

La protección internacional de las familias y la niñez en el Código Civil y Comercial de la Nación argentina

Nieve Rubaja*

AMDIPC, 2023, No. 5, pp. 327-344

Resumen

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación argentina ha incorporado disposiciones relativas tanto a aspectos generales del Derecho internacional privado como a áreas específicas, entre ellas al domicilio de la persona humana, al matrimonio, a las uniones convivenciales, a los alimentos, a la filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida, a la adopción internacional, a la responsabilidad parental y figuras de protección y a la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes. Este trabajo presenta las principales disposiciones de Derecho internacional privado contenidas en ese Código relativas a las familias y la niñez, tomando muy en cuenta la protección de los derechos humanos y el interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

Abstract

The new Civil and Commercial Code of Argentina contains rules on general aspects as well as on specific areas of Private international law, such as domicile of individuals, marriage, de facto marriages, child support, filiation by nature and by assisted human reproduction techniques, international adoption, parental responsibility and protection, and international restitution of children and adolescents. This paper introduces the main provisions of that Code relating to families and children, with a special emphasis on the protection of human rights and the best interests of children and adolescents.

Palabras clave

Derecho de familia. Niños. Adolescentes. Derecho internacional privado. Código Civil y Comercial. Argentina.

Keywords

Family Law. Children. Adolescents. Private International Law. Civil and Commercial Code. Argentina.

Sumario

Introducción. I. El sistema de Derecho internacional privado argentino. La prelación de fuentes y la sistematización que ofrece el Código Civil y Comercial de la Nación en sus disposiciones de Derecho internacional privado. II. Diálogo de fuentes entre las disposiciones de Derecho internacional privado del Código Civil y Comercio de la Nación y los tratados de derechos humanos. A. Capítulo 1, arts. 2594 a 2600. Disposiciones generales. B. Capítulo 2, arts. 2601 a 2612. Jurisdicción internacional. III. Persona humana. IV. Matrimonio y uniones convivenciales.

* Abogada y Especialista en Derecho de Familia de la Universidad de Buenos Aires. Profesora Adjunta de Derecho internacional privado en la Universidad Nacional de Avellaneda y Adjunta en la Universidad de Buenos Aires. Profesora de posgrado de las Universidades de Buenos Aires, Nacional del Litoral y Nacional del Sur. Profesora de Derecho internacional privado de la familia en la Maestría de Derecho Internacional de la Universidad de La Sabana (Colombia). Miembro de la Comisión Asesora del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina en materia de Derecho internacional privado (2019-2021). Vice-presidenta Académica de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP). Miembro del Grupo de Expertos en materia de reconocimiento y ejecución de acuerdos transfronterizos en disputas familiares que involucren niños y del Grupo de Expertos sobre filiación/maternidad subrogada, ambos de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

A. Matrimonio. B. Uniones convivenciales. V. Derecho internacional privado de la niñez. A. Perspectiva sustancial. B. Perspectiva procesal. VI. Algunas reflexiones.

Introducción

A nivel global, y cada día con mayor habitualidad, nos encontramos frente a casos de familia que toman contacto con más de un ordenamiento jurídico. Se advierte así que la protección de las familias en este contexto resulta inexorable y es por ello por lo que las regulaciones más modernas han incorporado disposiciones que regulan temáticas/cuestiones propias del Derecho internacional privado (“DIPr”) de las familias. La regulación introducida por el Código Civil y Comercial de la Nación argentina (“CCyCN”) ha incorporado disposiciones relativas tanto a aspectos generales del DIPr como a áreas específicas, entre ellas al domicilio de la persona humana, al matrimonio, a las uniones convivenciales, a los alimentos, a la filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida, a la adopción internacional, a la responsabilidad parental y figuras de protección y a la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes (“NNA”).

En este capítulo procuraremos presentar las disposiciones del CCyCN que se ponen en juego en casos con elementos extranjeros. Para ello, en primer lugar, presentaremos el esquema que propone el sistema de DIPr argentino para razonar los casos de la materia, atendiendo a la obligada prelación normativa que impone la Constitución Nacional y al diálogo de fuentes entre las propias disposiciones de DIPr, pero fundamentalmente con los tratados de derechos humanos. Luego, presentaremos las principales disposiciones contenidas en el CCyCN en relación al DIPr de las familias y de la niñez, sin ánimos de exhaustividad.

Ello nos permitirá advertir el impacto de la protección de los derechos humanos en el sistema, la protección de las variadas formas familiares y cómo los recursos que ofrece el DIPr fueron tomados por en aras de perseguir soluciones justas en este campo y que atiendan especialmente al interés superior de NNA.

I. El sistema de Derecho internacional privado argentino. La prelación de fuentes y la sistematización que ofrece el Código Civil y Comercial de la Nación en sus disposiciones de Derecho internacional privado

Es necesario recordar que el ordenamiento jurídico argentino se erige sobre la prelación normativa establecida constitucionalmente. Es decir, la Constitución Nacional (reformada en el año 1994) establece una jerarquía normativa que queda plasmada en su artículo 75 inciso 22. Esta disposición consagra expresamente la jerarquía suprallegal de los tratados internacionales —entre ellos aquéllos que poseen disposiciones de DIPr—, en consonancia con lo previsto por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y siguiendo los lineamientos que ya

venía señalando la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹. Además, se establece que los tratados de derechos humanos que allí se enuncian poseen jerarquía constitucional e integran, junto con la Constitución Nacional, el conocido “bloque de constitucionalidad”.

Esta última circunstancia ha repercutido en la constitucionalización del Derecho privado (y, por supuesto del DIPr). En efecto, se observa que los derechos humanos y los estándares interpretativos elaborados en torno a ellos —en especial los que provienen del sistema interamericano de protección de los derechos humanos— han tenido un importante impacto en la reforma del CCyCN. Además, cobran protagonismo en la labor de los tribunales nacionales en la resolución de casos de la materia. A modo de ejemplo, cabe aludir a las fuentes que expresamente contemplan el derecho fundamental a contraer matrimonio y a formar una familia, entre ellos, la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 16 y 25), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 17), la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (arts. 6 y 7), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 23.2), el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 16).

De estas fuentes puede inferirse la consagración de la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad, que tiene derecho a la protección del Estado. Asimismo, la Constitución Nacional contempla este derecho en el párrafo 3 del artículo 14 bis. En igual inteligencia cobrarán relevancia los derechos expresamente reconocidos a NNA en la Convención sobre los derechos del niño, entre ellos y en situaciones internacionales, los artículos 9, 10 y 11 especialmente en casos de sustracción internacional de NNA; los arts. 9 y 10 en casos de responsabilidad parental; los arts. 7, 8, 20, 21 en casos de adopción internacional; el artículo 27.4 en casos de cobro internacional de alimentos; el artículo 35 en casos de tráfico internacional de NNA; entre otros².

