

Sección I: Estudios.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



ADOPCION INTERNA E INTERNACIONAL

*Dr. Ubaldino Calvento Solari**

1. INTRODUCCION.

Hace poco tiempo un autor costarricense, Gerardo Trejos, en una excelente obra sobre "Nuevo régimen legal de la adopción", expresaba que la adopción "no es una materia exclusivamente jurídica, sino que es una materia saturada de profundas motivaciones éticas y sociales".

La adopción aparece en los últimos tiempos como una institución que ha experimentado sustanciales modificaciones, lo cual no hace más que poner de manifiesto en este terreno como en otros, el movimiento innovador que se viene operando en la doctrina y legislación del Derecho de Familia.

Nacida y desarrollada originariamente la adopción por otros móviles, estuvo a punto de sucumbir (1) y hoy emerge reforzada y casi unánimemente aceptada por todas las legislaciones. Innovada en sus condiciones, naturaleza, efectos y particularmente en sus motivaciones, se presenta hoy como una noción nueva. De esta forma la adopción representa una respuesta a las necesidades no satisfechas por el orden natural de los acontecimientos dotando de padres, de ambiente familiar, a la infancia huérfana o abandonada.

La práctica de la adopción pone en evidencia problemas delicados a resolver, los cuales interesan a los servicios públicos, a las instituciones privadas

responsables de niños sin familia o sin sostén familiar normal, a los jueces, administradores, pediatras, psiquiatras, psicólogos, educadores, trabajadores sociales, etc., lo cual pone de manifiesto como la cuestión rebasa el campo estrictamente legal, exigiendo un enfoque multidisciplinario bien coordinado.

De esta forma, quizás ningún otro tema como este evidencie las estrechas relaciones existentes entre el sector de las disciplinas jurídicas que se refieren a los institutos de protección y asistencia del menor; y los aportes provenientes de otros campos del conocimiento, como la psicología, psiquiatría, pedagogía, sociología; conexiones donde los estudios sobre la personalidad psicológica, moral y social del individuo determinan la dimensión y alcance de las soluciones legales en un momento determinado.

Uno de los acontecimientos más importantes ocurrido en los últimos años en el campo de la psicopatología es la demostración de que la naturaleza de los cuidados dispensados por los padres al niño en su infancia tienen una especial incidencia y significación en el futuro de su salud mental. Los estudios y experiencias efectuados revelan la existencia de una correlación entre la inadaptación social y los antecedentes del hogar. La relación materno-filial, la privación de la misma, el ambiente

* Jefe de Estudios Jurídicos y Sociales, Instituto Interamericano del Niño OEA.

(1) Puesto de manifiesto en el hecho sintomático de que, proyectos tan adelantados y elogiados en su época, como el de Andrés Bello y Dalmacio Velez Sarsfield, que se transformaron luego, respectivamente, en los Códigos Civiles de Chile y Argentina, no contenían ningún precepto reglamentando la adopción.

familiar, los inconvenientes de la asistencia en instituciones, etc., son todos problemas que enmarcan esta cuestión.

Hacemos mención a esta circunstancia porque, particularmente con relación a la adopción, es indispensable que el legislador moldee los institutos jurídicos que se encaminan hacia esos objetivos sobre las bases de los datos que ofrece el medio social, sobre las conclusiones a que arriban las ciencias que estudian al hombre y las enseñanzas que proporciona la experiencia.

Fuera de la familia natural, que obviamente es el mejor medio para el desarrollo del individuo, la legislación comparada ofrece una serie de soluciones encaminadas a dotar de una familia artificial a aquel que se encuentra privado de ella. Estas soluciones, entre otras, son: la colocación familiar, la adopción simple, la guarda, adopción plenaria, legitimación adoptiva, la afiliación, etc.

Aún cuando la adopción es teóricamente la solución ideal para un niño que no tiene familia, es verdad también que esa solución no debe ser sistemáticamente buscada, a riesgo de fracasar. A veces, por circunstancias inherentes al niño o a los futuros padres adoptantes (no todos los niños y familias son aptos para la adopción), se hace necesario considerar otras soluciones. De esta forma no deben desdeñarse otros modos de integración del niño a un hogar estable, como son la colocación familiar, la guarda u otros que regulan las legislaciones.

