segunda Parte Título II, Capítulo 1, Sección 2, apartado B, párrafo b. Por el contrario, la jurisprudencia alemana ha sostenido en varias oportunidades que el orden público alemán se opone a la prohibición absoluta a la adopción del derecho musulmán, en especies que presenten lazos muy estrechos con Alemania (la condición de «*Inlandsbeziehung*»). En un caso reciente, de 1996, un tribunal de apelación alemán revocó la decisión de la instancia anterior por estimar que el juez no había examinado si la exclusión de la adopción del derecho marroquí estaba en conformidad con los principios fundamentales del derecho alemán, en particular con el principio del interés prioritario del niño. La adopción de un niño marroquí había sido solicitada en Alemania por dos esposos de origen marroquí, casados en Marruecos y residentes en Alemania, país donde el marido había adquirido la nacionalidad alemana. Según el tribunal, los jueces hubieran debido averiguar si la pareja se había establecido definitivamente en Alemania o tenían la intención de regresar a Marruecos con el niño. Sami ALDEEB y Andrea BONOMI (ed.), *Le droit musulman...*, ob. cit., pág. 257 con cita de la sentencia del OLG Karlsruhe, del 25 de noviembre de 1996.

sideración suprema («paramount consideration») en materia de adopción. La insistencia en utilizar la expresión «consideración suprema», expresa un matiz específico importante en cuanto a la necesidad de proteger al niño <sup>20</sup>. Estos matices se han perdido en la versión auténtica en lengua española, lo cual revela los límites de un texto que se elabora en un contexto multinacional de pluralidad de lenguas.

En el apartado b, el texto final aprobado no se hizo eco de la voz de algunos países, por ejemplo Brasil, que insistió en que no se trataba de un «medio alternativo más» para el cuidado del niño, sino que la adopción internacional sólo debía vislumbrarse cuando todos los otros medios conocidos en el Estado de origen se hubiesen agotado <sup>21</sup>. El texto final tampoco refleja la crítica que algunos países dirigieron hacia la expresión «beneficios financieros indebidos» que aparece en el apartado d del art. 21. Venezuela afirmó que podía inferirse que la Convención aceptaba «beneficios financieros debidos» y que esa norma abriría la puerta al tráfico de niños <sup>22</sup>. Se advierte que en el texto final ha desaparecido toda referencia a agencias autorizadas, expresión que ha sido reemplazada por «autoridades competentes» o «autoridades u órganos competentes».

Si la República Argentina pudiera lograr un mecanismo de protección legal del niño en materia de adopción internacional, apto para prevenir y evitar el tráfico de niños con fines de adopción, estimamos que sería conveniente levantar la reserva efectuada al tiempo de la ratificación respec-

---

<sup>20</sup> Documento «Intercountry Adoption. Information Portfolio UNICEF. Convention on the Rights of the Child. Travaux préparatoires of articles 20 and 21», N<sup>ros</sup> 359 a 364.

<sup>21</sup> Documento «Intercountry Adoption...», citado en la nota precedente, N<sup>o</sup> 369. Al ratificar la Convención, Brasil efectuó una declaración en ese sentido.

<sup>22</sup> Documento «Intercountry Adoption...», ídem, N<sup>o</sup> 356.

to de los apartados b, c y e, mantener la reserva en cuando al apartado d y declarar que la Argentina entiende que este medio de protección sólo responde al interés del niño cuando no es posible una adopción puramente local respecto de ese niño concreto.

### *B. La fuente interna*

La primera propuesta que claramente advierte la necesidad de coordinación entre ordenamientos, es la que formulan los doctores Jorge Eduardo Coll y Luis Alberto Estivill en su obra *La adopción e instituciones análogas*, publicada en 1947, cuando aún no se había incorporado la institución de la adopción en el ordenamiento jurídico argentino. Estos autores, que tuvieron como una de las fuentes a la Convención de los países escandinavos del 6 de febrero de 1931<sup>23</sup>, concibieron la siguiente norma: «Art. 30. La ley del lugar donde se celebra la adopción rige: 1° La capacidad para adoptar o ser adoptado; 2° La forma del acto; 3° La existencia de los efectos. *Sin embargo, la ley argentina rige también la capacidad cuando el adoptante tenía su domicilio en la República*

---

<sup>23</sup> Jorge Eduardo COLL y Luis Alberto ESTIVILL, *La adopción...*, ob. cit., págs. 445/448. Entre otras, los autores estudiaron la legislación vigente en Finlandia y en Suecia. Según la ley finlandesa del 5 de diciembre de 1929, «un extranjero puede adoptar en Finlandia si la adopción es considerada válida en el Estado de su nacionalidad». No se trata de aplicar la «ley del Estado de la nacionalidad del sujeto»; se trata de demostrar que esa adopción a constituirse en Finlandia es aceptada como válida y puede desplegar sus efectos en el país de la nacionalidad del adoptante. La ley sueca del 14 de junio de 1917 preveía lo siguiente: «Un extranjero no puede adoptar ni ser adoptado en Suecia, a menos que la adopción sea válida en el Estado de su nacionalidad. Los ciudadanos suecos no deben adoptar ni ser adoptados en un Estado extranjero, sino cuando el Rey, en relación a un Estado determinado, o en ciertos casos, ha consentido en la adopción» (art. 26). Es decir, la demostración de la validez de la adopción en el Estado de la nacionalidad del adoptante aparece como *requisito sustancial para la constitución de una adopción* en esas condiciones en Suecia. Ver nota 194 de la Primera Parte.

*Argentina al tiempo de la adopción. El incapaz domiciliado o residente en la República, no puede ser adoptado en el extranjero, bajo pena de nulidad, sin que consienta el tribunal de su domicilio o de su residencia.* La extensión y forma de ejercicio de cada efecto determinado, se rige por la ley del lugar donde se hace valer».

En el pensamiento de estos autores, la regla general es regir la adopción con elementos extranjeros por una ley única: la del lugar del otorgamiento. Si la adopción se confiere en la Argentina -y ello es así cuando en la República se radica el tribunal que dispuso del menor o, en su defecto, el tribunal del domicilio del adoptante (arts. 9º y 10 del Anteproyecto)- se aplica la *lex fori* por ser la ley del lugar de otorgamiento. Ahora bien, la segunda frase del citado art. 30 contempla la adopción que se otorga en el extranjero, en favor de un adoptante domiciliado en la Argentina. En este supuesto, se abandona el principio de la ley única y se exige -para aceptar esa adopción con efectos en la República Argentina- que se respeten las exigencias de la ley argentina sobre la capacidad del adoptante. Se trata de una condición de eficacia de la adopción extranjera, consistente en «acumular derechos», exigencia que debería ser tomada en cuenta por la autoridad extranjera al tiempo del otorgamiento del emplazamiento adoptivo.

Más eficaz nos parece la tercera frase relativa a la adopción otorgada en el extranjero de un niño domiciliado o residente en la República Argentina, en favor de un adoptante también domiciliado en el extranjero. Produce una *coordinación efectiva* habida cuenta de que, si la autoridad extranjera no da intervención al tribunal del domicilio o residencia del niño en Argentina, a fin de que consienta el acto a realizarse en el extranjero, el niño no saldrá del territorio argentino y, en todo caso, la adopción que se otorgue en transgresión de esta disposición en país extranjero, será viciada de nulidad a los ojos del ordenamiento argentino. El mecanismo hace pensar en el actual art. 17 de la Convención de La Haya del 29 de



mayo de 1993<sup>24</sup> y es una original solución para su tiempo. En una época en la que aún la adopción se concebía como un medio de otorgar al adoptante la patria potestad sobre un niño, la obra de estos autores tiende claramente a la necesidad de dar padre o madre legítimos a quien no los tiene en aptitud de proveer a su normal formación física y ética, a fin de asegurar lo que más conviene al menor<sup>25</sup>.

Estas ideas no fueron recogidas en los debates parlamentarios que precedieron a la sanción de la ley de adopción y ninguna regulación específica para casos con elementos extranjeros aparece en la ley 13.252. Continuó, pues, la discusión doctrinal respecto del derecho que debía regir los casos multinacionales. En general, se interpretó que correspondía la aplicación analógica de las normas indirectas sobre adopción incluidas en el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, vigente en la República Argentina a partir de 1956<sup>26</sup>.

La ley 19.134, promulgada el 21 de julio de 1971, incorporó dos normas relativas a los casos con elementos extranjeros. Se trata del art. 32, que es una norma de conflicto de tipo clásico, y del art. 33, una norma material de derecho internacional privado.

*«Art. 32. La situación jurídica, los derechos y deberes de adoptantes y adoptados entre sí, se regirán por la ley del domicilio del adoptado al tiempo de la adopción cuando ésta hubiere sido conferida en el extranjero».*

*«Art. 33. La adopción concedida en el extranjero de conformidad a la ley del domicilio del adoptado, podrá transformarse en el régimen de adopción plena establecida en la presente ley, acreditándose dicho vínculo y prestando su con-*

---

<sup>24</sup> Ver Segunda Parte, Título I, Capítulo 2, Sección 2.

<sup>25</sup> Jorge Eduardo COLL - Luis Alberto ESTIVILL, *La adopción...*, ob. cit., pág. 31.

<sup>26</sup> Werner, GOLDSCHMIDT *Derecho internacional...*, ob. cit., pág. 347, N° 291.

sentimiento los adoptantes y los adoptados, quienes deberán ser mayores de edad».

El art. 32 ha sido objeto de interpretaciones y críticas por parte de la doctrina. La Dra. Margarita Argúas sostuvo que, de seleccionar un único derecho aplicable, hubiera debido escogerse el derecho del domicilio del adoptante <sup>27</sup>.

Una parte de los autores entiende que la norma se aplica únicamente a las adopciones conferidas en el extranjero, pues las que se hubiesen otorgado en la Argentina se rigen por la ley de la República <sup>28</sup>. Otra tesis considera que el tipo legal de esta norma abarca tanto las condiciones de validez extrínsecas e intrínsecas de la institución como sus efectos, todo lo cual se somete al derecho del domicilio del adoptado al tiempo de la adopción <sup>29</sup>.

Se ha sostenido que esa imprecisión del derecho internacional privado de fuente interna en cuanto a la ley aplicable para constituir una adopción, debe llenarse con los derechos domiciliarios de ambas partes, por ser la ley personal según nuestro ordenamiento jurídico <sup>30</sup> y por ser la técnica que me-

---

<sup>27</sup> Margarita ARGÚAS, «La adopción en derecho internacional privado», Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Anales, año XXV, Segunda Época, Nº 18, conferencia del 27 de mayo de 1980, pág. 256.

<sup>28</sup> Augusto BELLUSCIO (director), *Código Civil y leyes complementarias, Comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires, Astrea, 1979, t. 2, pág. 489. En el mismo sentido: Eduardo ZANNONI, *Derecho de familia*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1989, t. 2, pág. 595; Inés WEINBERG, «La adopción internacional según la ley 19.134», E.D. 38, págs. 1069/1072.

<sup>29</sup> Antonio BOGGIANO, *Derecho internacional privado*, ob. cit., t. 1, págs. 994/995. En el mismo sentido, Amalia URIONDO DE MARTINOLI, «Adopción internacional», ponencia a la XIII Conferencia Nacional de Abogados (Reforma del Derecho Privado), San Salvador de Jujuy, 6 al 8 de abril del 2000.

<sup>30</sup> Berta KALLER ORCHANSKY, *Nuevo manual de derecho internacional privado*, 5ª ed., Buenos Aires, Plus Ultra, 1997, págs. 273/5; Werner GOLDSCHMIDT, *Derecho internacional...*, ob. cit., pág. 358; Juan Carlos SMITH, «Amplitud y límites...», ob. cit., pág. 966. También critica la aplicación de una sola ley: Zulema WILDE, *La adopción...*, ob. cit., pág. 53.

por evita la constitución de adopciones claudicantes. El profesor Boggiano estima que si el juez argentino se declara competente con fundamento en el domicilio del adoptante, debe aplicar la ley extranjera del domicilio del adoptado y seguir las normas de conflicto de ese país, que pueden conducir a aplicar la *lex civilis fori* por reenvío o el derecho extranjero de un tercer Estado por remisión <sup>31</sup>.

No es nuestra intención profundizar este debate en el presente trabajo <sup>32</sup>. Deseo hacer un nuevo enfoque del art. 32 -que fue mantenido sin modificaciones por la ley 24.779, art. 339 del Código Civil- desde la óptica de la coordinación de ordenamientos.

El tipo legal del art. 32 comprende «la situación jurídica, los derechos y deberes del adoptante y adoptado entre sí», es decir, el estado y demás efectos que se derivan de la adopción. Sin embargo, no sólo los efectos de una adopción otorgada en el extranjero se someten al derecho indicado en el punto de conexión de esa norma; también los requisitos y condiciones de constitución, sustanciales y formales. Esta conclusión se desprende del art. 33 de la ley 19.134, que re-

---

<sup>31</sup> Antonio BOGGIANO, *Derecho internacional privado*, ob. cit., t. I, págs. 975/976. En su reciente *Curso de derecho internacional privado*, el profesor Boggiano afirma que «una norma de conflicto materialmente orientada hacia la mayor tutela del menor puede construirse con un punto de conexión **alternativo**, permitiendo a quien invoca la adopción basarse tanto en el derecho del adoptante como en el suyo. Habría que distinguir entre el derecho más favorable a la validez de la adopción y el derecho más favorable a la parte que merece protección. La regla que conduce a preferir la validez de la adopción parece funcional. En cambio, es más difícil admitir una norma de elección del derecho más favorable a los intereses de aquella parte...». Conf. *Curso de derecho internacional privado*, 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001, pág. 565.

<sup>32</sup> En 1984 sostuvimos que correspondía «independizar juez competente y ley del foro. Respetar los elementos extranjeros de las adopciones que se confieren en el país; las mismas se regirán por la pertinente norma de conflicto». María Susana NAJURIETA, «La adopción en derecho internacional...», ob. cit., pág. 113. En ese trabajo seguimos un enfoque conflictualista, *inadecuado para la realidad actual*.

gula la conversión de una adopción extranjera en adopción de tipo pleno siempre y cuando se trate de una «adopción concedida en el extranjero *de conformidad a la ley del domicilio del adoptado*» y se satisfagan las condiciones que establece el legislador. La norma no exige que haya intervenido la autoridad competente del domicilio del adoptado, sino que sea «de conformidad» con ese derecho. Es evidente que si esa autoridad interviene, va a conferir una adopción -basada en la *lex fori* o en un tercer derecho- aceptada por el propio ordenamiento. Pero puede también interpretarse que el supuesto incluye una adopción otorgada por la autoridad competente del domicilio del adoptante, que sea conforme al derecho del domicilio del adoptado y que, en consecuencia, pueda tener eficacia en este último ordenamiento y también en el ordenamiento jurídico argentino.

El capítulo pertinente tanto de la ley 19.134 como del Código Civil, tras el dictado de la ley 24.779, no versa sobre el «reconocimiento de decisiones extranjeras» sino del reconocimiento de los efectos que una situación jurídica extranjera puede desplegar en el foro.

No vemos obstáculos para interpretar que esta norma permite sustituir el procedimiento tradicional de reconocimiento de sentencia extranjera de adopción -sometida a las verificaciones del art. 517 y siguientes o similares de los códigos procesales- por un control *desde la óptica del ordenamiento jurídico del domicilio del adoptado al tiempo de la adopción*. Según esta interpretación, la norma de conflicto contenida en el art. 32 de la ley 19.134 -art. 339 del Código Civil en su redacción actual- serviría para designar el ordenamiento jurídico competente, cuya posición sería respetada por el ordenamiento jurídico del foro, a los fines de reconocer eficacia sustancial a una adopción otorgada en el extranjero <sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> Si el interesado quisiera obtener el reconocimiento en Argentina de una sentencia extranjera de adopción con valor de cosa juzgada, debería promover el proce-

Esta interpretación convierte a la norma que se comenta en una *técnica de coordinación de ordenamientos*, la cual permitiría que se admitiesen en Argentina adopciones constituidas en el país de la nacionalidad del adoptante o donde el adoptante tiene su domicilio -solución seguida por buena parte de los países de Europa occidental y por los Estados Unidos de Norteamérica- siempre y cuando fuesen aceptadas por el Estado del domicilio que el adoptado tenía al tiempo de la adopción <sup>34</sup>.

Con posterioridad a la ley 19.134, el profesor Goldschmidt presentó su Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado <sup>35</sup> que recoge en el art. 26 las soluciones de los arts. 23 y 24 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo, es decir, produce una coordinación de sistemas en abstracto mediante una norma de conflicto con punto de conexión acumulativo igual.

En 1976, el doctor Juan Carlos Smith presentó su Anteproyecto de ley nacional de derecho internacional privado <sup>36</sup> que, en lo que interesa, somete la capacidad de las personas

---

diminuto de verificación de condiciones de regularidad del acto jurisdiccional extranjero (art. 517 y ss. del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), al que, para respetar la voluntad del legislador, debería «agregarse» una exigencia no prevista en el sistema argentino de reconocimiento de sentencias extranjeras, cual es el control de la ley aplicada por el juez de origen.

<sup>34</sup> Este criterio ha sido expuesto con relación al reconocimiento en Argentina de situaciones que producen la adquisición de la aptitud nupcial de personas domiciliadas en el extranjero, por Alejandro Radzynski, en «La capacidad matrimonial en el derecho internacional privado argentino», en L.L. 1990-B, págs. 1056/1073, especialmente pág. 1067. Ver las soluciones de la legislación italiana en la Primera Parte, Título III, Capítulo 1, Sección 1, apartado B.

<sup>35</sup> Comisión creada por resolución 425/74 del Ministerio de Justicia. Ver el texto en Werner GOLDSCHMIDT, *Derecho internacional...*, ob. cit., págs. 686/702, especialmente pág. 694.

<sup>36</sup> Juan Carlos SMITH, «Anteproyecto de ley nacional de Derecho Internacional Privado», L.L. 1976-B, págs. 484/507.

para adoptar o ser adoptadas, la forma del acto constitutivo y las condiciones de validez de éste, a la ley del domicilio del adoptado al tiempo de constituirse la adopción (art. 46). Comenta el autor: «Si en ese momento el adoptante y el adoptado se domiciliaren en distintos países, no se reconocerán en la República efectos válidos a la adopción constituida, si las leyes de los domicilios de ambas partes no fueren concordantes».

En 1989 se publicó el Anteproyecto actualizado del Código de derecho internacional privado del profesor Goldschmidt, cuya elaboración fue obra del doctor Horacio Daniel Piombo y de un cuerpo de distinguidos especialistas. En materia de adopción, la solución elegida estuvo inspirada en la Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de adopción de La Paz, de 1984, la cual, como se ha expuesto, no contempla mecanismos de coordinación <sup>37</sup>.

---

<sup>37</sup> Anteproyecto actualizado de Código de Derecho Internacional Privado y ley de derecho internacional procesal, civil y comercial, publicado en La Ley Actualidad, diario del 20 de julio de 1989. El art. 50 dice: «*La ley del domicilio del menor regirá la capacidad, el consentimiento y en general, todos los requisitos para ser adoptado, así como los procedimientos y formalidades conducentes a la constitución del vínculo. La ley del domicilio del adoptante, a su vez, regirá la capacidad para adoptar y los requisitos para ser adoptante. En el supuesto de que los requisitos exigidos por la ley del adoptante sean menos estrictos que los señalados por la ley del domicilio del menor, regirá esta última*». Por su parte, el proyecto de reforma del derecho internacional privado de las doctoras Berta Kaller Orchansky, Amalia Uriondo de Martinoli y Beatriz Pallarés, en su versión original, había propuesto una norma de conflicto que se inspiraba en la solución de la Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de adopción de La Paz, de 1984. Decía así: «*Adopción. Las condiciones de la adopción serán reguladas por las leyes del domicilio del adoptante y de la residencia habitual del adoptado, respectivamente. En el supuesto de que los requisitos de la ley del adoptante (o adoptantes) sean manifiestamente menos estrictos que los señalados por la ley de la residencia habitual del adoptado, regirá esta última*». No compartimos la aplicación distributiva de ambas leyes domiciliarias pues, aun cuando satisface el criterio de razonabilidad del contacto, no es una técnica efectiva para evitar emplazamientos claudicantes. En la versión del año 2000, el art. 2584, en su primer párrafo, establece: «*Adopción. Las condiciones y efectos de la adopción de una persona con domicilio o residencia habitual en el país, son regidos por la ley argentina*».

La ley de adopción 24.779, vigente desde el 9 de abril de 1997, incorporó sus disposiciones en el Título IV de la Sección Segunda, Libro Primero, del Código Civil. A pesar del desarrollo del derecho internacional privado, en general, y de la evolución del concepto de la adopción internacional desde 1971, la nueva ley no modificó el antiguo art. 32 de la ley 19.134, que es actualmente el art. 339 del Código Civil, e introdujo leves modificaciones en la redacción del art. 33 de la ley 19.134, actual art. 340 del Código Civil. No ha elaborado ninguna norma de jurisdicción internacional específica, a pesar de que resulta inadecuado transponer al plano internacional la norma de competencia interna que, en una de sus opciones, abre la jurisdicción sobre la base del domicilio del adoptante<sup>38</sup>. Dado que, en el régimen actual, la guarda exige un pronunciamiento judicial, hubiera sido importante asegurar legislativamente que guarda y adopción tramitaran ante el mismo tribunal<sup>39</sup>.

La nueva ley introdujo una mayor exigencia con respecto a los candidatos a adoptar niños en la República Argentina. Dice el art. 315, primer párrafo, del Código Civil: *«Podrá ser adoptante toda persona que reúna los requisitos establecidos en este Código cualquiera fuese su estado civil, debiendo acre-*

---

<sup>38</sup> Art. 321: «En el juicio de adopción deberán observarse las siguientes reglas: a) La acción debe interponerse ante el juez o tribunal del domicilio del adoptante o del lugar donde se otorgó la guarda; ...». Art. 316, tercer párrafo: «... La guarda será otorgada por el juez o tribunal del domicilio del menor o donde judicialmente se hubiese comprobado el abandono del mismo».

<sup>39</sup> Augusto César BELLUSCIO, «Ley de adopción 24.779», Adenda de la obra *Manual de derecho de familia*, Buenos Aires, Depalma, 1997, N° 507, pág. 20. Luis Cruz PEREYRA y Eloísa del Valle SACCO, «Adopción internacional. Estudio-reflexión crítica de la legislación», conferencia en La Habana, Cuba, 18/22 de noviembre de 1997 en el II Encuentro Internacional sobre Protección Jurídica de la Familia y el Menor, publicada en Revista Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba 1998-I, N° 73, págs. 91/122.

*ditar de manera fehaciente e indubitable, residencia permanente en el país por un período mínimo de cinco años anterior a la petición de la guarda».*

Obviamente, la norma está destinada a impedir que extranjeros o, incluso, nacionales argentinos domiciliados en el extranjero, soliciten adopción de menores en la República Argentina, lo cual refleja una visión francamente desfavorable hacia este instituto.

*C. La coordinación mediante la teoría de las cuestiones previas en jurisprudencia argentina*

Comentaremos dos casos judiciales resueltos por tribunales argentinos en 1948 y en 1981.

*a. «Grimaldi, Miguel A. s/sucesión»<sup>40</sup>*

Un italiano falleció en Italia, país de su nacionalidad, donde también tuvo su último domicilio, y dejó como única y universal heredera a su hija adoptiva domiciliada en Italia a la época del fallecimiento del padre adoptivo. Quedaron bienes en la República Argentina: un inmueble y un depósito bancario. La adopción se efectuó en Italia en 1937 (de conformidad al Código Civil italiano de 1865). Al morir Miguel Grimaldi, el 3 de febrero de 1943, regía el nuevo Código Civil de 1942, que admitía el derecho sucesorio de los hijos adoptivos de heredar a sus padres de adopción como si fueran hijos legítimos.

La sentencia de la primera instancia se dictó antes de la sanción de la ley 13.252, cuando se desconocía la institución

---

<sup>40</sup> Cám. Civ. 2ª, Capital, 22/12/1948, publicado en L.L. 1949, t. 54, pág. 413 con nota de Víctor Romero del Prado.



de la adopción en el derecho positivo argentino <sup>41</sup>; el juez sostuvo que era un emplazamiento contrario al espíritu del Código Civil y que, por razones de orden público, no podían reconocerse efectos en Argentina a una adopción otorgada en el extranjero. En diciembre de 1948, cuando el caso fue juzgado en la cámara, se encontraba vigente la ley 13.252 y, en consecuencia, perdía virtualidad el argumento relativo al orden público. La cámara estimó que, al tiempo de la muerte del causante, en 1943, el derecho argentino -aplicable a los derechos sucesorios respecto del inmueble, en virtud del art. 10 del Código Civil- no reconocía derecho hereditario a la hija adoptiva. En cambio, respecto del depósito bancario, dado que los derechos sucesorios se sometían al derecho italiano del último domicilio del causante, correspondía reconocer la vocación hereditaria de Concepción Di Paola Grimaldi.

Según el razonamiento de cámara, la ley argentina aplicable a los derechos sucesorios respecto del inmueble, regía los derechos de la hija adoptiva. Es decir, el estatuto adoptivo se subsumía en el estatuto sucesorio y la ley argentina regía ambas cuestiones <sup>42</sup>. En su comentario al fallo, el doctor Romero del Prado afirmó lo siguiente: «... la ley italiana vigente en el momento de la apertura de la sucesión, equipara el hijo adoptivo al legítimo, como hemos visto: arts. 536 y 567, y además, permite la adopción a las personas que no tienen descendientes legítimos o legitimados (art. 289), coincidiendo con nuestra ley 13.252 (arts. 5° y 12). No han quedado ni hijos legítimos ni legitimados del adoptante y sí solamen-

---

<sup>41</sup> El Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 -que preveía dos normas relativas a la adopción- fue ratificado en 1956, tras el dictado del decr. 7771 del 27/4/56.

<sup>42</sup> El profesor Werner Goldschmidt caracteriza este razonamiento como una aplicación de la «teoría de la jerarquización con el imperio del Derecho Privado». Conf. Werner GOLDSCHMIDT, *Derecho internacional...*, ob. cit., N° 118, pág. 105.

te la hija adoptiva como única y universal heredera, equiparada a un hijo legítimo. En tal situación, hereda como éste la totalidad de los bienes como único heredero, de acuerdo a la ley italiana que es la del último domicilio que tuvo el causante y que es también la de su domicilio, y cualquiera sea la naturaleza de esos bienes -muebles o inmuebles- pues el principio de la unidad sucesoria que es el incorporado en nuestro Código Civil, como en repetidas oportunidades lo hemos sostenido y demostrado (art. 3283 y cons.), tiene aquí plena aplicación»<sup>43</sup>.