Al momento de resolver un caso que toma contacto con más de un ordenamiento jurídico, la prelación normativa implica que primero se deberá establecer si entre los Estados conectados con el caso se encuentra en vigor algún tratado internacional y si el caso se encuentra comprendido dentro de su ámbito de aplicación material, personal, espacial y temporal³, sobre todo si se tiene en cuenta que la Argentina es parte en numerosos tratados de DIPr que abordan

¹ CSJN, 7 de julio de 1992 (*Ekmedjian, Miguel Ángel c/Sofovich, Gerardo y otros*); CSJN, 7 de julio de 1993 (*Fibrica Constructora S.C.A. c/Comisión Técnica Mixta de Salto Grande*); CSJN, 13 de octubre de 1994 (*Cafés La Virginia s/apelación*), todos disponibles en: <https://bit.ly/3McwWDL>.

² Para ampliar ver Rubaja, Nieve, La protección de los derechos del niño en las fuentes de derecho internacional privado, en: M. Herrera / A. Gil / L. Giosa (dirs.), *Avances, críticas y desafíos de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes a 30 años de la Convención sobre los Derechos del Niño*, Buenos Aires, Ediar, 2019, pp. 115-138.

³ Véase, Noodt Taquela, María Blanca, Cuándo deben aplicarse los tratados de Derecho internacional privado, en: *La Ley*, 14 de marzo de 2018, p. 1, AR/DOC/449/2018.

cuestiones de familia⁴. En defecto de una fuente internacional aplicable al caso, deberán consultarse las disposiciones de DIPr del CCyCN contenidas en el Título IV del Libro VI, que constituyen fuente interna o autónoma de DIPr en el ordenamiento jurídico argentino.

En el aludido título del CCyCN se han incorporado, por primera vez, de manera sistematizada las disposiciones de DIPr que hasta entonces se encontraban desperdigadas por el ordenamiento jurídico y con importantes lagunas, especialmente en lo relativo a las cuestiones del DIPr de la niñez. Si bien hay algunas materias que conservan una regulación especial, es destacable el aporte que implica que se encuentren organizadas, reunidas y ordenadas en el mismo cuerpo legal que regula las relaciones privadas en nuestro ordenamiento jurídico. Con una terminología clara y accesible, se ha buscado dar respuesta a los problemas que generan el abordaje y la búsqueda de soluciones de los casos con elementos extranjeros, principalmente en el sector de la jurisdicción internacional y del derecho aplicable. No se han incorporado normas relativas al reconocimiento y ejecución de sentencias, lo que ha sido considerado como una lamentable pérdida de la oportunidad por gran parte de la doctrina, por lo que esta cuestión queda regulada por los códigos procesales de cada una de las provincias de nuestro país⁵. Los dos primeros capítulos del Título se han ocupado de los aspectos generales en torno a los sectores del derecho aplicable y de la jurisdicción internacional respectivamente (en el segundo capítulo se incorporan algunas cuestiones relativas a la cooperación internacional), luego en el Capítulo 3 se ha procurado ofrecer soluciones relativas a la parte especial de la materia para variados problemas del derecho privado cuando la situación toma contacto con más de un ordenamiento jurídico; entre ellas, en las Secciones 1 a 8 se abordan aspectos relativos al DIPr de las familias y de las personas.

La técnica legislativa ha sacado provecho de la pluralidad normativa y metodológica que ofrece el DIPr, destacándose la orientación material que presentan muchas de sus normas a los fines de proteger y garantizar los derechos humanos que se ponen en juego en cada situación regulada⁶. Además, resulta destacable la amplia apertura de jurisdicción en cada temática y la incorporación de la figura del foro de necesidad para concretar el acceso a la justicia como todos los otros derechos que éste trae concatenado. En tal sentido, sólo se recurre limitadamente a la figura de la jurisdicción exclusiva, por ejemplo, en materia de adopción internacional como se verá más adelante. Si bien, tal como hemos adelantado, el CCyCN no contiene normas

⁴ Resultan particularmente útiles a tales efectos los sitios: <https://tratados.cancilleria.gob.ar>; <https://www.oas.org>; <https://www.hcch.net/>; <https://www.mercosur.int/>

⁵ No obstante, cabe destacar que el CCyCN se ha ocupado de la inserción de situaciones creadas en el extranjero al incluir en forma explícita en la fuente interna ciertas normas llamadas de “reconocimiento” cuya verdadera naturaleza es la de normas de “conflicto de sistemas” (véanse arts. 2634, 2637 y 2640). Najurieta, María Susana, Principios y caracteres del Derecho internacional privado de la infancia con especial referencia las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación, en: *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 2015, No. 41, Año 93, p. 148.

⁶ Conforme se expresó en los Fundamentos de la reforma “las soluciones aportadas están inspiradas e impregnadas por el derecho internacional de los derechos humanos”.

relativas al reconocimiento y ejecución de sentencias, resulta una gran innovación la incorporación de normas de reconocimiento o inserción de institutos o situaciones creadas al amparo del derecho extranjero con especial ponderación del interés superior de NNA en cada caso⁷. De este modo, la normativa aporta la previsibilidad y seguridad jurídica necesarias en una materia que, en principio, no resulta disponible para la autonomía de la voluntad de las partes pero procurando cierta flexibilidad en el caso concreto como para materializar los derechos de los sujetos de que se trate.

II. Diálogo de fuentes entre las disposiciones de Derecho internacional privado del Código Civil y Comercial de la Nación y los tratados de derechos humanos

Tal como hemos adelantado, la constitucionalización del derecho privado, el “bloque de constitucionalidad” y especialmente los artículos 1 y 2 del CCyCN⁸ invitan a un diálogo de fuentes entre las disposiciones del CCyCN que regulen en concreto el problema a resolver (ej. filiación, alimentos, etc.) y los derechos humanos consagrados en la Constitución Nacional y en los tratados de derechos humanos en la búsqueda de una justa solución al caso con elementos extranjeros.

Sumado a ello, deberá también atenderse al diálogo que se produzca entre las disposiciones del CCyCN que regulen el problema concreto (nótese que tales disposiciones en general resuelven la cuestión de la jurisdicción y del derecho aplicable en cada tema, por ejemplo en materia de divorcio el artículo 2621 resuelve el interrogante en torno a la jurisdicción internacional y el artículo 2626 el problema respecto al derecho aplicable) y las disposiciones de los Capítulos 1 y 2 del Título que refieren a cuestiones generales correspondientes a los sectores del derecho aplicable y de la jurisdicción internacional. Las disposiciones de estos Capítulos se tornarán claves al momento de razonar cada caso conforme lo establece la lógica de la disciplina; por lo tanto, se mantendrá un diálogo necesario entre éstas y las disposiciones de la parte

⁷ Así, en los Fundamentos se explica que el hecho de conectar distintos ordenamientos jurídicos y la metodología empleada impone una actitud particular al juez que debe asumir el esfuerzo de la interpretación y de la argumentación y que ello obliga a una lógica del razonamiento distinta a la que se desarrolla generalmente frente al ordenamiento material propio. En definitiva, se ha procurado facilitar la aplicación del sistema jurídico iusprivatista internacional al operador jurídico y a los magistrados, y respetar su carácter de sistema normativo dentro del orden jurídico que integra.