II. ADOPCION SIMPLE, ADOPCION PLENARIA Y LEGITIMACION ADOPTIVA.

1. Concepto.

Por no ofrecer interés excluimos de nuestra consideración la parte referente a la adopción de mayores. Tampoco nos vamos a referir detalladamente a los perfiles de ambas instituciones por ser de todos conocidos.

En cuanto al móvil que las anima, creemos que la adopción simple, la adopción plenaria y la legitimación adoptiva no difieren sustancialmente. Se trata de instituciones paralelas de protección y asistencia social destinadas a proporcionar un ambiente de hogar a niños que no lo tienen. Algunos entienden que sólo deben referirse al ámbito de la minoridad, y tan es así que existen algunos países que sólo la admiten en favor de los menores de edad.

La fundamentación del instituto de la adopción ha variado a través del tiempo; de razones religiosas a que obedecía en la antigua Roma, actualmente descansa en motivos de orden social, concibiéndose en beneficio del niño y para cumplir una vasta función de asistencia social.

La legitimación adoptiva nació para remediar los inconvenientes de la adopción clásica, como eran el mantenimiento del lazo entre el adoptado y su familia natural y la limitación de efectos entre el adoptante y el adoptado. El principal efecto es desligar completamente al adoptado de su familia de origen para hacerlo entrar en una nueva familia con los derechos y obligaciones de un hijo legítimo de los adoptantes.

Modernamente, numerosos países latinoamericanos —siguiendo en esto ejemplos europeos— vienen incorporando en sus legislaciones la dualidad de formas adoptivas, estableciendo que la adopción puede ser plena o simple. Esta dualidad, bajo otras terminologías (adopción y legitimación adoptiva), era conocida por países como Francia, Uruguay, Chile y Brasil. Es sobre todo a partir de 1970 que diversos países de Latinoamérica revisan o introducen sustanciales mejoras en la legislación relativa a la adopción y consagran la dualidad de formas adoptivas: Argentina, por Decreto-Ley, No. 19134 del año 1971; Venezuela, por ley de 20 de junio de 1972; Bolivia, por Código de la Familia de 23 de agosto de 1972; Costa Rica, por Código de la Familia de 21 de diciembre de 1973; Colombia, Ley No. 5 de 10 de enero de 1975; Brasil, Código de Menores de 10 de octubre de 1979.

Aún cuando las legislaciones siguen conservando la dualidad de las formas adoptivas —como resabio o compromiso con el pasado— la forma más utilizada es la de la legitimación adoptiva o adopción plena, debido a que esta responde mejor a los deseos de los adoptantes, quienes prefieren integrar al hijo adoptivo a su familia. —

La adopción de menores en las diversas modalidades reguladas por las legislaciones ha sido definida como un instituto de asistencia social destinado a la protección del niño abandonado, privado de ambiente familiar. La doctrina la define como *"la institución en virtud de la cual se crea entre dos personas un vínculo similar al que deriva de la filiación"*(2). Las legislaciones en general no contienen definiciones al respecto; sin embargo el moderno Código Civil de Guatemala la define como el *"acto jurídico de asistencia social por el*

(2) BELLUSCIO: *Manual de Derecho de Familia*. Depalma, Buenos Aires, 1974. Tomo II, pág. 223.

que el adoptante toma como hijo propio a un menor que es hijo de otra persona". De acuerdo a las legislaciones de Uruguay, Bolivia, Chile y Brasil, la legitimación adoptiva y la adopción plena operan en favor de menores abandonados, huérfanos de padre y madre, hijos de padres desconocidos, pupillos del Estado, es decir todas situaciones de menores desamparados.

2. Problemática del abandono. Determinación del mismo.

La filosofía de la adopción y su aspecto finalístico hacen hoy concebir a esta institución como una solución al problema de la niñez abandonada, tratando de dotar de una familia al niño que no la tiene.

