

PRINCIPIOS Y CARACTERES DEL DERECHO INTERNACIONAL  
PRIVADO DE LA INFANCIA CON ESPECIAL REFERENCIA  
A LAS DISPOSICIONES DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL  
DE LA NACIÓN

Por MARÍA SUSANA NAJURIETA\*

**Resumen:**

*Una característica de nuestro tiempo es el impacto de los derechos humanos en el derecho internacional privado de la niñez, que ha inspirado las nuevas disposiciones contenidas en las Secciones 5ª a 8ª de la Parte Especial de las “Disposiciones de derecho internacional privado” en vigor desde el 1º de agosto de 2015. El legislador ha utilizado una pluralidad de metodologías a fin de garantizar la tutela judicial efectiva y contribuir a la estabilidad de las relaciones filiales mediante la coordinación de sistemas y la cooperación internacional.*

**Palabras clave:**

*Niños. Derechos humanos. Estabilidad de las relaciones. Cooperación*

PRINCIPLES AND FEATURES OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW  
REGARDING CHILDREN WITH SPECIAL REFERENCE  
TO THE PROVISIONS OF THE CIVIL AND COMMERCIAL  
CODE OF ARGENTINA

**Abstract:**

*The impact of human rights on private international law rules regarding children is a feature of our times which has inspired the new provisions contained in Sections 5*

\* Doctora por la Universidad de Buenos Aires. Diplomada en Derecho Internacional Privado y Derecho del Comercio Internacional por la Universidad de París I-Sorbona. Profesora en grado y posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Ha dictado el curso “L’Adoption internationale des mineurs et les droits de l’enfant” en la Academia de Derecho Internacional de La Haya (sesión de verano 2014). Autora de numerosos artículos académicos en su especialidad. Becaria de la Escuela de la Magistratura de París. Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal de Buenos Aires.

*to 8 of the Special Part of the “Provisions of private international law, in force since 1 August 2015. The legislator has used multiples methods to ensure an effective judicial protection and to contribute to the stability of filial relationships the coordination of systems and international cooperation.*

**Keywords:**

*Children. Human rights. Stability of relations. Cooperation*

## INTRODUCCIÓN

En los últimos treinta años el derecho de la niñez se ha centrado en el paradigma del interés superior del niño. Este estándar, cuya comprensión suscitó intenso debate sobre todo en el derecho continental proclive a integrar el interés del niño con la vida de familia<sup>1</sup>, se abrió camino en el derecho de la niñez incluso antes de la vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>2</sup>. Su impacto ha sido espectacular: a) en las reformas de las legislaciones nacionales; b) en la configuración del orden público internacional de cada Estado, y c) en la decisión concreta de los órganos jurisdiccionales y administrativos con competencia en los conflictos de niños y niñas, que deben resolver las tensiones entre la declamación abstracta del interés superior de todo niño y el caso bajo decisión, que compromete el presente y el futuro de un niño concreto.

Los temas atinentes a los niños son acuciantes. En el último informe mundial sobre la niñez elaborado por UNICEF<sup>3</sup> se reclama la voluntad política de los estados para poner fin a la inequidad y a la discriminación que afectan a millones de niños, pues se identifica este fenómeno como un peligro que amenaza el futuro del mundo. Se afirma: “Se puede predecir el futuro de una sociedad —sus perspectivas de crecimiento sostenible, de estabilidad y de prosperidad compartida a largo plazo— por la medida en que brinda a cada niño una oportunidad justa en la vida”<sup>4</sup>.

Sin duda debe reconocerse que esta oportunidad de supervivencia, de nutrición para el desarrollo de las capacidades, de educación desde la primera infancia y de superación de las múltiples privaciones que afectan a los niños

<sup>1</sup> LAMMERANT, Isabelle, *L’adoption et les droits de l’homme en droit comparé*, Bruselas/París, Bruylant-LGDJ, 2001, pp. 22/25 y nota 12, donde señala la discusión entre la versión inglesa “best interests of the child” y la versión en lengua francesa “l’intérêt supérieur de l’enfant”.

<sup>2</sup> No debe olvidarse que la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada en 1989 comenzó a gestarse en 1979, en las sesiones del Ginebra del grupo de trabajo designado por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

<sup>3</sup> Fondo de las Naciones Unidas para la infancia, UNICEF, junio de 2016, “Estado mundial de la infancia 2016. Una oportunidad para cada niño”. [www.unicef.org/<?spanish/publications/files/UNICEF\\_SOWC\\_2016\\_Spanish\\_2.pdf](http://www.unicef.org/<?spanish/publications/files/UNICEF_SOWC_2016_Spanish_2.pdf).

<sup>4</sup> Documento citado en nota precedente, p. 11.

que viven en la pobreza, es, en primer lugar, una problemática del derecho de fondo de cada Estado. Sin embargo, estos flagelos no se combaten aisladamente y mucho menos en nuestro tiempo, que refleja un asombroso dinamismo de comunicación y desplazamiento de personas, incluidos los niños. Los matrimonios y parejas convivientes de distinta nacionalidad, los cambios de residencia provisionales por razones laborales, la dispersión de los miembros de la familia por razones de trabajo o de búsqueda de horizontes de superación, las migraciones forzadas por conflictos violentos o por degradación del ambiente por catástrofes climáticas, entre otras razones, multiplican los casos multinacionales en que están involucrados niños en riesgo. En este contexto globalizado es fundamental pero no es suficiente el cuidado y protección de las madres y de las familias, sino que es, además, imprescindible dar operatividad a los derechos fundamentales de los niños.

La solución de los casos internacionales se ve altamente impactada por los imperativos que llegan del derecho internacional de los derechos humanos. La necesidad de una respuesta eficaz ha llevado a modificaciones radicales del razonamiento clásico del derecho internacional privado. El fundamento de la proximidad del contacto conserva su vigencia, adicionando la complejidad de razonamientos sustancialistas que exigen la intervención de un juez o autoridad competente para concretar la orientación material. La uniformidad de soluciones es una utopía en materia de niñez, pero sus efectos se alcanzan por el fenómeno de la cooperación internacional que despliega mecanismos superadores de coordinación de ordenamientos jurídicos.

A estos desarrollos estará destinada la primera parte del presente trabajo, con especial referencia a los aportes de la teoría general del derecho internacional privado en favor de los derechos de los niños (I). En la segunda parte abordaremos algunas notas características de las nuevas disposiciones de derecho internacional privado de la infancia, que comprende cuatro secciones del nuevo Título IV del Libro Sexto del Código Civil y Comercial de la Nación<sup>5</sup>(II).

### *1. EL IMPACTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES*

Tener al interés superior del niño como consideración primordial impone organizar los institutos jurídicos de manera de permitir y garantizar el desarrollo de su personalidad como sujeto de derechos y no como mero objeto de tutela. Aceptar el fuerte impacto de los derechos fundamentales<sup>6</sup> en el derecho internacional privado de la niñez, comporta un desafío puesto que estos derechos ya

<sup>5</sup> La Comisión de Reformas, designada por decreto PEN 191/2011, estuvo integrada por los juristas Dr. Ricardo Lorenzetti, Dra. Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci. El proyecto fue aprobado por el Congreso de la Nación por ley 26.994 y promulgado por decreto PEN 1795/2014.

<sup>6</sup> DUBOUT, E. y TOUZÉ, S., *Les droits fondamentaux charnières entre ordres et systèmes juridiques*, París, Pedone, 2010, p. 16 y ss.

son conocidos y declarados, y corresponde a las legislaciones nacionales poner en funcionamiento todas las herramientas jurídicas tradicionales y novedosas, con la finalidad de dar operatividad y concreción al goce de tales derechos por parte de los niños y niñas, en tanto seres en desarrollo, particularmente vulnerables y necesitados de cuidado familiar y social.

Este enfoque centrado en los derechos de la persona humana aparece claramente en la Convención Americana sobre los Derechos del Hombre adoptada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969<sup>7</sup>, particularmente en el art. 19 (*todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado*), y en el art. 20 (derecho a una nacionalidad<sup>8</sup>) y art. 18 (derecho a un nombre<sup>9</sup>).

Años más tarde, cuando comenzó a sesionar en Ginebra el grupo de trabajo designado por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas con el propósito de elaborar un instrumento específico concerniente a los niños<sup>10</sup>, el enfoque se trasladó al niño como centro y a sus exigencias para la supervivencia y el pleno desarrollo.

Esta tensión entre vulnerabilidad y autonomía se refleja en numerosas disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, desde el Preámbulo y en particular, en lo que interesa a los casos multinacionales, los arts. 3.2, 12, 20, 21, 23.1 y normas concordantes. El aseguramiento del goce de los derechos fundamentales sin discriminación alguna es una de las obligaciones primordiales que surgen de la Convención sobre los Derechos del Niño: “2.1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión pública o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”. Este imperativo condiciona las soluciones del legislador en los casos multinacionales, en la medida en que impide hacer distinciones fundadas en la nacionalidad, el nacimiento, el

<sup>7</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos el 22 de noviembre de 1969; en vigor desde el 18 de julio de 1978. La República Argentina la ratificó por ley 23.054 (1984).

<sup>8</sup> “Art. 20.1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. 2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra. 3. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla”.

<sup>9</sup> “Art. 18. Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos si fuera necesario”.

<sup>10</sup> El grupo de trabajo comenzó a sesionar en 1979 y, tras once sesiones, sometió el proyecto a la Comisión de Derechos Humanos, obtuvo la aprobación del Consejo Económico y Social y finalmente de la Asamblea General de la ONU, organismo que adoptó la Convención sobre los Derechos del Niño el 20 de noviembre de 1989 (resolución 44/25).

idioma, etc., que menoscaben el derecho de todo niño al goce en plenitud de sus derechos a crecer en buenas condiciones de salud, nutrición, educación, asistencia social, a fin de desplegar las potencialidades de su personalidad<sup>11</sup>.

### *1.1. Exigencias que los niños presentan al mundo del derecho*

En notables declaraciones de los últimos tiempos, los representantes de los Estados y de los Gobiernos han asumido el compromiso de crear un mundo digno de los niños. Un mundo fundado en los principios de la democracia, de la igualdad, de la paz y de la justicia social, en condiciones de reconocer y de concretar la indivisibilidad, la universalidad, la interdependencia y la interconexión de todos los derechos humanos<sup>12</sup>.