En similar inteligencia la regulación uruguaya contempla esta figura en el art. 9 cuando dispone “(Derechos adquiridos).- Una relación jurídica válidamente constituida en un Estado extranjero, de conformidad con el derecho de ese Estado, debe ser reconocida en la República siempre que al momento de su creación haya tenido una conexión relevante con ese Estado y no sea contraria al orden público internacional de la República”. Nótese que el Código cubano recoge esta impronta en relación en el art. 470 cuando regula el reconocimiento de la adopción constituida en el extranjero y en el art. 473.2. en relación a figuras de protección regularmente constituidas según el derecho extranjero. Ver también el art. 5 de la Ley venezolana de Derecho Internacional Privado.

⁸ Art. 1. Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho. Art. 2. Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

especial. Ello podría ofrecer ciertas herramientas que brinden flexibilidad al razonamiento de DIPr y que faciliten la concreción de los derechos en juego. Por ello, pasaremos revista de algunas de las cuestiones que abordan estos capítulos (1 y 2) de modo general para todos los casos de DIPr sin ánimos de exhaustividad.

A. Capítulo 1, artículos 2594 a 2600. Disposiciones generales

Este capítulo contiene normas sobre la aplicación del derecho del extranjero y su interpretación (art. 2595 inc. a y b)⁹, la armonización o adaptación frente a la pluralidad de derechos aplicables a un supuesto (art. 2595 inc. c), la figura del posible reenvío al que puede conducir la aplicación de una norma de conflicto (art. 2596) y la posibilidad de recurrir a la cláusula de excepción como un mecanismo flexibilizador del razonamiento rígido y abstracto al que pueden conducir las normas de conflicto (art. 2597). Asimismo, contiene disposiciones relativas al fraude a la ley (art. 2598), a las normas internacionalmente imperativas (art. 2599) y, finalmente, al orden público internacional (art. 2600).

B. Capítulo 2, artículos 2601 a 2612. Jurisdicción internacional

Entre estas disposiciones mencionaremos: i) la inclusión del “foro de necesidad” para aquéllos casos en que el Código no atribuyan jurisdicción internacional a los tribunales argentinos, autorizando la intervención de los tribunales nacionales, de modo excepcional, con la finalidad de evitar la denegación de justicia y siempre que no sea razonable exigir la iniciación de la demanda en el extranjero bajo las condiciones de que la situación presente contacto suficiente con el país, se garantice el derecho de defensa en juicio y se atienda a la conveniencia de lograr una sentencia eficaz (art. 2602); ii) jurisdicción internacional de tribunales argentinos para dictar / ejecutar medidas provisionales y cautelares (art. 2603); iii) recepción del foro general de la parte demandada —del domicilio o residencia habitual— (art. 2608); iv) determinación de la jurisdicción exclusiva de los tribunales argentinos en las siguientes materias: a) derechos reales sobre inmuebles situados en la Argentina b) nulidad y validez de las inscripciones practicadas en un registro público argentino y c) inscripciones o validez de patentes, marcas, diseños, etc. en las condiciones allí dispuestas; v) el artículo 2611 recepta expresamente el principio de cooperación jurisdiccional indicando que los tribunales argentinos deben brindar amplia cooperación en materia civil, comercial y laboral; vi) el artículo 2612 se refiere a la asistencia procesal internacional y establece en su primer párrafo que, sin perjuicio de las obligaciones asumidas por convencionales internacionales, las comunicaciones dirigidas a autoridades extranjeras debe hacerse mediante exhorto. Y, agrega en su segundo párrafo, una importante disposición para temas de DIPr de Familia puesto que admite que “cuando la situación lo requiera,

⁹ Recogiendo la conocida “teoría del uso jurídico”.

los jueces argentinos estarán facultados para establecer comunicaciones judiciales directas con jueces extranjeros que acepten la práctica, en tanto se respeten las garantías del debido proceso”.

Entendemos que esta vía se encontraba habilitada en la legislación anterior, pero celebramos su inclusión en la legislación a los fines de que el recurso sea utilizado con mayores certezas y tomando las garantías necesarias¹⁰. El artículo concluye imponiendo el cumplimiento de medidas de mero trámite y probatorias solicitadas por autoridades jurisdiccionales extranjeras mientras no afecten el orden público internacional argentino. Además, se establece su tramitación de oficio y sin demoras

III. Persona humana

La Sección 1º del Capítulo 3 refiere a las personas humanas. Allí se definen o califican las categorías domicilio y residencia habitual “a los fines del DIPr” (art. 2613). Así, se determina que el domicilio se encuentra en el Estado en que la persona humana reside con la intención de establecerse en él; mientras que la residencia habitual se encuentra en el Estado en que la persona humana vive y establece vínculos durables por un tiempo prolongado.

En esta Sección, además, se define el domicilio de las personas menores de edad, considerando que se encuentra en el país del domicilio de quienes ejercen la responsabilidad parental y si el ejercicio es plural y los titulares se domicilian en Estados diferentes, las personas menores de edad se consideran domiciliadas donde tienen su residencia habitual (art. 2614)¹¹. Esto resulta apropiado desde un enfoque infocéntrico, a la vez que tiene en cuenta que cada vez son más los/las NNA cuyos progenitores/as se domicilian en distintos Estados. Además, se determina que los/las NNA sustraídos/as o retenidos/as ilícitamente no adquieren el domicilio del lugar al que hubieran sido desplazados/as (art. 2614). También se hace referencia al domicilio de las personas incapaces, considerando como tal el de su lugar de residencia habitual (art. 2615)¹².

Además, se determina que la capacidad de la persona humana se rige por el derecho de su domicilio y que el cambio de domicilio no afecta su capacidad (art. 2617). El nombre se somete al derecho del domicilio de la persona al tiempo de su imposición, aunque su cambio se rige por el derecho del domicilio de la persona al momento de requerirlo (art. 2618). Finalmente, se establecen directivas en relación a la jurisdicción y al derecho aplicable en materia de ausencia y presunción de fallecimiento (arts. 2619/20).

¹⁰ Rubaja Nieve, La estabilidad del niño y de los vínculos con sus progenitores luego de emitida la orden de restitución. Recursos judiciales disponibles, en: *Revista de Derecho de Familia*, 2013, No. 59, pp. 99-110.

¹¹ Esta previsión resulta novedosa puesto que en la legislación anterior sólo se contemplaba la posibilidad de que los titulares vivan en el mismo Estado (art. 89.6. CC).

¹² También esta previsión resulta novedosa puesto que el art. 89.6 CC entendía que el domicilio en estos casos se encontraba en el de quienes ejercían, respectivamente, la patria potestad, tutela o curatela.