En párrafos anteriores destacamos la importancia de la relación materno-filial y la necesidad de que la misma se cumpla normalmente. Para que la institución de la adopción opere satisfactoriamente y se eviten situaciones irreversibles, debe procurarse que la relación psicológica entre padres e hijos tenga lugar rápidamente, lo cual se logra en buena medida mediante la integración del niño al nuevo hogar lo más tempranamente posible. En el Seminario sobre Adopción, organizado por el Centre International de l'Enfance en 1969, se recomendó que la incorporación del niño al nuevo hogar no debía realizarse más allá de los dieciocho meses.

Lo expuesto se encuentra estrechamente relacionado con la problemática del abandono y la determinación del mismo. La constatación del abandono del niño configura una garantía en el proceso de adopción y constituye una etapa previa muy importante donde es necesario conciliar garantía con celeridad.

En la práctica surgen una serie de inconvenientes para determinar y definir todo lo relativo al abandono del niño. No puede procederse a la formalización de la adopción si no es mediante la constatación del abandono previo.

Actualmente el abandono expreso e irreversible es cada vez más raro. Lo que se constata en la mayoría de los casos es un abandono progresivo, un desinterés mal definido, que muchas veces deja al niño durante mucho tiempo en una situación jurídica incierta, impidiéndose de esta forma tomar medidas eficaces a tiempo.

Este panorama en algunas legislaciones se ve agravado debido a que, además de requerirse plazos demasiado extensos para configurarse el aban-

dono, el criterio utilizado para determinar el mismo es el relativo a pérdida de la patria potestad o autoridad parental, criterio que en algunas situaciones, particularmente cuando se trata de niños dependientes de instituciones estatales, puede resultar muy exigente.

El abandono del niño se configura cuando existe incumplimiento en el orden afectivo, económico y asistencial por parte de los padres, tutores o guardadores. Es común el caso de niños que son entregados a organismos estatales por sus padres y luego olvidados por éstos, rara vez son visitados o sólo lo hacen esporádicamente y muchas veces con la finalidad de interrumpir el plazo legal de abandono. Indudablemente y sin violentar el concepto de abandono, estamos frente a niños que han sido abandonados por sus padres y respecto de los cuales urge adoptar decisiones que contemplen principalmente el interés del niño.

Las legislaciones más recientes definen al instituto de la patria potestad o autoridad parental como "conjunto de derechos y obligaciones que los padres tienen sobre la persona y bienes de sus hijos menores" (Argentina, Bolivia, Costa Rica, Guatemala). Modernamente la sustitución de la idea de los "derechos poderes" por la de los "derechos funciones" reconoce que los derechos y privilegios en esta materia sólo se otorgan en cuanto sirven para facilitar el ejercicio de las cargas y responsabilidades familiares.

El interés manifestado esporádicamente o la simple petición de noticias o la carta aislada, en los casos de niños que son entregados al cuidado de establecimientos públicos, cuando la situación se prolonga en el tiempo, afecta el contenido sustancial de la patria potestad y debe ser también motivo de pérdida de la misma.

En la legislación francesa problemas análogos relacionados con el abandono de niños y al cuidado de obras de protección a la infancia motivaron la reforma del art. 350 del Código Civil francés por la Ley No. 6-500 de 11 de julio de 1966 sobre adopción, estableciendo que "*los niños recogidos por un particular, una obra privada o por la Ayuda Social a la Infancia, cuyos padres se hayan desinteresado manifiestamente, desde más de un año, pueden ser declarados abandonados por el Tribunal de Mayor Instancia*", aclarando que "*el pedido de noticias no es una demostración de interés suficiente para motivar de pleno derecho el rechazo de una demanda de declaración de abandono*".