Examinaremos los derechos en mayor riesgo de ser afectados en las relaciones privadas multinacionales y enunciaremos de manera no taxativa ciertos casos relevantes juzgados por tribunales especializados en derechos del hombre.

#### **1.1.1. Los derechos fundamentales comprometidos en los casos multinacionales que involucran a los niños**

Los casos con elementos extranjeros relevantes conciernen principalmente los derechos contemplados en la Convención sobre los Derechos del Niño en los arts. 7° (derecho tener un nombre y una nacionalidad), 8° (derecho a la identidad), 9° y 10 (derecho a no ser separado de sus padres y a ser criado por ellos, salvo excepción, y a mantener relaciones personales regulares y directas con ambos progenitores, salvo casos extraordinarios), 12 (derecho a expresar la opinión libremente en los asuntos que le conciernan y derecho a que esa opinión sea tenida en cuenta<sup>13</sup>), 20 y 21 (derecho a gozar de un medio familiar alternativo cuando se frustra la posibilidad de ser cuidado por la familia de origen, tan-

<sup>11</sup> Juristas destacados han sostenido el desconocimiento de los alcances del art. 2° de la Convención sobre los Derechos del Niño, que cumple tres funciones, a saber: previene ofensas a la dignidad humana, orienta políticas legislativas y establece una regla de conducta de valor absoluto e insoslayable. Conf. ABRAMSON, Bruce, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child. Article 2. The Right of Non-Discrimination*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

<sup>12</sup> Documento, Declaración y Plan de Acción de la Asamblea General de Naciones Unidas, 2002, “Un monde digne d’enfants”. [www.unicef.org/french/specialsession/doc\\_snew/documents/child\\_friendly\\_ssoc-outcome\\_fr.pdf](http://www.unicef.org/french/specialsession/doc_snew/documents/child_friendly_ssoc-outcome_fr.pdf).

<sup>13</sup> En el documento CRC/C/ARG/CO/3-4 relativo a las Observaciones finales sobre la Argentina (20/6/2010), el Comité de los Derechos del Niño sostuvo: “El Comité celebra que en la ley 26.061 se haya incorporado el derecho del niño a ser escuchado y la obligación de las autoridades de garantizar ese derecho en todas las actuaciones que afecten a un niño. Sin embargo, el Comité expresa su preocupación por el hecho de que condicionar la audiencia a la propia petición del niño podría generar discriminación y contradicciones en la práctica. También expresa su preocupación por la falta de procedimientos formales para garantizar la participación de los niños en las cuestiones que los afectan y por la impresión que tienen los niños de que su voz no se escucha debidamente” (apartado 36 del Documento CRC/C/ARG/CO/3-4, citado).

to nuclear como ampliada), 35 (derecho a recibir prevención y protección que lo resguarde del delito, en particular, de toda forma de explotación, así como del desplazamiento abrupto de su centro de vida, secuestro, venta o trata para cualquier fin o en cualquier modalidad). Obviamente, se aplican a los niños los derechos procesales y de defensa, que incluyen el acceso a la jurisdicción y la tutela judicial oportuna (art. 8.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 40 Convención sobre los Derechos del Niño).

Los derechos establecidos en los arts. 7.1 y 8.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño hacen a la dignidad de la persona y están directamente involucrados en el establecimiento y reconocimiento de la filiación, la cual da fundamento a una nacionalidad —ya sea con sustento en el *ius sanguinis* o en el lugar de nacimiento— y a los componentes raciales y culturales de la identidad<sup>14</sup>. El derecho a la identidad, a reconstruir todos los elementos estáticos y dinámicos de la historia personal, el derecho a conocer y acceder a los datos sobre los propios orígenes, están indisolublemente unidos a toda la problemática de la filiación, por naturaleza, por procreación humana asistida y por adopción.

Según el art. 7º, párrafo primero: “El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”. El art. 8º, en su párrafo primero sostiene: “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley y sin injerencias ilícitas”. El segundo párrafo impone a los Estados: “Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”.

El derecho del niño a ser registrado inmediatamente después de su nacimiento, a tener un nombre y a adquirir una nacionalidad ya era ampliamente reconocido a nivel de la declaración de los derechos, por estar contenido en el art. 24.1 del Pacto de Naciones Unidas relativo a los Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966<sup>15</sup>. En esa época, estos derechos estaban vinculados con la necesidad de identificación en el seno de una sociedad para poder gozar de la protección debida por el Estado.

Años después, en ocasión de la elaboración de la Convención sobre los Derechos del Niño, el pensamiento evolucionó hacia el lazo entre estos dere-

<sup>14</sup> En la resolución del 10/8/2007, el Comité Jurídico Interamericano ha calificado el derecho a la identidad como un derecho humano de naturaleza fundamental, cuya existencia no está subordinada a otros derechos (CJI/RES.137 LXXI-0/07).

<sup>15</sup> Pacto adoptado el 16 de diciembre de 1966, que entró en vigor el 23 de marzo de 1976 en el plano internacional. Actualmente obliga a 168 Estados Partes. La República Argentina aprobó la ratificación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de su Protocolo Facultativo por ley 23.313, promulgada por decreto 673 del 6/5/1986.

chos y la dignidad debida a todo niño que impone preservar desde el origen todos los elementos de la identidad de la persona<sup>16</sup>.

Un momento de inflexión en los debates en el seno de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, fue la propuesta de Argentina en 1985, repetida en 1986, respecto de la obligación de los Estados de asegurar el derecho del niño a su verdadera identidad familiar y, en la hipótesis en que hubiera sido ilícitamente alterada, la obligación de restablecer los lazos de sangre interrumpidos o afectados lo más rápido posible<sup>17</sup>. Esta exigencia fue aprobada y consagrada en el art. 8º de la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual, como todo instrumento de derechos humanos, debe recibir una interpretación dinámica a la luz de los desarrollos de la vida social y jurídica de los hombres<sup>18</sup>.

Desde este enfoque son evidentes las exigencias que el juego de los arts. 3º, 7º y 8º de la Convención impone a las legislaciones nacionales, en cuanto a la regulación de las formas alternativas de acogimiento familiar, la adopción nacional e internacional y las acciones de prevención contra el tráfico de niños y la trata<sup>19</sup>.

En este sentido, el art. 35 dispone: “Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma”. Incluso en el plano de las relaciones familiares conflictivas, sin llegar al secuestro u otros delitos aberrantes cometidos por terceros, “los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero” (art. 11.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño). En cumplimiento de esta obligación impuesta a los Estados, la República Argentina ha ratificado la Convención de La Haya de 1980

<sup>16</sup> CIDH, asunto “Niños Yean y Bosico Cofi v. República Dominicana” del 8 de septiembre de 2005 (Serie C-Nº 130). La Corte Interamericana condenó a la República Dominicana por haber privado a los niños de tener una nacionalidad y documentos de identidad a lo largo de cuatro años y cuatro meses, en violación de los artículos 20 y 24 de la Convención americana, en relación con el art. 19 de tal Convención. ZIEMELE, I., *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child. Article 7. The Right to Birth Registration, name and Nationality and the Right to Know and be cared by Parents*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 8/9.

<sup>17</sup> La motivación de esta propuesta fue ciertamente la tragedia vivida por nuestra comunidad en época de la dictadura militar, respecto de un plan sistemático de secuestro de niños y de sustitución de sus identidades originales. Conf. DOEK, Jaap, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child. Article 8: the Right to Preservation of Identity. Article 9: the Right not to be separated from his or her Parents*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, pp. 7/9.

<sup>18</sup> Sobre este criterio de interpretación a la vez fidedigna y dinámica, citamos entre muchos CIDH, 28/11/2012, “Artavia Murillo y otros v. Costa Rica”.

<sup>19</sup> Ver, entre muchas, las observaciones del Comité de los derechos del niño en el Documento del 20 de julio de 2003: UN Doc.CRC/15/Add.213 del 20/7/2003 relativo al primer informe presentado por Kazakhstan.

sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores<sup>20</sup>, la Convención Interamericana de 1989 sobre restitución internacional de menores<sup>21</sup>, y se ha adherido a la Convención Interamericana sobre Tráfico internacional de niños<sup>22</sup>. Asimismo, la República Argentina es parte del Protocolo facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en pornografía, adoptado el 25 de mayo de 2000<sup>23</sup> y del Protocolo Adicional a la Convención de las Naciones Unidas contra la criminalidad organizada que busca prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, en particular de mujeres y niños, del 15 de noviembre de 2000<sup>24</sup>.

Esta rica trama de cooperación internacional que se instaura mediante el funcionamiento de convenios que obligan a relaciones horizontales de colaboración entre Autoridades Centrales designadas y dotadas de competencias en cada Estado Parte, sustituye el razonamiento típico del conflicto de jurisdicciones y del conflicto de leyes en temas atinentes al ejercicio de la responsabilidad parental, al goce del niño de relaciones personales y directas con los progenitores y a la resolución de casos de desplazamientos y retenciones ilícitos. Puesto que esta trama está constituida por instrumentos de fuente convencional, el desafío es interpretar y aplicar los tratados de conformidad con el art. 31 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, con respeto a las jerarquías normativas y sin desperdiciar todo el rico *soft law* que, en las convenciones que exigen seguimiento periódicos, se elabora en torno al buen funcionamiento del régimen y su mejor adecuación a las particularidades de los distintos países<sup>25</sup>.

<sup>20</sup> La Convención de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de niños entró en vigor en el plano internacional el 1/12/1983. Para la República Argentina está vigente desde el 1º de junio de 1991. En la actualidad vincula a 95 Estados Parte.

<sup>21</sup> La Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores, aprobada en Montevideo en 1989, entró en vigor en el plano internacional el 4/11/1994. Para la República Argentina está vigente desde el 15 de febrero de 2001 y vincula a 14 Estados.

<sup>22</sup> La Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores, adoptada en Méjico, 1994, vincula actualmente a 15 Estados Partes. La República Argentina se adhirió el 28/2/2000.

<sup>23</sup> Resolución A/RES/54/263 de la Asamblea General de la ONU.

<sup>24</sup> Resolución A/RES/55/25 de la Asamblea General de la ONU.