IV. Matrimonio y uniones convivenciales

A. Matrimonio

La Sección 2ª del Capítulo 3 introduce disposiciones relativas a las problemáticas derivadas del matrimonio. La normativa reproduce casi íntegramente la regulación anterior dispuesta por Ley 23515 (que data del año 1987) y luego incorporada al Código Civil anterior; dicha regulación ya había aprovechado del pluralismo metodológico y normativo que ofrece el DIPr. Es decir que la reforma en esta materia, en principio, siguió con los lineamientos de la legislación anterior, aunque se concentraron sistemáticamente las disposiciones y se mejoraron algunos aspectos. Sin embargo, subsisten algunos desafíos e interrogantes que toman relevancia a razón del devenir actual del derecho de las familias; además, se advierte un limitado ámbito para la autonomía de la voluntad¹³. Sin perjuicio de ello, el gran cambio se observa en relación a los efectos patrimoniales del matrimonio.

Así, en materia de jurisdicción internacional para los problemas derivados del matrimonio (validez, efectos personales y patrimoniales y divorcio) se brindan dos criterios atributivos de jurisdicción —último domicilio conyugal efectivo y domicilio o residencia habitual del cónyuge demandado— (art. 2621)¹⁴. Se ofrece, además, una calificación autónoma o autárquica del término “domicilio conyugal” que será funcional para esta disposición como para las normas del sector del derecho aplicable que lo emplean como punto de conexión.

En el sector del derecho aplicable se incluyen disposiciones en relación a la validez del matrimonio —capacidad, forma, existencia y validez quedan sometidas a la ley del lugar de celebración—, al reconocimiento de matrimonios celebrados en el extranjero —con expresa referencia a los impedimentos regulados en el derecho interno¹⁵—, así como disposiciones relativas a la prueba del matrimonio (art. 2622). Se regula el matrimonio a distancia (art. 2623), se establece que el derecho aplicable a los efectos personales del matrimonio será el del domicilio conyugal efectivo (art. 2624) y al divorcio el derecho del último domicilio de los cónyuges (art. 2626).

¹³ Se advierte un mayor margen para la autonomía de la voluntad en esta materia en otros ordenamientos jurídicos, incluso de las Américas. Así, el nuevo Código de las Familias cubano —sometido a consulta popular y referendo el 25 de septiembre de 2022 y aprobado en la Asamblea General— establece en el art. 464 que ley aplicable a la disolución y extinción del matrimonio puede ser convenida por los cónyuges por documento público limitando tal opción a las alternativas que ofrece el artículo en los incisos a) a d). Luego, y en defecto del ejercicio de la autonomía de la voluntad, el art. 465 establece que en subsidio se aplica la ley del domicilio común de los cónyuges o la del último domicilio común, siempre que uno de ellos aún resida allí o, en última instancia, la Ley cubana.

¹⁴ Art. 2621 *in fine*. “Se entiende por domicilio conyugal efectivo el lugar de efectiva e indiscutida convivencia de los cónyuges”.

¹⁵ También el código cubano opta por regular la cuestión mediante una norma de policía o internacionalmente imperativa cuando en el art. 458.4 dispone: “Para el reconocimiento de un matrimonio celebrado en el extranjero se tiene en cuenta la no existencia de ninguna de las prohibiciones previstas en los artículos 205 y 206 de este Código”. En el caso del código argentino se incluyen los impedimentos del art. 575 que hace referencia a la utilización de gametos de terceros en filiaciones establecidas mediante técnicas de reproducción asistida.

Cabe advertir que en esas dos últimas disposiciones se recoge un único punto de conexión que alude al domicilio conyugal y ello puede ocasionar dificultades en la aplicación práctica. Así, hemos entendido que en el paradigma actual de las familias no todas las parejas conviven. Sumado a ello, tampoco es este un deber que actualmente impone el CCyCN —ver artículo 431.

En consecuencia, hemos aseverado que cabe preguntarse si la calificación que actualmente brinda el artículo 2621 resulta suficiente a los fines de determinar la jurisdicción internacional y/o el derecho aplicable o si podría resultar provechoso que la disposición contenga alguna calificación en subsidio —por ejemplo, si ante la falta de convivencia común pudiera tomarse como tal al domicilio o residencia habitual de cada cónyuge mientras se encuentren en el mismo Estado o al último domicilio común—, o bien que se recurra a otros puntos de conexión que funcionen de manera alternativa o subsidiaria¹⁶.

En este sentido, y en el ámbito del derecho aplicable, la circunstancia de que la legislación brinde un único punto de conexión para determinar el derecho aplicable a esta cuestión (domicilio conyugal) es susceptible de aparejar cierta dificultad en la identificación de este derecho en supuestos en que las personas que integren el matrimonio no convivan o cuando las circunstancias del caso tomen compleja tal determinación. Al respecto, hemos sostenido que la opción podría ser recurrir la lógica que emplea la cláusula de excepción contenida en el artículo 2597 y, cuando resulte manifiesto que la situación tiene lazos poco relevantes con el derecho conectado por la norma de conflicto, rastrear el derecho que presente vínculos muy estrechos con el caso, cuya aplicación resulte previsible y bajo cuyas reglas la relación conserve su validez. Otra alternativa podría proponerse recurriendo a la técnica de la adaptación entre los derechos conectados al caso (art. 2595, inc. c)¹⁷.

Es dable advertir que las legislaciones más recientes de la región toman un camino distinto en este aspecto. Así, el de las familias cubano ofrece una más variada gama de posibilidades, especialmente en el artículo 459 en el que regula la ley aplicable a las relaciones personales entre cónyuges ofreciendo además otros puntos de conexión ante la imposibilidad de determinar el domicilio conyugal, a saber: la ciudadanía común al momento de su formalización, o la ley del lugar de la formalización del matrimonio.

Por su parte, el artículo 465, y ante la falta del ejercicio de la autonomía de la voluntad para determinar el derecho aplicable al divorcio, se determina que se aplica la ley del domicilio común de los cónyuges o la del último domicilio común, siempre que uno de ellos aún resida

¹⁶ Harrington, Carolina y Nieve Rubaja, Comentarios a los artículos 2621 a 2626 del Código Civil y Comercial de la Nación, en: M. Herrera y N. de la Torre (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado con perspectiva de géneros*, Buenos Aires, Editorial Editores del Sur, en prensa.

¹⁷ *Idem*.

allí o, en última instancia, la Ley cubana. Por su parte, la nueva Ley de DIPr uruguaya¹⁸ en el artículo 24 establece que las relaciones personales entre los cónyuges se rigen por la ley del domicilio conyugal, pero que si este no existiere, dichas relaciones se rigen por la ley del Estado del último domicilio conyugal siempre que permanezca en el mismo alguno de los cónyuges. Igualmente establece que fuera de los casos anteriores, las cuestiones que se susciten sobre relaciones personales entre los cónyuges se rigen por la ley del domicilio de cualquiera de ellos. Si se produjere una controversia ante un tribunal judicial, el actor podrá optar por la ley de cualquiera de esos domicilios. En relación separación conyugal y el divorcio se regirán por la ley del domicilio conyugal; asimismo se establece que cuando los cónyuges tuvieren domicilios en Estados diferentes, la separación conyugal y el divorcio se regirán por la ley del Estado del domicilio del actor o del demandado, a opción del actor (conf. art. 25).