En la Legislación de Argentina se establece que puede procederse a la adopción sin necesidad

de citar a los padres *"cuando se hubiese confiado el menor a un establecimiento de beneficencia o de protección de menores público o privado por no poder proveer a su crianza y educación y se hubiera desentendido injustificadamente del mismo en el aspecto afectivo familiar durante el plazo de un año"* (Ley 19.134). Por otra parte la Ley de Legitimación Adoptiva No. 16.346 de Chile, considera abandonados *"los hijos que no hayan sido atendidos personal ni económicamente por sus padres durante los plazos mínimos de dos y cuatro años, respectivamente, señalados en el artículo 2"*. Más recientemente en el Uruguay la Ley 15.210 de 9 de noviembre de 1981 estableció normas tendientes a favorecer la integración del menor a un núcleo familiar adecuado, arbitrándose medios para que esta integración sea en primer lugar a su propia familia y, de no ser posible, a una familia sustituta.

La integración a un grupo familiar del niño abandonado o en trance de ser abandonado es la filosofía que inspira a la nueva ley; asimismo sus disposiciones tratan de garantizar el derecho de los padres biológicos del niño que ha sido confiado a la protección del Estado.

Esta ley afronta muchos de estos problemas, redefiniendo el abandono y arbitrando medidas para que la situación de los niños abandonados, principalmente de los confiados al cuidado de organismos oficiales, se dilucide rápidamente.

La Ley 15.210 mencionada viene a completar el panorama de la Ley 10.674 sobre Legitimación Adoptiva, facilitando la misma y agilitando su procedimiento. Las principales características del nuevo ordenamiento pueden resumirse en las siguientes: 1) adopción de un criterio más elástico para apreciar la situación de abandono; 2) reducción de los plazos para que se configure el abandono del niño; 3) constatación en vía administrativa de los hechos constitutivos del abandono; 4) declaración de abandono y de la pérdida de la patria potestad por decisión del organismo jurisdiccional de menores; 5) posibilidad del otorgamiento de la guarda del menor a una familia sustituta, sin pérdida de la patria potestad por parte de los padres biológicos.

III. DERECHO COMPARADO.

La adopción ha evolucionado a través del tiempo, llegando a cambiar sustancialmente en los últimos años su estructura y finalidades originarias. Recibida en la mayoría de los Códigos Civiles de

América con la misma fisonomía con que fue concebida dentro de la legislación francesa y española, mantuvo su carácter contractual y predominantemente privado durante todo el siglo XIX y parte del siglo XX.

Los primeros códigos civiles no pensaron que la adopción fuera una institución creada en interés del niño. Concebida como un contrato entre los adoptantes y el adoptado —supuestamente mayor— su objetivo radicaba en continuar una familia sin hijos.

La moderna orientación del Derecho de Menores y del Derecho de Familia consideran la adopción como una institución de protección al menor, animada con la finalidad de dotar de una familia al niño que no la tiene.

Si bien en general las legislaciones destacan su carácter proteccional y social y que deberá atender al interés del menor, se constatan por lo menos dos sistemas legales que organizan la adopción de menores sobre bases sustancialmente diferentes.

Un grupo de países (Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Perú) la regula en general siguiendo los lineamientos de la adopción clásica, respondiendo a las siguientes características: 1) predominio de la naturaleza contractual, aún cuando se prevé la intervención judicial para homologar; 2) no existe incorporación total del adoptado a su familia adoptiva, quedando subsistente los vínculos con su familia natural; 3) posibilidad de mutuo disenso o revocación de la adopción.

Otro grupo de países (Argentina, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Chile, República Dominicana, Uruguay y Venezuela) junto a la adopción clásica, organizan bajo denominaciones diferentes un tipo de adopción destinada a cumplir en forma más cabal los objetivos actuales de la institución, cual es proteger a la infancia abandonada, mediante su incorporación definitiva a una familia estable. Bajo los nombres de "legitimación adoptiva" (Chile y Uruguay), "adopción plena" (Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica y Venezuela), "adopción privilegiada" (República Dominicana), o "arrogación de hijos" (Bolivia), estas legislaciones organizan una forma de adopción que establece un símil con la filiación y reservándola solamente en favor de niños abandonados, huérfanos de padre y madre e hijos de padres desconocidos, es decir, situaciones de menores desamparados.

Sus características principales son: 1) naturaleza institucional del vínculo, formándose el mis-

mo a través de un procedimiento judicial; 2) incorporación definitiva del menor a la nueva familia, asimilándose al hijo nacido de matrimonio; 3) no revocabilidad del vínculo de adopción.