<sup>25</sup> El art. 2594 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación recuerda la jerarquía normativa: “Las normas jurídicas aplicables a situaciones vinculadas con varios ordenamientos jurídicos nacionales se determinan por los tratados y las convenciones internacionales vigentes de aplicación en el caso y, en defecto de normas de fuente internacional, se aplican las normas de derecho internacional privado argentino de fuente interna”. Sobre el tema específico de la restitución internacional de niños, el Código Civil y Comercial de la Nación da el siguiente criterio: “Art. 2642. Principios generales y cooperación. En materia de desplazamientos, retenciones o sustracción de menores de edad que den lugar a pedidos de localización y restitución internacional, rigen las convenciones vigentes y, fuera de su ámbito de aplicación, los jueces argentinos deben procurar adaptar al caso los principios contenidos en tales convenios, asegurando el interés superior del niño”. Se ha dicho que la metodología que expresa este párrafo debería expandir su

### 1.1.2. El reconocimiento de los derechos en la jurisprudencia de los tribunales especializados

El Tribunal europeo de derechos humanos es el primer tribunal especializado que puso el acento en la operatividad de los derechos fundamentales de los niños, aceptando intervenir en denuncias contra los estados vinculados por el Convenio europeo de derechos y libertades fundamentales, con sustento en el art. 8º que garantiza el derecho a la “vida privada y familiar”.

El 25 de enero de 2000, en el caso “Ignaccolo-Zenide v. Rumania”<sup>26</sup>, la Corte de Estrasburgo condenó al Estado demandado por considerar que la demora en la ejecución de una orden judicial de regreso de dos niñas —devenidas adolescentes durante diversas vicisitudes procesales— había configurado la ruptura definitiva de la posibilidad de recuperar lazos de vida familiar de la madre con sus hijas, desplazadas ilegalmente por el padre de Francia a los Estados Unidos de Norteamérica y, finalmente, a Rumania, país de la nacionalidad del padre.

El 28 de junio de 2007, el Tribunal europeo de derechos humanos condenó a Luxemburgo, por violación del derecho a la “vida de familia” contemplada en el art. 8º del Convenio europeo, al haber negado el exequátur de una sentencia de adopción plena pronunciada en el Perú, respecto de una niña oriunda de ese país, donde había sido adoptada bajo la forma plena por una ciudadana soltera de nacionalidad luxemburguesa. El Tribunal señaló que la sentencia de los jueces de Luxemburgo había colocado a la niña en un “vacío jurídico” por cuanto ella había roto completamente sus lazos con su familia de sangre sin lograr una inserción de filiación con plenitud de derechos respecto de su madre adoptante. El reproche no se centró en el sistema luxemburgués de reconocimiento de sentencias extranjeras —que, en la época, fuera de convenios internacionales, controlaba la ley aplicada por el juez de origen de la sentencia— sino en la debilidad del resultado, que no garantizaba los derechos fundamentales de la niña<sup>27</sup>.

En el año 2011, la Corte de Estrasburgo provocó cierta perplejidad al interpretar la noción del “interés superior del niño” en un caso de desplazamiento ilícito de un niño pequeño desde Israel a Suiza<sup>28</sup>. El Tribunal reprochó a los jueces competentes de Suiza de no haber examinado en profundidad la situación familiar y el bienestar del niño antes de resolver el reclamo de restitución. La

influencia en todo lo posible. Conf. BOGGIANO, A., prólogo del autor a la 7ª ed. de su obra *Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015.

<sup>26</sup> CEDH, asunto N° 31679/96, “Ignaccolo-Zenide v. Rumania”, fallado el 25 de enero 2000.

<sup>27</sup> CEDH, “Wagner J. y J.M.W.L. v. Luxemburgo”, asunto N° 76240/01 fallado el 28/6/2007, *Journal de droit international* 2008, p. 183 y ss. Nota de L. D’Avout, *Revue critique de droit international privé*, 2007, p. 807 y ss., nota de P. Kinsch.

<sup>28</sup> CEDH, “Neulinger and Shuruk v. Switzerland” (asunto N° 41615/07) fallado el 6/7/2010. *Revue trimestrielle de droit civil* 2010, p. 735, nota J.P. Morguéraud.

sorpreza que provoca el razonamiento consiste en que el tribunal exige la mayor celeridad en el procedimiento y, a la vez, critica a los jueces nacionales por no haber efectuado en profundidad los estudios sobre las aptitudes de los miembros de la familia, juicio que parece adaptado al procedimiento contencioso de la custodia o del relacionamiento del menor de edad con ambos progenitores, y poco apropiado para un procedimiento autónomo de conocimiento limitado como es el de restitución, en el marco de aplicación del Convenio de La Haya de 1980<sup>29</sup>.

Respecto del instituto de la “*kafala*” del derecho islámico y de su inserción en Francia bajo la pretensión de inmediata conversión en adopción del derecho francés, el Tribunal europeo de derechos humanos se pronunció el 4 de octubre de 2012 en el asunto “*Harroudj v. France*”<sup>30</sup>, convalidando la decisión de la Corte de Casación francesa, que había negado la pretensión de la señora Harroudj. El Tribunal expresó que tanto la *kafala* como la adopción son formas alternativas destinadas a la protección de los niños privados de familia, contempladas en el art. 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño. En tal sentido, debía reconocerse la discrecionalidad de cada legislador nacional de decidir cuál era la forma más conveniente y apropiada para asegurar la protección, respetando a la vez la cultura, la lengua y la religión del niño o niña. No se configuraba, pues, violación al concepto de “vida familiar” contenido en el art. 8º del Convenio europeo, máxime considerando que la legislación francesa contaba con vías para flexibilizar la respuesta según la paulatina inserción de la niña en la sociedad francesa en los términos del art. 21-12 del Código civil francés<sup>31</sup>.

Finalmente, mencionaremos dos casos resueltos el 26 de junio de 2014, “*Menesson*” y “*Labassé*”, en los cuales el Tribunal europeo de derechos humanos condenó a Francia por prohibir totalmente el establecimiento del vínculo de filiación entre un padre y su hijo/s biológico/s nacido/s en los Estados Unidos de Norteamérica por medio de un contrato de “gestación por otro”, válido según

<sup>29</sup> BEAUMONT, P. y WALKER, L., “Post Neulinger Case Law of the European Court of Human Rights on the Hague Child Abduction Convention”, en *A Commitment to Private International Law. Essays in honour of Hans van Loon*, Cambridge/Antwerp/Portlano, Intersentia Publishing Ltd., 2013, pp. 17/30. El criterio seguido en “*Neulinger*” fue repetido en precedentes posteriores, entre ellos, “*B. v. Belgique*”, asunto N° 4320/11 del 10/7/2012, con notable disidencia de los jueces Berro-Lefèvre y Karakas. El voto común disidente entendió que la mayoría había aplicado la doctrina “*Neulinger*” de manera mecánica, sustituyendo totalmente la apreciación concreta sobre el interés superior del niño que habían efectuado los jueces ordinarios de la causa. [www.incadat.com/index.cfm?act=search.detal&cid=1171&Ing=18=1-](http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detal&cid=1171&Ing=18=1-)

<sup>30</sup> CEDH, “*Harroudj v. France*”, asunto N° 43631/09 fallado el 4/10/2012, publicado en *Dalloz* N° 43, del 13/12/2012, pp. 2947/2951, con nota de P. Hammje.

<sup>31</sup> El art. 21-12 del Código Civil francés permite que un niño que ha sido acogido y criado en Francia por un nacional francés, esté en condiciones de reclamar la nacionalidad francesa, lo cual da posibilidad a la adopción pues queda descartada la solución prohibitiva del art. 370-3, del Código Civil francés. Conf. HAMMJE, Petra, “*L’interdiction de l’adoption face aux droits fondamentaux*”, *Dalloz* N° 43, citado en la nota precedente.

el derecho del estado de California e inválido en el derecho francés. El Tribunal negó violación de “vida familiar” respecto de los adultos, pero estableció que se había configurado afectación del derecho de los niños de ver su filiación de sangre reconocida jurídicamente. En materia de reconocimiento de la filiación, el margen de apreciación de los Estados era muy limitado en razón de la necesidad de preservar el derecho a la “vida privada y familiar” de los niños<sup>32</sup>.

En el sistema americano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido ocasión de emitir pronunciamientos ejemplares en defensa del derecho a la identidad, en casos esencialmente nacionales de secuestro, desaparición y sustitución de identidad de niños y niñas: “...el derecho a la identidad es un derecho *erga omnes*, que expresa la dignidad de la persona humana y el interés de la comunidad internacional”<sup>33</sup>.

## 2. APORTES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO AL SERVICIO DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS. SU RECEPCIÓN EN LAS NUEVAS DISPOSICIONES DE FUENTE INTERNA

El derecho internacional privado procura realizar las soluciones justas de los casos jusprivatistas multinacionales, ya sea en un ámbito nacional, en varios ámbitos nacionales o en un plano supranacional<sup>34</sup>. Cuando se trata de conflictos que conciernen a los niños, esa finalidad se tiñe de valores materiales: la solución no solo debe ser previsible y ajustada a la naturaleza multinacional del caso, sino que debe favorecer el respeto de los derechos fundamentales de los niños, en todos los ámbitos de su vida en crecimiento y desarrollo. Los diversos pluralismos que caracterizan el derecho internacional privado de nuestro tiempo<sup>35</sup>, facilitan las soluciones artesanales donde la consideración primordial es el interés superior del niño concreto. Esta exigencia de concreción conduce la mirada hacia la autoridad competente, que tiene la responsabilidad de superar las contradicciones e incoherencias de las distintas legislaciones nacionales eventualmente involucradas en el conflicto, a fin de superar el fenómeno de las fronteras y garantizar el goce oportuno de los derechos.

<sup>32</sup> CEDH, asunto N° 65192/2011 “Mennesson v. France” y asunto N° 65941/2011 “Labassée v. France”. Puede verse: “Gestation pour autrui (transcription de la filiation): condamnation de la France”, *Dalloz*, 3 de julio 2014, p. 1376.

<sup>33</sup> CIDH, caso “Gelman v. Uruguay” del 24/2/2011, párrafo 123. El mismo concepto fue repetido el 31/8/2011 al fallar el caso “Contreras y otros v. El Salvador”, párrafo 112.