La posición de Romero del Prado en cuanto al principio de la unidad sucesoria le permite aplicar derecho extranjero para resolver la cuestión principal y, por lo tanto, puede enfocar el supuesto dentro de la teoría de las cuestiones previas. En efecto, la adopción otorgada en el extranjero -sin lazos de la especie con el foro- aparece como condicionante de una norma material extranjera llamada a regir la cuestión principal de competencia del juez argentino. Habida cuenta de que la adopción es totalmente «italiana» -caso interno- al tiempo de su otorgamiento, ¿por qué no alinearse en la posición seguida por el derecho civil italiano en materia de efectos sucesorios de la adopción, y regir las dos cuestiones por un único derecho civil, bajo reserva de la compatibilidad con el orden público internacional del foro, reparando así la coherencia material del conjunto? <sup>44</sup>. La coordinación entre el ordenamiento argentino y el ordenamiento italiano se hubiera producido por la técnica tradicional de la solución de la cuestión previa.

---

<sup>43</sup> Víctor N. ROMERO DEL PRADO, «Efectos de la adopción realizada en el extranjero en cuanto al derecho sucesorio del hijo adoptivo», L.L. t. 54 (1949), págs. 413/426, especialmente pág. 419.

<sup>44</sup> Ver la presentación de la teoría de Wilhelm Wengler en el Título I de la Primera Parte de esta tesis, Capítulo 2, Sección 2, apartado A, párrafo a.

b. «*Bayaud, Enrique s/ suc.*»<sup>45</sup>

Se trataba de una niña francesa, Susana Lagarde, adoptada el 22 de mayo de 1962 por decisión del tribunal de Pau, Francia, bajo la forma de adopción simple del derecho francés, que se presentó ante los tribunales argentinos, en la sucesión del hermano de su madre adoptiva, Enrique Bayaud, fallecido en Pau el 19 de agosto de 1975, quien había dejado bienes inmuebles en la provincia de Buenos Aires. Tanto la sentencia de la primera instancia como la de cámara apreciaron la validez de la adopción conforme al derecho del domicilio del adoptado al tiempo de la adopción (art. 32 de la ley 19.134), pero aplicaron a la vocación sucesoria de la hija adoptiva el derecho argentino -en virtud del art. 10 del Código Civil- específicamente la norma contenida en el art. 20 de la ley 19.134, que negaba vocación sucesoria al adoptado por adopción simple en la sucesión de un pariente de línea colateral del adoptante.

El fallo fue revocado por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires<sup>46</sup>. Tras ponderar la validez de la adopción dictada en Pau en 1962 (art. 32 de la ley 19.134), el juez Ibarluucía -que expresó la opinión mayoritaria- sometió los derechos sucesorios al derecho argentino del Estado de ubicación del inmueble. Razonó: «... el art. 10 del Código Civil nos remite al derecho argentino y por tal debe entenderse el art. 32 de la ley 19.134 que designa al derecho francés, concretamente al art. 368 del Código Civil francés, que

---

<sup>45</sup> Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, 25/3/1981, publicado en E.D. t. 94, págs. 602/613, con nota de Werner Goldschmidt.

<sup>46</sup> El profesor Goldschmidt dijo en su comentario a la sentencia: «... *la sentencia anotada contribuye al progreso de la ciencia del derecho internacional privado... esqui-va hábilmente el escollo del art. 10 C.C. y entrega a Susana Lagarde lo que le corresponde*». Werner GOLDSCHMIDT, «¿Hereda la francesa adoptada en Francia por adopción simple el inmueble argentino del hermano de su madre adoptante?». Ver E.D. t. 94, pág. 602, especialmente pág. 606.

incorpora al adoptado por adopción simple en la familia del adoptante con los mismos derechos sucesorios que los hijos legítimos, sin la condición de 'reservataires'...».

La sentencia arriba a una solución justa pero el razonamiento propio del derecho internacional privado es incorrecto. En efecto, si se sigue el principio de la unidad en materia sucesoria, la sucesión se somete al derecho francés y el caso puede enfocarse sobre la base de la teoría de las cuestiones previas en forma similar al razonamiento de Romero del Prado en el caso «Grimaldi»: la coherencia material entre adopción y derecho sucesorio del adoptado se recupera al someter ambas cuestiones al derecho civil llamado por la norma de derecho internacional privado del foro para regir la cuestión principal.

Ahora bien, si se sigue el principio del fraccionamiento de la ley aplicable en materia sucesoria -en virtud de la presencia de un inmueble en la República Argentina- corresponde aplicar el derecho argentino a la pretensión sucesoria. A los ojos del juez argentino, el emplazamiento adoptivo creado en el extranjero se rige por el derecho del domicilio del adoptado al tiempo en que se otorgó la adopción, es decir, por el derecho francés. Los derechos sucesorios de la hija adoptiva -que corresponden a ese emplazamiento válidamente creado en el extranjero- se rigen por el derecho argentino <sup>47</sup>. ¿Cuáles son las normas sustanciales argentinas aplicables?

---

<sup>47</sup> Afirmamos en el texto que el razonamiento del voto mayoritario de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires es equivocado pues en el sistema argentino de derecho internacional privado, el art. 10 del Código Civil es una típica «norma de policía», que impone en un ámbito bien definido la exclusiva aplicación del derecho material del foro. Dicho en otros términos: el art. 10 del Código Civil no puede «reenviar» a una norma de conflicto, la cual, a su vez, designa un derecho extranjero. *El art. 10 citado sólo puede designar de manera directa el derecho material argentino.* El razonamiento del voto es inconcebible según la teoría general del derecho internacional privado.

La cuestión obliga a transponer el emplazamiento nacido según el derecho extranjero al ordenamiento argentino a fin de buscar la institución similar de derecho argentino cuya regulación material aplicaremos a la especie. Necesariamente, esta operación de «sustitución» implica una calificación.

La adoptada gozaba del emplazamiento en el estado familiar de hija, en situación análoga a la de la hija legítima (art. 368 del Código Civil francés). La adopción simple del derecho francés, no es, con toda evidencia, sustituible por la denominada «adopción simple» del derecho argentino (art. 20 y ss., ley 19.134), que establece un vínculo notablemente más débil<sup>48</sup>. Transpuesta la institución francesa al ordenamiento jurídico argentino, se debe recurrir a las normas relativas a los derechos sucesorios del hijo -sin reconocerle calidad de legitimario, cuestión que no interesaba en la especie concreta- pues tal era el emplazamiento de que gozaba la adoptada<sup>49</sup>. En esta línea de pensamiento, corresponde reconocer derechos sucesorios a Susana Lagarde Bayaud en la sucesión intestada de su tío adoptivo, por aplicación de los arts. 3445 y 3585 del Código Civil.

En este supuesto, la coordinación entre ordenamientos se produce por la operación de calificación ínsita en la transposición de instituciones. Se trata de una operación regular cuando el efecto ulterior de una situación jurídica creada en el extranjero se somete al derecho sustancial del foro. Sólo la equivocada utilización de los instrumentos de coordinación puede conducir a una solución final injusta.

---

<sup>48</sup> El juez Ibarlucea advirtió con claridad la importancia del problema de las calificaciones, pero no llevó su razonamiento al extremo necesario y realizó un salto lógico al introducir el argumento relativo al «reenvío que autoriza el art. 32 de la ley 19.134», reenvío que hemos tratado técnicamente en el Título I de la Primera Parte de este trabajo, Capítulo 2, Sección 1, y que corresponde a una hipótesis distinta. E.D., t. 94, págs. 612/613.

<sup>49</sup> María Susana NAJURIETA, «La adopción en derecho...», ob. cit., pág. 112.

## Sección 2

### *Las prioridades en una futura reforma en materia de adopción internacional*

La adopción internacional debe ser utilizada como una herramienta más de protección de la infancia. No es un medio alternativo que se halla en igualdad de condiciones con otros medios para la protección y cuidado de los niños: es un medio útil cuando la realidad demuestra que un niño no puede ser colocado en guarda preadoptiva en su país de origen *en un período razonable* y la carencia de un ambiente familiar *oportuno* puede redundar en un grave daño. Sólo entonces debe vislumbrarse la adopción con desplazamiento del niño a país extranjero como la alternativa que mejor responde a su interés concreto.

En este trabajo interesa esencialmente la adopción internacional que comporta un desplazamiento del niño a través de las fronteras. En esta situación está comprendido el niño que ha llegado del extranjero y es pedido en adopción ante un juez argentino (con probabilidad o no de nuevo desplazamiento) y, sobre todo, el niño con domicilio en la República Argentina que es solicitado por aspirantes a adoptar domiciliados o residentes habituales en el exterior.

En esos supuestos, es necesario crear un mecanismo legal que evite el tráfico de niños <sup>50</sup> y, en tal sentido, debe con-

---

<sup>50</sup> Dice la Dra. Zulita Fellini: «*La característica de ser un país de inmigración -fundamentalmente española, italiana y, en menor medida, inglesa y alemana- presenta interés en cuanto a la posibilidad de buscar en este territorio similitudes físicas, étnicas y culturales para los futuros adoptantes. Sin perjuicio de ello, no es posible afirmar que la Argentina se haya convertido en un país exportador de niños, en primer lugar porque la legislación no permite la adopción internacional... y en segundo lugar porque las escasas noticias periodísticas tampoco permiten arribar a esa afirmación. Sin embargo, precisamente la clandestinidad en las posibles transacciones hace imperiosa una regulación más enérgica para que ello no ocurra*». Conf. Zulita FELLINI, *Delito de tráfico de niños*, Buenos Aires, Hammurabi, 2000, pág. 52.

tarse con la posibilidad jurídica de controlar el carácter «genuino» del estado de adoptabilidad del niño, de establecer enlaces legítimos con candidatos a adoptar residentes habituales en el extranjero y de actuar rápidamente cuando se ha detectado un acto de tráfico, a fin de impedir el otorgamiento de una adopción o, si la adopción ha sido conferida, para anularla y restituir al niño a su emplazamiento familiar anterior, cuando lo hubiera, o para proveer a su colocación familiar genuina, cuando sea necesario.

Los principios de derecho sustancial que interesan al ordenamiento jurídico argentino en materia de adopción, determinan completamente las soluciones que deben dictarse para establecer las relaciones de derecho privado que involucran otros ordenamientos extranjeros. No es relevante el respeto del elemento extranjero del caso ni la satisfacción de un objetivo abstracto de armonía internacional de las decisiones. La armonía importa en la medida en que responde al mejor interés del niño concreto. Es decir, en cuanto contribuye a la satisfacción de la política argentina en materia de protección de la infancia, que tiñe de interés público las soluciones normativas. Los objetivos de política legislativa en la materia pueden resumirse en las tres proposiciones siguientes:

- lograr que niños pequeños que se encuentran abandonados, en estado de desamparo o institucionalizados sin acceso a un medio familiar, alcancen un emplazamiento de filiación beneficioso;

- evitar que extranjeros lleguen a la República Argentina a «llevarse niños», cuyo seguimiento escape a las posibilidades de control del Estado de origen;

- restituir un niño a su familia cuando ha sido víctima de un acto de tráfico que vicia el origen o el fin de una adopción.

Cuando los menores a ser adoptados no están en situación de orfandad, desconocimiento de filiación, abandono o internación en establecimientos asistenciales, con total despreocupación de sus progenitores, no son menores adecua-

dos para una adopción internacional. Cuando los progenitores están privados de las potestades paternales, pero hay hermanos, abuelos, tíos u otros parientes con los cuales es beneficioso que el niño mantenga lazos, corresponderá una medida de protección sustitutiva o una adopción nacional, pero no una adopción con desplazamiento de fronteras. Cuando no sea factible jurídicamente una adopción plena, no tiene sentido otorgar una adopción internacional <sup>51</sup>.

Por lo demás, resulta del estudio de las legislaciones nacionales extranjeras, que el otorgamiento de una adopción de tipo pleno en el país de origen favorece el reconocimiento del emplazamiento adoptivo con similares efectos en el país de acogimiento. En el supuesto en que se otorgue una adopción de tipo débil, se corre un doble riesgo: a) que en el Estado de destino del niño se rechace el reconocimiento a una institución desconocida, o b) que se convierta ese emplazamiento adoptivo en una adopción plena, con ruptura total de lazos con la familia de sangre, aun con prescindencia del alcance de los consentimientos que hubieran dado los padres biológicos o los representantes del niño en el Estado de origen.

El problema debe encararse frontalmente: un niño que pasa los primeros años de su vida en diversas formas de colocación no equivalentes al crecimiento en el seno de una familia, para ingresar en un instituto de mayores proporciones, en donde no podrá construir lazos adecuados de pertenencia -tanto debido a las circunstancias externas como al peso de la historia personal- es una persona fuertemente dañada <sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> En este sentido, el art. 410 E , segundo párrafo, del Código Civil de México (reforma del 28/5/98).

<sup>52</sup> *«Es importante reforzar las medidas de protección social antes que los niños se transformen en delincuentes y asistirlos en circunstancias difíciles, en lugar de esperar a que lleguen a infringir la ley y tener que usar sanciones penales para tratar solamente los síntomas y no el problema»*, dijo la Dra. Renate Winter, asesora de la ONU



Es necesario tomar conciencia de la necesidad de disminuir la cantidad de niños institucionalizados o con destino de institucionalización o formas similares <sup>53</sup>. Se trata de un problema de derecho material que no podemos profundizar en este trabajo, pero podemos resumir así: salvo casos excepcionales, no se deben prolongar las situaciones de desamparo real, en las que un progenitor toma contacto esporádico con su hijo al solo efecto de evitar la configuración jurídica del abandono, pero sin modificar en absoluto el abandono espiritual y material en el que se encuentra el niño. Una reforma legislativa debe introducir la declaración de adoptabilidad del niño sin amparo adecuado, para organizar el procedimiento que precede y que sucede a una adopción con desplazamiento de niño a través de las fronteras.

#### *A. Las modificaciones sustanciales*

Esta materia está intensamente teñida de orden público. Por ello, es relevante el papel que juega el Ministerio Público, en su doble función de órgano de control de la legalidad y del interés público de la comunidad -y, por lo tanto, dedicado a perseguir el tráfico de niños, la explotación y la prostitución infantiles, sea en las formas nacionales o internacionales- y como defensor de los incapaces y del interés superior del niño. A él le corresponde una privilegiada legitimación para promover la declaración de adoptabilidad de un niño en

---

en el área prevención del delito y derecho penal, en el XVIII Encuentro Nacional de Magistrados y Funcionarios de la Justicia de Menores y Familia «Dr. Rubén Cantino», en conferencia publicada en Derecho de Familia N° 16, abril de 2000, pág. 326 y ss..

<sup>53</sup> El Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en las observaciones que dirige a los Estados con motivo de los informes presentados conforme al art. 44 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ha manifestado preocupación por el número elevado de niños institucionalizados en Nicaragua, la ex Yugoslavia, Belarus, Zimbabwe, Bulgaria, China, Ucrania.

estado de desamparo y para deducir en tiempo oportuno, tanto en el país o, cuando corresponda, en el extranjero, la acción de nulidad de adopción viciada por vicio esencial.

*a. La adoptabilidad del niño*

En América Latina, varios Estados han previsto la «declaración de abandono» pero sólo unos pocos han reglamentado el «estado de adopción» -así, el Paraguay por ley 1136 del 22 de octubre de 1997, arts. 21 al 23 y art. 37<sup>54</sup>-, o bien la «declaración de adoptabilidad» - Código de Familia de Costa Rica de 1973, con modificaciones en 1995, art. 113-. También la República de Italia, cuando encaró en 1983 la lucha contra

---

<sup>54</sup> El Paraguay ha previsto un sistema interesante, según el cual, si los padres o familiares manifiestan al juez su voluntad de dar el niño en adopción, debe transcurrir un período de 45 días, prorrogables, en los cuales se intentará el mantenimiento del vínculo con la familia de origen; sólo si fracasa este período, se procederá a decretar la pérdida de la patria potestad y a declarar el estado de adopción. Si el niño es huérfano o de padres desconocidos, se abre un período de 90 días en los que se buscará exhaustivamente la localización de familiares del niño y si son hallados, se intentará el mantenimiento del vínculo familiar. Una vez declarado el estado de adopción del niño o del adolescente, el juez comunicará la circunstancia al Centro de Adopciones y acompañará toda la documentación relativa al niño, a fin de que ese Centro arbitre lo necesario para seleccionar a los posibles adoptantes. Cabe destacar que la «*declaración de abandono*» fue incluida en el proyecto de Bases de Ley Uniforme aprobado por la Reunión de Expertos sobre Adopción de menores que se realizó en Quito, del 7 al 11 de marzo de 1983, como preparación a las sesiones de la CIDIP III. En el Proyecto de Ley Uniforme aparece: «Base novena. Se considera abandonado el menor cuyos padres se desinteresan manifiestamente del mismo por espacio de seis meses»...»Base décimo segunda. La declaración de abandono o pérdida de la patria potestad será anterior al otorgamiento de la adopción y en el procedimiento será debidamente citada y oída la familia natural». Eduardo VAZ FERREIRA, Didier OPERTTI BADAN, Eduardo TELLECHEA BERGMAN, *Adopción...*, ob. cit., págs. 63/70. En el ámbito nacional, el Proyecto de reformas al Código Civil presentado en 1998 prevé la declaración judicial del estado de abandono en caso de que los padres se hubiesen desentendido del niño durante un año, siempre que ningún miembro de la familia ofrezca hacerse cargo del menor y ello sea estimado adecuado por el juzgador. Conf. art 647, Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, pág. 277.

«il mercato di bambini», reglamentó detalladamente la «declaración de adoptabilidad»<sup>55</sup>.

Desde el punto de vista del derecho internacional privado, la cuestión versa sobre el ordenamiento jurídico que nos permitirá resolver el problema de la adoptabilidad del niño.

La categoría «adoptabilidad» no ha sido objeto de mayores precisiones en la doctrina especializada<sup>56</sup>. Tres respuestas parecen razonables, a saber: a) se la subsume en la categoría «adopción», dado que es su antecedente necesario; b) se la aproxima a la institución de «abandono», que lógicamente depende de la categoría «autoridad parental», habida cuenta de que su declaración supone la pérdida de las potestades de quienes ejercían tal autoridad; y c) se la considera una cate-

---

<sup>55</sup> El art. 8º de la ley Nº 184/83 recibió una nueva redacción con la ley Nº 149 de 2001. Se ha suprimido la declaración de oficio y el procedimiento debe llevarse a cabo desde el inicio con asistencia legal del menor y del progenitor o del pariente que tuviese alguna relación significativa con el niño. Los artículos siguientes disponen que cualquier persona puede señalar a la autoridad pública situaciones de abandono de menores de edad y que ello es una obligación para los funcionarios públicos o encargados de servicios públicos. Los institutos de asistencia, públicos o privados, deben transmitir semestralmente al juez tutelar del lugar, la lista de los menores internados e informar sobre las condiciones de atención por parte de sus padres y las condiciones psicofísicas de los niños. El abandono subsiste aun cuando los menores se encuentren colocados en institutos públicos o privados, o en comunidad de tipo familiar o en guarda familiar (art. 8º, párr. 2º, ley 149/2001). Cada seis meses, el juez tutelar deberá efectuar inspecciones en los institutos para actualizar la información y conocer si subsiste el estado de abandono. El tribunal puede disponer en todo momento y hasta la guarda preadoptiva, toda medida oportuna en interés del menor, que puede incluir la pérdida de la patria potestad de los padres y la designación de un tutor provisorio. Cuando de las investigaciones resulte que han fallecido los progenitores, que no hay parientes dentro del cuarto grado que se ocupen del niño y que se configura el estado de abandono, el tribunal procederá a declarar la adoptabilidad.

<sup>56</sup> En Francia, la reflexión ha sido motivada por convenios de locación de vientre celebrados en virtud de leyes extranjeras, que afectan el estatuto civil del niño y su indisponibilidad. Conf. Cour de Cassation (Ass.Plén. 31/5/91), *Revue Critique de Droit International Privé* 1991-711 con nota de Catherine LABRUSSE-RIOU. Ver, asimismo, Horatia MUIR WATT, «La Convention de La Haye du 29 mai 1993...», *ob. cit.*, págs. 52/55.

goría autónoma, sometida a la ley aplicable al estatuto personal del niño, sea nacional o domiciliario. Esta última solución puede ser incierta o designar un derecho que no tiene lazos suficientes de proximidad. Si se enfoca el problema como dependiente de la autoridad parental, la categoría quedaría sometida a la ley de la residencia habitual del menor, localización que es altamente inadecuada en la especie <sup>57</sup>, en donde debe detectarse el caso de un adulto que traslada al niño y «constituye residencia» en un país donde le es posible «blanquear su maniobra» y obtener una adopción aparentemente válida. Por las mismas razones, no es adecuado subsumir la categoría «adoptabilidad» en la tan vecina de «adopción», pues se frustraría la finalidad de efectuar un control respecto de un vicio que ocurre en los hechos que preceden a una adopción.

La adoptabilidad del niño interesa en dos situaciones típicas que pueden presentarse ante el juez argentino:

1) Cuando el niño se encuentra en el foro en estado de desamparo y corresponde decidir si una adopción -nacional y, subsidiariamente, internacional- es de su mejor interés;

2) Cuando una adopción se ha otorgado en el extranjero y el foro tiene interés en la especie: porque adoptante y adoptado establecen su residencia habitual en la Argentina, o por-

---

<sup>57</sup> Esta opinión es compartida en doctrina italiana por Francesca Pietrangeli, con relación a someter la categoría «adoptabilidad» al art. 42 de la ley de derecho internacional privado 218/1995 y aplicar la norma de conflicto de autoridades y conflicto de leyes de la Convención de La Haya del 6 de octubre de 1961 sobre protección internacional del niño. De esta autora: «Richiamo internazionale privatistico e applicazione del diritto del foro nella costituzione delle adozioni di minori secondo la legge di riforma», *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale* 1997, págs. 557/590, especialmente pág. 579. Según esta autora, se aplica la ley italiana a todo menor, italiano o extranjero, que se encuentre en estado de abandono en Italia, a fin de resolver si corresponde someterlo a la declaración de adoptabilidad. Si el menor es extranjero, la declaración debe ser precedida de una comunicación al Estado de la nacionalidad del niño. Si el Estado nacional del niño interviene posteriormente, la declaración de adoptabilidad queda caduca. Conf., págs. 580 y 588.

que el juez argentino entiende a título principal sobre efectos ulteriores de una adopción conferida en el extranjero, o porque se sospecha que el niño adoptado en el extranjero es un niño estrechamente vinculado al foro al tiempo de configurarse su estado de abandono, o porque existen en el ordenamiento del foro respecto del niño lazos de filiación alterados por un acto de tráfico.

El domicilio del niño es el lugar de la residencia habitual de sus representantes legales. Ahora bien, cuando se trata de la adoptabilidad, esa localización puede ser inadecuada si se fija como tiempo crítico el momento del otorgamiento de la adopción. El niño pudo haber sido trasladado al Estado que ha constituido la adopción, tras haber sido víctima de un acto de tráfico en el Estado de su nacimiento.

Por ello, proponemos para la categoría en estudio el punto de conexión «domicilio de origen del niño», con la siguiente calificación: *es el Estado del nacimiento del niño, o el Estado de la residencia habitual de sus representantes legales al tiempo de la ruptura o modificación del vínculo de autoridad/responsabilidad* <sup>58</sup>.

Cuando el caso es totalmente local, es evidente que la configuración del estado de adoptabilidad se somete a la *lex fori* (por hipótesis, se localizan en territorio argentino el lugar de nacimiento del niño, el domicilio de sus representantes legales, la residencia habitual del menor).

Cuando el caso presenta elementos extranjeros, se podría elaborar una norma de conflicto que someta la adoptabilidad del niño al derecho de su domicilio de origen. Sin embargo, esta regla bilateral puede abarcar más espe-

---

<sup>58</sup> Esta definición permite abarcar el supuesto de niños extranjeros que residen habitualmente en la República Argentina con sus representantes legales, a quienes debe otorgarse igual protección que a los niños nacidos en el país, en cuanto a las posibilidades de reacción frente a un acto de tráfico.

cies de las que interesan al foro. En efecto, puede invalidar a los ojos del foro emplazamientos que se han constituido en el extranjero sin lazos con el foro en los cuales, respecto de un niño de estatuto personal musulmán, se hubiera dictado la adopción en el país del domicilio de los adoptantes y -al tiempo de la apreciación por la autoridad argentina- el niño estuviese integrado en ese medio familiar, geográfico y cultural. Si bien las autoridades argentinas no deberían, en principio, constituir una adopción respecto de un niño de estatuto personal prohibitivo, que haya sido confiado en *kafala* a un matrimonio domiciliado en la República Argentina o que instale su domicilio en nuestro país, creemos que no debe dictarse una norma que invalide *todos los supuestos* en los que la adopción haya sido dictada por autoridad extranjera en esas circunstancias. En tanto no se verifique un acto de tráfico, puede ser que, en el interés del menor, la Argentina siga la posición del Estado de la residencia habitual del niño o del Estado que tuviese con la adopción los lazos más estrechos.

Por ello, proponemos una norma en estos términos:

*«Se somete al derecho argentino la configuración del estado de adoptabilidad de todo menor con domicilio en la República Argentina o que se encuentre en situación de abandono en la República Argentina, y de todo menor con domicilio de origen en la República Argentina cuyos derechos fundamentales hayan sido alterados por delito o vicio en la voluntad del niño y/o de sus representantes legales cualquiera sea la ley aplicable a la autoridad parental o a la constitución de la adopción»*

La primera parte es una regla unilateral -que asegura el paralelismo entre derecho y juez en los supuestos de jurisdicción argentina exclusiva-; la segunda parte es una norma de policía del derecho internacional privado, que establece un ámbito especial de aplicación y que, en ese ámbito, fija la competencia del orden jurídico al que pertenece <sup>59</sup>. El ámbito

---

<sup>59</sup> El contenido material cuya aplicación quiere asegurarse aparece en disposiciones separadas, a saber, el art. 337, párr. 1º, inc. c, del Código Civil argentino, que sanciona

de aplicación es extraordinario pues comprende no sólo los supuestos en los que el legislador argentino aplica el derecho material argentino a la creación de la adopción, sino también especies normalmente sometidas al derecho extranjero en las cuales se justifica el interés del legislador argentino por imponer un resultado sustancial en el foro con posibilidad de ser reconocido en el extranjero <sup>60</sup>.