Al respecto reiteramos que, teniendo en cuenta que han transcurrido más de diez años del momento de elaboración de estas normas que hoy contiene el CCyCN y tomando en consideración el incesante, dinámico y progresivo cambio social que atraviesa tanto la sociedad como la concepción de las familias, resulta necesario reflexionar y debatir sobre la posibilidad de que, en una futura reforma, se incorporen puntos de conexión alternativos o subsidiarios¹⁹, para lo que la legislación comparada podría servir de inspiración.

La mayor innovación del CCyCN en este campo es la incorporación de novedosas disposiciones relativas a los efectos patrimoniales del matrimonio en el artículo 2625. En primer lugar, se admiten las convenciones matrimoniales respecto de los bienes, lo que resulta en sintonía con el derecho de fondo. Luego, se distinguen las convenciones celebradas con anterioridad al matrimonio, que se rigen por el derecho del primer domicilio conyugal, y las celebradas posteriormente, a las que se les aplica el derecho del domicilio conyugal al momento de la celebración de dicha convención. En defecto de convenciones matrimoniales, se establece que el régimen de bienes se regirá por el derecho del primer domicilio conyugal²⁰. Todas estas alternativas con la única excepción de lo que siendo de estricto carácter real esté prohibido por la ley de situación de los bienes. Finalmente, el CCyCN también admite la facultad de los cónyuges de optar por la aplicación del derecho argentino en caso de cambio de domicilio a la

¹⁸ Ley 19920, promulgación: 27 de noviembre de 2020; vigencia: 16 de diciembre de 2020.

¹⁹ Idem.

²⁰ Esta solución es la misma que preveía el art. 163 introducido por la Ley 23.515 y que ya entonces despertaba reparos en la doctrina. Se había sostenido que la elección del punto de conexión con este corte temporal resultaba inadecuada por establecer una regla para los casos anormales (cuando el fin del cambio de domicilio fuera abusivo o fraudulento por parte de uno de los/as cónyuges —en ese momento se aspiraba a proteger a la mujer frente al hombre—), mientras que, en general, la modificación del domicilio conyugal se realiza de acuerdo y sin expectativas de fraude. Este argumento ha perdido hoy su fuerza a partir de la incorporación legal de los matrimonios igualitarios. Además, subsiste el interrogante en cuanto a la posibilidad de que los/as cónyuges no hubieran convivido a lo largo de la relación. Por todo ello hemos sostenido que la elección de este único punto de conexión puede —en el caso concreto— resultar inconveniente, máxime en matrimonios de larga data o con variados cambios de domicilio. Idem.

República, mientras la voluntad sea expresada por instrumento público, y no se afecten derechos de terceros.

Pese a la novedad, diversos aspectos han sido señalados en cuanto a la regulación. En tal sentido, hemos sostenido que la nueva propuesta resulta apropiada porque responde al paradigma actual de derechos humanos y de las familias en las que toma protagonismo el derecho la autonomía personal de modo coherente con la apertura que propone el derecho de fondo²¹.

Asimismo, cabe advertir que la nueva regulación permite cierta mutación del régimen que rige los efectos patrimoniales del matrimonio. Sin embargo, si se compara por ejemplo con la nueva regulación cubana, a simple vista se advierte que el ámbito cedido a la autonomía de la voluntad puede ser mucho mayor en la medida que se admite que las partes pacten el derecho a aplicar entre las tres opciones que brinda el artículo 460²². Incluso la opción que se brinda en subsidio²³ —ley del domicilio conyugal y, a falta de este, la ley del último domicilio conyugal, la de la ciudadanía común al momento de su formalización, o la del lugar de la formalización del matrimonio— responde con mayor proximidad y variedad de alternativas a la cuestión a atender.

B. Uniones convivenciales

Esta figura recoge una realidad que se vislumbraba históricamente a nivel global. Es sabido que en el derecho comparado los distintos ordenamientos jurídicos se posicionan de diferente modo en relación con el tema. Así, en general, optan por: a) equiparación al matrimonio; b) reconocimiento de determinados efectos diferenciándolo del matrimonio; o c) abstención de regular y reconocimiento de esta forma familiar. Por ello, la determinación del asiento jurisdiccional de un caso de esta especie y, consecuentemente, las soluciones de DIPr en torno al derecho a aplicar, pueden resultar claves en la búsqueda de soluciones al caso concreto.

La Sección 3ª del Capítulo 3 refiere a las uniones convivenciales en casos con aristas de internacionalidad. Se incorporan disposiciones que abarcan las cuestiones atinentes a la jurisdicción internacional (art. 2627) y al derecho aplicable (art. 2628). Para la primera, se establece

²¹ *Idem*. Además, allí agregamos que pese a ello, en la interpretación y aplicación de esta disposición deberá atenderse especialmente a que no se genere ninguna desigualdad entre los/as cónyuges y extremar los recaudos para detectar cualquier asimetría que genere una posición desventajosa en función de la transversalidad que caracteriza a la perspectiva de género. Ello, tanto en la solución a la que se arribe aplicando el derecho extranjero como al analizar las cuestiones relativas al consentimiento en torno a: el ejercicio de la autonomía de la voluntad, la mutabilidad o cambio del régimen y/o a la elección del derecho aplicable a estos efectos.

²² a) La del domicilio de cualquiera de los contrayentes en el momento de la formalización del pacto; b) la del domicilio de los cónyuges tras la formalización del matrimonio; y c) la de la ciudadanía de cualquiera de los contrayentes en el momento de la formalización del pacto.

²³ Art. 460.4. A falta de tal elección, las relaciones patrimoniales entre los cónyuges se rigen por la ley aplicable a las relaciones personales. A su vez, el art. 459 dispone “1. Las relaciones personales entre cónyuges se rigen por la ley del domicilio conyugal. 2. A falta de este, se rigen por el último domicilio conyugal, por la ley de la ciudadanía común al momento de su formalización, o por la ley del lugar de la formalización del matrimonio”.

que las acciones que surjan como consecuencia de la unión convivencial deben presentarse ante el juez del domicilio efectivo común de las personas que la constituyen o del domicilio o residencia habitual de la parte demandada. Para la segunda, se determina que regirán por el derecho del Estado donde se pretenda hacer valer la unión.

De este modo, se asegura el acceso a la justicia y se deja librado al ordenamiento de cada lugar las cuestiones relativas a los efectos de estas uniones. Sin embargo, uno de los puntos de divergencia pasa por el alcance del tipo legal que contempla esta norma de conflicto. Mientras parte de la doctrina entiende que deben comprenderse de manera amplia²⁴, otros consideran que debe acotarse únicamente a los efectos de la unión²⁵.