Este último sistema consulta los verdaderos objetivos de la institución y es la orientación de la más moderna legislación. La adopción bajo cualquiera de las modalidades conocidas, debería destinarse solamente a menores de corta edad, solución que viene siendo acogida por algunos países (Bolivia, Brasil y República Dominicana).

Respecto de la Legitimación Adoptiva —que se mantiene todavía en algunos países americanos como Chile y Uruguay— debe destacarse que en su momento sufrió una evolución contradictoria. Mientras en América se encontraba en auge, en Europa entraba en crisis. Francia, que fue la inspiradora del Instituto al organizarla por primera vez en su Código de la Familia de 1939, volvió sobre sus pasos reorganizando la institución por una ley de 1966 y por la cual eliminó la denominación de Legitimación Adoptiva, sustituyéndola por la Adopción Plena. Algo parecido está aconteciendo actualmente en el panorama de la legislación americana.

IV. ADOPCIONES INTERNACIONALES O ENTRE PAISES.

1. Generalidades.

Como expresáramos al principio la institución de la adopción de niños no ha escapado a las transformaciones que se han venido operando en el derecho de familia. Sin embargo, a los naturales cambios que ésta experimenta a nivel interno, se agregan hoy problemas especiales que la misma presenta por el auge creciente de las adopciones internacionales, lo cual es motivo de preocupación de los gobiernos, de los organismos internacionales e instituciones privadas.

No se puede hablar de la situación actual y de las tendencias que se perfilan en el campo de la adopción internacional sin hacer referencia a algunas reuniones convocadas por las Naciones Unidas, como el Seminario Europeo sobre Adopción entre Países, que tuvo lugar en Leysin (Suiza) en 1960 y, más recientemente, las conclusiones del Grupo de Expertos reunido en diciembre de 1978 en Ginebra.

En el seminario de Leysin, expertos en un gran número de países elaboraron una serie de

principios que han ejercido influencia en la evolución de los procedimientos sobre adopción vigentes hasta ahora. Luego de considerar a la adopción como el método más adecuado para que un niño privado de su familia natural encuentre una vida de familia, recomienda que dentro de lo posible *"la elección de los adoptantes recaiga en una pareja del país del niño"*.

Más recientemente, la reunión de Ginebra, a la luz de una mayor experiencia en el campo de las adopciones internacionales, elaboró un proyecto de Declaración sobre los principios sociales y jurídicos en materia de adopción y de colocación en hogares de guarda en los planos nacional e internacional.

La adopción internacional o "adopción entre países" se configura cuando los adoptantes y los niños no tienen la misma nacionalidad y en la cual el domicilio habitual de los adoptantes y el del niño se encuentran en países diferentes.

Desde finales de la segunda guerra mundial, la emigración de niños con vistas a la adopción se ha hecho general de Europa a los Estados Unidos y de un país europeo a otro. En su momento para muchos niños esto representó una solución excelente para sus problemas.

Actualmente países desarrollados, altamente industrializados y de baja natalidad se interesan por incorporar niños en adopción provenientes de países en vías de desarrollo y de alta natalidad, donde el problema de la infancia abandonada adquiere dimensiones importantes. A menudo en estos países los mecanismos de integración a un hogar sustituto se encuentran poco desarrollados y la adopción internacional puede presentarse como una solución.

Indudablemente que la solución de la adopción del niño en el extranjero debe encararse como una solución de alternativa. La solución ideal para el niño es permanecer en el seno de su familia biológica, cuando la misma está en condiciones de dispensarle seguridad afectiva y condiciones de vida razonables. Si el niño es obligado a dejar su familia biológica, es necesario ante todo agotar las posibilidades para que sea adoptado en su país de origen. En defecto de esta posibilidad la adopción internacional puede presentarse como una solución.