*b. La anulación de una adopción viciada*

Puede suceder que personas domiciliadas en el extranjero lleguen al país y, en forma directa o por intermedarios, tomen contacto con mujeres embarazadas en estado de desesperación y paguen por recibir el niño después del nacimiento y trasladarlo al país de su domicilio o nacionalidad. Esta es sólo una de las figuras frecuentes del tráfico de niños y, obviamente, está favorecida por el escaso control que realizan las autoridades del Estado de recibimiento, muy tolerantes cuando el niño ha sido desplazado y ha ingresado a la jurisdicción de ese país.

Otra figura que se repite es la del hombre extranjero que llega a la República Argentina uno o dos días antes del nacimiento del niño, lo reconoce como propio en el acta del Registro Civil, acepta una autorización de viaje que la madre realiza a su favor por escritura pública y, con aparente regularidad, traslada al niño a su Estado domiciliar en calidad de hijo

---

de nulidad absoluta una adopción constituida en esas condiciones. Esta particularidad no es esencial, pues podría dictarse la regla sustancial acompañada del criterio especial de aplicación. Por ejemplo, bastaría con agregar en el inc. c del párr. 1º del art. 337 del código Civil argentino lo siguiente: «Esta disposición rige aun en el caso de adopciones conferidas en el extranjero respecto de niños cuyo domicilio de origen se encuentre en la República Argentina». Se trata de distintas técnicas de redacción de las normas de policía del foro. Conf. Pierre MAYER, «Les lois...», ob. cit., especialmente págs. 284/285.

<sup>60</sup> Caso de otorgamiento de una adopción en el extranjero de un niño oriundo de la República Argentina, que ha sido trasladado al extranjero en virtud de un acto de tráfico.

extramatrimonial <sup>61</sup>. Una vez en el Estado de su domicilio, su esposa solicita la adopción del hijo extramatrimonial del cónyuge <sup>62</sup>.

En ambos casos, la adopción que se otorga en el extranjero tiene un vicio esencial pues la adoptabilidad, en un caso, y la falsa filiación, en el otro, tienen en su raíz un acto ilícito del que ha sido víctima el niño y tal vez, además, la familia de origen <sup>63</sup>.

---

<sup>61</sup> Causa N° 13-4263 del Juzgado Nacional de Menores N° 5 de Capital Federal, por «suposición de estado civil y falsificación de instrumento público de identidad, presunta infracción de los arts. 139, 139 bis, 292 y 293 del Código Penal argentino». Una niña nació el 26 de mayo de 1996 con un mes de anticipación a lo previsto; los intermediarios la separaron de su madre hasta que llegó al país el señor T.D., nacional alemán domiciliado en España, quien reconoció a la niña en el acta de nacimiento como hija propia. Ante escribano, la madre otorgó autorización de viaje en favor del padre para la salida del país. Posteriormente, se arrepintió de sus actos y denunció toda la maniobra. El juzgado interviniente procesó a los intermediarios y solicitó la extradición de T.D. Por exhorto al Juzgado de Instrucción central N° 3 de la Audiencia Central de Madrid, se solicitó como medida de prueba la extracción de sangre y la realización de estudios de histocompatibilidad a fin de probar que no se trataba del padre biológico de la niña. En forma paralela se solicitó la restitución de la menor, que quedó radicada en el Juzgado N° 16 de Barcelona. La Direcció General d'Atenció a la Infància de la Generalitat de Catalunya asumió el ejercicio de funciones tutelares sobre la niña. El juzgado penal español rechazó la cooperación jurisdiccional (la medida de prueba) y no pudo demostrarse la falsedad ideológica de la partida de nacimiento. El juzgado civil de Barcelona entendió que T.D. era considerado el padre de la niña hasta que se declarase la nulidad de la partida o la nulidad del reconocimiento por sentencia firme. El 14 de marzo de 1997 otorgó la guarda a T.D. y rechazó la solicitud de restitución del magistrado argentino.

<sup>62</sup> En el informe presentado ante la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas en enero de 1999, la relatora especial, señora Ofelia Calcetas Santos, da cuenta de una información proporcionada por España, según la cual la policía española ha detectado las siguientes prácticas: a) la madre biológica utiliza el nombre de la madre adoptiva en el registro del hospital donde se produce el nacimiento y posteriormente inscribe a la criatura como hijo biológico de las personas que efectúan la compra; b) los médicos falsean los certificados de nacimiento con el nombre de los padres adoptivos; c) se llega a un acuerdo previo entre la madre biológica y el futuro padre adoptivo para presentar a éste como padre de sangre, maniobra que se completa con el reconocimiento que tal persona efectúa al tiempo de inscribir el nacimiento. Conf. Documento E/CN.4/1999/71, N° 61. Ver nota 147 de la Segunda Parte de esta tesis.

<sup>63</sup> Por familia de origen consideramos, en este contexto, los lazos familiares que corresponden a la filiación preexistente a la comisión del acto ilícito, sin importar si ese lazo ha sido precedido por otro emplazamiento familiar.



La República Argentina conoce una trágica realidad de adopciones otorgadas con vicio esencial en el estado de adoptabilidad. Esa realidad, de la cual la sociedad tomó conciencia con gran atraso, provocó que la ley 24.779 incluyera una causal específica de nulidad absoluta. El art. 337 del Código Civil dice: «*Sin perjuicio de las nulidades que resulten de las disposiciones de este Código: 1° ) Adolecerá de nulidad absoluta la adopción obtenida en violación de los preceptos referentes a: ... c) La adopción que hubiese tenido un hecho ilícito como antecedente necesario, incluido el abandono supuesto o aparente del menor proveniente de la comisión de un delito del cual hubiera sido víctima el mismo y/o sus padres...*».

La norma comprende los casos aberrantes que sucedieron en el país de 1976 a 1983, de niños argentinos o residentes en la Argentina, víctimas de lo que en el fuero penal federal se ha llamado un «plan sistemático» de separación de los menores de su familia de origen y sustitución de identidad <sup>64</sup>. No han llegado a los tribunales argentinos casos de *anulación de adopción conferida en el extranjero* respecto de un niño hijo de desaparecidos o de detenidos durante el último período de dictadura militar <sup>65</sup>. Aún no se ha hallado el para-

---

<sup>64</sup> Tribunal Criminal y Correccional Federal N° 7, Secretaría N° 13, causa «Nicolaidés Cristino y otros s/ sustracción de menores».

<sup>65</sup> Los tribunales han dictado la nulidad de una adopción totalmente local en esas condiciones. La niña X.V. fue abandonada en febrero de 1977 en la Casa Cuna, donde trabajaba S.S., quien decidió no inscribirla en los registros de la institución. El 4 de abril de 1977, S.S. se presentó ante el Juzgado de Menores N° 1 de Morón, Provincia de Buenos Aires, y reclamó la guarda provisoria de la niña, manifestando que ejercía la guarda de hecho pues la menor había sido abandonada por una mujer que trabajaba en la casa de su hermano. El Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial N° 4 de Morón dictó la adopción plena el 21 de septiembre de 1981 y ordenó la inscripción de la niña como R.S.. En forma paralela, en la Capital Federal avanzaba la acción penal promovida en 1979 por la abuela materna de X.V.. Mediante el sistema de determinación de relación biológica H.L.A., se estableció con una probabilidad del 99,82% que la niña R.S. era la nieta de los abuelos que habían promovido la demanda. El Juzgado Civil y Comercial N°

dero de todos los menores denunciados como desaparecidos en los trágicos sucesos de aquella época. Pueden haber existido adopciones respecto de estos niños <sup>66</sup>. El ordenamiento jurídico argentino ha sido impotente para localizarlos, restablecer su filiación de origen y restituirlos al foro en tiempo útil.

Además de estas hipótesis, el art. 337 del Código Civil comprende supuestos en los que el estado de adoptabilidad es ilegítimo por no existir abandono o por ser un abandono aparente provocado por un contrato o por el delito de robo de menor.

En la fuente convencional existe una norma que procura lograr un tímido consenso sobre la anulación de la adopción viciada por un acto de tráfico. Es el art. 18 de la Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores, que dice así: «*Las adopciones y otras instituciones afines constituidas en un Estado Parte serán susceptibles de anulación cuando su origen o fin fuere el tráfico internacional de menores*» <sup>67</sup>. Se trata de una norma material uniforme que remite a

---

10 de Moron, por sentencia del 5 de mayo de 1991 decretó la nulidad absoluta de la adopción plena otorgada en 1981 en favor de S.S.. Esta decisión fue confirmada por la Cámara Civil y Comercial de Morón, Sala II, sentencia del 11 de agosto de 1992 (causa «M.de G., D.R. c/ S.S.», publicada en E.D., t. 150, pág. 526, con nota de Jorge Guillermo PORTELA). Según la cámara, se trataba de una acción imprescriptible pues procuraba establecer la verdadera filiación de la niña. En 1997, la Cámara Criminal y Correccional Federal, Sala II, dictó sentencia penal y condenó a S.S. a tres años de prisión en suspenso, como autor penalmente responsable del delito de retener y ocultar a un menor de 10 años.

<sup>66</sup> Los niños siguen siendo buscados por sus abuelas. Indudablemente hoy son jóvenes que han alcanzado la mayoría de edad desde la óptica del derecho argentino de su domicilio de origen.

<sup>67</sup> La Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de adopción de menores, de La Paz, 1984, trata el tema de la anulación de la adopción desde una óptica conflictual, en estos términos: «*Art. 14. La anulación de la adopción se regirá por la ley de su otorgamiento. La anulación sólo será decretada judicialmente, velándose por los intereses del menor de conformidad con el art. 19 de esta Convención*». Se trata de una norma de conflicto típica, que se completa con dos normas materiales uniformes: la que impone la supremacía del interés del menor y la que exige una decisión judicial. El

la calificación de acto de tráfico contenida en el art. 2º inc. b, de la Convención, y sienta el principio de la anulación, aun cuando omite pronunciarse sobre otros aspectos relevantes, tales como el plazo de caducidad o la legitimación activa.

Cuando se da esa hipótesis, el interés prioritario del foro es restablecer el vínculo familiar de origen afectado por la comisión del acto ilícito y restituir el niño a la familia de la que fue ilegalmente separado. El método conflictual, con su típica neutralidad, no trasunta la prioridad que, en la especie, tienen los intereses del foro. Una norma como el art. 339 del Código Civil argentino, que somete la validez de la adopción conferida en el extranjero a la ley del domicilio del adoptado al tiempo en que se confiere la adopción, no satisface los valores materiales que se hallan comprometidos. Probablemente, los apropiadores han trasladado al niño a un Estado donde el otorgamiento de la adopción pueda ser -o haya sido- jurídicamente viable.

En esas condiciones, el Estado argentino no tiene interés en asegurar la validez del emplazamiento adoptivo y no busca armonizar la solución con el Estado extranjero de otorgamiento de la adopción. Por el contrario, su interés es anular la adopción y su propósito es lograr que la nulidad *no sea una solución limitada al ámbito nacional, sino que tenga posibilidades de desplegar efectos en el Estado de otorgamiento de la adopción viciada y en el Estado donde el menor se encuentra (si no coinciden).*

En este punto es relevante efectuar una distinción entre «nulidad de derecho interno» e «invalidez de derecho inter-

---

proyecto de reformas al derecho internacional privado de las profesoras Berta KALLER ORCHANSKY, Amaria URIONDO DE MARTINOLI y Beatriz PALLARÉS (en la versión 2000), ha previsto una norma específica sobre esta cuestión, que dice: «*La anulación de la adopción se rige por la ley de su otorgamiento. Sin embargo, una adopción otorgada en el extranjero sólo puede ser anulada por tribunales argentinos si ese motivo de anulación existe también en el derecho argentino*».

nacional privado», llamada invalidez de segundo grado por algunos autores <sup>68</sup>.

La nulidad de derecho interno pretende destruir la situación jurídica desde el derecho que la ha creado -por ello, es frecuente la elaboración de una norma de conflicto que somete la nulidad de la adopción a la ley del Estado de su otorgamiento. Esta solución pretenderá imponerse no sólo en el Estado del juez que declara la nulidad, sino en todo otro Estado que reconozca esa sentencia de nulidad. En cambio, desde una óptica de derecho internacional privado, cuando un Estado declara que una situación creada en el extranjero es inválida a los ojos de su propio ordenamiento y, consecuentemente, le niega eficacia en el foro, en realidad no aniquila la situación extranjera en el seno del ordenamiento que la ha creado ni pretende hacerlo en los demás Estados que pudieran reconocerla <sup>69</sup>.

El problema de la anulación de la adopción es enfocado sólo excepcionalmente desde la óptica del derecho internacional privado.

Los Estados de América Central y Sudamérica han contemplado la anulación de la adopción desde la óptica del derecho material del foro, de manera coherente con la aplica-

---

<sup>68</sup> Alejandro RADZYMSKI, «La capacidad matrimonial en el...», ob. cit., especialmente notas 20 y 21.

<sup>69</sup> El doctor Alejandro Radzynski ha sostenido enfáticamente que cuando una sentencia dispone la nulidad de una situación desde la óptica del derecho interno, no sólo tiene efectos en el ámbito en el cual fue pronunciada, sino que es susceptible de ser reconocida en foros extraños. En cambio, cuando una sentencia pronuncia la inoponibilidad de una situación extranjera respecto del foro, los efectos sólo conciernen al Estado al que pertenece el tribunal que se ha pronunciado. «La capacidad matrimonial en el...», ob. cit.. Sobre las diferentes posiciones de la doctrina nacional con relación al juicio que recibe en el foro el segundo matrimonio extranjero después del divorcio decretado por tribunal incompetente: Augusto César BELLUSCIO, *Manual de derecho de familia*, 6ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1996, ts. I y II, N° 289, págs. 452/459.

ción de la *lex fori* a la constitución de adopciones internacionales. Se advierte que, en general, con excepción de la legislación chilena, los países han establecido plazos breves para el ejercicio de la acción respectiva.

El art. 38 de la nueva ley chilena N° 19.620 <sup>70</sup> dispone que la acción de nulidad de la adopción obtenida por medios ilícitos o fraudulentos podrá ser pedida por el adoptado, por sí o por curador especial, en un plazo de cuatro años, contado desde la fecha en que, alcanzada su plena capacidad, haya tomado conocimiento del vicio que afecta la adopción.

El Código de la Familia de Honduras, de 1984, prevé que la adopción que no reúna los requisitos establecidos en la ley es nula, y es igualmente nula aquella que adolezca de error, coacción o dolo. La acción de nulidad corresponde a todo aquel que tenga actual interés en ello y sólo podrá ejercitarse dentro del plazo de cuatro años, contados desde la fecha de la inscripción de la escritura correspondiente en el Registro Civil.

La reciente ley paraguaya 1136, de 1997, dedica las siguientes cláusulas a este punto: Art. 53: «*La adopción podrá ser anulada a petición del adoptado, de la madre o el padre biológicos a través de un juicio específico ante el juzgado en lo tutelar*». Art. 54: «*La demanda de nulidad debe ser interpuesta como máximo dentro de los tres años siguientes a la fecha de la inscripción en el registro de la adopción*».

Venezuela, por su parte, en la ley de adopción de 1983, prevé el ejercicio de la acción en un plazo de caducidad de un año (arts. 67, 68 y 69 de la ley del 18 de agosto de 1983).

Trataremos algunas soluciones desde la óptica del derecho internacional privado.

El Código de la Familia de Rusia, del 8 de diciembre de 1995, tiene una norma muy interesante, formulada como nor-

---

<sup>70</sup> Ver Segunda Parte, Título II, Capítulo 2, Sección 1, apartado B, párrafo d.

ma imperativa y aplicable «cualquiera sea la nacionalidad del adoptante». Es la siguiente: «*En el caso en que, a consecuencia de la adopción, los derechos del niño previstos en la legislación rusa y en las convenciones internacionales, corran riesgos de ser transgredidos, la adopción no puede otorgarse, cualquiera sea la nacionalidad del adoptante, y la adopción que hubiese sido otorgada, deberá ser declarada nula por el tribunal*»<sup>71</sup>. La particularidad de esta norma es que excede el ámbito normal de aplicación del derecho ruso e impone la sanción de nulidad de derecho interno, cualquiera sea la ley aplicable al estatuto personal del sujeto. Se trata, pues, de una *norma de policía del derecho internacional privado*.

La ley rumana de derecho internacional privado N° 105 del 22 de septiembre de 1992, tiene una solución de tipo conflictual, por la cual aplica acumulativamente las leyes nacionales de adoptante y del adoptado para las condiciones de fondo de la anulación. Dice así:

«*Art. 33. La nulidad de la adopción se somete, en cuanto a las condiciones de fondo, a las leyes indicadas en el art. 30, y respecto de la transgresión de las condiciones de forma, a la ley prevista en el art. 32*»<sup>72</sup>. Cuando el adoptado tiene su domicilio en Rumania, el juez rumano tiene jurisdicción exclusiva para la acción de anulación, y debe aplicar acumulativamente ambos derechos nacionales de adoptante y adoptado o, si es la adopción por esposos, la acumulación

---

<sup>71</sup> Traducimos de la versión en francés del Código de la Familia ruso, publicado en la *Revue Critique de Droit International Privé* 1997, pág. 150.

<sup>72</sup> Según el art. 30 de la ley rumana, a las condiciones de fondo se aplican ambas leyes nacionales de adoptante y adoptado, acumulativamente; si son esposos y adoptan juntos, se aplica la ley que rige los efectos del matrimonio, es decir, la ley nacional común o, en su defecto, la ley del domicilio común. De acuerdo con el art. 32, la forma de la adopción se rige por la ley del Estado donde la adopción se constituye. La ley rumana de derecho internacional privado de 1992 ha sido publicada en la *Revue Critique de Droit International Privé* 1994, pág. 175.

se produce entre la ley nacional del adoptado y la ley de la nacionalidad común de los esposos o la ley del domicilio común de los esposos. Ahora bien, cuando se trata de anular, si una de las leyes que deben acumularse no sanciona la nulidad, ésta no puede decretarse y el emplazamiento sigue válido para ambos sujetos.

Una solución acumulativa estuvo prevista en el Proyecto de Convención de derecho internacional privado en materia de adopción del profesor Julio J. López del Carril de 1983. En efecto: «Art. 12. *La nulidad o la anulabilidad de la adopción se somete a la ley del Estado de constitución del vínculo y solo podrá decretarse en sede judicial y por violación de los requisitos que a tal efecto señale expresamente la ley del domicilio real del adoptado.* Art. 13. *Serán competentes para entender en las acciones de revocación, nulidad o anulación de la adopción, los jueces del Estado donde se otorgó la adopción*». Es decir, el juez del Estado de la constitución de la adopción, acumula su *lex fori* y la ley del domicilio real del adoptado.

En cambio, el Anteproyecto actualizado del Código de derecho internacional privado del profesor Werner Goldschmidt de 1989, aplica un solo derecho: «*La ley del Estado de otorgamiento regirá lo concerniente a la nulidad de la adopción*» (art. 54, segundo párrafo).

Finalmente, presentaremos la regulación de esta cuestión en la ley federal suiza de derecho internacional privado. Según el art. 77.3: «*La acción de anulación de una adopción pronunciada en Suiza se rige por el derecho suizo. Una adopción pronunciada en el extranjero sólo puede anularse en Suiza, si también existe una causal de anulación en derecho suizo*». Para la impugnación de una adopción, son competentes los jueces suizos del domicilio del adoptante o de uno de los adoptantes, de la residencia habitual del niño o del foro de origen suizo de uno de los adoptantes (cuando la acción no puede ser intentada en el domicilio extranjero de los adoptantes, o en la residencia habitual extranjera del niño, o

no es razonable que se exija el recaudo de promover la acción en esas jurisdicciones foráneas) <sup>73</sup>.

De esta legislación, de marcada orientación unilateralista, nos interesa destacar la posibilidad de disociar el juez competente para anular la adopción, de la autoridad que constituyó la adopción (o del juez del Estado de otorgamiento de la adopción). Se trata de una nulidad de derecho interno, con vocación a expandir sus efectos a otros ordenamientos que pueden interesar en el caso concreto.

### *B. El establecimiento de un procedimiento adecuado*

La experiencia de los distintos Estados reflejada en los debates y en las normas elaboradas en el seno de la Conferencia de La Haya en ocasión de la Convención aprobada el 29 de mayo de 1993, muestra que es inconveniente que los candidatos a adoptar domiciliados en el extranjero tomen contacto personal con la madre biológica o con parientes de sangre del niño.

Por lo demás, debe evitarse completamente la actividad en la República Argentina de agencias o entidades extranjeras, así sean sin fines de lucro, que se dediquen a la intermediación en materia de adopción. Ante la posibilidad de que actúen clandestinamente, debe prohibirse toda guarda de hecho que comporte un contacto directo entre los progenitores o familiares de sangre del niño y los futuros adoptantes <sup>74</sup>. Habida cuenta esta prohibición y la de toda

---

<sup>73</sup> Esta disposición de la ley federal suiza fue, sin duda, la fuente inspiradora de la norma propuesta sobre la acción de anulación en el proyecto de reformas de las doctoras Berta Kaller Orchansky, Amalia Uriondo de Martinoli y Beatriz Pallarés, presentada en nota 67 de esta Tercera Parte.

<sup>74</sup> La Circular del 16 de febrero de 1999 del Ministerio de Justicia francés priva de efecto al consentimiento de los progenitores cuando se trata de un niño menor de dos



actividad de intermediación, debe aceptarse la marcada tonalidad pública de la etapa inicial de toda adopción con desplazamiento del niño a través de las fronteras y la necesidad de efectuar un seguimiento del niño, incluso sin contar con un marco convencional <sup>75</sup>.

El legislador debe interesarse en implementar un procedimiento que complemente las normas específicas de derecho internacional privado.

#### *a. Las fases del procedimiento*

La constitución en el foro de una adopción en favor de aspirantes a adoptar domiciliados o residentes en el extranjero, comprende tres etapas bien diferenciadas: el procedi-

---

años que no hubiera sido dado al servicio de ayuda social o a un organismo de adopción regularmente acreditado. En nuestra opinión, en la República Argentina no deben existir «entidades extranjeras acreditadas o autorizadas». Basta con el ejercicio de sus funciones por los jueces, la Dirección Nacional de Protección del Menor y la Familia (o el organismo que cumpla estas funciones), el Ministerio Público y una nueva entidad a crearse, que hemos denominado Autoridad Central para Adopciones Internacionales.

<sup>75</sup> En abril de 2000 se llevó a cabo en San Salvador de Jujuy, la XIII Conferencia Nacional de Abogados, que debatió el tema de la adopción internacional en la Comisión N° 3 (Familia y Sucesiones). De sus conclusiones, destacaremos algunos principios, todos ellos propuestos de *lege ferenda*, que son totalmente compatibles con los principios que sostienen esta tesis, la cual, por lo demás, da respuesta a las necesidades que se señalaron como prioritarias en la Conferencia. Son los siguientes: - En todos los procesos de guarda y adopción, la jurisdicción y competencia debe ser del país de origen del menor, el de residencia habitual, debiendo reconocerse el vínculo en el país receptor; - Controlar el proceso pre y post adopción y demás trámites mediante la cooperación judicial internacional; - Nulidad absoluta para cualquier adopción que tenga como presupuesto necesario la comisión de un ilícito, haya sido víctima del mismo el menor y/o sus progenitores; - Solamente se aceptará la adopción internacional con residentes en los países con los cuales se hayan celebrado tratados bilaterales al efecto...». Como conclusión general, la Conferencia recomienda reformular la institución de la adopción consagrada en el Título IX del Libro III e incorporar las modificaciones aprobadas. Se trata de una recomendación genérica donde se advierte alguna preocupación por la coordinación de ordenamientos. En esta línea de pensamiento, esta tesis profundiza los métodos de coordinación y propone las normas concretas.

miento preparatorio de una adopción internacional, que comienza con la declaración de adoptabilidad del niño por el juez argentino, el juicio de adopción propiamente dicho, que comprende la guarda y el otorgamiento de la adopción, y el seguimiento posterior al desplazamiento del menor.

Mediante la declaración de adoptabilidad se elimina el carácter de parte de los padres de sangre en el procedimiento judicial posterior. El juez debe dejar constancia de los consentimientos dados por la familia de origen o por la persona u órgano que ejerza la representación legal del menor, y debe designar un tutor provisorio hasta que proceda al dictado de la adopción. En la declaración de adoptabilidad deben ser parte los padres biológicos o representantes legales del niño y el Ministerio Público, que tiene entre sus funciones la de controlar que no exista fraude en el estado de abandono del niño.

Cuando por las circunstancias de la especie el juez no pueda conferir la guarda preadoptiva en favor de apropiados aspirantes domiciliados en el país, en forma conjunta con la declaración de adoptabilidad del niño, comunicará la decisión a la Autoridad Central para Adopciones Internacionales, paso necesario para establecer el contacto entre el niño y los candidatos domiciliados en el extranjero de manera legítima y con garantías de protección y de seguimiento.

La comunicación se acompañará con un informe completo sobre las necesidades del niño, a fin de que ese organismo proceda a una selección de los candidatos y proponga al juez dos o más aspirantes a futuros adoptantes. El juez, con apoyo de equipo técnico, seleccionará y citará al aspirante (o aspirantes) que considere más apropiado para el niño. La comunicación se cursará a través de la Autoridad Central para Adopciones Internacionales y del órgano similar que actúe en el país extranjero. El centro de gravedad del procedimiento se sitúa en esta etapa de decisión de la guarda preadoptiva. Si se ha llegado a esta etapa, es evidente que no se ha detectado ningún vicio en la configuración del estado de adoptabilidad y que la situación del menor respecto de su familia de sangre ha quedado definida, con resguardo de los

derechos fundamentales de los progenitores y sin ningún contacto entre éstos y los aspirantes a adoptar. Por lo demás, al tiempo de la citación, se ha efectuado una triple evaluación: la de la autoridad u órgano competente del Estado del domicilio de los candidatos, la de la Autoridad Central para Adopciones Internacionales -que establece el primer enlace entre determinados aspirantes y determinado niño- y la del propio juez, en quien recae la resolución decisiva pues conoce al niño, su medio y sus necesidades y está mejor colocado para apreciar la opción que mejor responde a su interés. El rol del juez es insustituible. Ello es lo que mejor responde a las características de la cooperación jurisdiccional en el continente americano, reacio a delegar las funciones de los jueces en autoridades administrativas.

La decisión de la guarda fijará las modalidades de ejecución. Estimamos que deben respetarse tres premisas: a) cumplimiento en el país con presencia permanente del futuro adoptante (o de uno de los esposos, si es un matrimonio y se justifican razones extraordinarias que impidan la permanencia de ambos aspirantes); b) prohibición de salida del niño del país hasta que la sentencia que otorgue la adopción esté firme, y c) extensión durante un período razonable, que deberá fijarse según criterios flexibles en atención a la edad del menor, a la realidad de los aspirantes y a las exigencias impuestas al respecto en el Estado de recibimiento del niño adoptivo.