La regulación uruguaya desagrega algunos aspectos en relación al derecho aplicable a estas uniones que las denomina “uniones no matrimoniales”. Así, dispone que la capacidad de las personas para constituir las, la forma, la existencia y la validez de las mismas se rigen por la ley del lugar donde han sido registradas o reconocidas por autoridad competente; los efectos derivados de estas uniones se rigen por la ley del Estado en donde se pretendan hacer valer; la disolución se rige por la ley del domicilio común de las partes. Finalmente, se establece que cuando las partes tuvieren domicilios en Estados diferentes, la disolución de la unión no matrimonial se regirá por la ley del Estado del domicilio del actor o del demandado, a opción del actor.

La regulación cubana, por su parte, desagrega en el artículo 463 distintos aspectos a regular y otorga un mayor margen a la autonomía de la voluntad respecto estas uniones que las denomina “uniones de hecho afectivas”. Así, se establece que la ley aplicable a las condiciones de su instrumentación, registro o reconocimiento, los efectos sobre los bienes y las condiciones de su disolución será la del lugar de instrumentación o reconocimiento de las mismas. Además, se prevé la posibilidad de convenir por escrito durante la vigencia de la unión someter su régimen económico a la ley del domicilio o de la ciudadanía de cualquiera de ellos, o a la ley del Estado donde se haya inscrito la unión de hecho afectiva. Finalmente, se dispone que todo efecto de la unión de hecho afectiva que no tenga atribuida una solución específica se somete a la ley del lugar donde se pretenda hacer valer.

V. Derecho internacional privado de la niñez

El Capítulo 3 de las disposiciones de DIPr contiene diversas Secciones (4 a 8) en las que se regulan situaciones con elementos extranjeros para proteger los derechos humanos de la

²⁴ Iniguez, Marcelo, Relaciones de familia en el Derecho internacional privado, en *La Ley*, 2014-F, p. 146; Dreyzin de Klor, Adriana y Candela Villegas, Unión convivencial en el Derecho internacional privado actual, en: *Revista de Derecho de Familia*, 2020, No. 93, *La Ley Online*: AR/DOC/276/2020; Scotti, Luciana B., Comentario al artículo 2628, en: M. López / E. Barreira (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentario. Anotado*, Buenos Aires, Hammurabi, 2021, Vol. 15, p. 235.

²⁵ Uriondo de Martinoli, Amalia, *Lecciones de Derecho internacional privado*, Córdoba, Lerner, 2017, p. 83.

niñez: alimentos (arts. 2629 y 2630)²⁶; filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida (arts. 2631 a 2634); adopción internacional (arts. 2635 a 2638); responsabilidad parental e institutos de protección (art. 2639); y, restitución internacional de NNA (art. 2642). Las soluciones allí diseñadas por el legislador han conferido suficiente certeza y seguridad jurídica, sacando provecho para ello del pluralismo normativo y metodológico y de otros recursos propios del DIPr, destacándose la previsión de soluciones en ámbitos en los que el sistema carecía de regulación en la fuente autónoma (alimentos derivados de la filiación, filiación internacional, restitución internacional de niños, responsabilidad parental, tutela y otros institutos de protección, medidas urgentes para la protección de niños). Incluso, las disposiciones han permitido la coordinación con la fuente internacional vigente (ej. art. 2642) y han previsto la sintonía con fuentes aún no vigentes en nuestro país (ej. 2637)²⁷.

En varias de las disposiciones de estas Secciones se hace expresa referencia a la satisfacción del interés superior del NNA y sus derechos fundamentales; pero aun cuando la referencia no sea expresa, del diálogo de fuentes antes descrito se desprende este camino de manera inexorable. En definitiva, la intención del legislador ha sido dotar a las disposiciones de las aludidas Secciones de esta impronta u orientación material²⁸, pero al fin del día será el/la juez/a quien en el caso concreto deberá recurrir a la aplicación integral de las fuentes y disposiciones vigentes en la búsqueda de la solución que garantice la concreción de los derechos del NNA y, en consecuencia, de su interés superior.

A continuación, señalaremos algunos lineamientos que permiten advertir cómo se ha canalizado este objetivo desde una perspectiva sustancial y procesal.

A. Perspectiva sustancial

Señalaremos a continuación algunos aspectos en los que se destaca la protección del interés superior del NNA en las disposiciones de las Secciones aludidas, en las que se deja ver la clara intención o propósito del legislador de brindar la mayor previsibilidad posible a las situaciones conflictivas en las que los derechos de NNA puedan verse afectados pero, a su vez, admitiendo suficiente flexibilidad como para alcanzar la satisfacción de su interés superior en el caso concreto.

En primer lugar, y a propósito del pluralismo normativo y metodológico que caracteriza a la disciplina, cabe advertir que el CCyCN contiene diversas normas de conflicto con puntos

²⁶ También capta en sus soluciones a las cuestiones derivadas del matrimonio y de las uniones convivenciales.

²⁷ Véase especialmente la solución que brinda el art. 2637 en relación a la adopción internacional y las previsiones del Convenio de La Haya de 1993 en la materia que es la fuente por la que se otorgan gran cantidad de adopciones internacionales en el extranjero. Najurieta, Principios y caracteres del Derecho internacional privado..., ob. cit., p. 160.

²⁸ Conforme se expresó en los Fundamentos de la reforma "las soluciones aportadas están inspiradas e impregnadas por el derecho internacional de los derechos humanos".

de conexión rígidos y alternativos (art. 2630 alimentos²⁹, 2632/3 filiación³⁰, 2636 adopción³¹, etc.). Estas circunstancias conllevan a que, por un lado, se brinde una mayor seguridad jurídica pero, por el otro, a que se ofrezca cierta flexibilidad a los fines de atender al interés superior del NNA en cada caso. Nótese que algunas de estas disposiciones hacen expresa alusión a dicho interés expresado en cada contexto —ej. “interés del acreedor alimentario”, artículo 2630; “derechos fundamentales del hijo”, artículo 2632—; aunque tal como hemos expresado anteriormente, todas las disposiciones en materia de DIPr de la niñez deben ser interpretadas siempre en clave de derechos humanos.

Incluso, esta seguridad aumenta cuando el criterio elegido es el domiciliario (arts. 2632/3 para la filiación, 2636 para la adopción internacional, 2640 para la tutela y otras figuras de protección) justamente para alcanzar las certezas que necesita el derecho de la niñez; aunque, asimismo, podemos aseverar que con una razonable justificación se ha optado por criterios dotados de mayor flexibilidad como es el de la “residencia habitual”, por ejemplo para regular las cuestiones atinentes a la responsabilidad parental (art. 2639) o cuando se prevé una calificación del término “domicilio” relativo a los menores de edad, atendiendo a la particular situación de estos —cuando sus progenitores/as no residan en el mismo Estado— y con un enfoque infanocéntrico (art. 2614).

En definitiva, podemos aseverar que el conflictualismo que caracteriza a las soluciones de los problemas del DIPr de la niñez, especialmente en las Secciones 4 a 7, no es neutral³², principalmente puesto que la elección de los puntos de conexión se caracteriza por un contenido material e incluso en varios casos la orientación material ha sido expresamente proveída por el legislador (ej. arts. 2630 para alimentos, 2632 para la filiación, 2639 para la responsabilidad parental)³³.