La Declaración Universal de los Derechos del Niño, si bien no establece claramente el derecho del niño a tener una familia —que para nosotros constituye un derecho fundamental— enfatiza en el Principio 6 que el niño debe crecer y desarrollar-

se bajo la responsabilidad de sus padres y siempre en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material. El Estado y la comunidad tienen la obligación de arbitrar las medidas necesarias para que el niño privado de familia disfrute de un ambiente familiar a través de un hogar sustituto, y en la imposibilidad de cumplir con esta responsabilidad, no es aventurado afirmar que esta obligación, en última instancia puede ser satisfecha por la comunidad internacional.

La adopción entre países hoy en día no sólo presenta dificultades en el orden normativo, en muchos casos los problemas que se suscitan son de tipo sociocultural, quizás estos últimos más importantes que los primeros.

2. Derecho Internacional Privado.

La realidad muestra que en los últimos años ha habido un perfeccionamiento acentuado de la legislación sobre adopción en su faz interna. La legislación se ha acomodado a la nueva filosofía que inspira esta institución: dotar de una familia al niño que carece de ella, garantizando una total integración del niño a su nuevo hogar. Las leyes sobre adopción de los diversos países se han modificado adaptándolas a los cambios sociales y a las nuevas orientaciones en la materia.

No sucede lo mismo en el ámbito internacional. La adopción entre países constituye una nueva fenomenología que prácticamente ha desbordado el marco legal existente, siendo cada día mayor las lagunas y colisiones.

Cuando la adopción se cumple a nivel internacional da origen a una relación jurídica extranacional. Señala Alfonsín que la relación jurídica es nacional cuando todos sus elementos son nacionales, afectan únicamente a una sola sociedad y carecen de elementos foráneos. Es extranacional cuando, debido a la interpretación social, una relación jurídica no tiene todos sus elementos nacionales y afecta a más de una sociedad nacional (3).

Una adopción internacional pone muchas veces en colisión leyes de diversos países, ya que los padres naturales, el niño y los adoptantes se encuentran sometidos a estatutos jurídicos diversos. Una adopción legalmente pronunciada de acuerdo a la legislación de un país y que otorga determinado estado civil al niño, puede no tener la misma eficacia en su país de origen, donde quizás detente un estado civil distinto. Algunos acuerdos

y convenciones internacionales han tratado de solucionar estos conflictos de leyes.

Desde el punto de vista jurídico, las garantías deseables son las siguientes: 1) Determinar las autoridades competentes, la ley que deben aplicar y fijar el procedimiento; 2) asegurar el reconocimiento de la adopción en los países interesados; 3) Impedir que se concedan autorizaciones de adopción sin las necesarias precauciones.

En Europa y América Latina han habido intentos de solucionar estos conflictos de leyes y, particularmente en Europa, por ser más recientes estos esfuerzos, cobra mayor interés su conocimiento.

A. EUROPA.

Los acuerdos internacionales en la materia han seguido dos vías:

A. 1. Sistema de la Convención de La Haya.

La Convención intenta eliminar el conflicto de leyes, indicando la ley aplicable cuando personas de distintas nacionalidades intervienen en un proceso de adopción y se hallan domiciliadas en países diferentes. Del punto de vista jurídico trata de llegar a un compromiso entre los Estados firmantes, especialmente en lo que se relaciona con la legislación aplicable en la adopción, bajo dos principios diferentes: el principio de la nacionalidad y principio del domicilio. El sistema de la nacionalidad prevalece en muchos Estados de Europa continental, mientras que el del domicilio rige en los países anglosajones, en países latinoamericanos, en algunos Estados escandinavos y en Suiza. La Convención para expresar el concepto de "domicilio", usa el término "residencia habitual".

Autoridad competente. Son competentes para pronunciarse en una adopción las autoridades del país de residencia habitual del adoptante o de los esposos adoptantes (art. 3, inc. a) o las autoridades del país de la nacionalidad del adoptante o de los esposos adoptantes (art. 3, inc. b). La Convención no es aplicable cuando los adoptantes no tienen la misma nacionalidad ni su residencia habitual en el mismo Estado contratante (art. 2, inc. a).

La Convención obliga a la autoridad que es competente para pronunciar la adopción a hacerlo solamente cuando sea conforme al interés del niño (art. 6).