<sup>34</sup> BOGGIANO, Antonio, *Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, p. 42 y ss. Se trata de la solución justa de la totalidad e integralidad multinacional de los casos jusprivatistas, lo cual supone la concreción de soluciones efectivas.

<sup>35</sup> GAUDEMET-TALLON, Hélène, “Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l’arc-en-ciel)”, *Recueil des cours de la Academia de derecho internacional de La Haya*, t. 312, pp. 9/488.

## 2.1. *Los diversos pluralismos*

Sin pretender agotar el espectro, nos referiremos a la pluralidad de fuentes, a la pluralidad de sectores y a la pluralidad de objetivos que determinan diversos enfoques metodológicos a la hora de establecer el sistema normativo destinado a regular una materia tan sensible, como es la problemática de la infancia en las relaciones personales que involucran más de un ordenamiento jurídico.

Respecto de la pluralidad de fuentes, una primera dificultad consiste en interpretar y aplicar correctamente los tratados internacionales, no solo los tratados internacionales de derechos humanos que tienen jerarquía constitucional en nuestro ordenamiento, sino los tratados de derecho común, que desplazan las soluciones de fuente interna. Este principio, consagrado en el art. 2594 del Código Civil y Comercial de la Nación, obliga a familiarizarse con el derecho de los tratados, fundamentalmente, con la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados<sup>36</sup>, lo cual significa que cada tratado, convención, protocolo, debe ser interpretado en su texto y en su contexto, según los principios del derecho consuetudinario recogidos en el art. 31 de la citada Convención de Viena.

Este principio es relevante en convenciones concernientes a los niños pues, en el marco de elaboración normativa con vocación universal más importante, es decir, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, el contexto comprende las conclusiones y recomendaciones de las Comisiones Especiales y las Guías de buenas prácticas que procuran la interpretación y la aplicación uniforme por parte de las autoridades competentes de los distintos estados<sup>37</sup>.

En ese orden de ideas debe comprenderse el alcance del art. 2642 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, fundamentalmente en sus párrafos primero y segundo. Por ejemplo, el concepto de residencia habitual que se utiliza en el funcionamiento práctico de la Convención de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores del 25 de octubre de 1980 es un concepto convencional autónomo, que no debe ser teñido de calificaciones localistas provistas en la ley 26.061 y su decreto reglamentario ni, tampoco, de definiciones de las normas de fuente interna. Cuando el juez argentino que cuenta con jurisdicción para resolver un reclamo de restitución internacional respecto de un niño o niña que se encuentra en nuestro país —porque ha sido desplazado o retenido ilícitamente en él— decide, por las circunstancias fácticas

<sup>36</sup> La ratificación a esta Convención fue decidida por ley 19.865. La Argentina presentó la ratificación el 5 de diciembre de 1972 y el tratado entró en vigor el 27 de marzo de 1980.

<sup>37</sup> Con relación a la Convención de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, se han elaborado cinco Guías de Buenas Prácticas, siendo la quinta dedicada a la “Mediación” (2012). En fecha más reciente se ha preparado un conjunto de “Principios generales y salvaguardias comúnmente aceptadas para las comunicaciones judiciales directas en casos específicos, en el contexto de la Red Internacional de Jueces de La Haya”. [www.hcch.net](http://www.hcch.net), espacio “enlèvement d’enfants”.

y jurídicas del caso, que corresponde ordenar el regreso del niño, entonces, ese juez debe organizar y supervisar el “regreso seguro del niño, niña o adolescente” (art. 2642, segundo párrafo)<sup>38</sup>.

A estos fines, entre otros recursos que están a su alcance —como la realización de comunicaciones directas de juez a juez o por intermedio de las autoridades centrales (art. 2612 del Código Civil y Comercial<sup>39</sup>)—, debe fomentar las soluciones voluntarias, incluso utilizando la valiosa ayuda de profesionales especializados en mediación. Es de toda evidencia que el juez competente no está obligado a ordenar la restitución sino bajo los límites, condiciones y excepciones contempladas en la Convención de La Haya de 1980. En la hipótesis de que ordenase la restitución, tiene la obligación de supervisar el regreso seguro del niño, niña o adolescente.

En segundo lugar, en lo que concierne a la regulación de los diversos sectores del derecho internacional privado de nuestros días, el legislador nacional, en el Título IV del Libro Sexto del Código Civil, no solo ha explorado las posibilidades del sector de la jurisdicción internacional y del derecho aplicable<sup>40</sup> sino que también se ha ocupado de la inserción de situaciones creadas en el extranjero —normas llamadas de “reconocimiento” cuya verdadera naturaleza es de normas de “conflicto de sistemas”<sup>41</sup>— y ha incluido, por primera vez en forma explícita en la fuente interna, el deber de brindar cooperación internacio-

<sup>38</sup> La expresión utilizada en la norma permite asociar el contenido de esa obligación al documento elaborado en el seno de la Conferencia de La Haya, Convención sustracción internacional de niños, Guía de buenas prácticas, Cuarta Parte, “Ejecución” de resoluciones de regreso (publicación de la Oficina Permanente, 2011). En los últimos años, la expresión ha sido utilizada en fallos de los tribunales argentinos, especialmente, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En efecto, desde el año 2013 en adelante, numerosos fallos del Alto Tribunal exhortan al juzgado o tribunal de familia que debe hacer cumplir la orden de regreso, que disponga lo necesario para que la restitución sea lo menos lesiva posible a los derechos de los niños y que se minimicen los eventuales riesgos. Conf. Fallos 336:638; Fallos 336:849 y otros.

<sup>39</sup> En tanto la primera frase del primer párrafo del art. 2611 del Código Civil y Comercial de la Nación mantiene el principio de comunicación mediante exhorto —fuera de disposiciones específicas de tratados internacionales—, la segunda frase establece una novedad importante: “Cuando la situación lo requiera, los jueces argentinos están facultados para establecer comunicaciones directas con jueces extranjeros que acepten la práctica, en tanto se respeten las garantías del debido proceso”.

<sup>40</sup> La doctrina más prestigiosa lamenta que el sector del “reconocimiento de sentencias y decisiones extranjeras” no haya sido integrado al Código Civil y Comercial de la Nación como un sector de naturaleza federal, en cuanto integra el derecho de las relaciones entre ordenamientos jurídicos. Conf. BOGGIANO, A., “El Código Civil y Comercial y el derecho internacional público y privado”, LL 2015-C-681 y ss.; UZAL, María Elsa, “Breve panorama de la reforma del derecho internacional privado” en RIVERA, J. C. (dir.) y MEDINA, G. (coord.), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación* 2012, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pp. 1233/1262, especialmente p. 1236.

<sup>41</sup> Normas de esta naturaleza aparecen en la Sección 5 (Filiación; art. 2634), en la Sección 6 (Adopción; art. 2637) y en la Sección 7 (Responsabilidad parental e instituciones de protección; art. 2640 segunda parte).

nal además de reglas concretas que obligan o facultan a las autoridades competente a desplegar ciertas conductas de cooperación<sup>42</sup>.

En efecto, el principio general está contenido en el art. 2611: “Sin perjuicio de las obligaciones asumidas por convenciones internacionales, los jueces argentinos deben brindar amplia cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial y laboral”. Además de este principio general, hay disposiciones particulares que facultan al juez argentino competente a desplegar medidas específicas de cooperación. En tal sentido, el último párrafo del art. 2642, establece: “A petición de parte legitimada o a requerimiento de autoridad competente extranjera, el juez argentino que toma conocimiento del inminente ingreso al país de un niño o adolescente cuyos derechos puedan verse amenazados, puede disponer medidas anticipadas a fin de asegurar su protección, como así también, si correspondiera, la del adulto que acompaña al niño, niña o adolescente”<sup>43</sup>.

Finalmente, y ello no constituye una originalidad en nuestro ordenamiento jurídico<sup>44</sup>, las disposiciones del derecho internacional privado de la infancia contenidas en el Código Civil y Comercial de la Nación reflejan la pluralidad de objetivos que caracterizan a la disciplina en nuestro tiempo<sup>45</sup>: por una parte, se refleja la tensión entre el binomio justicia conflictual/justicia material y, por la otra, el balance y equilibrio de dos principios generales del derecho internacional privado: previsibilidad y flexibilidad.

En efecto, las normas conflictuales de la Sección 5 del Título que examinamos (Filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida), nos brindan un buen ejemplo de la razonabilidad del fundamento de proximidad, a través de la determinación del derecho mediante la técnica de puntos de conexión alternativos, con una orientación material. En este sentido, el primer párrafo del art. 2631 establece: “El establecimiento y la impugnación de la filiación se rigen por el derecho del domicilio del hijo al tiempo de su nacimiento o por el derecho del domicilio del progenitor o pretendido progenitor de que se trate al tiempo del nacimiento del hijo o por el derecho del lugar de celebración del matrimonio, el que tenga soluciones más satisfactorias a los derechos fundamentales del hijo”.

<sup>42</sup> Sobre la cooperación jurídica internacional como uno de los sectores de mayor dinamismo en nuestros días: DREYZIN DE KLOR, Adriana, *El derecho internacional privado actual*, t. 1, Buenos Aires, Zavalía, 2015, pp. 247/287.

<sup>43</sup> La inspiración de esta regla puede encontrarse en los documentos elaborados por la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Guía de Buenas Prácticas, Convención secuestro internacional de niños (Tercera Parte - Medidas preventivas - 2005 y Cuarta Parte - Ejecución - 2011, especialmente p. 63 y ss.).

<sup>44</sup> La pluralidad de finalidades que suscita diversos métodos de regulación normativa en el sector del derecho aplicable fue utilizado en el ámbito de la actuación en el país de sociedades constituidas en el extranjero (arts. 118 a 124 de la ley 19.550).

<sup>45</sup> GAUDEMET-TALLON, Hélène, “Le pluralisme en droit international privé...”, *Recueil des cours*, t. 312, obra citada precedentemente, p. 173 y ss.

Como destacaremos más adelante, el legislador nacional ha confiado grandes responsabilidades al juez argentino competente: no se trata de una inclinación hacia la validez del vínculo, sino hacia el más pleno goce de los derechos fundamentales del hijo, orientación que pone en posición preeminente el derecho a la identidad.