²⁹ Pudiéndose optar por la aplicación del derecho de 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. Se advierte que en la regulación cubana también se establecen estos puntos de conexión pero en subsidio se dispone que “La ley cubana se aplica si el acreedor no puede obtener alimentos del deudor conforme a la ley designada”, conf. art. 466. Por su parte, la regulación uruguaya ofrece los mismos puntos de conexión aunque la determinación del derecho a aplicar queda a criterio de la parte actora, conf. art. 29.

³⁰ Pudiéndose optar por la aplicación del derecho del domicilio del hijo/a 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.

³¹ Debiéndose aplicar el derecho del domicilio del adoptado al tiempo de otorgarse la adopción.

³² En similar sentido se ha sostenido que desde una perspectiva funcional el DIPr puede difícilmente seguir siendo tomado como un mero instrumento “neutral” para la repartición de competencias a poco que se preste atención al rampante proceso de materialización que lo viene animando en las últimas décadas. Fernández Arroyo, Diego P., Algunas reflexiones acerca de las relaciones entre el Derecho internacional privado y el Derecho internacional público, en: *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración*, 22 de junio de 2012, disponible en: <https://bit.ly/3Bgtly9>

³³ En los términos del Dr. Boggiano: “...El nuevo Código, en sus disposiciones de derecho internacional privado, está imbuido de esta dialéctica conflictual-material”. El autor pasa detallada revista de esta circunstancia y analiza cómo el materialismo impregna cada una de las áreas del DIPr y del DIPr de familia en particular en Boggiano, Antonio, *Tratado de Derecho internacional privado*, Buenos Aires, La Ley, 6ª ed., 2017, Tomo I, p. XI y ss.

El materialismo hacia la concreción del interés superior de NNA también se hace presente en otros recursos que, a su vez, ofrecen la flexibilidad necesaria al intérprete en aras de concretar los derechos humanos comprometidos en cada situación evitando que la rigidez del razonamiento repercuta negativamente en dicho interés. A modo de ejemplo, la incorporación de la noción del orden público internacional matizado por el interés superior del niño/a para garantizar la continuidad de sus emplazamientos filiatorios a pesar del fenómeno de la frontera (arts. 2634 para el caso de la filiación y 2637 para el caso de la adopción internacional)³⁴. Incluso la flexibilidad puede darse mediante el recurso a otras herramientas que se encuentran en el Capítulo 1 del título, por ejemplo en la cláusula general de excepción (arts. 2597) o en el método de la adaptación recogido en el artículo 2595 c)³⁵. Asimismo, puede resultar una herramienta flexibilizadora las diversas posibilidades que ofrece el de funcionamiento del reenvío, artículo 2596, por ejemplo el reenvío equidad o “*in favorem*”³⁶; entre otros.

En definitiva, si bien uno de los principales objetivos de la regulación es la aspiración a la previsibilidad y seguridad jurídica, a veces la rigidez puede conducir a soluciones que no estén dotadas de justicia como para materializar el interés superior del NNA en el caso concreto. Por ello, la regulación de fuente autónoma ha recurrido a diversas herramientas flexibilizadoras en aras de alcanzar este objetivo.

En tal sentido, hemos sostenido que se debe procurar hallar un balance apropiado sin pecar por abandonarse a ninguno de los dos extremos: ni respuestas rígidas que no permitan alcanzar o realizar la justicia de la solución; ni soluciones que abandonen el razonamiento propio del DIPr y que pongan en riesgo la previsibilidad y debida defensa de los derechos de las partes. En otras palabras, la flexibilización deberá estar justificada, argumentada

³⁴ Nótese que este es el posicionamiento que ha tomado la Corte Europea de Derechos Humanos para resolver los casos que se han presentado en casos de gestación por sustitución transfronteriza. En tal sentido, se sostuvo que el margen de apreciación de los Estados para regular las técnicas de gestación por sustitución se restringe frente a la prevalencia de los derechos fundamentales de los niños. “*Mennesson c. Francia*” (No. 65192/11) y “*Labassee c. Francia*” (No. 65941/11). El Tribunal siguió el mismo criterio en los casos: “*Foulon y Bouvet c. Francia (asuntos 9063/14 y 10410/14)*” y “*Laborie c. Francia (asunto 44024/13)*”. Puede apreciarse el impacto de la doctrina de estos casos en la jurisprudencia europea, entre otros, en Álvarez González, Santiago, Gestación por sustitución y orden público, en: *InDret*, 2017, Vol. 2, pp. 165 ss. (disponible en: <https://bit.ly/42xvPVa>); Quiñones Escámez, Ana, El contrato de gestación por sustitución no determina la filiación sino la intervención de una autoridad pública conforme a la ley, en: *InDret*, 2017, Vol. 2, pp. 201 ss. (disponible en: <https://bit.ly/42ro5Uy>).

³⁵ La Prof. Najurieta ha sostenido que este puede consistir en una corrección modificadora de un derecho sustancial a fin de armonizarlo materialmente con el otro o bien en una corrección de los derechos nacionales. Najurieta, Principios y caracteres del Derecho internacional privado..., ob. cit., p. 152.

³⁶ Boggiano, *Tratado de Derecho internacional privado*..., ob. cit., p. 570; Uzal, María Elsa, *Derecho internacional privado*, Buenos Aires, La Ley, 2016, p. 136; Najurieta, Principios y caracteres del Derecho internacional privado..., ob., cit., p. 160. La Prof. Najurieta sostiene que estos institutos no funcionan de manera automática o abstracta, sino que responden a la finalidad de lograr una mejor coordinación de sistemas diferentes.

razonablemente y deberá procurar proteger y asegurar los Derechos Humanos de todos los sujetos involucrados en el caso³⁷.

En palabras de la Prof. Najurieta “...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”³⁸.

B. Perspectiva procesal

También desde la perspectiva procesal el CCyCN muestra una metodología orientada a garantizar los derechos humanos y, en materia de DIPr de la niñez, contribuye a asegurar el interés superior de NNA. Además, nótese que tanto desde la parte general (Capítulo 2) como desde las Secciones relativas al DIPr de la niñez (4 a 8) diferentes disposiciones recogen esta impronta. Recuérdese que las Secciones 4 a 7 contienen una disposición que refiere a la jurisdicción internacional.

Mencionaremos algunos de estos recursos, sin pretensiones de exhaustividad. Así, la amplitud en acceso a la jurisdicción en cada materia busca facilitar el acceso a justicia cuando están en juego los derechos de NNA, admitiendo incluso en este abanico el foro del actor (ej. arts. 2629, 2631), y adicionando a estas alternativas la posibilidad de recurrir al foro de necesidad cuando se cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 2602. Esta perspectiva tan abierta únicamente se ve notoriamente restringida en el artículo 2635 cuando se trate del proceso de adopción de NNA con domicilio en nuestro país, en los que la jurisdicción será exclusiva de los tribunales nacionales en una temática que encuentra una razonada justificación³⁹.