Tener conocimiento sobre la situación de integración del niño en su nueva familia es una aspiración de los Estados de origen de los niños, que se manifestó claramente en ocasión de la elaboración de la Convención de La Haya del 29 de mayo de 1993.

La delegación de El Salvador, con el apoyo de México, Costa Rica, Polonia, Brasil, Bolivia y Rusia, propuso un agregado al artículo relativo a las funciones de la Autoridad Central, a fin de que comprendiera: «... *f) post control of the adoption in the receiving state in order to verify that they have*

*been carried out in view of the superior interest of the minor»*<sup>76</sup>. Estados Unidos afirmó que se trataba de una prevención innecesaria pues un niño extranjero ingresado en los Estados Unidos de Norteamérica recibía idéntica protección que un niño norteamericano colocado en familia adoptante en el orden local; por lo demás, comportaba un peso insoportable para las autoridades centrales. El delegado de Austria sostuvo que ese seguimiento significaba un grado de injerencia en la vida de las familias incompatible con las garantías constitucionales. Los representantes de Filipinas y de Sri Lanka simpatizaron con la propuesta de los países latinoamericanos pero concluyeron que la «soberanía» del país de origen del niño no podía ser concebida con tal alcance. Al tiempo de las votaciones, la propuesta de El Salvador fue rechazada<sup>77</sup>.

Estimamos que cuando se celebren convenios bilaterales deberá incluirse una cláusula por la cual la autoridad competente del Estado de recibimiento del niño deberá comunicar a la Autoridad Central para Adopciones Internacionales de Argentina, un informe sobre el bienestar del pequeño hasta que se haya procedido al reconocimiento de la adopción otorgada en la Argentina o a la conversión en adopción local. Fuera de todo marco convencional, deberá procurarse un compromiso de seguimiento del niño por lo menos durante el primer año posterior a su desplazamiento fuera del país.

---

<sup>76</sup> Actes et documents de la Dix-septième session, tome II, ob. cit, Procès verbal N° 5, séance du mercredi 12 mai 1993, pág. 384. El texto del sub-párrafo f, citado, consta en pág. 260 del t. II, citado.

<sup>77</sup> Sin embargo, se agregó un inciso en el texto definitivo del art. 9° de la Convención de La Haya del 29 de mayo de 1993, redactado así: «e) responder, en la medida en que lo permita la ley de su Estado, a las solicitudes de información motivadas respecto a una situación particular de adopción formuladas por otras autoridades centrales o autoridades públicas».

*b. La creación de una Autoridad Central*

Debe crearse un organismo especializado que actúe como «puente» entre el juez local y el organismo público responsable de adopciones internacionales del Estado extranjero. La cooperación jurisdiccional en América Latina está centrada en el papel del juez, el juez local que tiene contacto directo con el niño en estado de abandono <sup>78</sup>. El juez necesita la colaboración de un organismo público, que centralice las proposiciones de «familia adoptante» que lleguen por intermedio de las autoridades centrales o departamentos administrativos de protección de la niñez, o similares, de Estados extranjeros.

Llamamos a ese organismo Autoridad Central para Adopciones Internacionales y, a fin de acentuar su eficacia, parece conveniente su integración por un representante del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, otro del Ministerio de Justicia, dos del Ministerio Público -uno por cada una de sus ramas- y otro de la Dirección Nacional de Protección del Menor y la Familia (u organismo que la reemplace)

Los Estados obligados por la Convención de La Haya del 29 de mayo de 1993 -un total de cuarenta y seis países- han designado sus respectivas autoridades centrales, con las funciones que la Convención prevé y otras que el legislador nacional ha creído conveniente encomendarles. La República

---

<sup>78</sup> En las conclusiones de las VII Jornadas de reflexión organizadas por la Asociación Argentina de Magistrados y Funcionarios de la Justicia de Menores, en Vaquerías, Córdoba, en agosto de 1994, se advierte un notable disfavor hacia la figura de la Autoridad Central, con las funciones atribuidas por la Convención de La Haya del 29 de mayo de 1993, por considerar que viola principios constitucionales argentinos en torno al Patronato del Estado y a las funciones que corresponden a los jueces. Son los jueces quienes «realizan por sí o delegando, las tareas de evaluación y consideración de las condiciones determinantes de la preadoptabilidad siendo inaceptable toda otra institución u organismo destinado a dicha tarea». Conf. documento del Centro Focal, referencia 80-60061.

Argentina *no debe ratificar esa Convención* <sup>79</sup>, pero debe establecer un organismo que colabore con los jueces locales en la selección de los futuros adoptantes, y centralice la relación con los Estados extranjeros con los cuales la Argentina celebre tratados bilaterales sobre adopción o, aun cuando no existan tratados, favorezca un engranaje aceitado de relaciones de cooperación jurisdiccional entre autoridades públicas.

Las funciones de la Autoridad Central para Adopciones Internacionales, serán:

---

<sup>79</sup> Pese a los reconocidos valores jurídicos de este instrumento, que tanto éxito ha tenido tanto en Estados de recepción de niños como en los Estados de origen de los niños, *estamos convencidos de que la República Argentina no debe obligarse por esta Convención*. Ello es así, pues permite y favorece la actuación de múltiples organismos acreditados que «persiguen fines no lucrativos» y actúan en el campo de la adopción, y no prohíbe las adopciones llamadas «independientes» en las que actúan personas (los «lawyers») o entes diferentes a autoridades públicas. Durante la elaboración de la convención, repetidamente surgió el debate sobre las funciones que podían delegarse en las agencias u organismos acreditados y las que convenía reservar exclusivamente dentro de la competencia de las autoridades centrales. Ver discusión del documento preliminar N° 7, sesiones del 11 y 12 de mayo de 1993, *Actes et documents de la Dix-septième session*, t. II, ob. cit., especialmente págs. 368/401. La Unión Internacional del Notariado Latinoamericano y el Dr. Calvento Solari, representante del Instituto Interamericano del Niño, expresaron su preocupación por las facultades delegadas por la Autoridad Central (pág. 386). El único resguardo fue la disposición que aparece en el art. 12 del texto definitivamente aprobado, en el sentido de que organismos acreditados en un país no pueden actuar en otro Estado a menos de que cuenten con la autorización de ambos Estados. Por otra parte, los expertos de los Estados Unidos de Norteamérica insistieron activamente durante la elaboración de la convención, en favor de la incorporación y la regularidad de los intermediarios independientes. Conf. Peter H. PFUND, «Contributing to progressive development of Private International Law: the international process and the United States approach», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 1994-V, vol. 249, pág. 9 y ss., especialmente págs. 117/119. Habida cuenta de que este tratado no admite reservas, su ratificación comportaría una apertura de la Argentina hacia la actuación de intermediarios y ello aumentaría la corrupción en nuestro país (incluso si realizara la declaración permitida por el art. 22.4 de la Convención). Si se respeta el principio de subsidiariedad, el número de adopciones internacionales en la República Argentina no debería superar la capacidad de actuación de una bien equipada Autoridad Central para Adopciones Internacionales. Creemos que las valiosas soluciones de esta Convención de La Haya de 1993 deben servir de modelo para inspirar cláusulas de tratados bilaterales.

- Contribuir a la definición de la política de cooperación internacional en el ámbito de la adopción internacional de menores;

- Colaborar con las autoridades centrales de otros estados, a fin de cumplir acuerdos bilaterales que se hubieran celebrado; con independencia de todo convenio bilateral, implementar la cooperación necesaria para la postulación de personas domiciliadas en Estados extranjeros ante los jueces argentinos con miras a la adopción de un niño residente habitual en la República Argentina. Favorecer, asimismo, la postulación de personas domiciliadas en nuestro país ante autoridades competentes de un Estado extranjero con el propósito de adoptar a un niño residente habitual de ese Estado extranjero <sup>80</sup>.

- Intercambiar información sobre legislaciones nacionales, estadísticas, jurisprudencia, documentación relativa a los candidatos a adoptar, a los organismos sociales que avalen a los candidatos, y a los procedimientos que se lleven a cabo;

- Asegurar la salida del niño de la República Argentina y el ingreso y obtención de la residencia en el Estado de recepción, con la regularidad y protección que corresponda;

- Facilitar la acción del Ministerio Público, cuando decida promover, en el país o en el extranjero, las acciones de anulación de una adopción viciada y de restitución del niño víctima de un acto de tráfico;

- Llevar registro de todas las adopciones extranjeras que se reconozcan en el país, a título principal o incidental, y de todas las adopciones que se otorguen en la República Argentina

---

<sup>80</sup> Una reforma legislativa debería regular la posibilidad de que Argentina llegue a convertirse en un Estado de recepción de niños extranjeros adoptados en el extranjero por personas domiciliadas en nuestro país, en condiciones de regularidad y de seguridad para el niño. Actualmente, se trata de una hipótesis marginal que halla solución en los supuestos de inserción de adopción extranjera en el ordenamiento jurídico argentino (Capítulo 2, Sección 2, Título único de esta Tercera Parte).

en favor de personas residentes habituales en el extranjero, como así también de personas de nacionalidad extranjera, residentes habituales en el país al tiempo del otorgamiento de la adopción. El registro deberá incluir los casos de conversión de adopción extranjera en adopción de derecho argentino.

- Celebrar compromisos de seguimiento del niño y de constatación de su bienestar hasta que haya transcurrido un cierto lapso desde el traslado al país extranjero;

- Promover iniciativas de formación para todos los que operan en el ámbito de la protección internacional del menor <sup>81</sup>.

## Capítulo 2

### Las cuestiones básicas de derecho internacional privado en la futura legislación

Nuestro propósito es elaborar una propuesta legislativa de fuente interna que resuelva los problemas esenciales del derecho internacional privado: jurisdicción internacional, derecho aplicable y reconocimiento de adopciones constituidas en el extranjero.

Nuestra tesis consiste en dictar una norma unilateral que aplique el derecho material argentino a las especies intensamente relacionadas con el foro en las cuales los jueces argentinos tienen jurisdicción exclusiva, y en implementar técnicas de coordinación de ordenamientos cuando el caso tenga lazos de proximidad en forma concurrente o preponderante

---

<sup>81</sup> En la proposición de funciones, hemos tenido como modelo el art. 39 de la ley italiana N° 476 del 31 de diciembre de 1998 (Gazzetta Ufficiale N° 8 del 12/1/99) que ha instituido la *Commissione per le adozioni internazionali*, como asimismo los decretos franceses 98-815 (JO del 13/9/98) y 98-863 (JO del 26/9/98) que crearon la *Mission de l'Adoption internationale*. Francia ha completado la integración de la Autoridad Central por decr. 2002-1052 (J.O. 8/8/02).



con otro ordenamiento extranjero. En este sentido: a) cuando se sabe que después de constituida la adopción en el foro el niño será desplazado a un Estado extranjero donde se desarrollará la vida familiar, ese otro ordenamiento de destino deviene foro preponderante; b) si la adopción ha sido constituida en el extranjero, sin lazo alguno con el ordenamiento argentino, en el cual se reclaman efectos ulteriores de ese emplazamiento, el juez argentino deberá alinearse en la posición del ordenamiento extranjero tomado como base del razonamiento, bajo reserva de la compatibilidad de la solución con el orden público internacional argentino; c) si se ha otorgado una adopción en el extranjero, en una especie estrechamente vinculada al ordenamiento argentino, corresponderá verificar la supuesta violación de la jurisdicción argentina exclusiva o de la legislación imperativa de nuestro país, a fin de resolver si el interés superior del niño justifica una acción de anulación de adopción conferida en el extranjero y si esta solución tiene posibilidades de ser reconocida en los Estados que interesan.

### *Sección 1*

#### *La creación de un emplazamiento adoptivo en el foro*

En atención a que la adopción no es una institución que existe *ex lege*, en virtud de reglas abstractas y generales de un ordenamiento, sino que necesita la intervención de una autoridad pública, encargada de apreciar el «interés del niño», el juez que interviene es la pieza maestra de todo el sistema de protección del menor. Las opciones que tome el legislador respecto de la competencia de sus tribunales revelan la preeminencia que está dispuesto a otorgar a los intereses del foro y su disposición para respetar el legítimo interés de Estados extranjeros en especies que no están vinculadas en forma preponderante con el propio ordenamiento.

### *A. Jurisdicción y derecho aplicable*

Los jueces argentinos tienen jurisdicción exclusiva para entender en la declaración de adoptabilidad -y en las etapas posteriores del procedimiento- respecto de niños con domicilio en la República Argentina o que se encuentren en estado de abandono en la República Argentina. En este último caso, no es óbice para abrir jurisdicción la nacionalidad extranjera del niño o el domicilio en el extranjero de sus representantes legales; sin embargo, corresponderá distinguir los supuestos.

#### *a. Distinción de hipótesis que justifican la intervención del juez argentino*

*a.1.* El supuesto típico es el de niño huérfano o de padres y familiares desconocidos, o de padres que han dejado al menor en situación de desamparo por un lapso que fija la ley.

Puede comprender: a) niño cuyo domicilio de origen está en el país o que tiene domicilio de origen desconocido, y b) niño en estado de desamparo en el país, cuyo domicilio de origen puede ubicarse en el extranjero. En el primer caso el juez abrirá un procedimiento para comprobar el estado de desamparo del menor. Citará a los padres o presuntos familiares del niño y, si no hay posibilidad de recomponer un lazo familiar efectivo con la familia de sangre, recogerá por escrito los consentimientos para una adopción que importe ruptura del lazo de filiación. El juez declarará la adoptabilidad del niño y, si en las concretas circunstancias del caso no cuenta con candidatos apropiados a quienes conferir la guarda con fines de adopción, designará un tutor especial para asegurar la protección del niño en las etapas siguientes del procedimiento y tomará contacto con la Autoridad Central para Adopciones Internacionales.

En el caso señalado como b, el juez deberá tomar contacto con la autoridad competente que corresponda a ese domicilio de origen a fin de descartar la posibilidad de que el niño haya sido víctima de un acto de tráfico.

En ambos casos, desde el comienzo del procedimiento, será parte el Ministerio Público, quien tendrá entre sus funciones emitir opinión sobre la conveniencia de una adopción internacional para el caso concreto. En el transcurso del procedimiento y hasta la selección de los candidatos domiciliados en el extranjero, el niño podrá ser colocado en guarda preadoptiva con miras a una adopción nacional.

a.2. Un supuesto de adopción nacional con potencial desplazamiento futuro de niño, se presenta cuando la solicitud de guarda preadoptiva es presentada por aspirantes extranjeros domiciliados en la Argentina. El art. 315 de la ley 24.779 exige que el candidato a adoptar demuestre de manera fehaciente e indubitable que tiene una residencia permanente en el país por un período mínimo de cinco años antes de la petición. Mi propuesta comprende *la derogación de esta restricción* pues no es útil a los bien intencionados fines que se propone <sup>82</sup>. Los candidatos a adoptar de nacionalidad extranjera que estén domiciliados en el país, no deben ser eliminados del registro y del procedimiento que se sigue en adopciones totalmente nacionales. No es lógico exigir que estos aspirantes se presenten a través del órgano competente para adopciones del Estado de su nacionalidad con la intervención de la Autoridad Central para Adopciones Internacionales de la República Argentina. Por lo demás, una certificación de au-

---

<sup>82</sup> La XIII Conferencia Nacional de Abogados reunida en San Salvador de Jujuy en abril de 2000, sostuvo de *lege lata* «que el art. 315 del Código Civil no debe ser aplicado a futuros adoptantes de nacionalidad argentina que por haberse ausentado del país no cumplen con el requisito de cinco años de residencia exigido por la mencionada norma». El Proyecto de reformas al Código Civil de 1998 elimina la solución restrictiva del art. 315 y la sustituye por la siguiente norma: «art. 656... La adopción sólo puede ser concedida a extranjeros que no tengan residencia estable en el país si el tribunal está convencido de que ella no encubre el tráfico o venta del niño, y de que responde a su interés superior».

toridades del Estado de la nacionalidad de los adoptantes puede ser irrelevante si una vez concedida la adopción, la familia instala su residencia habitual en otro país extranjero. El juez dará curso al procedimiento y comunicará la decisión de adopción a la Autoridad Central para Adopciones Internacionales a fin de que lleve registro preventivo.

*a.3.* Si un aspirante a adoptar domiciliado en la República Argentina solicita a juez argentino la guarda preadoptiva de un niño determinado residente habitual en el extranjero, el juez se declarará incompetente. Los países extranjeros -por ejemplo, los países asiáticos- que admiten que sus niños se desplacen al Estado extranjero del domicilio de los aspirantes a adoptar, donde se conferirá la adopción tras un período de convivencia, se reservan el derecho de dictar la decisión judicial o administrativa de guarda preadoptiva.

*a.4.* El solicitante, domiciliado en la República, es el guardador de un niño con domicilio de origen extranjero, que reside en la República Argentina. Puede pretender el reconocimiento de la decisión extranjera de guarda con miras a cumplir en el país el período probatorio y obtener el dictado de una adopción conforme al derecho nacional, o bien solicitar el otorgamiento de una guarda preadoptiva conforme al derecho local, con miras a una futura adopción en el país.

En virtud de la residencia del menor en el país, el juez argentino es competente para medidas urgentes de protección o para resolver un conflicto relativo al ejercicio de su misión por parte del guardador. Es, en principio, incompetente para declarar al niño en estado de adoptabilidad o para otorgar la adopción en favor del guardador. El aspirante a adoptar deberá continuar el proceso que está pendiente en el extranjero, obtener el dictado de la adopción en aquella jurisdicción y ello dará motivo, posteriormente, a un procedimiento de inserción en el foro de la adopción conferida en el extranjero.

Como excepción, cuando el interés superior del niño haga aparecer como irrazonable la promoción de un juicio de adopción en el extranjero, el juez argentino del domicilio del adoptante tomará contacto con la autoridad extranjera que ha otorgado la guarda a fin de conocer la reacción de ese ordenamiento jurídico frente al eventual dictado de una adopción en la Argentina. El juez argentino solicitará información sobre la manifestación de los consentimientos de los progenitores o representantes legales del menor, sobre el contenido del vínculo del guardador conforme a la legislación extranjera y sobre el probable reconocimiento de una adopción dictada en la Argentina <sup>83</sup>. Si la autoridad extranjera se opone a la intervención del juez argentino, éste limitará su competencia a las medidas de protección del menor que se justifiquen en virtud de su residencia en el país <sup>84</sup>. Es decir que la ausencia de oposición de la autoridad extranjera es condición que habilita la competencia internacional del juez del foro. Este mecanismo de coordinación fue discutido en los trabajos preparatorios de la Convención Interamericana de La Paz de 1984 -art. 12 del proyecto de ley modelo elaborado por Didier Opertti Badan-, procura prevenir el tráfico de niños y tiene

---

<sup>83</sup> En nuestra propuesta, en este supuesto en que los adoptantes están domiciliados en la Argentina, el juez argentino toma contacto y pide informes a la autoridad extranjera. Según la legislación de los Países Bajos, esta prueba de la *aprobación de la adopción por parte de las autoridades del país de origen del niño* la deben proporcionar los candidatos a adoptar. Dice el art. 8° de la ley holandesa del 8 de diciembre de 1988 -con sucesivas modificaciones en 1993, 1994, 1995 y 1998- en lo pertinente: «8°... e) los aspirantes a padres adoptivos deberán demostrar de manera satisfactoria, por medio de documentos, que las autoridades del país de origen están de acuerdo en que el menor extranjero sea adoptado por ellos». Ver Segunda Parte, Título II, Capítulo 1, Sección 2, apartado B, c.

<sup>84</sup> Mecanismo inspirado en los arts. 8° y 9° de la Convención de La Haya del 19 de octubre de 1996 sobre competencia de autoridades, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de decisiones y cooperación en materia de protección de niños. Ver Segunda Parte, Título I, Capítulo 2, Sección 3.

la particularidad de que el Estado que juega un rol preponderante en cuanto a la inserción futura del niño, es la República Argentina.

Si la autoridad extranjera acepta la competencia de la autoridad argentina -lo cual descarta toda posibilidad de que el niño haya sido desplazado ilícitamente de su país de origen-, el juez apreciará el interés superior del niño en ver transformada la guarda otorgada en el extranjero en guarda preadoptiva, oirá al niño si tiene edad y madurez apropiada y procederá como en un caso totalmente nacional. La solución evita adopciones claudicantes y se inspira en la teoría de la referencia al ordenamiento competente.

*b. Aplicación de la ley del foro y acumulación de un mecanismo de coordinación*

La regla general es que el juez argentino, una vez cumplido satisfactoriamente el período de guarda preadoptiva, confiera la adopción conforme a la *lex fori*. A las condiciones sustanciales de validez para la constitución del vínculo, se agregará la demostración, por parte de los candidatos a adoptar, de que la adopción a otorgarse en la Argentina *será reconocida y otorgará al niño un emplazamiento equiparable al de hijo en el Estado de probable destino del niño. La reacción global del Estado de probable destino del niño se convierte en referencia obligatoria para el juez que confiere la adopción en Argentina. Se trata de una variación dentro de la técnica de la referencia al ordenamiento competente.* Conviene recordar que, tanto las ideas del profesor Picone al respecto como las reflexiones que sobre el punto desarrollaron los doctores Coll y Estivill, fueron inspiradas por la legislación de los países escandinavos que procuraban una coordinación de esta naturaleza. La demostración de la condición será sencilla para los candidatos seleccionados a través de la Autoridad Central para Adopciones Internacionales pues ese organismo en combinación con el ente que desempeñe funciones similares en el país extranjero, extenderá el certificado correspondiente.

La certificación hará constar que un niño adoptado en esas condiciones será autorizado a ingresar y a residir en ese Estado. Aun cuando la autoridad central no haya intervenido en la selección de los candidatos, en toda ocasión favorecerá la obtención de tales certificados ante los organismos extranjeros competentes.

La norma propuesta será la siguiente:

Derecho aplicable:

1. *El juez argentino competente otorgará la adopción conforme a la lex fori. En caso de probable desplazamiento del niño al extranjero, el juez exigirá como condición sustancial que los candidatos a adoptar demuestren que una adopción conferida por la autoridad argentina será reconocida y dará al menor un emplazamiento de filiación en el Estado del domicilio extranjero del o de los futuros adoptantes.*

2. *En todo caso, el juez adaptará el derecho argentino, especialmente en cuanto al período de guarda preadoptiva, a fin de hacerlo apropiado a las circunstancias y a las exigencias del ordenamiento jurídico de probable destino del menor, y establecerá los mecanismos de cooperación necesarios a fin de concertar un seguimiento del menor hasta que la adopción otorgada en la República Argentina sea reconocida en el Estado de recepción o, al menos, durante el primer año posterior a la salida del menor del territorio argentino* <sup>85</sup>.

---

<sup>85</sup> Señalamos que en el pensamiento de Picone, la preferencia por un método de coordinación u otro depende de la categoría de la relación privada de que se trate. Así, por ejemplo, el método de la *lex fori* prevalece cuando se trata de medidas que dependen fuertemente de la autoridad pública que las dicta, como las medidas de protección (entre ellas, una adopción). Por su parte, el método de la referencia al ordenamiento competente prevalece cuando se trata de *reglamentar las relaciones más externas al ordenamiento del foro*, en las cuales no tendría ningún sentido hacer nacer o favorecer situaciones claudicantes. Conf. Paolo PICONE, «Les méthodes de coordination...», ob. cit. en nota 174 de la Primera Parte de este trabajo, pág. 210.

### *B. Vicio esencial que obsta al emplazamiento adoptivo*

No se trata en este apartado de la nulidad de la adopción pues, por hipótesis, la adopción se ha solicitado al foro y se advierte el vicio con anterioridad a la decisión que confiere la adopción. No todos los vicios interesan sino aquellos que llamo «esenciales» y que son: los que provienen de un delito del cual son víctimas los representantes del niño y el propio niño (y éstos admiten una subdivisión según se trate de vicios de *lesa humanidad* o acto de tráfico que no corresponda a esa categoría), y los que provienen de un contrato ilícito que afecta los derechos fundamentales del niño según la noción de orden público del foro donde se reclama el emplazamiento adoptivo.

#### *a. Niño víctima de un acto de tráfico*

El niño víctima tiene su domicilio de origen en el extranjero y se encuentra en el país, ya sea en estado de abandono o en manos de un guardador ilegítimo.

La situación puede advertirse en el procedimiento de declaración de adoptabilidad o una vez que la autoridad local dictó una guarda preadoptiva.

En atención a la vigencia de la Convención Interamericana sobre tráfico internacional de niños, sus soluciones deben ser aplicadas como obligación internacional en el ámbito específico del tratado -por intermedio de las autoridades centrales designadas de conformidad al art. 5º de la Convención<sup>86</sup>- y a todo niño oriundo de un Estado no parte que se encuentre en la República Argentina, respecto del cual se sospecha que ha sido víctima de un acto de tráfico.

---

<sup>86</sup> Ver Segunda Parte, Título I, Capítulo 3, Sección 3.



El juez competente tomará contacto, a través de la autoridad central, con las autoridades competentes del Estado de la anterior residencia habitual del niño. Si se confirma la sospecha, el juez argentino debe cooperar con las autoridades extranjeras a fin de proceder a la restitución del niño, proveyendo a su protección y a su seguridad durante el traslado. Si no está pendiente ninguna solicitud de localización y ninguna persona debidamente legitimada -incluyendo al Estado extranjero- reclama la restitución, el juez resolverá según las circunstancias de la especie.

El niño estará bajo una medida de protección provisoria en la República Argentina (que puede incluir una guarda sustitutiva de la guarda ilegítima), o la prolongación de la guarda, cuando los guardadores fuesen de buena fe y la medida se justifique en interés del niño. En todo caso el niño será equiparado a niño nacional argentino que se encuentre necesitado de protección en territorio argentino (que podrá abarcar, si se dan las condiciones, una declaración de adoptabilidad seguida del procedimiento de adopción internacional).

#### *b. Niño por encargo*

El caso se presenta en jurisdicción argentina como una solicitud de adopción del hijo del cónyuge.

Proponemos razonar la siguiente hipótesis <sup>87</sup>: Un matrimonio celebró un contrato oneroso en los Estados Unidos de

---

<sup>87</sup> Esta hipótesis ha dado lugar a un nutrido debate en jurisprudencia francesa. En un primer caso «Mme. M.», la Corte de apelaciones de París disoció el contrato de gestación por otro (válido en el derecho norteamericano y contrario al orden público francés), de la solicitud de adopción del niño por parte de la cónyuge del padre genético, presentada ante tribunales franceses. Justificó la operación en la existencia de un derecho natural a fundar una familia por la procreación y afirmó: «la protection de remplacement réalisée par l'adoption plénière dans l'intérêt de l'enfant, abandoné par sa mere à sa naissance, est en conformité avec les normes définies par la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989...», Cour d'Appel de Paris, 1°

Norteamérica -o en otro Estado que permita la celebración de contratos de «locación de vientre» o de gestación por otro- por el cual un niño concebido por inseminación artificial por una madre de sustitución de nacionalidad americana sería abandonado por ésta a su nacimiento a favor de su padre genético. Una vez nacido el niño y reconocido por el padre, la madre hizo abandono de sus derechos conforme a la legislación de ese país. El padre trasladó el bebé a la República Argentina y su esposa solicitó la adopción del hijo del cónyuge ante el juez local.