(3) ALFONSIN, Quintín. *Teoría del Derecho Privado Internacional*, Montevideo, 1955.

Ley aplicable. En cuanto a la ley aplicable la Convención se inclina en principio por la ley interna del país a que pertenecen las autoridades encargadas de pronunciar la adopción (art. 4, ap.1). Sin embargo, se hace aquí una concesión al principio de la nacionalidad. Las autoridades de la residencia habitual de los adoptantes deberán, de acuerdo a los arts. 4, ap. 2 y el 13, respetar además de sus leyes, algunas disposiciones de la ley nacional del adoptante o de los esposos adoptantes cuando el Estado de que son nacionales, en el momento de la firma o ratificación de la Convención hayan hecho alguna declaración especificando prohibiciones para la adopción que estén ya señaladas por su ley interna.

Reconocimiento de las adopciones. De acuerdo a la Convención las adopciones pronunciadas por una autoridad competente y que caigan en el campo de aplicación de la misma, deben ser reconocidas de pleno derecho por todos los Estados contratantes (art. 8). Este reconocimiento significa que en todos los Estados ligados por la Convención, al niño se le considera sin reservas como hijo adoptivo del o de los adoptantes.

A. 2. Sistema de la Convención Europea sobre Adopción de Niños. Instrumento elaborado por el Consejo de Europa en 1967 y cuyo objetivo es armonizar las legislaciones nacionales en materia de adopción de sus países miembros con los principios mínimos contenidos en la Convención. Los firmantes de la Convención se obligan a revisar su legislación para ajustarla a las reglas elaboradas conjuntamente.

Se destacan como principios mínimos y esenciales en esta Convención, los siguientes: a) aplicable solo a menores que en el momento de solicitarse la adopción no hayan cumplido 18 años, sean solteros y no se reputen mayores; b) consentimiento de los padres o de la entidad responsable del menor; c) consentimiento de la madre sólo se considera válido después de seis semanas del parto; d) permisión de adopción solo a personas unidas en matrimonio o por una persona sucesivamente; e) permisión en algunos casos de adopciones sucesivas; f) la edad del adoptante no debe ser inferior a 21 años ni sobrepasar los 35 años; g) la adopción sólo se pronunciará cuando ofrezca interés al niño y previa información sobre los adoptantes, el niño y su familia; h) la diferencia de edad entre adoptantes y adoptado no será inferior a la que separa

ordinariamente a los padres de los hijos; i) asimilación del adoptado al hijo legítimo en cuanto a derechos y obligaciones; j) adquisición del apellido del adoptante por parte del adoptado; k) adquisición de la nacionalidad del adoptante por el adoptado; ejem. la presencia de hijos no es obstáculo para adoptar.

B. AMERICA LATINA.

1. Tratados de Montevideo de 1940 y Código Bustamante. El Derecho Internacional Privado de carácter convencional en América Latina está representado por los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 y por el Código Bustamante de 1928.

La regulación en la materia de adopción, si bien puede prestar cierta utilidad, alcanza a las adopciones que eventualmente puedan practicarse entre personas pertenecientes a los países partes de estas convenciones, países latinoamericanos. Sin embargo, como hemos visto, la práctica actual de las adopciones que interesan y son motivo de preocupación, se orientan en otro sentido: adoptantes provenientes de países europeos que se interesan en incorporar niños de países latinoamericanos o de países del tercer mundo. Estas adopciones, que conforman la mayor parte de las que tienen lugar en Latinoamérica, no caen bajo las previsiones de las convenciones citadas.

El Tratado de Derecho Civil de 1940 —vigente entre tres países— dedica a la cuestión apenas dos artículos: disponiendo que la adopción, en cuanto atañe a la capacidad de las personas, condiciones, limitaciones y efectos, se rige por las leyes de los domicilios de las partes en cuanto sean concordantes; las demás relaciones jurídicas concernientes a las partes se rigen por las leyes a que cada una de éstas se halle sometida (arts. 23 y 24).

