

CAPÍTULO SEGUNDO
FILIACIÓN ADOPTIVA

I. Introducción	105
II. Aplicabilidad convencional	115
1. Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores	115
2. Convenio Relativo a la Protección de Menores y la Co- operación en Materia de Adopción Internacional	120
3. Compatibilidad de convenios	125
III. Competencia judicial internacional	126
1. Regulación convencional	126
2. Regulación autónoma	133
IV. Derecho aplicable	136
1. Regulación convencional	136
2. Regulación autónoma	140
V. Otros rasgos convencionales	143
1. Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopciones de Menores	143
2. Convención sobre la Protección de Menores y la Co- operación en Materia de Adopción Internacional	149

CAPÍTULO SEGUNDO

FILIACIÓN ADOPTIVA²³¹

I. INTRODUCCIÓN

La filiación adoptiva, nacional o internacional,²³² aparece consagrada en uno de los convenios que consideramos fundamentales en esta materia: la Convención sobre los Derechos del Niño; instrumento que sin duda impregnará los convenios que sobre adopción se realicen con posterioridad. En su artículo 21, afirma dicha Convención que:

los Estados arte que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y: a) velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario; b) reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen; c) velará por que el niño que haya de ser adoptado en otro

²³¹ Para ver un interesante estudio histórico de la adopción internacional recomendamos la lectura de Magallón Ibarra, J. M., “La adopción internacional en la legislación civil mexicana”, en González Martín, N. y Rodríguez Benot, A. (coords.), *Estudios sobre adopción internacional*, México, UNAM, 2001, pp. 47-67; Brena Sesma, I., “El interés del menor en las adopciones internacionales”, en González Martín, N. y Rodríguez Benot, A. (coords.), *Estudios sobre adopción internacional*, México, UNAM, 2001, pp. 79-82 y Espinal Piña, I. I. y García Mirón, A., “Análisis procedimental y sustantivo...”, *cit.*, pp. 113 y 114 y Brena Sesma, I., *Las adopciones en México y algo más*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 5-23.

²³² Brena Sesma, I., “El interés del menor...”, *cit.*, p. 84.

país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen; d) adoptará todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación de dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella; e) promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes.²³³

Todos los aspectos que trata en los cinco apartados son desarrollados puntualmente por las dos convenciones que México tiene firmadas y ratificadas. Sin duda este Convenio y en concreto este artículo transcrito se convierten en el marco de referencia de esta interesante figura.

Intentaremos no entrar a abordar en este capítulo qué tipos de adopción se contemplan en la legislación mexicana ni cuáles son sus efectos.²³⁴ Cualquier referencia que se haga será meramente tangencial. Podemos empezar preguntándonos en esta introducción qué es la adopción, cuáles son sus fines primordiales y las implicaciones de esta figura a la luz del DIPr. La adopción representa “un instrumento de integración familiar de la infancia protegida”.²³⁵ Integración que deriva en lo que la

²³³ De este artículo 21 ha señalado la doctrina que “el texto de este artículo sufrió modificaciones en su redacción inicial, en virtud de que se señala la obligación de los Estados parte de ‘facilitar’ la adopción y toda vez que en los años ochenta se habían presentado múltiples casos de abuso en la práctica de las adopciones internacionales optó por otra redacción para enfatizar el deber de los Estados parte de garantizar que el interés superior del niño sea la consideración primordial en cualquier adopción”. Cárdenas Miranda, E. L., “Adopción internacional”, en González Martín, N. y Rodríguez Benot, A. (coords.), *Estudios sobre adopción internacional*, México, UNAM, 2001, pp. 35 y 36. Sobre este artículo 21 convencional Brena Sesma afirma que se refiere “en forma concreta a los principios bajo los cuales procede una adopción. El principio que prevalece sobre los demás es el interés superior del menor. Los Estados evitarán beneficios financieros indebidos a quienes participan en una adopción internacional, la cual procede con carácter subsidiario, pues es preferible que el menor permanezca en su país de origen, rodeado de su ambiente e historia, en vez de un país extranjero al cual si el menor no es muy pequeño le costará trabajo adaptarse”. Cfr. Brena Sesma, I., *Las adopciones en México...*, cit., pp. 75 y 76.