Algunas normas que, en una primera lectura, podían ser expresión del método conflictual neutro, son descubiertas —en un enfoque más preciso— como reglas que persiguen objetivos sustanciales en el funcionamiento global del sistema. Citamos el caso de la anulación de una adopción, materia que es regulada por primera vez en la fuente interna, tal como aparece en los arts. 2635 (juez competente) y 2636 (derecho aplicable).

La solución jurisprudencial tradicional abre la jurisdicción del juez que ha intervenido en el otorgamiento de la adopción, el que aplicará su *lex fori* a la acción de anulación<sup>46</sup>. Sin embargo, la práctica ha revelado situaciones dramáticas en donde la autoridad competente del domicilio del adoptado (y de su familia adoptante) constata vicios en el origen o en la finalidad de la adopción y no cuenta con norma que lo habilite a asumir competencia para la acción de nulidad. El sistema previsto en la Sección 6 del Código Civil y Comercial de la Nación prevé la apertura de la jurisdicción de los jueces argentinos por el lugar de otorgamiento de la adopción o por el domicilio del adoptado. En cuanto al derecho aplicable, el art. 2636, último párrafo, dispone: “La anulación o revocación de la adopción se rige por el derecho de su otorgamiento o por el derecho del domicilio del adoptado”. La finalidad material subyacente es facilitar la acción de anulación de una adopción viciada en la situación más compleja, que es cuando la adopción ha sido conferida en el extranjero pero el vicio de advierte ante el juez argentino del domicilio del adoptado. Indudablemente, el juez del domicilio de esta familia es el juez más próximo y mejor ubicado para efectuar el balance entre la importancia de los vicios que pudieran provocar la nulidad y el interés superior del niño en conservar su inserción familiar por adopción.

El derecho internacional privado de la familia exige, en general, un marco de certezas dentro del cual las personas humanas ajustan sus conductas. Por tratarse de un ámbito donde es escaso el juego de la autonomía de la voluntad<sup>47</sup>

<sup>46</sup> Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, art. 18. La República Argentina se adhirió a esta Convención por ley 25.179. Ver nota 22 del presente trabajo.

<sup>47</sup> Una excepción sería la regulación de las obligaciones alimentarias en favor de los niños, en donde el alcance o modalidad de ejecución pueden permitir un margen para la autonomía de la voluntad. El Código Civil y Comercial de la Nación ha contemplado los “alimentos” como una categoría autónoma, resaltando su vinculación con el derecho humano a la subsistencia y al desarrollo pleno. Los dos primeros párrafos del art. 2630 son perfectamente aplicables a los alimentos debidos a los niños. “El derecho a alimentos se rige por el derecho del domicilio del acreedor o del deudor alimentario, el que a juicio de la autoridad competente resulte más favorable al interés del acreedor alimentario. Los acuerdos alimentarios se rigen, a elección de las partes, por el derecho del domicilio o de la residencia habitual de cualquiera de ellas al tiempo de la celebración del acuerdo. En su defecto, se aplica la ley que rige el derecho a alimentos”.

y donde el orden público está conformado por un núcleo difícilmente derogable, tiene preeminencia el valor previsibilidad. No obstante, en el derecho internacional privado de la infancia, la previsibilidad no debe imponer un marco excesivamente rígido y abstracto, que impida a los jueces efectuar los ajustes necesarios a las necesidades de los niños, en constante dinamismo.

Se advertirá que en las normas concernientes a la “filiación” y a la “adopción”, la determinación del derecho se centra en el “domicilio” del hijo<sup>48</sup>. El punto de conexión debe definirse según la calificación autárquica contenida en el art. 2614 del código, es decir, el domicilio del menor de edad es el domicilio de quienes ejercen la responsabilidad parental<sup>49</sup>. A su vez, por tratarse de un adulto, este domicilio se define según el art. 2613, inc. a), del Código Civil y Comercial<sup>50</sup>.

El legislador no ha cometido una distracción al escoger este punto de conexión. Ciertamente, el derecho de familia y todo lo concerniente a la infancia ha sufrido profundas transformaciones desde la segunda mitad del siglo XX y continúa en el presente, en donde una comunidad nacional sufre las tensiones propias de realidades multiculturales y pluri-religiosas<sup>51</sup>. Ahora bien, en América Latina la oposición no se da entre ley nacional y ley domiciliar, sino, eventualmente entre el punto de conexión “domicilio” y el punto de conexión “residencia habitual”. En los temas de filiación y de adopción, la opción elegida por el legislador argentino (domicilio) da mayor certeza en la prevención de actos ilícitos y conductas fraudulentas puesto que permite remontarse, en tanto sea posible, al origen del niño, en ámbitos que comprometen los elementos esenciales de la identidad.

A su vez, el art. 2639 que regula el derecho aplicable a todo lo atinente a la responsabilidad parental, utiliza como punto de conexión la residencia habitual del niño, agregando una precisión temporal, a saber, al momento en que

<sup>48</sup> En el primer párrafo del art. 2632, el abanico de opciones para seleccionar el derecho aplicable (por parte del juez que debe perseguir el goce más pleno de los derechos fundamentales del hijo) comprende: el derecho del domicilio del hijo al tiempo de su nacimiento, el derecho del domicilio del progenitor o del pretendido progenitor o, si correspondiera por la situación fáctica, el derecho del lugar de celebración del matrimonio. En materia de adopción, el art. 2636 establece que los requisitos y efectos de la adopción se rigen por el derecho del domicilio del adoptado al tiempo de otorgarse la adopción (primer párrafo).

<sup>49</sup> Si el ejercicio de la responsabilidad parental es plural y sus titulares se domicilian en estados diferentes, las personas menores de edad se consideran domiciliadas donde tienen su residencia habitual.

<sup>50</sup> “Art. 2613. Domicilio y residencia habitual de la persona humana. A los fines del derecho internacional privado la persona humana tiene: a) su domicilio, en el Estado en que reside con la intención de establecerse en él; b) su residencia habitual, en el Estado en que vive y establece vínculos durables por un tiempo prolongado. La persona humana no puede tener varios domicilios al mismo tiempo. En caso de no tener domicilio conocido, se considera que lo tiene donde está su residencia habitual o en su defecto, su simple residencia”.

<sup>51</sup> BUCHER, Andreas, “La famille en droit international privé”, *Recueil des cours*, t. 283 (2000), especialmente pp. 92/93.

se suscita el conflicto. El fundamento de la norma es la búsqueda de los lazos estrechos entre la vida del niño y el derecho que debe aplicarse. En ausencia de regla específica, la noción de residencia habitual del niño está dada en la fuente interna, por el art. 2613, inc. b), perfectamente compatible con la noción autónoma de residencia habitual que utilizan las Convenciones de La Haya de 1980 y de 1996<sup>52</sup>.

La flexibilidad del art. 2639 se pone de manifiesto en el segundo párrafo. “No obstante —la aplicación como principio del derecho de la residencia habitual del hijo a todo lo atinente a la responsabilidad parental—, *en la medida en que el interés superior del niño lo requiera* se puede tomar en consideración el derecho de otro Estado con el cual la situación tenga vínculos relevantes”. Se trata de una cláusula escapatoria específica, no sustentada solamente en el principio de proximidad sino en valores sustanciales: el razonamiento habilita a “tomar en consideración” otro derecho con lazos relevantes en tanto sea necesario para concretar en el caso concreto el “interés superior del niño”. La regla se inspira fuertemente en el art. 15, apartado 2, de la Convención de La Haya del 19 de octubre de 1996, firmada por la República Argentina y en proceso de ratificación<sup>53</sup>.

## 2.2. *El fenómeno de la coordinación*

El carácter nacional de los sistemas de derecho internacional privado conduce con frecuencia al conflicto de sistemas y a la necesidad de superar esta dificultad. Dos de los mecanismos conocidos en la teoría general del derecho internacional privado y que permiten efectuar los ajustes necesarios, son la adaptación y el reenvío. La primera puede consistir en una corrección modificadora de un derecho sustancial a fin de armonizarlo materialmente con el

<sup>52</sup> La frase final del art. 2615 procura la armonía de soluciones entre la fuente interna y las convenciones de La Haya e Interamericana. Dice así: “Sin perjuicio de lo dispuesto por convenciones internacionales, los niños, niñas y adolescentes que han sido sustraídos o retenidos ilícitamente no adquieren domicilio en el lugar donde permanezcan sustraídos, fuesen trasladados o retenidos ilícitamente”. En las condiciones ilícitas que se encuentran en el origen de esa “residencia”, los niños no adquieren domicilio ni residencia habitual. Una vez que el juez argentino rechaza el reclamo de restitución (o que ha transcurrido un año desde el acto ilícito y ningún legitimado activo ha presentado demanda de restitución), debe asumir competencia para resolver el fondo del derecho de custodia y allí se establecerá la residencia habitual del niño o niña, las responsabilidades de su progenitor conviviente y los modos de relacionamiento regular con el otro progenitor.

<sup>53</sup> Convention du 19 octobre 1996 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. Este convenio entró en vigor el 1/1/2002 en el plano internacional y vincula actualmente a 44 Estados Partes. La República Argentina lo firmó el 11/6/2015 y aprobó la ratificación por ley 27.237 promulgada el 22/12/2015. Al tiempo de la entrega del presente trabajo, aún no se han presentado los instrumentos de ratificación en el plano internacional.

otro o bien en una corrección de la elección de los derechos nacionales<sup>54</sup>. Con la denominación del problema llamado del “reenvío”<sup>55</sup>, se estudia el principio de la aplicación del derecho internacional privado del derecho designado por la propia norma de conflicto, que es comprendido en su aplicación integral. Los debates que suele suscitar este instituto, se vinculan con la concepción del derecho extranjero y la función de la norma de conflicto, según la legislación nacional de que se trate<sup>56</sup>.

Habida cuenta que en las “Disposiciones generales” del Título bajo estudio se ha admitido la teoría del uso jurídico (art. 2595, inc. a), del Código Civil y Comercial), ya recogida en el art. 2º de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado<sup>57</sup>, es razonable que las nuevas disposiciones recepten explícitamente la designación del derecho internacional privado del país designado, con la excepción tradicional de la exclusión de este razonamiento cuando el derecho ha sido elegido por las partes por el juego de la autonomía de la voluntad. La teoría del uso jurídico posibilita que el juez argentino imite la probable sentencia que hubiera dictado en el caso el juez extranjero y alcance, con ese razonamiento, la armonía de las decisiones al menos con respecto a ese sistema jurídico<sup>58</sup>.