El Código Bustamante, como es sabido, puso de manifiesto la rivalidad existente entre los países partidarios del sistema de la nacionalidad y del sistema del domicilio, propiciando una fórmula de transición a través de su artículo 7 *"Cada Estado contratante aplicará como leyes personales la del domicilio, las de la nacionalidad o las que haya adoptado o adopte en lo adelante su legislación interior"*, lo que lejos de solucionar un conflicto de leyes dejaba a cada Estado en libertad para aplicar la ley que quisiera.

El Código establece que la capacidad para adoptar y ser adoptado y las condiciones y limitaciones de la adopción se sujetan a la ley personal de cada uno de los interesados (art. 73).

2. Normas unilaterales del Derecho Internacional Privado. En la búsqueda de soluciones por otras vías cabe emitir reglas de derecho internacional privado en las propias leyes nacionales sobre adopción, caso de la ley de Argentina. De acuerdo con esta ley: "La situación jurídica, los derechos y deberes de adoptantes y adoptados entre sí, se regirán por la ley del domicilio del adoptado al tiempo de la adopción, cuando ésta hubiere sido conferida en el extranjero" (art. 32 de Ley 19.134). Desde luego que pueden crearse conflictos por las diferencias entre las normas de la ley del adoptado y de la ley del adoptante.

3. Dificultades específicas. La unificación jurídica, en su sentido técnico actual, se ha definido como el resultado del esfuerzo conjunto de ciertos grupos de estados que tienden a realizar una uniformidad de reglamentación en materias determinadas, a impulso de necesidades prácticas y con vistas a facilitar el desarrollo de las relaciones internacionales. Sin embargo, no todas las materias se prestan igualmente a la unificación. Hay ciertas ramas del derecho privado, como el derecho de las obligaciones o el mercantil, en las que la unificación de ciertas materias es más factible. Con el Derecho de Familia no ocurre lo mismo y existen algunas dificultades específicas que se oponen o demoran su integración.

El Derecho de Familia, por sus características especiales (como son el fondo ético de sus instituciones y primacía de lo personal sobre lo patrimonial), se apoya más que otras disciplinas jurídicas en consideraciones morales e ideológicas. Las tradiciones, las costumbres, el sistema de valores imperante en un país, son factores que influyen en la regulación positiva de su derecho de familia.

Hacemos mención a esta circunstancia porque la adopción como institución del derecho de familia puede encontrar dificultades de este género en el terreno de su unificación supranacional.

4. Esfuerzos internacionales. Tanto en la órbita de Naciones Unidas, como de la Organización

de los Estados Americanos se han efectuado estudios sobre el tema de la adopción entre países y promovido reuniones de expertos tendientes a lograr una actualización del derecho internacional imperante en la materia que consulte más adecuadamente las características actuales de esta problemática.

En este sentido constituye un documento valioso el Proyecto de Declaración sobre los principios sociales y jurídicos en materia de adopción y de colaboración en hogares de guarda en los planos nacional e internacional, preparado por el Grupo de Expertos de Naciones Unidas reunido en Ginebra en diciembre de 1978.

La OEA no ha quedado ajena a los esfuerzos internacionales que se vienen desplegando en pro de la sanción de nuevas normas supranacionales que tienden a la reorganización y unificación del derecho internacional público y del derecho internacional privado en América Latina. Basta recordar los estudios y la labor legislativa que a nivel continental vienen impulsando el Comité Jurídico Interamericano y la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA.

Es de resaltar en esta tarea de unificación y creación de un nuevo ordenamiento jurídico de derecho internacional los esfuerzos realizados por la OEA a través de sus Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado, celebradas en Panamá y Montevideo, cuyas convenciones vienen siendo ratificadas por los países americanos, incluido Uruguay.

Por último, y con relación al tema de la adopción, la Asamblea General de la OEA en sus reuniones de 1980 y 1981, resolvió respectivamente, que se incluya en el temario de la próxima Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP III) el tema de la adopción de menores —único tema de derecho de familia que abordará—, apoyando también el programa del Instituto Interamericano del Niño de convocar a una reunión para tratar el tema y cuyos resultados podrán servir de base para las deliberaciones de la CIDIP III.