Desde la óptica del foro existe un contrato de objeto ilícito que vicia el abandono del niño por su madre. El juez argentino rechazará la demanda de adopción sobre la base de similares principios a los utilizados en el fallo citado de la Corte de Casación francesa, pues ese emplazamiento de integración del niño es el «último momento de un proceso contractual», iniciado en ejecución de un contrato nulo de nulidad absoluta a los ojos del ordenamiento argentino, por violación del principio de indisponibilidad del estado civil del niño.

La solución puede ser opinable desde la óptica del interés del niño. El propósito de incluir este supuesto es evitar que la República Argentina se convierta en un ámbito permi-

---

Ch., 15 de junio de 1990, *Revue Critique de Droit International Privé* 1991, pág. 711, especialmente pág. 716. El fallo quedó firme por falta de apelación. En una segunda especie, resuelta en cámara en el mismo sentido, apeló el Ministerio Público y la Corte de Casación, en asamblea plena, revocó lo decidido y rechazó la demanda de adopción. Traducimos el siguiente párrafo del fallo del alto tribunal: «La convención por la cual una mujer se obliga, así sea a título gratuito, a concebir y a llevar en su seno a un niño para abandonarlo a su nacimiento, violenta tanto el principio de orden público relativo a la indisponibilidad del cuerpo humano, como el relativo a la indisponibilidad del estado de las personas... La adopción de un niño concebido en ejecución de un contrato que tiende a su abandono al tiempo de su nacimiento, no es sino la última etapa de un proceso que constituye una desviación de la institución de adopción». Conf. Cour Cassation (Ass.Plén.), 31 de mayo de 1991, «Proc. Gén. Cour Cass.», *Revue Critique de Droit International Privé* 1991, págs. 711/731, especialmente pág. 729 con nota de Catherine LABRUSSE-RIOU. Ver nota 56 de esta Tercera Parte.

sivo para el comercio de bebés: un matrimonio deseoso de adoptar, en vez de esperar su turno en el Registro único de candidatos a adoptar, obtendría por contrato y por inseminación artificial un bebé que la madre debería abandonar después del parto en un país donde fuese lícito el «alquiler de vientre». Evitar este mercado es, sin duda, en interés del niño.

Aun cuando no se admitiese la solicitud de adopción en la República, el bebé cuenta con protección material y jurídica pues tiene filiación establecida respecto de su padre genético.

## *Sección 2*

### *Reconocimiento de adopción otorgada en el extranjero*

La República Argentina no puede establecer un sistema de reconocimiento automático o de pleno derecho de decisiones extranjeras de adopción <sup>88</sup>. Ello es así en razón de la necesidad de verificar: a) si el caso concierne a intereses esen-

---

<sup>88</sup> Por reconocimiento automático entendemos el reconocimiento que no comporta ningún procedimiento específico si bien se admite, a pedido de parte interesada, que se proceda a la constatación o a la impugnación de ese reconocimiento mediante un trámite similar al que se sigue para la ejecución. Este es el camino del art. 26 del Convenio de Bruselas de 1968, del art. 23 de la Convención de La Haya del 19 de octubre de 1996 -ver Segunda Parte, Título I, Capítulo 2, Sección 3- y del art. 14 del Convenio sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial, adoptado por acto del Consejo europeo, con arreglo a las competencias del art. K.3 del Tratado de la Unión Europea, el 28 de mayo de 1998 (JOCE del 16 de julio de 1998, 98/C.221/01), conocido como Convenio «Bruselas II». Mientras este Convenio se hallaba en proceso de ratificación, la Comisión, teniendo en cuenta las nuevas facultades comunitarias en materia de cooperación judicial civil otorgadas por el Tratado de Amsterdam, elevó una «propuesta de Reglamento del Consejo» que recogió el contenido del Convenio, con algunas modificaciones. El Consejo dictó el Reglamento el 29 de mayo de 2000 y el Convenio ha devenido directamente aplicable en los Estados de la Comunidad Europea. Sobre los Reglamentos «Bruselas I» y «Bruselas II» ver las notas 214 y 215 de la Primera Parte. Ancel Bernard y Muir Watt Horatia, «La désunion européenne: le Règlement dit 'Bruxelles II'», *Revue Critique de Droit International Privé* 2001, N° 3, págs. 403/457.

ciales del foro y b) en toda hipótesis, si la adopción constituida en el extranjero es compatible con el orden público internacional del foro. Esta apreciación comprende el carácter genuino del emplazamiento, es decir, que se hayan manifestado sin vicios los consentimientos de quienes debían consentir y que se descarte un acto de tráfico en el origen o en el fin de la adopción.

El principio es: se presume que el interés del niño es tener un emplazamiento estable, que no pierda eficacia por el desplazamiento a través de las fronteras. La excepción es la inoponibilidad de la adopción extranjera o su anulación por vicio esencial, decisiones en las cuales se tendrá debidamente en cuenta el interés superior del niño.

*A. Los intereses del foro según los lazos de proximidad de la especie*

Respetamos las particularidades del derecho extranjero y no creemos justificada la tendencia a la conversión sistemática de toda adopción extranjera en adopción plena del derecho argentino. Entendemos que el Ministerio Público de Menores debe cumplir un rol protagónico, como corresponde a su misión fundamental en defensa del orden público.

*a. La inserción de la adopción extranjera en el ordenamiento jurídico argentino*

Pueden concebirse las siguientes situaciones:

a) Adoptante y adoptado instalan su residencia habitual en el país (la hipótesis comprende una adopción totalmente interna de un país extranjero, una adopción internacional al tiempo de su otorgamiento y, como sub-especie de esta última, una adopción con lazos de proximidad con el foro, ya sea respecto del adoptante o del adoptado);

b) Adopción constituida en el extranjero (en cualquiera de las tres variantes) que aparece como condición de un efecto ulterior que se reclama al juez argentino a título principal;

c) Como sub-especie de la anterior: adopción constituida en el extranjero sin lazos de proximidad con el foro, que se presenta como condicionante de un efecto sometido a un derecho extranjero conforme al sistema de derecho internacional privado del juez argentino.

Las tres situaciones señaladas comportan distintos grados de relación de la especie concreta con el foro y ello justifica razonamientos que ponderen esas diferencias.

Proponemos sustituir la acción de reconocimiento de sentencia extranjera de adopción, en tanto proceso que tiene por objeto un acto jurisdiccional extranjero, por un procedimiento de reconocimiento de emplazamiento adoptivo. Ello no significa que la intervención de una autoridad judicial extranjera o la creación de un emplazamiento filiatorio por acto jurídico, tal vez homologado judicialmente, sean circunstancias irrelevantes. Esas variaciones tendrán importancia al tiempo de efectuar el juicio de compatibilidad con el orden público internacional argentino que persigue, esencialmente, trazar una línea divisoria entre las adopciones genuinas y las adopciones viciadas por un acto ilícito o por un delito.

En los supuestos b y c, interviene el juez argentino competente para juzgar sobre el o los efectos que se reclaman en el foro. Si el adoptado es menor de edad, el Ministerio Público de Menores tendrá intervención en el juicio.

En el supuesto a, la parte interesada en obtener el reconocimiento de la adopción podrá: a) dirigirse al juez que corresponda, o b) (sólo si el adoptado es menor de edad) dirigirse al Ministerio Público de Menores a fin de que este órgano promueva la acción de reconocimiento ante el juez que corresponda, tras haber efectuado su propio control como garante del orden público.

En los tres supuestos la decisión judicial de reconocimiento será comunicada a la Autoridad Central para Adopciones Internacionales a fin de ser registrada en el registro específico de adopciones extranjeras reconocidas en la República Argentina. En el primer supuesto, es decir, cuando adoptante y

adoptado instalan su residencia habitual en el país, el juez que entiende en el reconocimiento deberá pronunciarse sobre los efectos de la adopción que ese reconocimiento entraña <sup>89</sup>.

Proponemos la siguiente norma:

1. *Se reconoce una adopción constituida en el extranjero cuando es pronunciada o aceptada en el Estado del domicilio que el niño tenía al tiempo de configurarse el estado de abandono o al tiempo de la manifestación de los consentimientos que habilitan la adopción, siempre que no ofenda el orden público internacional del foro* <sup>90</sup>;

2. *El reconocimiento de un emplazamiento adoptivo constituido en el extranjero comportará como mínimo el reconocimiento de un vínculo de filiación entre el niño y sus padres adoptivos. Las instituciones de derecho extranjero que tengan efectos diferentes a los que corresponden a la filiación no son admitidas sino con los efectos que le son otorgadas por la ley de su creación, en tanto sean compatibles con el orden público internacional argentino* <sup>91</sup>;

---

<sup>89</sup> Ello supone la operación de calificación, pues la categoría 'adopción' comprende un contenido mínimo que consiste en un lazo de filiación. Obviamente, si la institución llamada adopción en el extranjero no comporta una modificación del emplazamiento de filiación, no podrá ser calificada de 'adopción' por el ordenamiento argentino, lo cual no impide que se reconozca la institución con los efectos propios según la ley de su creación -asimilada a alguna institución análoga conocida en el foro de efectos equivalentes- en tanto exista compatibilidad con el espíritu de la legislación argentina.

<sup>90</sup> No comprende solamente la adopción pronunciada por la autoridad del Estado señalado sino, también, *la adopción otorgada en un tercer Estado pero reconocida o aceptada -es decir, con aptitud para producir efectos- en el Estado del domicilio del niño* (es decir, de sus representantes legales) al tiempo crítico que la norma establece. La regla propuesta se inspira en el art. 65.1 de la ley italiana 218 del 31 de mayo de 1995. Conf. Primera Parte, Título III, Capítulo 1, Sección 1, apartado B.

<sup>91</sup> La norma asegura un estándar mínimo en cuanto al contenido del vínculo adoptivo -lo cual comporta una calificación del concepto de «adopción»-, y facilita la inserción de instituciones extranjeras en el ordenamiento argentino, tras el control del orden público internacional. Ver art. 78.2 de la ley federal suiza de derecho internacional privado, transcrito en la nota 193 de la Segunda Parte.

3. *Cuando se reclamen ante juez argentino efectos ulteriores de una adopción conferida en el extranjero y la especie no presente lazos de proximidad con el foro, el juez resolverá conforme al ordenamiento que presente los lazos más estrechos con la situación concreta* <sup>92</sup>;

4. *Las adopciones regularmente certificadas conforme al art. 23 de la Convención de La Haya del 29 de mayo de 1993 sobre protección de niños y cooperación en materia de adopción internacional, se reconocen sin verificación de condiciones, salvo la conformidad con el orden público internacional argentino* <sup>93</sup>.

Los caracteres de esta regulación pueden presentarse así: a) fija el tiempo crítico respecto del punto de conexión «domicilio del menor», en el momento en que se produce el desarraigo respecto de la familia biológica; ello permitirá un juicio más acertado sobre el carácter genuino de la adopción y la ausencia de vicios <sup>94</sup>; b) permite reconocer adopciones con-

---

<sup>92</sup> Se trata de una aplicación de la teoría de Georges Droz sobre la solución funcional del problema de las cuestiones previas o preliminares, que consiste en insertar la situación existente en un ordenamiento jurídico sobre la base del principio de proximidad. Seguir a un «foro de razonamiento» es una técnica de coordinación. Conf. Primera Parte, Título I, Capítulo 2, Sección 2, apartado C.

<sup>93</sup> Se aplica el criterio que constituye una obligación convencional entre los Estados contratantes de la Convención de La Haya de 1993: «Sólo podrá denegarse el reconocimiento de una adopción en un Estado contratante si dicha adopción es manifiestamente contraria a su orden público, teniendo en cuenta el interés superior del niño» (art. 24).

<sup>94</sup> La necesidad de efectuar un control respecto del estado de abandono del niño o del consentimiento de los padres de sangre, aparece en la reciente ley italiana N° 476/98, que en su art. 3° modifica la ley del 4 de mayo de 1983, N° 184, y dispone en lo que interesa (traduzco de la legge 31 dicembre 1998, N° 476, Gazzetta Ufficiale N° 8, del 12 gennaio 1999): «Art. 36... 2. La adopción o la tenencia con fines de adopción, pronunciadas en un país no adherente a la Convención (se refiere a la Convención de La Haya del 29 de mayo de 1993), ni firmante de acuerdos bilaterales, pueden ser declaradas eficaces en Italia a condición que: a) sea verificada la condición de abandono del menor extranjero o el consentimiento de los padres naturales para una adopción que comporte para el menor adoptado la adquisición del carácter de hijo legítimo de los adoptantes y la cesación de las relaciones jurídicas entre el menor y la familia de origen; ...».

feridas en el Estado de la residencia habitual de los adoptantes -incluso sometidas a la *lex fori*- toda vez que sean aceptadas por el Estado de origen del niño (por ejemplo, adopciones otorgadas en los Estados Unidos de Norteamérica o en Suecia); c) asegura un emplazamiento equivalente a la filiación biológica entre el niño y sus padres adoptivos (si la adopción es de tipo pleno tendrá, además, otros efectos); d) otorga un papel relevante a la compatibilidad de la situación creada en el extranjero con el orden público internacional argentino. En el supuesto 3, dado que el orden público ajusta su reacción a los lazos de proximidad de la especie con el foro -que en la hipótesis no existen-, la regla propuesta no menciona expresamente la cláusula de reserva de los principios fundamentales del ordenamiento argentino, los cuales, no obstante, siempre están presentes en la solución final del juez local; e) da fe al certificado expedido conforme al art. 23 de la Convención de La Haya del 29 de mayo de 1993 y, por lo tanto, coordina el ordenamiento del foro con los ordenamientos involucrados en la creación de la adopción (cuyas autoridades centrales intervienen conforme al art. 17 inc. c, de la Convención).

Aun en los supuestos en los cuales la inserción en el ordenamiento argentino es relevante -por ejemplo, en razón de que la familia por adopción instala su domicilio en la República Argentina- debe distinguirse el concepto de orden público interno y de orden público internacional, a fin de rechazar el reconocimiento sólo cuando se hallen comprometidos los principios constitucionales del ordenamiento jurídico argentino en materia de filiación/adopción, y no por diferencias en las condiciones intrínsecas o extrínsecas impuestas por la legislación extranjera <sup>95</sup>.

---

<sup>95</sup> Un ejemplo de violación del orden público interno que no impide el reconocimiento de la institución extranjera, sería una adopción entre personas que no tienen entre



*b. La conversión de una adopción extranjera en adopción plena del derecho argentino*

Dado que la República Argentina no sigue la práctica de «segundas adopciones», sino que reconoce las adopciones otorgadas en el extranjero, la hipótesis de la «conversión de adopción otorgada en el extranjero en adopción plena del derecho local» debería ser residual y, en todo caso, la decisión debe responder al mejor interés del niño y tener por presupuesto el establecimiento de la residencia habitual de adoptante y de adoptado en el país.

El art. 340 del Código Civil repite la posibilidad que existía en la ley 19.134, de solicitar la conversión con el consentimiento de ambas partes, mayores de edad. Sólo nos interesa en este trabajo la conversión cuando concierne al emplazamiento filiatorio de un menor.

La persona interesada podrá pedir la conversión al juez, que dará intervención al Ministerio Público de Menores conforme a la ley. Asimismo, podrá dirigirse al Ministerio Público de Menores, a fin de que este organismo promueva la acción judicial, tras haber efectuado el control de legalidad inherente a su función y siempre que comparta el criterio de los adoptantes respecto del mejor interés del niño en el caso concreto. No concebimos una regla general que establezca que, en todos los casos, la adopción plena del derecho argentino es la mejor solución para el niño.

---

sí la diferencia de edad exigida imperativamente por la legislación local. Así lo ha resuelto la jurisprudencia italiana: sentencia 3907 de la Corte de Casación italiana, del 1 de abril de 1993. El alto tribunal afirmó: «... il provvedimento straniero di adozione, nel caso in cui tra il minore adottando e gli adottanti esiste una differenza di età superiore a quella massima di quaranta anni prevista dalla legge, non contrasta con l'ordine pubblico italiano ed in particolare con il principio fissato dall'art. 6, secondo comma legge 184/83, e può quindi essere dichiarato efficace...». Conf. Piero ZICCARDI, «Ordine Pubblico e Convenzioni internazionali nel riconoscimento di atto stranieri di adozione di minori», *Rivista De Diritto Internazionale Privato e Processuale* 1995, págs. 5/16, especialmente págs. 11/12.

Puede suceder:

a) que la institución llamada adopción en el extranjero no establezca un vínculo de filiación y, por lo tanto, no sea posible ninguna conversión. Siempre se admitirá el reconocimiento de la institución extranjera, adecuadamente calificada y con la atribución de los efectos que correspondan;

b) que se trate de una adopción de tipo simple del derecho extranjero -por ejemplo, del derecho guatemalteco o de la República Dominicana- que no sustituye a la filiación de origen y que mantiene el lazo jurídico del niño con la familia de sangre. Este es el supuesto más delicado pues la adopción plena del derecho argentino provocará la ruptura de los lazos de sangre y ello puede no ser conveniente para el menor, incluso en razón de los efectos de la adopción sobre el nombre por el cual el niño es identificado. Por lo demás, la conversión supone constatar que se han respetado los derechos fundamentales de quienes deben consentir para una adopción plena (se los ha citado, se los ha oído, han expresado un consentimiento esclarecido, es decir, después de estar debidamente informados de las consecuencias de la expresión de su voluntad).

c) que se trate de una adopción de tipo fuerte del derecho extranjero y se pretenda la conversión en adopción plena del derecho local. El caso debe ser objeto de particular atención pues la conversión puede ser innecesaria si el mismo efecto puede lograrse mediante el reconocimiento del emplazamiento adoptivo extranjero. La figura equivale a introducir la práctica de «segundas adopciones», poco respetuosa de los caracteres de la institución en los ordenamientos extranjeros y puede eludir el control del orden público internacional argentino, infaltable en un procedimiento de reconocimiento de adopción extranjera.

La decisión judicial que apruebe la conversión deberá ser comunicada a la Autoridad Central para Adopciones Internacionales, que la registrará, y será inscripta en un acta especial en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

La norma será redactada así:

Conversión:

1. La adopción conferida en el extranjero que no ofenda el orden público internacional argentino podrá ser convertida en adopción plena del derecho argentino, con el consentimiento de adoptante y adoptado, siempre que las partes instalen su residencia habitual en la República Argentina. Si el adoptado fuese menor de edad, se verificará que en ocasión de constituirse la adopción extranjera, se hubieran expresado los consentimientos debidos para el tipo pleno de adopción o que, en su defecto, se manifiesten al tiempo de la conversión.

2. En todo procedimiento de conversión, será parte sustancial el Ministerio Público de Menores.

3. De acuerdo a la edad del menor y a su situación personal, el juez lo oirá personalmente y en todo caso resolverá conforme a su interés superior.

4. La decisión que convierte la adopción extranjera en adopción plena del derecho argentino será comunicada a la Autoridad Central para Adopciones Internacionales y será inscripta en un acta especial en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

*B. La reacción del ordenamiento jurídico argentino cuando no hay coordinación posible*

Tanto la declaración de adoptabilidad del niño como paso previo a la constitución de la adopción, como el control del orden público internacional en ocasión de la inserción de una adopción extranjera en el foro, tienen por objeto detectar vicios esenciales que afecten la dignidad del niño. Si el estado de adoptabilidad y el emplazamiento adoptivo son genuinos, interesa dar seguridad y efectividad a la inserción familiar que el niño tiene, cualquiera sea el marco legislativo de su constitución. Por el contrario, si se ha comprobado un acto de tráfico en el origen de la adopción, la situación es compleja y la solución no puede prescindir del beneficio del niño y ello, a su vez, dependerá de las circunstancias fácticas: la

existencia de otros lazos de filiación, la presencia de parientes de sangre que reclamen el reintegro del niño, la buena o la mala fe de los adoptantes, el tiempo transcurrido desde la convivencia del niño con la familia por adopción y la demostración del vicio y la demanda de anulación. Obviamente, si el vicio afecta la finalidad de la adopción, se ha desvirtuado la institución cuya existencia en el mundo jurídico debe poder destruirse en todo tiempo.

Una hipótesis que ha preocupado a la jurisprudencia extranjera y que puede presentarse ante jueces argentinos, es la de casos en los que el otorgamiento de la guarda es utilizada para salir del país de origen del niño y solicitar en el Estado domiciliario de los adoptantes aquello que no hubiera podido obtenerse legalmente en el Estado de la residencia habitual del niño <sup>96</sup>.

---

<sup>96</sup> En jurisprudencia alemana: una pareja de alemanes había obtenido del juez de San Pablo la autoridad parental sobre un niño con leve enfermedad. El niño era de padre desconocido y la madre deseaba desvincularse del pequeño (en esa época, regía la ley de 1982 que era restrictiva para no residentes en Brasil y prefería a parejas brasileñas; en todo caso una adopción de un niño residente en Brasil debía ser pronunciada por un juez brasileño). La pareja obtuvo autorización para salir del país y se instaló en Bielefeld, Alemania, donde solicitó la adopción plena de niño extranjero. El tribunal alemán eludió el consentimiento materno -con el argumento de que la residencia de la madre no era conocida de manera durable- y otorgó la adopción. Citado en *Recueil Dalloz* 1991, jur. pág. 105, con nota de François BOULANGER, «Adoption plénière: rôle du ministère public et loi applicable au consentement à l'adoption d'un enfant étranger». Por su parte, la jurisprudencia francesa conoce numerosos casos en virtud de la costumbre Fa'a'mu (de la Polinesia francesa) de «hacer don» de su niño a una persona elegida mediante delegación de autoridad parental (a favor de franceses domiciliados en el continente, que no cuentan con autorización para adoptar ni preparación de los servicios sociales; el Código Civil francés prohíbe que un niño menor de dos años sea dado en guarda de hecho por los padres directamente a otra persona, con miras de adopción; debe ser colocado en el servicio de ayuda social a la infancia). La señora P., madre de tres niños, esperaba el nacimiento de un cuarto para fines de enero de 1994. Tras el nacimiento, la madre lo confió a los esposos B, según la costumbre Fa'a'mu. Los esposos B., franceses, y la señora P., presentaron demanda conjunta de delegación de autoridad parental ante el juez de primera instancia de Papeete, que la resolvió favorablemente el 23 de febrero de ese año. El matrimonio B. y el niño se instalaron en Grenoble, Francia. En Papeete, el padre

El sistema normativo que se propone en esta tesis no permite el contacto directo entre los familiares del niño y los futuros adoptantes domiciliados en el extranjero. Las razones por las cuales sería conveniente admitir la guarda de hecho en los casos internos <sup>97</sup>, a fin de convalidar, en el interés del niño, una relación de confianza y de amistad entre la madre de sangre y la pareja que desea adoptar, no existen en una relación internacional en la que los candidatos extranjeros tienen su residencia habitual fuera del país. De la ley debe resultar un mensaje claro: el ordenamiento jurídico argentino no convalida guardas de hecho a favor de candidatos domiciliados en el extranjero. Por ello, en ocasión de solicitudes de otorgamiento de guarda, el juez deberá extremar los controles a fin de que las disposiciones restrictivas en materia de adopción -que resguardan el carácter subsidiario de la adopción internacional respecto de la adopción interna- no sean fácilmente burladas.

Ahora bien, si un niño ha salido del país en virtud de un otorgamiento judicial de guarda y ha sido adoptado en el extranjero, en el Estado de la residencia habitual de los adoptantes, el supuesto no es comprendido en la norma de policía que se propone (artículo relativo a la adoptabilidad), a menos que haya existido un delito en el origen de la guarda, y el supuesto no daría lugar a la apertura de la jurisdic-

---

biológico del niño se enteró del nacimiento, lo reconoció, solicitó judicialmente la finalización de la delegación de autoridad parental por su voluntad de asumir la guarda como padre. El juez francés, que entendía en la guarda preadoptiva solicitada en la jurisdicción de la residencia habitual del niño, revocó la guarda y restituyó la autoridad parental al padre de sangre. Cour d'Appel de Grenoble, 13/5/1997. Conf. Elise VANDEGHINSTE, «Délégation d'autorité parentale en vue d'une adoption: une procédure encore trop méconnue», Gazette du Palais 1997-sept-déc-Doctrine, págs. 1593/1599.

<sup>97</sup> Entre otros autores que sostienen esta posibilidad: Augusto BELLUSCIO, *Ley de adopción...*, ob. cit., N° 505, pág. 17; Delia M. GUTIÉRREZ y María C. BRAÑA, «Ley de adopción: necesidad de su reforma», J.A. 1999 IV, págs. 872/877.

ción argentina sobre bases extraordinarias para la acción de anulación de adopción otorgada en el extranjero <sup>98</sup>. Sin embargo, una adopción dictada en esas condiciones puede ser inoponible al ordenamiento jurídico argentino por razones de orden público. El juicio de inoponibilidad corresponde al juez argentino en ocasión del reconocimiento del emplazamiento adoptivo extranjero en el foro, circunstancia que puede o no presentarse y que, en todo caso, deberá resolverse según los elementos fácticos de la especie y el mejor interés del niño en el caso concreto. La inoponibilidad no significa una voluntad positiva de anulación. Por el contrario, cuando se ha constatado un acto de tráfico, interesa anular el emplazamiento viciado, restablecer el genuino estado civil del niño y restituirlo al país.

*a. Promoción de la acción de anulación de la adopción viciada, en el foro o en el extranjero*

La adopción ha sido conferida en el extranjero y, por lo general, siempre puede intentarse la anulación ante el juez del lugar de otorgamiento, con las restricciones que ese ordenamiento prevea. Fuera de un marco convencional, ese juez aplicará las disposiciones de su sistema de derecho internacional privado para resolver sobre plazos de prescripción de la acción, sobre la legitimación activa para demandar y sobre la procedencia sustancial de la nulidad. Cuando la demanda sea formalmente viable, la demostración de la causal de nulidad exigirá la formación de convicción sobre el acto de tráfico que, normalmente, habrá ocurrido en el foro o en un tercer país. La necesidad de aportar un acto jurisdiccional dictado en el foro relativo al delito -respecto del cual no existe, sin convenio entre Estados, el principio general del recono-

---

<sup>98</sup> Sin perjuicio de ello, podría configurarse una causal de nulidad en el derecho que pronunció la adopción si no ha habido manifestación de los consentimientos para la adopción por parte de los padres biológicos.

cimiento recíproco- conduce a prolongar en el tiempo un estado de incertidumbre respecto del emplazamiento familiar del niño difícilmente compatible con los principios del ordenamiento extranjero y con el interés superior del menor.