La adaptación ha sido concebida en estos términos en el art. 2595 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación: “Art. 2595. Aplicación del derecho extranjero. Cuando un derecho extranjero resulta aplicable:...c) si diversos derechos son aplicables a diferentes aspectos de una misma situación jurídica o a diversas relaciones jurídicas comprendidas en un mismo caso, esos derechos deben ser armonizados, procurando realizar las adaptaciones necesarias para respetar las finalidades perseguidas por cada uno de ellos”. En cuanto al instituto del reenvío, el art. 2596 establece: “Cuando un derecho extranjero resulta aplicable a una relación jurídica también es aplicable el derecho internacional privado de ese país. Si el derecho extranjero aplicable reenvía al derecho argentino resultan aplicables las normas del derecho interno argentino. Cuando, en una relación jurídica, las partes eligen el derecho de un determinado país, se

<sup>54</sup> Boggiano presenta el método de adaptación como de naturaleza sustancial, ya se trate de crear una norma que supere los derechos materiales inadaptados o de reelegir un derecho aplicable, procedimiento que se efectuará atendiendo a la razonabilidad del resultado. BOGGIANO, A., *Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos*, ob. cit., pp. 60/61.

<sup>55</sup> Que en su significación técnica es solamente una de las figuras de la teoría de la referencia máxima.

<sup>56</sup> BUREAU, D. y MUIR WATT, Horatia, *Droit International Privé*, t. I, París, PUF, 2010, pp. 524/527. SOTO, Alfredo M., *Temas estructurales del derecho internacional privado*, Buenos Aires, Editorial Estudio, 2009, pp. 104/106.

<sup>57</sup> Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado. La República Argentina aprobó la ratificación por ley 22.921 (BO 27/9/1983).

<sup>58</sup> BOGGIANO, A., *Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos*, ob. cit., p. 219.

entiende elegido el derecho interno de ese Estado, excepto referencia expresa en contrario”.

En nuestra opinión, no se trata de institutos de funcionamiento automático o abstracto, sino que responden a la finalidad de lograr una mejor coordinación de sistemas diferentes<sup>59</sup>. Ahora bien, en el derecho internacional privado de la infancia, hemos destacado que las reglas de conflicto suelen tener una elaboración artesanal en procura de los valores sustanciales: el interés superior del niño y el goce más pleno de los derechos fundamentales. Si estos objetivos se logran con la aplicación del derecho de fondo primeramente designado y la consideración de la norma de conflicto de ese derecho no conduce sino a desviar o desvirtuar el objetivo sustancial, entonces este razonamiento —aplicable como principio— deberá ser descartado. Por el contrario, si el razonamiento del reenvío permite alcanzar el objetivo de la norma de conflicto del foro, la doctrina más prestigiosa acepta este “*reenvío in favorem*”<sup>60</sup>. Ello significa que no obstante la expresión aparentemente rígida del art. 2596 del Código Civil y Comercial, su aplicación concreta en casos regulados en las Secciones 5 a 8 del Título IV del Libro Sexto, deberá efectuarse teniendo en cuenta las palabras y la finalidad de la norma en cuestión, así como los principios y valores jurídicos comprometidos (art. 2º del Título Preliminar del Código Civil y Comercial de la Nación).

### 3. NOTAS PARTICULARES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA INFANCIA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Hemos destacado el diálogo de fuentes, la regulación de los diversos sectores de la disciplina, la pluralidad de objetivos de las normas de derecho internacional privado, la diversidad metodológica para alcanzar la solución justa de los casos relativos a niños y niñas, así como el uso de herramientas que favorecen la flexibilidad del sistema y su eventual coordinación armoniosa con otros sistemas. Agregaremos dos notas particulares: la confianza y la responsabilidad conferida al juez argentino competente y la presencia de reglas de coordinación de sistemas que utilizan para sus fines la riqueza del orden público internacional.

<sup>59</sup> Sostiene el Profesor Boggiano: “...frente al problema del reenvío no cuadran posiciones lógicas inflexibles”, *Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos*, obra citada, p. 219/220. Prestigiosos autores sostienen que cuando el legislador emite una regla de conflicto, el presupuesto es que pueda coordinarse con la regla de conflicto extranjera. Es así que, como principio general, la regla de conflicto del foro y la regla de conflicto extranjera entran en consideración sucesivamente y con el fin de coordinarse. Cuando este resultado se desvirtúa, es razonable que el operador efectúe la corrección mediante la designación del derecho interno del país designado. Conf. ANCEL, B. y LEQUETTE, Y. *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, París, Dalloz, 2006, p. 69 y pp. 149/150.

<sup>60</sup> GAUDEMET-TALLON, Hélène, “Le pluralisme en droit international privé...”, *Recueil des cours*, t. 312, *ob. cit.*, p. 234.

### *3.1. El papel del juez competente en la concreción del interés superior del niño*

En América Central y América Latina el juez es el protector natural de niñas y niños. Aun cuando los tratados internacionales construyen un tejido de cooperación internacional a través de autoridades competentes, muchas veces de naturaleza administrativa y, por otro lado, grandes esperanzas se depositan en los resultados de la mediación profesional que ayude a las partes a la autocomposición de sus intereses, es innegable que el legislador nacional debe investir a sus jueces de poderes explícitos e implícitos para actuar como garantes de los derechos fundamentales de los niños.

#### 3.1.1. Jurisdicciones concurrentes y exclusivas

El sector de la jurisdicción internacional requiere el respeto de la jerarquía normativa. Las Secciones 4, 5 y 6 comienzan con una norma de jurisdicción internacional que indica en qué circunstancias los jueces argentinos abren su jurisdicción en casos internacionales<sup>61</sup>. Estas reglas deben ser interpretadas en forma conjunta con el art. 2601, que indica la prelación de los tratados internacionales y de las leyes especiales, si las hubiera. Salvo en el tema de la obligación alimentaria —y en el marco del art. 2630— las restantes materias no son disponibles y, por tanto, no juega la posibilidad de prorrogar la jurisdicción prevista en la legislación.

El art. 2631 presenta un abanico de foros concurrentes, todos ellos previsibles, para las acciones de determinación y de impugnación de la filiación (a elección del actor), a saber, los jueces del domicilio de quien reclama el estado filial o los jueces del domicilio del progenitor o pretendido progenitor. Esta última opción coincide con los jueces del domicilio del demandado, que es el principio general en materia de acciones personales contenido en el art. 2608 del nuevo Código.

Para la categoría “acción de reconocimiento”, que corresponde a distinta naturaleza puesto que el reconocimiento es un acto unilateral voluntario, se abre la jurisdicción de los jueces argentinos por el domicilio de la persona que efectúa el reconocimiento, por el domicilio del hijo o por el domicilio del lugar de nacimiento del hijo. Esta última conexión tiene lazos de proximidad relevantes pues generalmente en el lugar de nacimiento es donde el niño o niña se ha inscripto y puede tener determinada su filiación respecto del otro progenitor. En cuanto a la acción de impugnación del reconocimiento, se supone que la persona tiene su filiación establecida (por reconocimiento) y, por tanto, la jurisdicción se abrirá como un supuesto de impugnación de filiación (art. 2631).

Ciertamente, por tratarse de foros concurrentes y debido a la apreciación conjunta de las disposiciones generales con las especiales, puede ser aplicable

<sup>61</sup> El art. 2639 supone una norma de jurisdicción internacional a favor del juez de la residencia habitual del hijo.

la apertura de jurisdicción con fundamento en el “foro de necesidad” —si se dan las condiciones exigidas por el código—, instituto novedoso que garantiza la prohibición de denegación internacional de justicia y el acceso a la jurisdicción (art. 2602).

En el Capítulo 2 (Jurisdicción internacional) aparecen los foros exclusivos generales que gozan de consenso en el derecho comparado (art. 2609)<sup>62</sup>. En la Sección 6 del Título, en materia de adopción, se ha establecido la única norma de jurisdicción exclusiva de la parte especial, el art. 2635. La voluntad legislativa ha sido imponer la intervención exclusiva de los jueces argentinos (que aplicarán su *lex fori*, según el art. 2636), en supuestos de declaración en situación de adoptabilidad, de guarda con fines de adopción y para conferir una adopción de niños con domicilio en la República Argentina.

El espíritu que anima el art. 2635 del Código Civil y Comercial de la Nación no es de apertura hacia ordenamientos jurídicos extranjeros. La jurisdicción exclusiva constituye una regulación coherente con una política legislativa de desfavor hacia cierto tipo de adopción internacional —que entraña el desplazamiento de niños o niñas oriundos de nuestro país hacia el extranjero— que se ha expresado mediante la reserva efectuada en 1990 a los incs. b), c), d) y e) del art. 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>63</sup>. El espíritu que anima esta Sección 6 es asegurar que los jueces argentinos sean los competentes para aplicar el principio de la doble subsidiariedad: en tanto la realidad sociológica de nuestro país revele gran cantidad de candidatos a la adopción domiciliados en la República Argentina, la legislación debe favorecer el buen funcionamiento de la adopción puramente nacional —con respeto a los principios consagrados en el art. 21, inc. a), de la Convención sobre los Derechos del Niño— sin vislumbrar el otorgamiento de adopciones de niños domiciliados en nuestro país a favor de aspirantes a adopción domiciliados en el extranjero<sup>64</sup>.

Si la realidad sociológica de nuestro país se modificara y la República Argentina decidiera levantar total o parcialmente la reserva formulada al art. 21, incs. b), c), d) y e), de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>65</sup>, incluso

<sup>62</sup> La jurisdicción de los jueces argentinos es exclusiva en materia de derechos reales sobre inmuebles situados en la República, en materia de validez o nulidad de las inscripciones en un registro público argentino y en materia de inscripción, validez/nulidad y, si correspondiere, depósito de derechos de propiedad industrial —marcas, patentes, modelos industriales— en tanto el registro o depósito se haya solicitado o efectuado en la República.

<sup>63</sup> Ley 23.849, art. 2°.

<sup>64</sup> En tal sentido, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ha conservado la orientación del Código Civil —tras la reforma de 1997—, que se expresa en el art. 600.