En cuanto a la cooperación internacional, es dable recordar que hoy se recoge de manera expresa en la fuente autónoma (art. 2611) y que también es abordada en algunas disposiciones de la parte especial. Así, el artículo 2642 en materia de sustracción internacional de NNA, aporta novedosas riquezas al sistema de DIPr, entre ellas: hace extensiva la aplicación de los instrumentos internacionales en la materia —con la expresa incorporación de los principios de *hard* y de *soft law* que emanan de dichos instrumentos—; incorpora disposiciones para

³⁷ Rubaja, Nieve, Desafíos actuales del Derecho internacional privado de la familia”, XIX Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, Relato Sección Derecho internacional privado, en: *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, 2017, XXVI, pp. 131 ss.

³⁸ Najurieta, Principios y caracteres del Derecho internacional privado. ..., ob. cit., p. 160.

³⁹ Es sabido que la Argentina ha mantenido una posición de rechazo hacia la figura de la adopción internacional, especialmente a raíz de la sustracción y sustitución de la identidad de niños durante la dictadura militar en nuestro país. Esta posición resulta acorde con la reserva efectuada por la Ley 23849 a la CDN art. 21, incs. b), c), d) y e) y con las disposiciones de la ley de fondo. Concretamente, con el art. 600 que exige entre sus recaudos que los/las adoptantes cuenten con una residencia continua en la República por un período mínimo de cinco años anterior a la petición de la guarda con fines de adopción, exceptuando de esa exigencia a las personas de nacionalidad argentinas o naturalizadas en el país. Es decir, de estas disposiciones se desprende el principio de que NNA domiciliados en la Argentina puedan ser adoptados únicamente por personas con residencia en Argentina, nacionalidad Argentina, naturalizados, o por argentinos/as que se domicilian en el extranjero.

asegurar el regreso del NNA una vez que es ordenada la restitución y para promover los acuerdos entre los/las progenitores/as en todo momento a lo largo de estos procesos, como para garantizar las medidas anticipadas de protección como una forma de proteger el interés superior de NNA en estos casos —con extensión a la protección de los adultos cuyos derechos se encuentren en juego.

Por último, tal como mencionáramos previamente, es un gran aporte la incorporación expresa de las comunicaciones judiciales directas en materia de niñez, sobre todo por la urgencia que caracteriza a estas problemáticas donde la celeridad repercutirá en el derecho a restablecer sus derechos en un plazo razonable (art. 2612)⁴⁰.

Finalmente, y tal como hemos adelantado, cabe tener en cuenta que, sin perjuicio de que en el CCyCN no ha podido ser incorporada la regulación relativa al reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras, sí se ha insertado en el ordenamiento jurídico el deber de reconocer situaciones jurídicas otorgadas al amparo del derecho extranjero, concretamente filia-ciones por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida (art. 2634), adopciones (art. 2637) y otros institutos de protección de la niñez más allá de los contemplados en nuestra fuente interna (art. 2640). Nótese que ello implica obviar el mecanismo que prevén los códigos procesales para el reconocimiento de sentencias (por ejemplo, art. 517 y ss. del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), limitándose la labor del operador en cada caso a verificar los pertinentes requisitos formales y los otros recaudos establecidos en las aludidas disposiciones⁴¹.

En relación al rol del interés superior del NNA en aquéllos, cabe destacar que este matizará o focalizará el control del orden público que se efectúe para el reconocimiento o inserción de las situaciones creadas en el extranjero⁴². En definitiva, se establece el deber de reconoci-miento y admisión del despliegue de efectos en nuestro país de esas situaciones jurídicas crea-das al amparo del derecho extranjero en aras de garantizar la continuidad del estatuto familiar, el derecho a la igualdad, a la identidad y demás derechos humanos de NNA; es decir, asegurar su interés superior.

⁴⁰ La facultad de los tribunales argentinos de establecer comunicaciones directas con sus pares en el extranjero está sujeta únicamente al cumplimiento de ciertos requisitos allí enunciados: necesidad de la situación, que la autoridad extranjera acepte la práctica y que se respeten las garantías del debido proceso. Así, hemos sostenido que la laguna respecto de la formalidad en el empleo de este recurso ha sido deliberada en aras de concretar su finalidad, mientras se cumpla con el último de los recaudos aludidos. Además, entendimos que la práctica no resulta limitativa a autoridades judiciales, ya que se estima que también puede sacarse provecho de este recurso a nivel administrativo. Iud, Carolina y Nieve Rubaja, Algunas herramientas para mejorar el acceso a la justicia en el nuevo Código Civil y Comercial Argentino, en: *El acceso a la justicia en el Derecho internacional privado. Jornadas de la ASADIP 2015*, Asunción, CEDEP-ASADIP, Mizrahi & Pujol, pp. 244 ss.

⁴¹ Nótese que especialmente el art. 2634 refiere al deber de “las autoridades competentes” por lo que la directiva está destinada tanto a la autoridad judicial como a la autoridad administrativa, según como se presente en cada caso.

⁴² Hemos sostenido que esta reducción que efectúa el legislador en relación a la consideración de los principios que ordenan nuestro orden público internacional resulta justificada y razonable en función de los derechos que procuran protegerse y asegurarse. Rubaja, Nieve, Las disposiciones de Derecho Internacional Privado del nuevo Código Civil y Comercial sobre la triple fuente de filiación: por naturaleza, por técnicas de reproducción humana asistida y por adopción, en: *Revista Código Civil y Comercial*, 2017, septiembre, pp. 63 ss.

VI. Algunas reflexiones

El paradigma del derecho de las familias ha ido evolucionando y ha sido fuertemente impactado por los principios que se desprenden de la protección de los derechos humanos; en este escenario, la internacionalidad de las relaciones también se ha vuelto cada vez más frecuente. Todo ello se refleja en las regulaciones más modernas de DIPr que se encaminan hacia un mayor reconocimiento de la autonomía personal y, en razón de ello, también amplían el margen de la autonomía de la voluntad de las partes en materias en las que históricamente no ha sido admitida —en las condiciones adecuadas y bajo las garantías de solidaridad familiar necesarias. Asimismo, la protección de la niñez en situaciones internacionales se ha constituido en una preocupación y, en consecuencia, se ha tomado una prioridad en la elaboración de estas regulaciones, orientadas hacia la realización de sus derechos y en especial atendiendo a su interés superior.

En estas páginas se ha podido apreciar cómo tanto la nueva regulación argentina en materia de DIPr de las familias recoge estos lineamientos. En definitiva, en se advierte un contenido sustancial u orientación material en las soluciones propuestas para los casos con elementos extranjeros que procura la protección, garantía y realización de los derechos humanos que se ponen en juego en estos casos. Asimismo, se introducen diversos recursos propios del DIPr en función de estos objetivos tales como la adaptación o el reconocimiento de institutos creados al amparo del derecho extranjero. Sin embargo, el continuo dinamismo que caracteriza a las familias conduce a un interrogante constante respecto a la necesidad / posibilidad de revisar la regulación jurídica respecto a estas relaciones.