*Urge disociar el juez que intervino en el otorgamiento de la adopción y el juez competente para pronunciar la nulidad de ese emplazamiento*, cuando las circunstancias revelan que existe una autoridad -normalmente la del domicilio de origen del menor- que tiene estrecha proximidad con el acto de tráfico de modo tal que se encuentra en una posición privilegiada para reunir la prueba y administrar justicia con eficacia y rapidez.

El juez argentino puede declararse competente con fundamento en la norma relativa a la adoptabilidad del niño en casos intensamente vinculados al foro. La norma de policía propuesta -absolutamente obligatoria para el juez local- permitirá dictar la nulidad desde la óptica del derecho interno, con vocación a ser reconocida en el ordenamiento extranjero que ha otorgado la adopción viciada.

El juez argentino competente, no bien se haya configurado la verosimilitud del derecho, podrá dictar medidas cautelares sobre la persona del niño y requerir la cooperación jurisdiccional del juez extranjero en materia civil -respecto de la cual existe el principio general de la cooperación, incluso fuera de un marco convencional-. La medida no estará fundada en excesivo localismo sino en valores que gozan de consenso universal y que se expresan en el compromiso internacional de combatir el tráfico internacional de niños (art. 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

El niño puede haber sido, incluso, víctima de un delito de *lesa humanidad* cometido contra él mismo <sup>99</sup>, o contra

---

<sup>99</sup> Si ha existido el propósito de trasladar niños de un grupo humano a otro. Conf. art. II, inciso e, Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio;

sus padres <sup>100</sup>. El caso queda alcanzado en el ámbito de aplicación de la norma de policía propuesta en esta tesis y recibe la sanción prevista en la legislación de fondo (art. 337, inciso c, Código Civil).

Entre los Estados partes de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas genera la obligación de cooperación recíproca para la búsqueda, identificación, localización y restitución de los menores que hubiesen sido trasladados a otro Estado o retenidos como consecuencia de la desaparición forzada de sus padres, tutores o guardadores (art. X de la Convención). También los Estados parte de la Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores han asumido la obligación internacional de restituir al niño y han contemplado la «posibilidad» de anular la adopción viciada (art. 18). Todo otro Estado extranjero, consustanciado con los valores que gozan de consenso general, debe prestar la cooperación de segundo y de tercer nivel que se solicite y reconocer la sentencia argentina de nulidad de la adopción, siempre y cuando el tiempo transcurrido permita un resultado compatible con el interés superior del niño.

En suma, en ausencia de tratado, dos acciones se pueden vislumbrar. En primer lugar, es posible demandar la anulación ante la autoridad competente del lugar de otorgamiento de la adopción, que suele coincidir con el lugar de la residen-

---

aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948; ratificada por la República Argentina conforme al decr. ley 6282/56 e incorporada entre los tratados de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, Constitución Nacional).

<sup>100</sup> Por ejemplo, si ha existido una práctica sistemática a favor de la desaparición forzosa de personas. Conf. preámbulo de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzosa de Personas, aprobada en la 24<sup>a</sup> Asamblea de la Organización de Estados Americanos el 9 de junio de 1994. Su ratificación fue aprobada en la República Argentina por ley 24.556 y ha sido elevada a jerarquía constitucional por la ley 24.820 del 26 de marzo de 1997. Este instrumento está vigente entre Argentina, Bolivia, Costa Rica, Guatemala, Panamá, Paraguay, Uruguay y Venezuela.



cia habitual del niño. A fin de favorecer el rápido ejercicio de esta acción, se amplía el abanico de los sujetos que tienen la legitimación activa. Toda vez que la legitimación se rige por la ley aplicable al fondo del asunto y que, desde la óptica del ordenamiento jurídico argentino, la materia se rige por el derecho de fondo argentino en virtud de la norma de policía, es la ley argentina aplicable la que habilita al Ministerio Público a actuar en defensa del orden público, seriamente comprometido por un acto de tráfico. En segundo lugar, por razones de mejor administración de justicia (la prueba del delito) y de rapidez (para suspender la convivencia del niño con sus guardadores ilegítimos) también debe existir la opción de promover la demanda ante el juez argentino que debe declararse competente, dictar medidas cautelares sobre la persona del menor (la designación de un guardador provisorio, la inmediata restitución, según el caso) y requerir el reconocimiento de las medidas cautelares y de la resolución definitiva, por la vía más eficaz con que se cuente, sobre la base de los principios de cooperación jurisdiccional que lo unen al juez extranjero de la residencia habitual del menor.

La regla es: los Estados no tienden a encubrir los aberrantes actos de tráfico, pero la investigación debe ser prolija, la prueba convincente y la acción rápida. La regulación propuesta sobre la acción de anulación es la siguiente:

1. *La anulación de una adopción pronunciada en Argentina se rige por el derecho argentino.*

2. *Si adoptante y adoptado tienen su residencia habitual en la República Argentina, podrá reclamarse ante juez argentino la anulación de la adopción otorgada en el extranjero sin lazos con el foro, cuando la causal de nulidad exista en el derecho extranjero que gobernó la constitución del emplazamiento adoptivo y también exista en el derecho argentino* <sup>101</sup>.

---

<sup>101</sup> Esta hipótesis se basa en los lazos de proximidad de la especie con el foro y abarca vicios que provoquen la nulidad tanto en el derecho argentino como en el derecho extranjero que gobernó la creación de la adopción.

3. Una adopción pronunciada en el extranjero en violación de las normas argentinas de jurisdicción internacional o en violación de la ley argentina aplicable a la adoptabilidad del niño, violenta el orden público argentino y justifica la jurisdicción de los jueces del foro para conocer en la acción de anulación.

4. Tienen legitimación activa: a) el adoptado en todo tiempo, con la representación debida, si corresponde; b) los padres biológicos del adoptado dentro de los dos años siguientes a la decisión de adopción; c) el Ministerio Público, en forma autónoma, dentro de los dos años siguientes al otorgamiento de la adopción y en representación del menor hasta que el niño alcance la edad del discernimiento.

5. En la decisión de anulación la consideración primordial será el interés superior del niño.

*b. La anulación y la restitución en un marco convencional*

La hipótesis que examinaremos es un claro ejemplo de adopción claudicante. En el Estado A, el niño cuenta con una filiación determinada (puede ser buscado y reclamado por sus progenitores o parientes de sangre; puede tratarse de un niño huérfano, abandonado, de un niño de la calle que fue secuestrado y vendido). En el Estado B, el niño ha recibido un emplazamiento adoptivo que, más allá de la buena o mala fe de los adoptantes, tiene en su origen un vicio esencial en virtud del acto de tráfico. También debe quedar comprendida la hipótesis en que la salida del niño con posterioridad a su compra en el país, se implementa mediante un reconocimiento falso por parte del extranjero, quien se declara padre biológico del niño. No se ha configurado un robo sino una directa sustitución de identidad.

Las consideraciones expuestas precedentemente revelan la limitada acción que puede desarrollar cada Estado unilateralmente. Nuestro propósito es ofrecer una cláusula que pueda servir como modelo a fin de instaurar, por conve-

nio bilateral, una coordinación preventiva para situaciones complejas entre dos jurisdicciones estatales: la jurisdicción argentina, del domicilio de origen del niño y la jurisdicción extranjera, de la residencia habitual del niño.

Las bases de esta coordinación son: a) una distribución de competencias en virtud de la cual al Estado de origen le corresponde decir cuándo un niño ha sido víctima de un acto de tráfico; salvo casos excepcionales esa constatación será, vinculante; al Estado de la residencia habitual del niño le corresponde la última palabra sobre el interés superior del menor; b) el reclamo debe hacerlo el Estado parte, que asume el interés del niño como interés de orden público, a través del Ministerio Público o de otro órgano equivalente, y no un particular; c) el juez competente del Estado requerido debe dar plena fe a las constataciones de hecho y a las declaraciones de autoridad judicial que sean realizadas y presentadas por el Estado requirente; d) si la demanda se introduce antes de transcurrido un plazo de un año contado a partir de la comisión del delito del que ha sido víctima el niño y/o sus representantes legales, se presume que el interés superior del niño es ser restituido al Estado de origen, salvo casos excepcionales; fuera de ese plazo, la decisión de restitución no constituye una obligación convencional para el Estado requerido, que deberá resolverla según los principios de su derecho común con arreglo al criterio del mejor interés del niño.

La cláusula de coordinación para situaciones complejas puede seguir el siguiente modelo:

1) Las autoridades centrales de los Estados partes cooperarán entre sí para proceder a la localización y protección de todo niño con domicilio de origen en un Estado parte, que haya sido víctima de un delito, y que se encuentre o que resida habitualmente en el territorio de otro Estado parte.

2) Un Estado parte puede demandar el regreso de un niño estrechamente vinculado al foro que haya sido víctima de un acto de tráfico o de un delito de sustitución de identidad,

ante el juez competente de otro Estado parte donde el niño se encuentre o resida habitualmente. Para ello: a) El Estado parte promoverá la acción en el interés del orden público y dentro del plazo de un año contado a partir de la comisión del delito; b) La demanda deberá presentarse acompañada de documentos que demuestren la filiación del niño al tiempo de la comisión del delito y una decisión o declaración de juez competente que constate que el niño ha sido víctima de un acto de tráfico o de sustitución de identidad, más toda información de hecho o de derecho que justifique la restitución. El juez del Estado requerido dará plena fe a estas constataciones de hecho y de derecho que presente el Estado requirente <sup>102</sup>.

3) Si el carácter ilegítimo de la presencia del niño en el territorio del Estado requerido o el carácter ilegítimo de los guardadores, quedara de manifiesto en virtud de las constataciones presentadas por el Estado requirente, el juez del Estado requerido dispondrá la inmediata restitución en condiciones de protección y de seguridad. La restitución sólo podrá ser demorada, a título excepcional, por razones atinentes a la salud o seguridad del menor.

4) La indiferencia de los guardadores -incluso si fuesen los padres adoptantes- respecto del origen del niño será asi-

---

<sup>102</sup> Esta norma se inspira en el art. 5º del capítulo III de la Convención de UNIDROIT sobre bienes culturales robados o ilícitamente exportados. Los siguientes caracteres determinan la originalidad del sistema contenido en esa cláusula y su posibilidad de servir como fuente de inspiración para luchar contra un tráfico aún más repugnante: a) a diferencia de lo que sucede cuando se trata de bienes culturales robados, en el supuesto de bienes culturales ilícitamente exportados, se reconoce legitimación activa exclusivamente al Estado afectado; b) la autoridad competente del Estado requerido se obliga a dar fe a las constataciones fácticas y declaraciones jurídicas del Estado requirente, imprescindibles para dar por configurada la exportación ilícita, y c) la justificación del régimen excepcional se halla en exigencias de solidaridad internacional o convergencia de los intereses en causa. Conf. Guido CARDUCCI, *La restitution internationale des biens culturels...*, ob. cit., págs. 322, 366/367. Ver Primera Parte, Título II, Capítulo 2, Sección 3, apartado B y nota 169.

milada a la mala fe y, en esas condiciones, una decisión de guarda preadoptiva o de adopción dictada en el Estado requerido o en un tercer Estado con reconocimiento en el Estado requerido, no será obstáculo a la obligación de restituir al niño.

5) Si en el Estado requerido se hubiese dictado la adopción del niño a favor de adoptantes de buena fe y la inserción del niño en la familia por adopción fuese considerada beneficiosa para el menor, habida cuenta los vínculos que el niño tuviera en su Estado de origen, el juez competente podrá negar la restitución del niño así como la anulación del emplazamiento vigente en su propio ordenamiento. El juez del Estado requerido notificará la decisión fundada al Estado requirente y tomará contacto, directamente o por intermedio de las autoridades centrales, con el juez competente del domicilio de origen del menor o del domicilio de los parientes de sangre, a fin de concertar una decisión conjunta <sup>103</sup> relativa a: a) la conveniencia del niño de tener contactos con la familia de sangre y, en caso de resolverse por la afirmativa, la organización de la visita, y b) la implementación de la conservación de la documentación pertinente a fin de garantizar el acceso del niño a sus orígenes, cuando cuente con la edad y la maduración suficientes.

---

<sup>103</sup> Esta posibilidad de toma de decisión en forma conjunta por dos autoridades judiciales, con efectividad en ambos ordenamientos, aparece en la Uniform Reciprocal Enforcement of Support Act (U.R.E.S.A.), que prevé una toma de decisión conjunta entre el juez que tiene jurisdicción sobre el acreedor alimentario y el juez que corresponde a la residencia habitual del deudor de los alimentos. En doctrina argentina, el profesor Boggiano ha introducido la idea del «proceso inter-jurisdiccional», a fin de arribar a un único pronunciamiento con eficacia en cada jurisdicción. Conf. Antonio BOGGIANO, *Relaciones judiciales internacionales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, págs. 22/25. Sostiene el profesor Boggiano que los jueces nacionales pueden participar en acuerdos interjurisdiccionales en virtud de competencia implícitas: «*Parece razonable entender que si el ordenamiento les confiere poder (a los jueces) para decidir esas causas, también los autoriza a ejercer dichas facultades del modo más efectivo y útil posible, ya que la efectividad es uno de los fundamentos esenciales de la jurisdicción internacional*».

6) Cuando la demanda de restitución sea presentada fuera del plazo de un año, las obligaciones convencionales devienen facultativas para el juez del Estado requerido. Ninguna disposición convencional podrá obstar a la restitución del niño al Estado demandante, conforme al criterio del mejor interés del niño apreciado por el juez competente del Estado requerido.

7) Si el juez competente del Estado requerido llega a la convicción de que la adopción constituida en ese foro o en el extranjero está esencialmente viciada en su finalidad, dispondrá en forma inmediata medidas de protección del niño, así como lo pertinente para la anulación del emplazamiento, la restitución del niño al Estado de origen si correspondiere, o su nueva colocación con fines de adopción conforme a la legislación local.

## CONCLUSIONES

Esta Tercera Parte concluye con una propuesta legislativa que aspira a ser una contribución técnica útil para los legisladores de nuestro país. La idea central es: admitir la adopción internacional con carácter subsidiario e implementar un mecanismo de protección legal del niño, apto para prevenir y evitar el tráfico de niños con fines de adopción.

La propuesta legislativa consiste en lo siguiente:

- Levantar la reserva efectuada por la República Argentina al tiempo de ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño, respecto del art. 21, apartados b, c y e, y mantenerla respecto del apartado d. Declarar que la Argentina entiende que la adopción internacional sólo responde al interés del niño cuando no es posible una adopción puramente local en tiempo oportuno.

- Derogar parcialmente el art. 315 del Código Civil, cuyo primer párrafo quedaría redactado así: «Podrá ser adoptante toda persona que reúna los requisitos establecidos en este Código cualquiera fuere su estado civil».

- Derogar los arts. 339 y 340 del Código Civil.
- Introducir en la legislación de fuente interna la declaración de adoptabilidad y un procedimiento mediante el cual el juez competente toma contacto con la Autoridad Central para Adopciones Internacionales a fin de seleccionar el o los adoptantes más convenientes para un niño concreto. Como orientación, pueden aprovecharse los desarrollos de la Tercera Parte, Título único, Capítulo 1, Sección 2, apartados A y B.
- Crear la Autoridad Central para Adopciones Internacionales y atribuirle funciones.
- Celebrar convenios bilaterales relativos a la constitución, al reconocimiento y a la anulación de adopciones internacionales, que pueden incluir reglas de coordinación y cooperación inspiradas en las valiosas soluciones de la Convención de La Haya del 29 de mayo de 1993.
- Celebrar convenios bilaterales o multilaterales con Estados que sean detectados como Estados de destino o tránsito de niños argentinos víctimas de actos de tráfico, a fin de acordar cláusulas «de coordinación preventiva para situaciones complejas», en el espíritu de la que hemos formulado en el Capítulo 2, Sección 2, apartado B, párrafo b, del presente Título único.
- Aprobar las normas que se indican a continuación, relativas a la adopción internacional:

### **Regulación de fuente interna relativa a la adopción internacional**

**Art. 1º.- Jurisdicción.** 1. Son exclusivamente competentes para pronunciar una adopción a favor de adoptantes domiciliados en el extranjero, los jueces argentinos del domicilio del menor o del lugar donde se constata el estado de abandono. La competencia abarca la declaración de adoptabilidad, la dirección del procedimiento que culmina con el dictado de la guarda con fines de adopción y el otorgamiento de la adopción.

2. Son excepcionalmente competentes para pronunciar la adopción, los jueces argentinos del domicilio del adoptante cuando el niño reside en el país en virtud de una decisión de guarda otorgada en el extranjero. Antes de emitir la decisión definitiva, el juez argentino tomará contacto con la autoridad extranjera que ha otorgado la guarda a fin de comunicarle el propósito de dictar la adopción en la República Argentina y constatar que ese ordenamiento jurídico no rechaza la intervención de las autoridades argentinas para la constitución de la adopción. En caso de rechazo, el juez argentino se declarará incompetente, salvo que ello comporte un grave perjuicio para el niño. Si las autoridades extranjeras guardan silencio, el juez resolverá conforme al interés del niño.

**Art. 2°.- *Derecho aplicable.*** 1. El juez argentino competente otorgará la adopción conforme a la *lex fori*. En caso de probable desplazamiento del niño al extranjero, el juez exigirá como condición sustancial que los candidatos a adoptar demuestren que una adopción conferida por la autoridad argentina será reconocida y dará al menor un emplazamiento de filiación en el Estado del domicilio extranjero del o de los futuros adoptantes.

2. En todo caso, el juez adaptará el derecho argentino, especialmente en cuanto al período de guarda preadoptiva, a fin de hacerlo apropiado a las circunstancias y a las exigencias del ordenamiento jurídico de probable destino del menor, y establecerá los mecanismos de cooperación necesarios a fin de concertar un seguimiento del menor hasta que la adopción otorgada en la República Argentina sea reconocida en el Estado de recepción del niño o hasta que transcurra el primer año posterior a la salida del menor del territorio argentino.

**Art. 3°.- *Adoptabilidad.*** 1. Se somete al derecho argentino la configuración del estado de adoptabilidad de todo menor con domicilio en la República Argentina o que se encuen-



tre en situación de abandono en la República Argentina, y de todo menor con domicilio de origen en la República Argentina y cuyos derechos fundamentales hayan sido alterados por delito o vicio en la voluntad del niño y/o de sus representantes legales cualquiera sea la ley aplicable a la autoridad parental o a la constitución de la adopción.

2. Por domicilio de origen se entiende el Estado del nacimiento del niño o el Estado de la residencia habitual de sus representantes legales al tiempo de la ruptura o modificación del vínculo de autoridad-responsabilidad.

**Art. 4°.- Anulación de adopción.** 1. La anulación de una adopción pronunciada en Argentina se rige por el derecho argentino.

2. Si adoptante y adoptado tienen su residencia habitual en la República Argentina, podrá reclamarse ante juez argentino la anulación de la adopción otorgada en el extranjero sin lazos con el foro, cuando la causal de nulidad exista en el derecho extranjero que gobernó la constitución del emplazamiento y también exista en el derecho argentino.

3. Una adopción pronunciada en el extranjero en violación de las normas argentinas de jurisdicción internacional o en violación de la ley argentina aplicable a la adoptabilidad del niño, violenta el orden público argentino y justifica la jurisdicción de los jueces del foro para conocer en la acción de anulación.

4. Tienen legitimación activa: a) el adoptado en todo tiempo, con la representación debida, si corresponde; b) los padres biológicos del adoptado dentro de los dos años siguientes a la decisión de adopción; c) el Ministerio Público, en forma autónoma, dentro de los dos años siguientes al otorgamiento de la adopción y en representación del menor hasta que el niño alcance la edad del discernimiento.

5. En la decisión de anulación la consideración primordial será el interés superior del niño.

**Art. 5°.- Reconocimiento.** 1. Se reconoce una adopción constituida en el extranjero cuando es pronunciada o aceptada en el Estado del domicilio que el niño tenía al tiempo de configurarse el estado de abandono o al tiempo de la manifestación de los consentimientos que habilitan la adopción, siempre que no ofenda el orden público internacional del foro;

2. El reconocimiento de un emplazamiento adoptivo constituido en el extranjero comportará como mínimo el reconocimiento de un vínculo de filiación entre el niño y sus padres adoptivos. Las instituciones de derecho extranjero que tengan efectos diferentes a los que corresponden a la filiación no son admitidas sino con los efectos que le son otorgados por la ley de su creación, en tanto sean compatibles con el orden público internacional argentino;

3. Cuando se reclamen ante juez argentino efectos ulteriores de una adopción conferida en el extranjero y la especie no presente lazos de proximidad con el foro, el juez resolverá conforme al ordenamiento que presente los lazos más estrechos con la situación concreta;

4. Las adopciones regularmente certificadas conforme al art. 23 de la Convención de La Haya del 29 de mayo de 1993 sobre protección de niños y cooperación en materia de adopción internacional, se reconocen sin verificación de condiciones, salvo la conformidad con el orden público internacional argentino.

**Art. 6°.- Conversión.** 1. La adopción conferida en el extranjero que no ofenda el orden público internacional argentino podrá ser convertida en adopción plena del derecho argentino, con el consentimiento de adoptante y adoptado, siempre que las partes instalen su residencia habitual en la República Argentina. Si el adoptado fuese menor de edad, se verificará que en ocasión de constituirse la adopción extranjera, se hubieran expresado los consentimientos debidos para el tipo pleno de adopción o que, en su defecto, se manifiesten al tiempo de la conversión.

2. En todo procedimiento de conversión, será parte sustancial el Ministerio Público de Menores.

3. De acuerdo a la edad del menor y a su situación personal, el juez lo oirá personalmente y en todo caso resolverá conforme a su interés superior.

4. La decisión que convierte la adopción extranjera en adopción plena del derecho argentino será comunicada a la Autoridad Central para Adopciones Internacionales y será inscripta en acta especial en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.



## CONCLUSIONES GENERALES

Nos hemos apartado de las propuestas que intentan una regulación con pretensiones de valor universal para la adopción internacional. Hemos sacrificado los valores tradicionales del derecho internacional privado -la armonía internacional de las decisiones, la neutralidad en la designación del derecho propio o del derecho extranjero- en aras de obtener un resultado efectivo: prevenir el tráfico a fin de permitir que la adopción internacional despliegue su valor social y contribuya a disminuir el número de niños institucionalizados o abandonados.

No proponemos normas materialmente orientadas pues la idea de favor hacia el niño en situación de abandono no es la prioridad del derecho internacional privado sino del derecho de fondo, que le da al juez la posibilidad de decidir o de rechazar la constitución de una adopción como una alternativa frente a la desprotección del niño. La preocupación del derecho internacional privado es de estricta justicia: busca dar al niño lo que le corresponde en razón de su dignidad: una colocación familiar oportuna cuando no encuentra una familia adoptiva en el propio país, un vínculo genuino sin vicios en el origen, un desplazamiento seguro de un país a otro, un lazo de filiación que goza de estabilidad más allá del fenómeno de las fronteras.

Una característica de la reglamentación propuesta es la distinción entre casos que interesan al legislador argentino de manera relevante y casos escasamente vinculados al

foro. El primer supuesto corresponde al niño en estado de abandono o con domicilio en la República Argentina, categoría a la que se agrega el niño con domicilio de origen en la República Argentina que ha sido víctima de un delito y tiene su residencia en el extranjero. El interés del legislador argentino es asegurar una solución material propia, respetuosa de los componentes de la identidad del niño.

Esta preocupación por delimitar primero los supuestos en los que el foro está interesado responde a la corriente unilateralista, de la que hemos tomado la tendencia a la aplicación de la *lex fori* y la “perspectiva publicista”, expresión que utilizamos en el sentido de óptica que garantice la eficacia de las políticas estatales. Estos postulados pueden ser impracticables en la generalidad de un sistema de derecho internacional privado, pero resultan razonables para un sector específico de las relaciones internacionales, en el que se hallen comprometidos intensamente los intereses generales de la comunidad.

No existe imposibilidad de disociar juez y derecho en oportunidad de la creación del vínculo. No advertimos, sin embargo, cuál sería la finalidad de tal disociación. Como surge de los desarrollos de derecho comparado, la aplicación de la *lex fori* a la constitución de una adopción en la República Argentina no impide la estabilidad del vínculo ni disminuye las posibilidades de su reconocimiento en Estados extranjeros. La *ley aplicada* no es factor determinante de la coordinación.

Tampoco existe dificultad teórica ni práctica en admitir en la República Argentina la aplicación del derecho extranjero. Pero no encontramos razones suficientes para atribuir, en esta materia, una determinada vocación de aplicación a un derecho extranjero según una designación operada por una regla de conflicto bilateral del foro. En ausencia de vínculos de proximidad, la autolimitación del derecho material interno es suficiente para permitir el respeto del derecho extranjero. Es tan aceptable para el ordenamiento argentino la creación de una adopción conforme a la ley del domicilio o de la

nacionalidad del adoptado, o según la ley de la nacionalidad común o de la residencia habitual común de adoptado y adoptante, o a la ley del lugar de otorgamiento, en tanto se trate de una adopción genuina, es decir, en tanto no se configure un acto de tráfico.

La pérdida de interés en la aplicación de la ley extranjera desplaza la función de coordinación del reenvío. Por el contrario, se fortalece la función de coordinación de la calificación funcional y de la solución del problema de la cuestión previa mediante la inserción de la institución condicionante en el ordenamiento más próximo.

La segunda característica de nuestra propuesta legislativa consiste en aceptar la solución del ordenamiento jurídico considerado preeminente, en hipótesis en las que no existen lazos suficientes de proximidad entre la especie y el foro. El principio, de inspiración unilateralista, sería el siguiente: en el espacio no ocupado por el derecho nacional, el ordenamiento argentino permite la actuación del derecho extranjero, apreciado globalmente, y ello favorece la coordinación de ordenamientos.

Precisamente, la consideración de un ordenamiento extranjero como “ordenamiento de referencia”, nos ha permitido implementar técnicas de coordinación en las distintas circunstancias relevantes, esto es: *al asumir jurisdicción, en ocasión de constituir en el foro una adopción con probable desplazamiento del niño y al reconocer adopciones otorgadas en el extranjero.*

El ideal savigniano de la armonía internacional de las decisiones responde a una escala de valores universalista y cede frente al interés de un niño determinado en una especie concreta. En esta adecuación de la solución jurídica a la realidad, es inestimable el aporte de la cláusula de reserva del orden público internacional, que permite insertar y transponer toda institución diferente que comporte un lazo de filiación, cualquiera sea la autoridad competente o el derecho aplicado, en tanto no se haya configurado un acto de tráfico.