<sup>65</sup> El Comité de Derechos del Niño, en las observaciones finales de junio de 2010 en relación a los informes tercero y cuarto presentados por la República Argentina (art. 44 de la Convención sobre Derechos del Niño), manifestó: “Habida cuenta de las largas listas de espera de los aspirantes a la adopción, el Comité insta al Estado parte a establecer un riguroso sistema legal de protección contra la venta y la trata de niños de conformidad con lo dispuesto en el Protocolo facultativo sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, entre otras cosas para establecer un sistema de adopción seguro que respete el interés superior del

entonces, el juego de los arts. 2635 y 2636 del Código garantizarían la supervisión por los jueces argentinos de todo proyecto de adopción internacional concerniente a un niño o niña domiciliado en nuestro país<sup>66</sup>.

### 3.1.2. La urgencia y la conveniencia

En casos de urgencia, el juez argentino puede asumir jurisdicción de oficio o a pedido de autoridad extranjera, para dictar medidas cautelares o provisionales en tanto los bienes o las personas sobre los que deba recaer la decisión de urgencia se encuentren en el país, aun cuando el juez argentino no cuente con competencia sobre el fondo del asunto (art. 2603, inc. b]). La regla tiene su fundamento en la necesidad de asegurar la tutela jurisdiccional de urgencia, la cual ya tenía recepción en la fuente convencional<sup>67</sup>.

La Sección 7 contiene una regla específica en materia de personas vulnerables. El art. 2641 establece: “Medidas urgentes de protección. La autoridad competente debe aplicar su derecho interno para adoptar las medidas urgentes de protección que resulten necesarias respecto de las personas menores de edad o mayores incapaces o con capacidad restringida, o de sus bienes, cuando se encuentren en su territorio, sin perjuicio de la obligación de poner el hecho en conocimiento del Ministerio Público y, en su caso, de las autoridades competentes del domicilio o de la nacionalidad de la persona afectada, excepto lo dispuesto en materia de protección internacional de refugiados”. Si bien la competencia de urgencia tenía antecedentes en ambos Tratados de Derecho Civil de Montevideo de 1889 y de 1940, en materia de menores de edad el antecedente inmediato de la norma es el art. 4º de la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores.

La confianza que el legislador argentino ha depositado en el juez competente se advierte en la regulación de la conversión de una adopción otorgada en el extranjero en adopción plena del derecho argentino (art. 2638 de la Sección 6

---

niño, con miras a retirar su reserva con el tiempo”. Observaciones finales (Argentina, 21/6/2010). [www2.onchr.org/english/bodies/CRC/docs/co/CRC.C.ARG.CO.3-4\\_sp.pdf](http://www2.onchr.org/english/bodies/CRC/docs/co/CRC.C.ARG.CO.3-4_sp.pdf).

<sup>66</sup> El Anteproyecto del Código contenía un párrafo tercero en el art. 2635, que establecía: “Las autoridades administrativas o jurisdiccionales argentinas deben prestar cooperación a las personas con domicilio o residencia habitual en la Argentina aspirantes a una adopción a otorgarse en país extranjero, que soliciten informes sociales o ambientales de preparación o de seguimiento de una adopción a conferirse o conferida en el extranjero”. En el texto vigente, el art. 2635 nada dice sobre estas conductas de cooperación. Sin embargo, la formación de legajos personales y la preparación de informes de seguimiento no está prohibida por la ley y son conductas que contribuyen a la legalidad y regularidad de los procedimientos que se llevan a cabo en el país extranjero de origen del niño. La regla general contenida en el art. 2611 del Código Civil en materia de cooperación internacional da base normativa suficiente para estos comportamientos. Conf. RUBAJA, Nieve, en HERRERA, CAMELO y PICASSO (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. VI, Buenos Aires, 2015, p. 389.

<sup>67</sup> Arts. 30 y 61 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940; art. 9º de la Convención Interamericana sobre cumplimiento de medidas cautelares.

del nuevo Código). El último párrafo del art. 2638 dispone: “En todos los casos el juez debe apreciar la conveniencia de mantener el vínculo jurídico con la familia de origen”.

Ello significa que el juez competente para decidir la conversión debe evaluar si la petición de los adoptantes de transformar el lazo de filiación preexistente en el vínculo de la adopción plena argentina responde al interés superior del niño en la concreta situación en que se encuentra. En efecto, pueden existir supuestos en que sea conveniente conservar vínculos jurídicos con hermanos de sangre o con abuelos y, por tanto, la adopción de tipo simple conferida según la ley extranjera sea enteramente compatible con la realidad del niño concreto. En los casos totalmente nacionales, el supuesto está contemplado en el art. 621 del nuevo Código.

Los tribunales de derechos humanos<sup>68</sup> muestran una revalorización de la figura de las adopciones simples en tanto existan razones fundadas de mantener ciertos vínculos que han servido de apego y contención a los niños en su más tierna infancia y se juzgue irrazonable o contraproducente romper estos lazos jurídicos a raíz de la nueva filiación por adopción. En este orden de ideas, el juez argentino tiene la responsabilidad de evaluar el impacto de la adopción de tipo pleno en el derecho a la identidad del adoptado<sup>69</sup>.

### *3.2. La circulación de instituciones y los matices del orden público internacional*

La persona humana es una unidad inescindible. En las relaciones de familia, el fenómeno de las instituciones “claudicantes” es inaceptable. El hecho de que un niño pueda tener una filiación en el estado “A” y otra filiación distinta (o ninguna filiación conocida) en el estado “B”, afecta la dignidad de la persona y constituye un escándalo<sup>70</sup>. El nuevo Código Civil y Comercial utiliza herramientas propias del derecho internacional privado para morigerar el impacto de soluciones generadas por culturas muy diferentes<sup>71</sup>.

<sup>68</sup> CEDH, “Zhou v. Italie”, asunto N° 33773/11, fallado el 21/1/2014.

<sup>69</sup> NAJURIETA, María Susana, “La adopción internacional. Un debate pendiente”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario, Derecho de Familia I-Relaciones entre padres e hijos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2016, pp. 257/292, especialmente p. 285.

<sup>70</sup> Los casos “Wagner” (2007) y “Menesson” (2012) fallados por la Corte de Estrasburgo ilustran esta afirmación.

<sup>71</sup> Si bien el discurso de la jerarquía de las civilizaciones que evolucionaba en Europa en tiempos de la segunda guerra mundial ha sido descartado y reemplazado por la necesidad de asegurar la coordinación de órdenes jurídicos que no descansan en los mismos valores, la recepción de la diferencia no es irrestricta y los Estados nacionales no resignan el papel del orden público internacional del foro, incluso reformulado. Conf. GANNAGÉ, Lena, “L’ordre public international à l’épreuve du relativisme des valeurs”, *Travaux du comité français de droit international privé*, París, Pedone, 2009, pp. 205/241.

### 3.2.1. La transposición de institutos

El segundo párrafo del art. 2640 del Código Civil y Comercial de la Nación establece: “Otros institutos de protección de niños, niñas y adolescentes regularmente constituidos según el derecho extranjero aplicable, son reconocidos y despliegan sus efectos en el país, siempre que sean compatibles con los derechos fundamentales del niño”.

Esta norma plantea, en primer lugar, el principio del reconocimiento aplicado a “institutos de protección de niños, niñas y adolescentes”, tengan o no sus equivalentes funcionales en la legislación de fondo argentina. La regla no explica el concepto de “constitución regular”. La realidad de nuestro tiempo permite afirmar que esa característica no depende de la verificación de la norma de conflicto del foro, puesto que la regularidad puede provenir de conductas de cooperación internacional no ajustadas al método conflictual sino a una convención internacional<sup>72</sup>.

En segundo lugar, el legislador toma una opción en cuanto a la transposición de instituciones. En efecto, el reconocimiento puede limitarse a la existencia del instituto y a su validez, o comprender los efectos de la situación extranjera “cristalizada” en clara referencia a los efectos propios del derecho extranjero de constitución. Tan delicado es este punto, que los autores más prestigiosos han propuesto distinguir los efectos inescindibles de la existencia, de los efectos futuros, es decir, aquéllos que solo existirían *virtualmente* al tiempo de la inserción del instituto dado que necesitan de un derecho que les otorgue contenido a medida que se despliegan<sup>73</sup>.

El dilema consiste en la tensión entre dos objetivos del derecho internacional privado: la uniformidad de las soluciones, que tiende, por un lado, a la cohesión social y a la igualdad de regímenes en vigencia en un mismo territorio y, por el otro, el principio del respeto a la alteridad, la tolerancia de lo extranjero y la convivencia de formas de vida que responden a la diversidad cultural creciente de nuestros pueblos<sup>74</sup>. En este orden de ideas, a los ojos de la Corte Europea de Derechos Humanos, la vida familiar a la que se considera bajo protección en el asunto “Harroudj” del 4 de octubre de 2012<sup>75</sup>, es la resultante de la *kafala*, contemplada en el art. 20 de la Convención sobre los Derechos del

<sup>72</sup> En este sentido, el art. 33 de la Convención de La Haya del 19 de octubre de 1996.

<sup>73</sup> LAGARDE, P., “La reconnaissance: mode d’emploi”, en *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en l’honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, París, Dalloz, 2008, pp. 481/501, especialmente p. 496.

<sup>74</sup> MUIR WATT, H., “La reconnaissance entre philosophie politique et droit international privé: un rendez-vous manqué ?”, en la obra LAGARDE, P. (dir.), *La Reconnaissance des situations en droit international privé. Actes du colloque international de La Haye du 18 janvier 2013*, París, Pedone, 2013, pp. 85/95 especialmente p. 86.

<sup>75</sup> Ver nota 30 del presente trabajo.

Niño, y no el proyecto futuro de llegar a convertirse en una niña adoptada según el derecho francés<sup>76</sup>.

En este orden de ideas, el art. 2640, segundo párrafo, decide la inserción respetando los efectos propios de la institución extranjera, sin deformaciones, al menos en los límites compatibles con el orden público internacional del foro.

Destacamos que toda la Sección 7 del Código Civil y Comercial de la Nación está fuertemente inspirada en las Convenciones de La Haya ratificadas por la República Argentina, tanto la Convención del 25 de octubre de 1980 como, esencialmente, la Convención del 19 de octubre de 1996 sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños<sup>77</sup>.

