

-EL ENCUADRE JURÍDICO DE LA ADOPCIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO-*

Liliana Etel Rapallini

El Derecho Internacional Privado al tiempo de procurar crear espacios jurídicos unificados a través de fuente convencional internacional, se ha encontrado con zonas áridas de compleja armonización. Sin duda, un tratado bajo cualquier forma de expresión que se vierta (convenio, convención, acuerdo, protocolo...) trae aparejado el tedioso problema de las ratificaciones, el de la presentación de reservas y en algunos casos las declaraciones que determinados Estados exigen en el texto del documento como propias.

Empero, no es éste el mayor problema que sí lo es el tema u objeto que ocupará a la fuente; es así como la llamada por Pascual Estanislao Mancini “Parte Necesaria” del derecho, es la que mayor engorro suscita. Las relaciones personales y sobre todo las filiales son difíciles de compatibilizar en un mundo en que las diferencias siguen existiendo.

En el ámbito internacional, la adopción suscitó cuestiones de duro tratamiento pero que en verdad la problemática se reduce a puntuales supuestos frente a los cuales cada ordenamiento nacional expone su parecer desde la órbita interna y de allí a la internacional precisamente.

Argentina, al momento de ratificar la Convención de los Derechos del Niño hace lo propio formulando reserva a la adopción internacional. Incluso al tiempo de incorporarse determinados tratados internacionales sobre derechos humanos al texto de la Constitución Nacional, dicha incorporación se formula en los términos de vigencia del documento en cuestión; de manera tal, la carta magna de la niñez se anexa conforme la mencionada reserva.

Empero, el tema “baja” desde la Constitución Nacional de un Estado lo cual obliga a observar qué supuestos atinentes a la adopción internacional quedan “expuestos” mas allá del caso argentino conforme a la captación de sus máximas.

Y es así como la adopción internacional merece los siguientes encuadres:

- a. **Como unilateralidad de reconocimiento:** aquí ubicamos a aquellos ordenamientos nacionales como el nuestro que indica el derecho aplicable a la adopción y si ésta fue conferida en el extranjero opera la remisión al

ordenamiento señalado. El art. 339 del Código Civil remite a la ley del domicilio del adoptado al tiempo de la adopción lo que conduce una vez recibida, a su inserción dentro de las categorías nacionales esto es en la especie simple o en la plena. En suma, será tarea judicial o de la autoridad de registro calificar a la adopción conferida en el extranjero y reconocerla en consecuencia. Pero la calificación se acentúa cuando se pretenden efectos de la filiación adoptiva con relación a una acción judicial abierta en la República. Nuestra jurisprudencia exhibe numerosos casos de invocación de vocación sucesoria por adopciones conferidas en el extranjero ante procesos abiertos en el país constituyendo una cuestión previa, preliminar o incidental sobre una principal.

- b. **Como cuestión de fondo contemplada en fuente convencional internacional:** aquí encontramos convocando a Paraguay, Uruguay y Argentina al Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 que a partir del art. 23 regula al instituto desde la óptica de la acumulación. Con ello, la mencionada fuente pretendió respetar las identidades legislativas nacionales y su grado de evolución admitiendo adopciones entre Estados Parte sólo cuando la figura estuviere captada en los ordenamientos nacionales pertenecientes al domicilio de la parte adoptante como del adoptado.
- c. **Como cooperación jurídica internacional:** estamos frente al conocido esquema que Argentina ha repudiado en el cual una vez agotadas las instancias de la adopción doméstica o nacional se dará impulso al procedimiento cooperativo de vincular la persona del adoptante con la del adoptado, residentes en países diferentes, a través de un Tratado y de la gestión de autoridades intermediarias o entes colaboradores de adopciones internacionales. Es el caso del Convenio de La Haya relativo a Protección del niño y a la Cooperación en materia de adopción internacional de 29 de mayo de 1993. Éste acuerdo que convoca al espacio europeo se expande y llega a América Latina donde ha obrado como marco para la firma de bilaterales como el caso de España en vínculo con Méjico y con Bolivia.

Pero el encuadre de la adopción no se agota en el derecho positivo; el decir de los jueces se ha visto en los últimos tiempos frente a supuestos que han presentado “situaciones extrañas” hasta el momento de la obligatoriedad de fallar.

Antonia Durán Ayago catedrática en Derecho Internacional Privado de la Universidad de Salamanca comenta en el diario La Ley de Madrid del lunes 12 de abril de 2004, el auto del Juzgado de Primera de Familia de Pamplona de inicio del mismo año, por el que se otorga la adopción de dos gemelas a la pareja de la madre biológica de las niñas, también mujer, apoyándose en el principio del interés superior de las criaturas. Las pequeñas habían nacido luego de una práctica de inseminación artificial durante la unión de hecho de su madre y la compañera de ésta, que venía desde hacía prudencial tiempo con solidez suficiente y sin oficializarse dado que aún no había adquirido vigencia la legalización de los matrimonios con identidad de sexo. A través de la sentencia de la Audiencia de Pamplona se reconoce en adopción y se otorga la patria potestad compartida a dos madres, la biológica y la adoptiva. Si bien es un fallo y peculiar por cierto, el derecho holandés no necesita como el español del aval de la jurisprudencia, pues su texto normativo admite los matrimonios homosexuales y otorga capacidad a los mismos para adoptar y con idéntico grado de apertura reconoce vínculos de igual especie generados acorde al derecho de la residencia habitual del menor adoptado aún cuando fueren discernidos fuera de Holanda.

La Profesora argentina María Susana Najurieta trabajó arduamente el tema de la dificultad de una visión uniforme de la adopción en su brillante tesis titulada Coordinación de Ordenamientos Jurídicos en materia de Adopción Internacional publicada por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. En su vasto estudio cita el caso de la kafala como típica institución del derecho musulmán creada a semejanza de la guarda pero no de la adopción ni siquiera simple, dado que aquella no genera vínculo parental alguno con la familia de acogimiento. Es más, al tiempo de la elaboración del precitado Convenio de La Haya quedó en claro que corresponde asimilarla a una colocación familiar tuitiva de la niñez.

Como resulta ostensible el tema redonda en dificultades pese al espíritu altruista que persigue la adopción. Pero la misma calidad de espíritu reconoce hoy el derecho como ciencia y mucho más cuando la cuestión es el paso de frontera jurídica en donde lograr efectividad de las prerrogativas y su reconocimiento están a la orden del día. Si a ello sumamos el tan mentado y valioso “interés superior del niño” el resultado será inmediato en procura de evitar sentencias claudicantes.

Pues puede resultar interesante, amén de compartirse o no, que un ordenamiento nacional admita supuestos como el del derecho holandés pero esto será pleno si una adopción así conferida intenta luego extraterritorializarse hacia una jurisdicción cuyo

ordenamiento no contempla la figura y en ésta igualmente se reconoce la condición investida por el ordenamiento de origen.

El planteado es un interrogante mayúsculo que queda en manos de los operadores jurídicos nacionales resolverlo. La cláusula de reserva del orden público cuenta con dos extremos: el rigorismo o bien la flexibilidad; entiendo que sólo se morigera el principio frente al caso concreto y de análisis particular.

***Publicación “on line” Página webb del Colegio de Abogados de La Plata
[www:calp.org.ar/Area Académica/Instituto de Derecho Internacional Privado](http://www.calp.org.ar/Area%20Acad%C3%A9mica/Instituto%20de%20Derecho%20Internacional%20Privado)**