La aceptación de un forismo sin consecuencias relevantes para la estabilidad del vínculo, no debería opacar una característica esencial de esta propuesta: el respeto a lo diverso que se manifiesta en el reconocimiento de *toda* adopción genuina.

La tercera característica consiste en combinar una norma de jurisdicción internacional exclusiva y una norma de policía de derecho internacional privado, y hacer funcionar el conjunto como un instrumento eficaz para anular o pedir la anulación de un emplazamiento adoptivo cuando se detecta un vicio esencial en el origen o en el fin de la adopción. En esta hipótesis excepcional, la única coordinación que sostengo es la que favorece la acción que persigue desvirtuar una adopción otorgada en el país o en el extranjero, que tiene un delito en su antecedente o en su finalidad, con la celeridad necesaria para que sea mínima la conmoción del niño por su desarraigo del grupo conviviente. Existe la obligación de celebrar tratados que aseguren este resultado y, en el marco de la confianza que genera un convenio internacional, es posible aumentar la credibilidad y la eficiencia por medio de la acción del Estado, a través de su órgano específico, el Ministerio Público, que tiene la función atribuida por la Constitución Nacional de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad.

Al margen de un compromiso internacional, debe poder reclamarse en jurisdicción extranjera la aplicación o la toma en consideración de la norma de policía argentina que anula el emplazamiento viciado. La solución es concebible en una trama de relaciones recíprocas, porque no se sustenta en argumentos relativos a la soberanía argentina sino concernientes a principios que gozan de consenso universal y que condenan unánimemente el tráfico internacional de niños.

En nuestros tiempos, se halla en el centro del debate la utilidad de un sistema de derecho internacional privado conformado por reglas generales de formulación apriorística. No propiciamos la abolición de reglas y su sustitución por la solución a medida, caso por caso, sin otra orientación que el criterio



del superior interés del niño. La previsibilidad jurídica que se desprende de la existencia de normas generales favorece la coordinación de ordenamientos. Estimamos que el legislador debe explicitar los objetivos y los lineamientos generales del cambio, a fin de favorecer conductas de los particulares, de los órganos administrativos y de los jueces.

La coordinación de ordenamientos es la respuesta a la necesidad de verificar que la inserción del niño en la nueva familia por adopción responda a la finalidad del instituto, a la exigencia de garantizar que el emplazamiento creado en la Argentina tenga estabilidad en el Estado de destino del niño, al imperativo de reconocer eficacia en el país a toda adopción genuina otorgada en el extranjero.

No es cierto que la adopción internacional se contraponga al interés nacional. Los niños de la calle, los niños institucionalizados, los niños que crecen sin historia personal y familiar, los niños víctimas de delito: esa es la realidad que constituye una afrenta al interés nacional.



## BIBLIOGRAFÍA GENERAL

### I. Obras y cursos generales

AGO, Roberto, «Règles générales des conflits de lois», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 1936-IV, t. 58.

ANCEL, Bertrand - LEQUETTE, Ives, *Grands arrêts de la jurisprudence française en droit international privé*, Paris, Sirey, 1987.

ARMINJON, Pierre, «La notion des droits acquis en droit international privé», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 1933-II.

AUDIT, Bernard, *Droit international privé*, 2<sup>a</sup> y 3<sup>a</sup> ed., Paris, Economica, 1997 y 2000, respectivamente.

BARTIN, Etienne, *Études de droit international privé*, Paris, 1899.

- «La doctrine des qualifications et ses rapports avec le caractère national du conflit de lois», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 1930-I, t. 31.

- *Principes de droit international privé*, Paris, Domat-Montchrestien, 1930, t. I.

BATIFFOL, Henri, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, Dalloz, 1956.

- «Le pluralisme de méthodes en droit international privé», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 1973-II, t. 139.

- BATIFFOL, Henri - LAGARDE, Paul, *Traité de droit international privé*, 8<sup>a</sup> ed., París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993, t. 1.
- BELLUSCIO, Augusto César (director), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires, Astrea, 1979, t. 2.
- BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, La reforma constitucional de 1994, Buenos Aires, Ediar, 1995, t. VI.
- BOGGIANO, Antonio, *Curso de derecho internacional privado*, 2<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000.
- *Curso de derecho internacional privado*, 3<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001.
  - *Del viejo al nuevo derecho internacional privado*, Buenos Aires, Depalma, 1981.
  - *Derecho internacional privado*, 3<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991, ts. I y II.
  - *Derecho internacional privado y derecho de las relaciones entre los ordenamientos jurídicos. Ius inter jura*, Buenos Aires, La Ley, 1997.
  - *Relaciones exteriores de los ordenamientos jurídicos*, Buenos Aires, La Ley, 1995.
  - *Relaciones judiciales internacionales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993.
- CIURO CALDANI, Miguel Angel, *Estudios de Filosofía del Derecho Internacional Privado*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1997.
- CURRIE, Brainerd, *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Durham N.C., Duke University Press, 1963.
- CHALITA, Graciela -NOODT TAQUELA, María Blanca, *Unificación del Derecho Internacional Privado. CIDIP I-II-III*, Buenos Aires, Universidad, 1988.
- CHESHIRE and NORTH, P.M., *Private International Law*, 12<sup>a</sup> ed., London/Dublin/Edinburg, Butterworths, 1992.
- DAVID, René y JAUFFRET-SPINOSI, C., *Les grands systèmes de droit contemporain*, 10<sup>a</sup> ed., 1992.

- DE MAECKELT, T.B., «General Rules of Private International Law in Americas. New approach», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 1982-IV, t. 177.
- DÉPREZ, Jean, «Droit international privé et conflits de civilisations, aspects méthodologiques», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 1988, t. 211.
- DICEY, Albert Venn, *Conflict of Laws*, 7<sup>a</sup> ed., por J.H.C.Morris, Stevens & Sons, London, 1958.
- DROZ, Georges, «Regards sur le droit international privé comparé», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 1991-IV, t. 229.
- DUBLER, César E., «Les clauses d'exception en droit international privé», *Études suisses de droit international*, Librairie de l'Université de Genève, 1983, vol. 35.
- ECK, Hilding, «Peremptory norms and private international law», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 1973-II, t. 139.
- EHRENZWEIG, Albert A., «Specific principles of private international law», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 1968-II, t. 124.
- *Private International Law. General Part*, New York, Leyden, 1967.
- FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., *Derecho internacional privado (Una mirada actual sobre sus elementos esenciales)*, Córdoba, Advocatus, 1998.
- *Derecho internacional privado interamericano. Evolución y perspectivas*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2000.
  - *La codificación del derecho internacional privado en América Latina*, Buenos Aires, Eurolex, 1994.
- FRANESCAKIS, Photion, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en Droit International Privé*, París, Sirey, 1958.
- GOLDSCHMIDT Werner, *Derecho internacional privado. Derecho de la tolerancia*, 8<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, Depalma, 1997.
- *Sistema y filosofía del derecho internacional privado*, 2<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, 3 vol..

- GROFFIER, Ethel, *La réforme du droit international privé québécois*, Québec, Les éditions Yvon Blais Inc., 1993.
- GUTZWILLER, Max, «Le développement historique du Droit International Privé», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 1929-IV, t. 29.
- HAY, Peter, «Flexibility versus predictability and uniformity in choice of law», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 1991-I, t. 226.
- JAYME, Erik, «Identité culturelle et intégration. Le droit international privé post moderne», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International Privé de La Haye* 1995, t. 251.
- KAHN FREUND, Otto, «General problems of private international law», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 1974-III.
- KALLER ORCHANSKY, Berta, *Nuevo manual de derecho internacional privado*, 5<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, Plus Ultra, 1997.
- KAY, Herma Hill, «A defense of Currie's Governmental Interest Analysis», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 1989-III, t. 215.
- KEGEL, Gerhard, «The crisis of Conflicts of Laws», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 1964-II.
- LAGARDE, Paul, «Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 1986-I, t. 196.
- LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, Paul, *Précis de droit international privé*, 9<sup>a</sup> ed., Paris, Dalloz, 1970.
- LEWALD, Hans, «La théorie du renvoi», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 1929-IV, t. 29.
- LIPSTEIN, Kurt, «The general principles of private international law», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 1972-I, t. 135.
- LOUSSOUARN, Ivon, «Cours général de droit international privé», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 1973-II, t. 139.

- MAYER, Pierre, *Droit international privé*, 4<sup>a</sup> ed., Montchrestien, Paris, 1991.
- MEIJERS, Eduard Maurits, «L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Age, spécialement dans l'Europe Occidentale», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 1934-III, t. 49.
- MONÉGER, Françoise, *Droit international privé*, Paris, Litec, 2000.
- MUIR WATT, Horatia, *La fonction de la règle de conflit de lois*, tesis, Paris I-Sorbonne, Francia, 1985.
- NIBOYET Jean P., *Traité de droit international privé français*, «Conflits de lois, d'autorités et de juridictions», Paris, Recueil Sirey, 1944, t. III.
- NORTH, Peter, «Reform but not revolution», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 1989, t. 220.
- PATOCCHI, Paolo, «Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel», *Études suisses de droit international*, Genève, Librairie de l'Université, 1985 vol. 42.
- PATOCCHI, Paolo - GEISINGER, Elliott, *Code de Droit International Privé Suisse Anoté*, Suisse, Éditions Payot, 1995.
- PFUND, Peter H., «Contributing to progressive development of private international law: the international process and the United States approach», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 1994-V-vol. 249.
- PICONE, Paolo, «La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International Privé de La Haye* 1986-II, t. 197.
- *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, Padua, Casa Editrice Dott Antonio Milani, 1999.
  - «Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en Droit International Privé», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 1999, t. 276.

- PILLET, Antoine, *Principes de droit international privé*, París, 1905.
- *Traité pratique de droit international privé*, París Sirey, 1923, t. I.
- QUADRI, Rolando, *Lezioni di diritto internazionale privato*, 5<sup>a</sup> ed. (Fondamento, Natura, Oggetto), Nápoles, 1969, vol. 1.
- RIGAUX, François, *Derecho internacional privado. Parte general*, Madrid, Civitas, 1985.
- ROMANO, Santi, *L'ordinamento giuridico*, 2<sup>a</sup> ed., Firenze, Sanzoni, 1945.
- SANTOS BELANDRO, Rubén B., *Bases fundamentales del derecho internacional privado interamericano*, Asociación Escribanos del Uruguay, Serie Documentos 2, Montevideo, 2001.
- SAVIGNY, Friedrich Carl de, *System des heutigen Romischen Rechts*, traducido al francés por Charles Guénoux, *Traité de Droit Romain*, 2<sup>a</sup> ed., París, 1860.
- SOIRAT, Frédérique, *Les règles de rattachement à caractère substantiel*, tesis, Paris I-Sorbonne, 1995.
- SPERDUTI, Giuseppe, «Théorie du droit international privé», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye 1967-III*, t. 122.
- VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal de, *La compétence internationale de l'État en matière de droit privé*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1997.
- VASSILAKAKIS, Evangelos, *Orientations méthodologiques dans les codifications récentes du droit international privé en Europe*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1987.
- VICO, Carlos María, *Curso de derecho internacional privado*, 6<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, Biblioteca Jurídica Argentina, 1967, t. I.
- VISCHER, Frank, «General course of private international law», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye 1992-I*, t. 232.
- VITTA, Edoardo, «Cours général de droit international privé», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye 1979-I*, t. 162.



- VON BAR, *Das internationale Privat-und-Strafrecht*, Hannover, 1862.
- *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, 2ª ed., Hannover, 1889, t. I.
- WEINBERG DE ROCA, Inés, *Derecho internacional privado*, Buenos Aires, Depalma, 1997.
- WESTLAKE, John, *Private international law*, traducción al francés por Paul Goulé, *Traité de droit international privé*, 5ª ed., París, Sirey, 1914.
- WOLFF, Martin, *Private International Law*, traducción al español por Antonio Marín López, *Derecho internacional privado*, Barcelona, Bosch, 1958.

## II. Obras y cursos específicos

- ALDEEB, Sami - BONOMI, Andrea, *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*, Schulthess Polygraphischer Verlag Zurich, 1999.
- ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina Elsa, *La adopción*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997.
- BELLUSCIO, Augusto César, «Ley de adopción 24.779», Adenda de la obra *Manual de derecho de familia*, Buenos Aires, Depalma, 1997.
- *Manual de derecho de familia*, 6ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1996, ts. I y II.
- BOULANGER, Francois, *Les rapports juridiques entre parentes et enfants. Perspectives comparatistes et internationales*, París, Económica, 1998.
- BUSTAMANTE Y RIVERO, José Luis, *II Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado de Montevideo. El Tratado de Derecho Civil Internacional de 1940 (Gestación, glosas, interpretación)*, Montevideo, oficial, 1942.
- CALVENTO SOLARI, Ubaldino (coordinador), *Adopción de niños en América Latina. Introducción y compilación. Conferencia*

- intergubernamental sobre adopción internacional*. Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, Uruguay, 1999.
- CARDUCCI, Guido, *La restitution internationale des biens culturels et des objets d'art volés ou illicitement exportés*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1997.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, «La filiación adoptiva», Documento de Trabajo N° 38, Universidad de los Andes, Santiago de Chile, 2000.
- CHÁVEZ ASENCIO, Manuel, *La adopción*, México, Porrúa, 1999.
- CHILDREN ON THE MOVE. HOW TO IMPLEMENT THEIR RIGHT TO FAMILY LIFE, The Hague/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 1996.
- D'ANTONIO, Daniel Hugo, *Derecho de menores*, 4ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1994.
- *Régimen legal de la adopción. Ley 24.779*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1997.
- DE NOVA, Rodolfo, «Adoption in comparative private international law», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 1961, vol. 104.
- DREYZIN DE KLOR, Adriana, *La protección internacional de menores*, Córdoba, Advocatus, 1996.
- DYER, Adair, «Aspects historiques de la Quatorzième Session de la Conférence de La Haye», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 1980-III, t. 168.
- FANZOLATO, Eduardo Ignacio, *La filiación adoptiva*, Córdoba, Advocatus, 1998.
- FELLINI, Zulita, *Delito de tráfico de niños*, Buenos Aires, Hammurabi, 2000.
- FOYER, Jacques, «Adoption», *Répertoire Dalloz de Droit International*, octubre 2000.
- FOYER, Jacques - LABRUSSE-RIOU, Catherine, *L'adoption d'enfants étrangers*, Paris, Economica, 1986.
- GAUDEMET-TALLON, Hélène, *Les Conventions de Bruxelles et Lugano. Compétence internationale, reconnaissance et*

- exécution des jugements en Europe*, 2<sup>a</sup> ed., París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1996.
- HOLLEAUX, Dominique, «Effets en France des décisions étrangères», *Jurisclasseur de droit international*, Fasc. 584.
- HOLMSTRÖM, Leif (editor), *Concluding observations of the UN Committee on the Rights of the Child, Third to seventeenth session (1993-1998)*, The Hague/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 2000, vol. 1.
- HUBER, Denis, *Une décennie pour l'histoire. Le Conseil d'Europe 1989-1999*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 1999.
- LAGARDE, Paul, «Ordre Public», *Répertoire Dalloz de Droit International*, 1998.
- IMHOFF-SCHEIER, Anne Catherine, «Protection du consommateur et contrats internationaux», *Études suisses de droit international*, Librairie de l'Université de Genève, vol. 22.
- KASSIS, Antoine, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1993.
- LEQUETTE, Ives, «Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye 1994-II*- t. 246.
- «Renvoi», *Répertoire Dalloz de Droit International*, 1998.
- LLOVERAS, Nora, *Nuevo régimen de adopción. Ley 24.779*, Buenos Aires, Depalma, 1998.
- MEDINA, Graciela, *Uniones de hecho. Homosexuales*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2001.
- OPERTTI BADAN, Didier, «L'adoption internationale», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye 1983-II*, t. 180.
- PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA Unificado con el Código de Comercio, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999.
- REPÚBLICA ARGENTINA. MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTO. División Asuntos Jurídicos. II Congreso Sudamerica-

no de Derecho Internacional Privado de Montevideo 1939/1940, Buenos Aires, 1940.

SAJÓN, Rafael, *Derecho de menores*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995.

SANTOS BELANDRO, Rubén B., *Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias. Reglas de conflicto materialmente orientadas hacia la protección de las personas*, 2ª ed., Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1999.

SHAPIRA, Amos, «Private International Law. Aspects of child custody and child kidnapping cases», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 1989-II, t. 214..

SIEHR, Kurt, «International Art Trade and the Law», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 1993-III, t. 243..

TELLECHEA BERGMAN, Eduardo, *El nuevo derecho internacional privado interamericano sobre familia y protección internacional de menores*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1991.

- *Derecho internacional privado de familia y minoridad. Prestación internacional de alimentos. Restitución internacional de menores. Bases para futuras convenciones internacionales*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1988.

VAN LOON, Johannes H. A., «International Co-operation and protection of children with regard to intercountry adoption», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 1993, t. 244.

VAZ FERREIRA, Eduardo, OPPERTI BADAN, Didier, TELLECHEA BERGMAN, Eduardo, *Adopción internacional*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1984.

VERWILGHEN, Michel - CARLIER, Jean Ives - DEBROUX Colette - DE BURLET, Jacques, *L'adoption internationale en droit belge*, Bruselas, Bruylant, 1991.

WEINBERG DE ROCA, Inés M., *Competencia internacional y ejecución de sentencias extranjeras*, Buenos Aires, Depalma, 1997.

WILDE, Zulema, *La adopción nacional e internacional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996.

ZANNONI, Eduardo, *Derecho de familia*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1989, t. 2.

### III. Artículos y notas

ADROHER BIOSCA, Salomé, «Adopción de menores africanos en Europa», XVII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de derecho internacional, *Relaciones internacionales en el mundo mediterráneo*, Madrid, BOE, 1999.

ANCEL, Bertrand, «L'objet de la qualification», *Journal de Droit International* 1980.

- «Les règles de droit international privé et la reconnaissance des décisions étrangères», *Rivista di Diritto Internazionale Privato et Processuale* 1992.

ANCEL, Bertrand - MUIR WATT, Horatia, «La désunion européenne: le Règlement dit Bruxelles II», *Revue Critique de Droit International Privé* 2001, N° 3.

ARCAGNI, José Carlos, «La Convención de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y el derecho internacional privado tuitivo», L.L. 1995-D.

ASOCIACIÓN DE MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS DE LA JUSTICIA DE MENORES, Conclusiones de las VII Jornadas de reflexión. Vaquerías, Córdoba, agosto de 1994. Documento N° 80-60061, Centro Focal, Consejo Nacional del Menor y la Familia.

AUDIT, Bernard, «Le droit international privé à la fin du XX<sup>e</sup> siècle: progrès ou recul», *Revue Internationale de Droit Comparé* 1998.

BARRIÈRE BROUSSE, Isabelle, «L'enfant et les conventions internationales», *Journal de Droit International*, 1996.

BARTIN, Etienne, «Les conflits entre dispositions législatives de droit privé», *Revue de Droit International et Législation Comparée*, 1989.

- BOGGIANO, Antonio, «Nuevo panorama del Derecho Internacional Privado», E.D., t. 66.
- BOGOUSLAVSKI, M., «Le droit international privé en Russie et dans des autres Etats membres de la CEI au seuil du XXI<sup>e</sup> siècle», *Journal de Droit International*, 2000.
- BONOMI, Andrea, «La disciplina dell'adozione internazionale dopo la riforma del diritto internazionale privato», *Rivista di Diritto Civile* N° 3, maggio-giugno, 1996.
- «Le nouveau système de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers en Italie», *Revue Critique de Droit International Privé*, 1997.
- BOULANGER Francois, «Une réforme médiatique mais porteuse de controverses: la codification de l'adoption internationale (loi du 6 février 2001)», *Le Dalloz*, 1<sup>o</sup> mayo 2001.
- BRIBOSIA, Hervé, «Transparence et secrets autour des adoptions internes et internationales», *Revue Internationale de Droit Comparé* 1993-4.
- BUCHER, Andréas, «Vers l'adoption de la méthode des intérêts? Réflexions à la lumière des codifications récentes», comunicación ante el Comité Français de Droit International Privé 1993-1994-1995, Pedone.
- CIURO CALDANI, Miguel Angel, «Comprensión básica de las tendencias del derecho internacional privado de nuestro tiempo y de la jurisdicción internacional», *Revista Investigación y Docencia* N° 24 (1994).
- «Visión sintética del derecho comparado desde el punto de vista cultural, con especial referencia al derecho de familia», *Revista Investigación y Docencia* N° 30 (1997).
- CONFÉRENCE DE LA HAYE, *Actes et documents de la Dixième session*, Bureau Permanent de la Conférence, The Hague, 1964, t. II.
- Conclusions et Recommendations de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale (28

novembre-1<sup>o</sup> décembre 2000), Bureau Permanent de la Conférence.

- *Rapport de la troisième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (17-21 mars 1997)*, Bureau Permanent de la Conférence, La Haye, agosto 1997.
- *Rapport de la quatrième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (22-28 mars 2001)*. Bureau Permanent de la Conférence, La Haye.

CONFERENCIA INTERAMERICANA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, *Actas y documentos de la CIDIP IV*, Comisión I, Secretaría General de la Organización de Estados Americanos, 1990, vol. II.

CONSEJO DE EUROPA, «16<sup>a</sup> Conference of European Ministers of Justice, Conclusions and resolutions», Lisbon, 21-22 june 1988, Strasbourg.

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Comisión de Derechos Humanos, informe de la relatora especial Ofelia Calcetas Santos, *Documento E/CN.4/1999/71* (29 de enero de 1999).

- Comisión de Derechos Humanos, informe de la relatora especial Ofelia Calcetas Santos, *Documento E/CN.4/2000/73 y sus tres agregados* (22 y 27 de diciembre 1999 y 27 de enero de 2000).

COPART, Isabelle, «L'adoption. Une filiation affective», *Supplément Actualités Sociales Hebdomadaires*, France, Rueil-Malmaison, 2000.

COURBE, Patrick, «L'adoption internationale: pratiques et enjeux», *Revue Actualité Juridique Famille* N<sup>o</sup> 1, 2002, janvier 2002, pag. 8/20.

DE MARINO, Rubén, «El procedimiento en las adopciones internacionales», *Congreso Mundial sobre Derecho de Familia*, Panamá, del 22 al 27 de septiembre de 1996, Libro II.

- DESMOTTES, Georges, «Vers un droit européen de l'adoption», *Revue de Droit Sanitaire et Social* 1967, N° 9, París, Éditions Techniques.
- DROZ, Georges, «La Convention d'Unidroit sur le retour international des biens culturels volés ou illicitement exportés (Rome 24 juin 1995)», *Revue Critique de Droit International Privé* 1997.
- DROZ, Georges - GAUDEMET TALLON, Hélène, «La transformation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale», *Revue Critique de Droit International Privé* 2001, octobre-décembre.
- DYER, Adair, «Rapport sur la révision de la Convention de La Haye de 1961 en matière de protection des mineurs - première partie», Document préliminaire N° 1, avril 1994. *Actes et documents de la Dix-huitième session*, Bureau Permanent de la Conférence de La Haye, SDU Publishers/ The Hague, 1998.
- DYUNZHEVA, Olga A., «Drafting a Russian Law on Intercountry Adoption», en *Children on the Move. How to implement their right to family life*, The Hague/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 1996.
- EHRENZWEIG, Albert, «The lex fori. Basic rule in the Conflict of Laws», *Michigan Law Review* 1959.
- EUROPEAN SEMINAR ON INTERCOUNTRY ADOPTION, Leysin, Vaud, Suiza, del 22 al 31 de mayo de 1960 (UN/TAO/SEM/1960, Rep. 2).
- FRANDESCAKIS, Photion, «Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflits de lois», *Revue Critique de Droit International Privé* 1966.
- FANCONBRIDGE, John D., «Renvoi, characterization and acquired rights», *Canadian Bar Review* 1939, vol. 17.
- FERNÁNDEZ ARROYO, Diego, «La Convención interamericana sobre restitución internacional de menores», publicación del Instituto Interamericano del Niño, 1992.



- FERRI RAIMUNDI, Angela, «La práctica jurídica de la adopción internacional en Brasil», *IX Congreso Mundial sobre Derecho de Familia*, Panamá, 22 al 27 de septiembre de 1996.
- FEUILLET-LE MINTIER, Brigitte, «Le droit des couples stériles à l'obtention d'un enfant: droits de l'homme, réalités médicales et pratiques administratives», en *Les filiations par greffe*, Colloque de Lille II, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1997.
- FONTEMACHI María, «La adopción internacional. Las convenciones», L.L. 1999-A.
- GOICOECHEA, Ignacio - SEOANE DE CHIODI, María del Carmen, «Convención de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores», L.L. 1995-D.
- GOLDSCHMIDT, Werner, «¿Hereda la francesa adoptada en Francia por adopción simple el inmueble argentino del hermano de su madre adoptante?», E.D. 94.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina, «La aplicación en España del 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», *Revista Jurídica de Catalunya* N° 2, año XV, Barcelona, 1996.
- «La ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: normas sobre adopción internacional», *Revista Española de Derecho Internacional* 1996-I.
- GORDON, Robert S., «The new chinaese export: orphaned children. An overview of adopting children from China», *The Transnational Lawyer*, 1998, vol. 10.
- GOTHOT, Pierre, «Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé», *Revue Critique de Droit International Privé* 1971.
- «La méthode unilatéraliste face au droit international privé des contrats», *Travaux Comité Français de Droit International Privé* 1973/1977.