### 3.2.2. La novedad de reglas de “conflicto de sistemas” en favor de la inserción de relaciones de familia creadas en el extranjero

En materia de filiación y de adopción, el Código tiende claramente a la admisión de situaciones eventualmente problemáticas, en un enfoque justificado por el derecho fundamental a la estabilidad del estado de familia<sup>78</sup>.

El art. 2634 del Código Civil y Comercial de la Nación establece: “Reconocimiento de emplazamiento filial constituido en el extranjero. Todo emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero debe ser reconocido en la República de conformidad con los principios de orden público argentino, especialmente aquellos que imponen considerar prioritariamente el interés superior del niño. Los principios que regulan las normas sobre filiación por técnicas de reproducción humana asistida integran el orden público y deben ser ponderados por la autoridad competente en ocasión de que se requiera su intervención a los efectos del reconocimiento de estado o inscripción de personas nacidas a través de estas técnicas. En todo caso, se debe adoptar la decisión que redunde en beneficio del interés superior del niño”.

La primera frase de esta disposición revela su inspiración unilateralista: no se impone una verificación de la regularidad de la situación —el estado filial conferido o constatado en un Estado extranjero— de conformidad con las normas de conflicto del foro, sino que se acepta el ordenamiento de “constitución” en bloque, con el único control de la compatibilidad de la situación con

<sup>76</sup> La solución ha sido considerada decepcionante por algunos juristas, que hubieran preferido la imposición de una institución “nacionalizada” francesa. HAMMJE, P., “L’interdiction de l’adoption face aux droits fondamentaux”, *Dalloz* 2012, p. 2947 y ss.

<sup>77</sup> Ver nota 53 del presente trabajo.

<sup>78</sup> BUREAU, D. y MUIR WATT, H., *Droit international privé*, t. 1, París, PUF, 2007, pp. 620/636. NAJURIETA, María Susana, “L’adoption internationale des mineurs et les droits de l’enfant”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, t. 376 (2014), capítulo III, pp. 363/430.

el orden público internacional argentino, es decir, con los principios esenciales del ordenamiento jurídico nacional, apreciado en su conjunto e integrado por el núcleo duro de la materia, que está dado por los derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño y, en su medida, las interpretaciones y observaciones generales del Comité de los Derechos del Niño.

Puesto que se trata de una regla de “conflicto de sistemas”, es igualmente aplicable al estado filial que resulta de una sentencia extranjera o de una decisión administrativa de conformidad con el derecho extranjero o de una partida de nacimiento, acto emanado de autoridad pública que constata la situación. Se trata de un sistema innovador, que comporta una gran responsabilidad para la autoridad judicial o administrativa argentina que debe efectuar el control de compatibilidad sustancial previsto.

La segunda frase hubiera podido evitarse. Sin embargo, pretende dar claridad a los intérpretes y operadores jurídicos en cuanto a que esta disposición, que favorece el principio del reconocimiento de la filiación, se aplica a toda la problemática —ya sea que se suscite con la actual legislación de fondo o con leyes complementarias y específicas a dictar en el futuro— relativa al conflicto de sistemas cuanto está en juego la “filiación por técnicas de reproducción humana asistida”. Se ha considerado útil incluir este esclarecimiento en atención a las profundas diferencias que revelan las legislaciones de los distintos Estados en cuanto al concepto jurídico de “maternidad” y a la admisión de los acuerdos de gestación por otro<sup>79</sup>.

El derecho fundamental a la no discriminación por razón de nacimiento<sup>80</sup> impone asegurar el principio del reconocimiento a todos los supuestos, en tanto se resguarden los principios fundamentales que conforman el orden público internacional argentino y que, en la materia, comprenden la protección de todos los elementos de la identidad, incluso la transparencia de la historia biológica completa de niños y niñas. Habida cuenta que el legajo completo puede evidenciar delitos de tráfico y de sustitución de identidad, el legislador creyó adecuado insertar la frase final, que recuerda la consideración primordial contenida en el art. 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño: “*En todo caso, se debe adoptar la decisión que redunde en beneficio del interés superior del niño*”.

La segunda norma que destacamos es el art. 2637 del Código Civil y Comercial de la Nación: “Reconocimiento. Una adopción constituida en el extranjero debe ser reconocida en la República cuando haya sido otorgada por los jueces del país del domicilio del adoptado al tiempo de su otorgamiento. También se deben reconocer adopciones conferidas en el país del domicilio del adoptante

<sup>79</sup> Sobre las dificultades que resultan de las grandes diferencias entre las legislaciones nacionales, puede verse: Document préliminaire N° 3.A (février 2015), Bureau Permanent, “La projet filiation / maternité de substitution: note de mise à jour”, [www.hcch.net/fr/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy](http://www.hcch.net/fr/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy).

<sup>80</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 1.1 y art. 24; Pacto internacional de derechos civiles y políticos (ONU), art. 26; Convención sobre los derechos del niño, art. 2°.

cuando esa adopción sea susceptible de ser reconocida en el país del domicilio del adoptado. A los efectos del control del orden público se tiene en cuenta el interés superior del niño y los vínculos estrechos del caso con la República”.

Esta disposición establece dos controles: que la sentencia de adopción haya sido dictada por juez competente y que el resultado no suscite la reacción del orden público internacional argentino. El espíritu que subyace es quitar obstáculos procesales que puedan redundar en la violación del derecho de los niños a la estabilidad de su estado de familia, pero sin omitir una mirada que pueda detectar casos de adopciones viciadas que pretendan insertarse en el foro.

La primera parte del art. 2637 ha recibido la influencia de la teoría de la “referencia al orden jurídico competente” del Profesor Paolo Piccone<sup>81</sup>. El juez argentino en ocasión de la inserción de la institución creada en el extranjero, no deberá controlar la competencia del juez de origen según el estricto criterio de la bilateralidad<sup>82</sup>, sino que tomará como referencia la intervención del juez del domicilio del adoptado o la solución que el orden jurídico del domicilio del adoptado acepte, aun cuando ello comporte aceptar la intervención del juez o autoridad competente del domicilio del adoptante. Esta flexibilidad es importante, en atención a la práctica de los países asiáticos —incluso, países obligados por la Convención de La Haya de 1993, como Filipinas, Vietnam, Sri Lanka, etc.— que permiten la salida de sus niños del país con una decisión judicial de guarda pre-adoptiva, con el compromiso de otorgar la adopción en el país del domicilio de los adoptantes, conferir la nacionalidad de uno de los adoptantes al niño y comunicar la finalización del proceso al estado de origen.

La frase final del artículo hace una explícita referencia al control del orden público internacional —para la inserción en el foro de una institución creada en el extranjero— con dos matices. Por un lado, la referencia al interés superior del niño, consideración que es la primordial (arts. 3º y 21, frase introductoria, Convención sobre los Derechos del Niño) y que obliga a una ponderación cuidadosa de la situación fáctica en la que el menor de edad adoptado pudiera encontrarse con relación a todos sus vínculos<sup>83</sup>. Por otro lado, y de manera complementaria, el control del orden público debe poder integrar los “vínculos estrechos del caso con la República”. Como en otras hipótesis señaladas, se descarta un razonamiento abstracto y automático. Se trata de detectar los supuestos que más interesan a nuestro país, por ejemplo, los casos de niños y niñas oriundos de la

<sup>81</sup> 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 de La Haye*, t. 197 (1986), p. 229 y ss.; del mismo autor : “Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, t. 276 (1999), p. 9 y ss.

<sup>82</sup> NAJURIETA, María Susana, “L’adoption internationale des mineurs et le droit de l’enfant”, *Recueil des cours, ob. cit.*, p. 200.

<sup>83</sup> IUD, Carolina, “Los matices del orden público internacional en las relaciones de familia”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, año V, N° 8, septiembre 2013, pp. 43/51.

República Argentina, que hubiesen sido robados o estuviesen “perdidos” —tal vez buscados por Interpol o por ONG especializadas— y que sean detectados en colocación familiar por adopción —viciada— conferida en el extranjero.

#### 4. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

El derecho internacional privado de fuente interna cuenta por primera vez con la regulación de relaciones fundamentales para el desarrollo de la vida de familia de niños y niñas y para el más pleno goce de sus derechos fundamentales. Del vacío normativo y de la necesidad de integración de lagunas con normas elaboradas en una época imbuida de principios muy diferentes, hemos pasado a una regulación coherente con las más modernas tendencias que procura la solución justa de la gran variedad de casos mediante múltiples herramientas, entre ellas, la segmentación de categorías de análisis al interior de cada instituto.

Cada una de las secciones comprende pluralidad de sectores y pluralidad de métodos. Se advierte una marcada preocupación por el acceso a la jurisdicción, por la tutela judicial efectiva, por la tutela jurisdiccional de urgencia y por la apertura del ordenamiento jurídico argentino a instituciones constituidas en el extranjero que comprometan el estado de familia de niños y niñas.

Cuando un estado de familia existe y tiene realidad según un ordenamiento jurídico, la frustración de su reconocimiento afecta los derechos fundamentales del niño.

No existe un único concepto abstracto del interés superior del menor de edad. Cada instituto tiene sus prioridades, que están dadas por la operatividad de los derechos fundamentales. Para comprender estos matices es necesario que la autoridad competente aprecie en profundidad las circunstancias del caso y realice los razonamientos que permitirán satisfacer las orientaciones materiales dadas por el legislador: basta con comparar el art. 2632, primer párrafo, frase final, con el art. 2637, frase final. El interés del niño concreto no puede consistir en perder los elementos que hacen a la identidad de la persona y, por tanto, a su dignidad esencial, ni tampoco en omitir la detección de un acto de tráfico en el origen de una adopción viciada.

Una lectura de las disposiciones generales puede formar la errónea opinión de que el orden público internacional solo es contemplado en su función de cláusula de reserva frente a la aplicación del derecho extranjero (art. 2600). A lo largo de este trabajo hemos procurado demostrar que el orden público internacional constituye una herramienta de adaptación y de coordinación de sistemas, a fin de no frustrar los derechos fundamentales de los niños que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad por el fenómeno de las relaciones multinacionales.

Recibido: 1/8/2016

Aprobado: 7/8/2016