- GUTHRIE, Robin, «Los niños y el Consejo de Europa», *Revista Infancia y Sociedad* N° 15, 1992, referencia 28594 Centro Focal, Consejo Nacional del Menor y la Familia.
- GUTIÉRREZ, Delia - BRAÑA, María C., «Ley de adopción: necesidad de su reforma», J.A., 1999-IV.
- HANISCH, Hans, «Die 'versteckte' Rückverweisung im internationalen Familienrecht», en *Neue Juristische Wochenschrift* 1966.
- INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO, Defensa de los Niños Internacional - Sección Chile, «Investigación preliminar sobre el tráfico y comercio de niño hacia el extranjero en Chile», septiembre de 1985; Defensa de los Niños Internacional - Sección Ecuador, «Informe sobre las adopciones internacionales ilegales en el Ecuador durante el año 1988», *Documento SAP 00228 N° 19280 Centro Focal*, Consejo Nacional del Menor y la Familia.
- «*Reunión de expertos sobre tráfico de niños, preparatoria de la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado*», Montevideo, 1994.
- JANTERA-JAREBORG, Maarit, «Convention on Protection of Children and Co-operation in respect of Intercountry Adoption», *Nordic Journal of International Law* 1994.
- «The recognition of legal effects of foreign adoptions in Sweden», *Scandinavian Studies in Law* 1992, vol. 36.
- JUENGER, Friedrich K., «Conflict of Laws: a critique of interest analysis», *The American Journal of Comparative Law*, vol. XXXII, 1984, N° 1.
- JURISCLASSEUR DE DROIT COMPARÉ, «Allemagne. Filiation. Adoption» (Eva Wenner 2001).
- «Grande Bretagne. Droit anglais. Les enfants-adoption», Fasc. 1 (1997).
  - «Pays Bas. Adoption» (D.Kokkini-Iatridou; actualización por H.M.Alvares Correa, 1992).
  - «Roumanie. Filiation adoptive» (Octavian Capatina, 1995).
  - «Suède. Adoption» (Bruno Linden, 1997).

- KALLER ORCHANSKY, Berta - URIONDO DE MARTINOLI, Amalia - PALLARÉS, Beatriz, Proyecto de reforma del derecho internacional privado (1999).
- KAY, Deborah, «The 1993 Hague Convention on Protection of Children and Cooperation in respect of intercountry adoption: potential for success or failure», *New England international and comparative annual*, 1996, vol. 2.
- KAY, Herma Hill, «Adoption in the Conflict of Laws: The UAA, not the UCCJA, is the answer», *California Law Review* 1996, vol. 84.
- KOHLER, Christian, «Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d'Amsterdam», *Revue Critique de Droit International Privé* 1999.
- LAGARDE, Paul, «La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale: une opportune clarification», *Revue Critique de Droit International Privé* 2001, avril-juin.
- «La nouvelle Convention de La Haye sur la protection des mineurs», *Revue Critique de Droit International Privé* 1997.
  - «Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980», *Revue Critique de Droit International Privé* 1991.
  - «Observations sur l'articulation des questions de statut personnel et des questions alimentaires dans l'application des conventions de droit international privé», en *Conflicts et harmonisation. Mélanges en l'honneur d'Alfred von Overbeck*, Éditions Universitaires de Fribourg, 1990.
  - «Questions préalables», *Répertoire Dalloz Droit International*, 1998.
  - «Rapport explicatif de la Convention concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants», *Actes et documents de la Dix-huitième session*, Bureau Permanent de la Conférence, SDU Publishers/The Hague, 1998, t. II.

- LARROCHE-GISSEROT, Florence, «L'adoption ouverte aux États Unis: règles, pratiques, avenir en Europe», *Revue International de Droit Comparé* 1998.
- LE BOURSICOT, Marie Christine, «Les chemins de l'adoption internationale», *Le Dalloz* 10 janvier 2002, N° 2..
- LEQUETTE, Ives, «De l'utilitarisme dans le droit international privé conventionnel de la famille», en *L'internationalisation du droit. Mélanges en l'honneur de Ivon Loussouarn*, Paris, Dalloz, 1994.
- «Le renvoi des qualifications», en *Mélanges dédiées à Dominique Holleaux*, Paris, Litec, 1990.
- LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, Paul, «Observations sur la question du renvoi», *Journal de Droit International* 1924.
- LUCAS SOSA, Gualberto, «La Convención interamericana sobre restitución internacional de menores (CIDIP IV, Montevideo, 1989)», J.A. 1990-I.
- LUGATO, Mónica, «Il recupero all'estero di somme e di beni trafugati da ex-capi di Stato», en *Rivista di Diritto Internazionale* 1997.
- MATTEI J. F., Rapport «Enfant d'idi, enfant d'ailleurs, l'adoption sans frontière», *Doc.fr. Rapports Officiels* 1995.
- MAYER, Pierre, «La convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères», *Revue Critique de Droit International Privé* 1991.
- «Le mouvement des idées dans le droit des conflits de lois», *Revue Droits, Chroniques*, Presses Universitaires de France, 1985.
  - «Les lois de police», *Journal de Droit International* 1981.
  - «Les lois de police», comunicación al Comité Français de Droit International Privé, sesión del 23 de noviembre de 1985.
- MEBROUKINE, Ali, «La Convention algéro-française du 21 juin 1988 relative aux enfants de couples mixtes séparés. Le point de vue d'un algérien», *Revue Critique de Droit International Privé* 1991.

- MEYER-FABRE, Nathalie, «La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale», *Revue Critique de Droit International Privé* 1993.
- MIRAILLES SANGRO, Pedro-Pablo y HERRANZ BALLESTEROS, Mónica, «Algunas reflexiones en torno a las últimas reformas del derecho internacional privado español en materia de protección de menores», Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid.
- MOLINA, Alejandro C., «La Argentina y la adopción internacional», E.D. 186.
- MONÉGERL, Françoise, «Le Parlement à la recherche d'une règle de conflit de lois en matière d'adoption internationale», *Juris Classeur Périodique*, G, (La Semaine Juridique N° 9, 28 de febrero de 1996).
- MORENO, Annie, «Aspects contractuels de l'adoption internationale», *Revue Critique de Droit International Privé* 2001, avril-juin, y juillet-septembre.
- MUIR WATT, Horatia, «Droit public et droit privé dans les rapports internationaux (Vers la publicisation des conflits de lois?)», en *Archives philosophiques de droit* 1997.
- «La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale», *Travaux du Comité Français de Droit International Privé* 1993-1994-1995, séance du 26 janvier 1994, Paris, Pedone.
  - «Quelques remarques sur la théorie anglo-américaine des droits acquis», *Revue Critique de Droit International Privé* 1986, t. 75.
  - «Vers l'inadoptabilité de l'enfant étranger de statut personnel prohibitif. À propos de la circulaire du 16 février relative à l'adoption internationale», *Revue Critique de Droit International Privé* 1999.
- NADELMANN, Kurt H., «Private international law: Lord Fraser and the Savigny (Guthrie) and Bar (Gillespie) editions», *The international and comparative Law Quaterly* 1971, vol. 20.

- NAJURIETA María Susana, «Adopción internacional», E.D. 171.
- «El pluralismo metodológico en el derecho internacional privado actual», E.D. 1995, t. 161.
  - «Orden público internacional y derechos fundamentales del niño», L.L. 1997-B.
- NEUMAYER Karl, «Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations», *Revue Critique de Droit International Privé* 1957-1958.
- OPERTTI BADAN, Didier, «Compatibilidad e interacción de la codificación Regional Interamericana con los ámbitos de producción jurídica universal y subregional. Balance de los veinte primeros años de la CIDIP», en *El Derecho Internacional Privado interamericano en el umbral del siglo XXI. Sextas Jornadas de profesores de derecho internacional privado*, Universidad Complutense de Madrid, Eurolex, 1997.
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Déclaration sur les principes sociaux et juridiques applicables à la protection et au bien être des enfants, envisagés surtout sous l'angle des pratiques en matière d'adoption et de placement familial sur les plans national et international, Documento Assamblée Générale A/RES/41/85, 6 de febrero de 1987.
- PALLARÉS, Beatriz - KILIBARDA, Claudia, «Perspectivas desde el pluralismo metodológico en el derecho internacional privado actual», E.D. 1995, t. 161.
- PARRA ARANGUREN, Gonzalo, «La loi vénézuélienne de 1998 sur le droit international privé», *Revue Critique de Droit International Privé* 1999.
- «Rapport explicatif de la Convention sur la protection des enfants et coopération en matière d'adoption internationale», *Actes et documents de la Dix-septième session*, Bureau Permanent de la Conférence, SDU Publishers/The Hague, 1994, t. II.
- PEREYRA, Luis Cruz - SACCO, Eloísa del Valle, «Adopción internacional. Estudio-reflexión crítica de la legislación», *Revista Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba* 1998-I-Nº 73.

- PÉREZ NIETO CASTRO, Leonel, «Las influencias recíprocas entre la codificación interamericana y los sistemas de Derecho Internacional Privado», en *El Derecho Internacional Privado interamericano en el umbral del siglo XXI. Sextas Jornadas de profesores de derecho internacional privado*, Universidad Complutense de Madrid, Eurolex, 1997.
- PÉREZ VERA, Elisa, «Explanatory Report: Convention on the civil aspects of International Child Abduction», *Actes et Documents de la Quatorzième session*, Bureau Permanent de la Conférence, La Haye, 1982.
- PICONE, Paolo, «I conflitti tra metodi diversi di coordinamento tra ordinamenti», *Rivista di Diritto Internazionale* 1999-2.
- «La teoría general del derecho internacional privado nella legge italiana di riforma della materia», *Rivista di Diritto Internazionale* 1996.
- PIETRANGELI, Francesca, «Richiamo internazionalprivatistico e applicazione del diritto del foro nella costituzione delle adozioni di minori secondo la legge di riforma», *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale* 1997.
- POISSON-DROCOURT, Elizabeth, «Codification des règles de droit international en matière d'adoption», *Le Dalloz 2001*, Chroniques.
- «L'adoption internationale», *Revue Critique de Droit International Privé* 1987.
  - «L'entrée en vigueur de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection d'enfants et la coopération en matière d'adoption internationale», *Journal de Droit International*, 1999.
- RABEL, Ernst, «Le problème de la qualification», *Revue Critique de Droit International Privé* 1933.
- RADZYMSKI, Alejandro P., «El reconocimiento de sentencia extranjera en Argentina», E.D. t. 133..
- «La capacidad matrimonial en el derecho internacional privado argentino», L.L. 1990-B.

- REVILLARD, Mariel, «L'adoption internationale à la suite de la circulaire du 16 février 1999", Répertoire du Notariat Defrénois N° 17, 37029, del 15 de septiembre de 1999.
- RIEG, Alfred, «L'harmonisation européenne du droit de la famille: mythe ou réalité?» en *Conflits et harmonisation. Mélanges en l'honneur d'Alfred von Overbeck*, Éditions Universitaires de Fribourg, 1990.
- ROMERO DEL PRADO, Víctor, «Efectos de la adopción realizada en el extranjero en cuanto al derecho sucesorio del hijo adoptivo», L.L. 54.
- SALVAGE-GEREST, Pascale, «La circulaire Guigou du 16 février 1999. Quelles perspectives pour l'adoption internationale?», Éditions Juris Classeur. Droit de la Famille N° 9, Chroniques, septembre de 1999.
- SÁNCHEZ LORENZO, Sixto A., «Postmodernismo y derecho internacional privado», Revista Española de Derecho Internacional 1994-2-julio/diciembre.
- SAVOLAINEN, Matti, «The Hague Convention on Child Abduction of 1980 and its implementation in Finland», Nordic Journal of International Law 66, 1997.
- SMITH, Juan Carlos, «Amplitud y límites extraterritoriales de la adopción», L.L. 1980-C.
- «Anteproyecto de ley nacional de Derecho Internacional Privado», L.L. 1976-B.
- STURLESE, Bruno, «La Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale», Juris Classeur Périodique, G, 1993-I-3710 (Semaine Juridique N° 42, 20 de octubre de 1993).
- SOW SIDIBE, Amsatou, «L'adoption au Sénégal et en Afrique Francophone», Revue International de Droit Comparé, 1993.
- TELLECHEA BERGMAN, Eduardo, «La Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores aprobada en México el 18 de marzo 1994. Un nuevo paso en la codificación



del derecho internacional privado interamericano de la minoridad», *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, número extraordinario en homenaje a la Asociación Argentina de Derecho Internacional, Córdoba, 1996.

- «Panorama de los Protocolos del Mercosur sobre Derecho Internacional Privado, con especial referencia a aquellos relativos a la cooperación jurídica internacional», *Del Mercosur*, obra coordinada por Miguel Angel Ciuro Caldani, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1996.

UNICEF - Information portfolio «Intercountry adoption. Convention on the Rights of the Child. Travaux préparatoires of articles 20 and 21».

URIONDO DE MARTINOLI, Amalia, «Adopción internacional», ponencia a la XIII Conferencia Nacional de Abogados (Reforma del Derecho Privado), San Salvador de Jujuy, 6 al 8 de abril del 2000.

UZAL, María Elsa, «Algunas reflexiones en torno a la Convención de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 1980», E.D. 169.

- «El pluralismo en el derecho internacional privado como una necesidad metodológica», E.D. 1995, t. 161.

VAN LOON Johannes H. A., «Note on the desirability of preparing a new convention on international cooperation in respect of intercountry adoption», documento preliminar N° 9, Bureau Permanent de la Conférence de La Haye, 1987.

- «Rapport sur l'adoption d'enfants originaires de l'étranger», en *Actes et documents de la Dix-septième session*, Bureau Permanent de la Conférence de La Haye, SDU Publishers/The Hague, 1994, t. II.

VANDEGHINSTE, Elise, «Délégation d'autorité parentale en vue d'une adoption: une procédure encore trop méconnue», *Gazette du Palais* 1997-sept/déc.-Doctrines.

VERWILGHEN, Michel, «La genèse d'une convention sur l'adoption d'enfants originaires de l'étranger», *Revue Belge de Droit International* 1991-pag. 438/468.

- VON MEHREN, Arthur Taylor, «Une esquisse de l'évolution du droit international privé aux États Unis», *Journal de Droit International*, 1973.
- WEINBERG DE ROCA, Inés, «La adopción internacional según la ley 19.134», E.D. 38.
- WENGLER, Wilhelm, «Nouvelles réflexions sur les questions préalables», *Revue Critique de Droit International Privé*, 1966.
- «Zur Adoption deutscher Kinder durch Amerikanische Staatsangehörige», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1959.
- WINTER, Renate, conferencia en el XVIII Encuentro Nacional de Magistrados y Funcionarios de la Justicia de Menores y Familia «Dr. Rubén Cantino», *Derecho de Familia* N° 16, abril de 2000.
- ZICCARDI, Piero, «Ordine Pubblico e Convenzioni internazionali nel riconoscimento di atti stranieri di adozione di minori», *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 1995.
- ZWEIGERT, Konrad, «Droit international privé et droit public», *Revue Critique de Droit International Privé*, 1965.

## ABREVIATURAS

AG	Amtsgericht
BGB	Burgerliches Gesetzbuch
BOE	Boletín Oficial del Estado Español
CA	Cour d'appel
CAO	China Adoption Organization
CEI	Confederación de Estados Independientes
CIDIP	Conferencia Interamericana Especializada en Derecho Internacional Privado
Cass. Civ.	Cour de Cassation Chambre civile
Ch.	Chambre
Ch. Civ.	Chambre Civile
DGDH	Dirección General de Derechos Humanos
Doc.fr.	Documentation française
G.O.	Gazeta Oficial
JO	Journal Officiel
JOCE	Journal Officiel Communautés Européennes
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
MAI	Mission de l'adoption internationale
OEA	Organización de Estados Americanos
OLG	Oberlandesgericht
P.K.P.A.	Federal Parental Kidnapping Prevention Act
Proc.Gén.	Procurateur Général
SSI	Servicio Social Internacional

U.A.A.	Uniform Adoption Act
U.C.C.J.A.	Uniform Child Custody Jurisdiction Act
UNICEF	United Nations Children's Fund
UNIDROIT	International Institute for the Unification of Private Law
U.R.E.S.A.	Uniform Reciprocal Enforcement of Support Act
URSS	Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas

## INDICE

Autoridades .....	7
Introducción general .....	13

### **Primera Parte** **Los métodos de coordinación**

Introducción .....	25
--------------------	----

Título I - La coordinación en el derecho internacional privado clásico .....	31
---------------------------------------------------------------------------------	----

Capítulo 1 - La síntesis revolucionaria de Savigny .....	32
----------------------------------------------------------	----

Sección 1: Los presupuestos del pensamiento de Savigny .....	34
-----------------------------------------------------------------	----

Sección 2: La armonía internacional de las decisiones como ideal formal del conflicto de leyes .....	37
---------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

Capítulo 2 - Las técnicas de coordinación de sistemas propias del método conflictual .....	43
-----------------------------------------------------------------------------------------------	----

Sección 1: El debate en torno del reenvío .....	45
-------------------------------------------------	----

A. El reenvío como correctivo de una designación frustrada .....	46
---------------------------------------------------------------------	----

B. La concepción funcional del reenvío .....	48
----------------------------------------------	----

Sección 2: La coordinación mediante la solución	
<i>lex causae</i> del problema de la cuestión previa .....	51
A. La solución dependiente .....	52
a. La teoría de Wilhelm Wengler .....	52
b. La solución dependiente con criterio lógico .....	54
B. La solución autónoma: el derecho	
internacional privado del foro en la solución	
de la cuestión previa .....	55
C. La solución funcional .....	58
Sección 3: El problema de las calificaciones .....	61
A. El reenvío de calificaciones .....	64
B. El problema de las calificaciones y la	
adopción internacional .....	66
a. La dificultad de una visión uniforme de	
la institución .....	67
b. Calificación y reconocimiento de	
decisiones extranjeras de adopción .....	71
Título II - Los aportes del pensamiento unilateralista .....	74
Capítulo 1 - La no disociación entre juez y derecho	
en la tradición anglosajona .....	75
Sección 1: La teoría de los <i>vested rights</i> .....	76
A. Sentido original de la <i>foreign court theory</i> .....	78
B. Unilateralismo y respeto a los derechos adquiridos .....	80
Sección 2: El forismo norteamericano .....	83
A. La <i>lex fori</i> como regla básica .....	84
B. El llamado «reenvío oculto» como un esfuerzo	
de coordinación en este contexto .....	86
Capítulo 2 - El unilateralismo .....	88
Sección 1: El objetivo social de las leyes del foro .....	90
A. El unilateralismo universalista de Pillet .....	90
B. El particularismo nacionalista en el	
pensamiento de Niboyet .....	93

Sección 2: Las reglas de conflicto unilaterales dependientes del derecho material .....	95
A. Los postulados de la teoría de Rolando Quadri .....	95
B. La coordinación por la «norma fundamental de adaptación de ordenamientos» .....	97
Sección 3: El unilateralismo parcial .....	99
A. La teoría de la ponderación de los « <i>governmental interests</i> » .....	99
B. Unilateralismo parcial de fin de siglo .....	104
 Título III - Relaciones entre ordenamientos jurídicos .....	 111
 Capítulo 1 - La coordinación basada en la referencia al ordenamiento competente .....	 114
Sección 1: El rol de la norma de conflicto en la designación de la competencia global de otro Estado ....	116
A. El pensamiento precursor de Von Bar .....	117
B. La norma de conflicto en el reconocimiento de la eficacia sustancial de situaciones jurídicas extranjeras ....	120
Sección 2: La síntesis original de Paolo Picone .....	123
A. La creación en el foro de una situación jurídica ...	126
B. El reconocimiento en el foro de una situación jurídica formalmente extranjera .....	128
Capítulo 2 - La coordinación de ordenamientos a través del reconocimiento de sentencias extranjeras .....	130
Sección 1: Los controles tradicionales en un método de coordinación restrictivo .....	131
A. El control de la competencia del juez de origen ....	131
B. El control del orden público internacional .....	135
Sección 2: El principio del reconocimiento en un marco de relaciones estrechas .....	139
A. La confianza en la actuación de jueces extranjeros .....	140

B. La prevención mediante un mecanismo de reconocimiento que precede al conflicto .....	143
Conclusiones .....	144

**Segunda Parte - La preocupación por la  
coordinación en las convenciones internacionales  
y en las legislaciones nacionales**

Introducción .....	149
Título I - La coordinación en las convenciones internacionales concernientes a menores .....	155
Capítulo 1 - Instrumentos elaborados en la década de los sesenta .....	158
Sección 1: Los trabajos en el seno de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado .....	158
A. Panorama histórico de la Conferencia de La Haya .....	159
B. La Convención de La Haya sobre competencia de autoridades, ley aplicable y reconocimiento de decisiones en materia de adopción del 15 de noviembre de 1965 .....	160
Sección 2: Los trabajos en el seno del Consejo de Europa ...	165
A. El Consejo de Europa y la protección de la infancia ....	166
B. La Convención europea en materia de adopción de niños del 24 de abril de 1967 .....	167
Capítulo 2 - Convenciones elaboradas en los últimos veinte años en el marco de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado .....	170
Sección 1: La Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de niños .....	171
A. Finalidad de la convención .....	171
B. Ambito de aplicación y procedimiento general.....	173



C. Los mecanismos de coordinación .....	177
Sección 2: La Convención de La Haya del 29 de mayo de 1993 sobre la protección de los niños y la cooperación en materia de adopción internacional .....	182
A. Antecedentes y finalidad de la Convención .....	183
B. Ambito de aplicación y estructura general del procedimiento .....	186
C. Los mecanismos de coordinación .....	190
a. La prevención de los conflictos insolubles entre ambos ordenamientos .....	191
b. El reconocimiento uniforme de un contenido mínimo de la adopción .....	193
Sección 3: La Convención de La Haya del 19 de octubre de 1996 sobre responsabilidad parental y medidas de protección de la infancia .....	195
A. Ambito de aplicación .....	197
B. Los mecanismos de coordinación .....	200
a. Técnicas tradicionales .....	200
b. Los aportes originales en materia de coordinación .....	202
Capítulo 3 - La coordinación en las convenciones elaboradas en el marco de la Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado .....	205
Sección 1: La Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de adopción de menores (La Paz, 1984) .....	206
A. Ambito de aplicación .....	207
B. Técnicas de coordinación .....	208
Sección 2: La Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores (Montevideo, 1989) ..	210
A. Ambito de aplicación y caracteres del procedimiento .....	211
B. Técnicas de coordinación .....	214
Sección 3: La Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores (México, 1994) .....	215
A. Ambito de aplicación .....	218

B. Técnicas de coordinación .....	219
a. Los artículos 23 y 26 de la Convención .....	220
b. La anulación de una adopción por vicio en el origen .....	221
 Título II - La preocupación por la coordinación en las legislaciones nacionales .....	 225
 Capítulo 1 - Soluciones de los Estados de recepción de niños .....	 227
Sección 1: Estados que siguen un enfoque predominantemente jurisdiccional .....	 228
A. No disociación entre juez y derecho .....	228
a. Los Estados Unidos de Norteamérica: <i>intercountry adoption</i> .....	 229
b. Los Estados Unidos de Norteamérica: adopciones interestaduales .....	 231
B. Dependencia entre <i>forum</i> y <i>ius</i> y coordinación a través del reconocimiento de adopciones extranjeras .....	 234
a. Reino Unido .....	235
b. Suecia .....	238
Sección 2: Estados que siguen un enfoque predominantemente conflictualista .....	 241
A. Insuficiencia de las técnicas clásicas: reenvío y reconocimiento de adopciones extranjeras .....	 241
a. Alemania .....	241
b. Bélgica .....	247
B. Reconocimiento de adopciones extranjeras y control administrativo para prevenir el tráfico de niños .....	 249
a. España .....	250
b. Francia .....	253
c. Países Bajos .....	269
C. Combinación de métodos: conflictualismo, unilate- ralismo y referencia al ordenamiento competente ....	 272

a. Italia .....	272
b. Suiza .....	279
Capítulo 2 - Soluciones de los Estados de origen de los niños .....	282
Sección 1: Constitución de la adopción en el Estado de origen del niño .....	283
A. Rudimentarios esfuerzos unilaterales de coordinación .....	284
a. Bolivia .....	284
b. Guatemala .....	286
c. Honduras .....	288
d. República Dominicana .....	290
B. Coordinación por tratados multilaterales .....	292
a. Brasil .....	292
b. Colombia .....	293
c. Costa Rica .....	295
d. Chile .....	296
e. Ecuador .....	301
f. El Salvador .....	302
g. México .....	303
h. Panamá .....	304
i. Paraguay .....	304
j. Perú .....	305
k. Rumania .....	307
Sección 2: Desplazamiento y constitución de la adopción en el extranjero .....	311
Apartado único: experiencias fuera y dentro de un marco convencional .....	311
a. La experiencia de China .....	312
b. La experiencia de Filipinas .....	314
Sección 3: Estados de origen de los niños que son a la vez Estados de acogimiento de niños extranjeros .....	317

Apartado único: Pluralismo metodológico .....	317
a. Grecia .....	317
b. Rusia .....	319
c. Venezuela .....	323
Conclusiones .....	324

### **Tercera Parte - Contribución para una reforma legislativa en la República Argentina**

Introducción .....	331
 Título Unico - La coordinación entre ordenamientos como prioridad en materia de adopción internacional en la República Argentina .....	 335
 Capítulo 1 - El panorama normativo en la República Argentina .....	 335
Sección 1: El derecho internacional privado vigente .....	336
A. La fuente convencional .....	337
a. El Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 .....	338
b. La Convención sobre los Derechos del Niño ....	344
B. La fuente interna .....	351
C. La coordinación mediante la teoría de las cuestiones previas en jurisprudencia argentina .....	360
a. «Grimaldi, Miguel A., s/ sucesión» .....	360
b. «Bayaud, Enrique s/ sucesión» .....	363
Sección 2: Las prioridades en una futura reforma en materia de adopción internacional .....	366
A. Las modificaciones sustanciales .....	369
a. La adoptabilidad del niño .....	370
b. La anulación de una adopción viciada .....	375

B. El establecimiento de un procedimiento adecuado ....	384
a. Las fases del procedimiento .....	385
b. La creación de una Autoridad Central .....	389
Capítulo 2 - Las cuestiones básicas de derecho	
internacional privado en la futura legislación .....	392
Sección 1: La creación de un emplazamiento	
adoptivo en el foro .....	393
A. Jurisdicción y derecho aplicable .....	394
a. Distinción de hipótesis que justifican la	
intervención del juez argentino .....	394
b. Aplicación de la ley del foro y acumulación	
de un mecanismo de coordinación .....	398
B. Vicio esencial que obsta al emplazamiento adoptivo ..	400
a. Niño víctima de un acto de tráfico .....	400
b. Niño por encargo .....	401
Sección 2: Reconocimiento de adopción otorgada en	
el extranjero .....	403
A. Los intereses del foro según los lazos de	
proximidad de la especie .....	404
a. La inserción de la adopción extranjera en el	
ordenamiento jurídico argentino .....	404
b. La conversión de la adopción extranjera en	
adopción plena del derecho argentino .....	409
B. La reacción del ordenamiento jurídico argentino	
cuando no hay coordinación posible .....	411
a. Promoción de la acción de anulación de la	
adopción viciada, en el foro o en el extranjero ....	414
b. La anulación y la restitución en un marco	
convencional .....	418
Conclusiones .....	422
Conclusiones generales .....	430
Abreviaturas .....	435
Bibliografía .....	437

Se terminó de imprimir en  
Editorial Advocatus, Duarte Quirós 511,  
en el mes de agosto de 2004