²³⁴ Para una idea general véase Berraz, C., *La protección internacional del menor...*, cit., pp. 13-16 y Espinal Piña, I. I. y García Mirón, A., “Análisis procedimental y sustantivo...”, cit., pp. 115-117.

²³⁵ Cfr. Vargas Gómez-Urrutia, M., “El interés del menor...”, cit., p. 123, así como en unos de los más recientes estudios mexicanos sobre el tema, Cfr. Brena Sesma, I., *Las adopciones en México...*, cit., pp. 25-71.

doctrina ha denominado como “una novedosa vía de inmigración fruto de lo que podemos llamar la “cara oculta de la globalización”.²³⁶ Sin duda estamos ante un medio ideal que facilita que personas no nacionales adquieran la nacionalidad del país de acogida, recibiendo un tratamiento igual al resto de nacionales, y que sin duda tiene un interesante reflejo en el tema de la extranjería.

Al hilo de la anterior afirmación señalamos que una de las grandes implicaciones de la adopción es el posible otorgamiento de la nacionalidad del Estado de acogida, lo cual puede repercutir en una interesante proliferación de menores con doble nacionalidad desde que posiblemente el Estado de origen del menor también le otorgue la suya. La única preocupación es cuando detrás de esa adopción se esconde una finalidad distinta a la meta integradora que debe perseguir esta institución; en este sentido y como afirma la doctrina:

la realidad devastadora que viven muchas personas que se ven en la necesidad de huir de ella, para escapar del hambre y la miseria, de la falta de libertades políticas, etcétera, genera curiosamente aun de forma indirecta, nuevas modalidades de fraude. Esa realidad está engendrando las grandes migraciones de principios de siglo y con ellas, las redes de tráfico de personas que se sitúan al margen de la legalidad, pero además está proliferando la celebración de negocios jurídicos fraudulentos, que tienen por finalidad la obtención de ciertos beneficios en materia de nacionalidad y extranjería en los países de destino.²³⁷

²³⁶ Diago Diago, M. P., “Las adopciones ficticias o por conveniencia”, en Adam Muñoz, M. D. y García Cano, S., *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Madrid, Colex, 2004, pp. 229 y 230. En esta línea de pensamiento encontramos a Herranz Ballesteros, M., “Problemas actuales en torno a la adopción internacional, adopciones encubiertas y tráfico de niños”, en Adam Muñoz, M. D. y García Cano, S., *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Madrid, Colex, 2004, p. 213. En esta misma línea se expresa Cárdenas Miranda, E. L., “Adopción internacional”, *cit.*, p. 43. Rodríguez Vázquez, M. A., “Algunos aspectos del derecho de extranjería en la adopción internacional”, en González Martín, N. y Rodríguez Benot, A. (coords.), *Estudios sobre adopción internacional*, México, UNAM, 2001, p. 252.

²³⁷ Diago Diago, M. P., “Las adopciones ficticias...”, *cit.*, p. 246. En este mismo sentido se pronuncia Dreyzin de Klor, quien sostiene que “constituye motivo de preocupación la vigencia y gravedad del problema de la venta y tráfico internacional de menores con fines de adopción. Surge así la necesidad de establecer normas eficaces que impidan este tráfico y garanticen la seriedad de las adopciones entre países. Dreyzin de Klor, A. (coord.), *La protección internacional de menores...*, *cit.*, p. 112.

De cualquier forma afirmamos que en caso de que una adopción se haya constituido con el único fin de otorgar una nacionalidad a un menor, que de otro modo no tendría, estimamos que debe tenerse en cuenta el principio del interés superior del menor; principio que determinará el rumbo de dicha adopción. Creemos que si el menor está en un entorno familiar adecuado y estable la intención fraudulenta de otorgar una nacionalidad al menor es un mal nimio que no debe imposibilitar la visión protectora de la figura de la adopción.

Veamos en este punto, siquiera brevemente, el tema de la adopción como vía para la adquisición de la nacionalidad y como tema íntimamente relacionado con los problemas de extranjería que la adopción internacional puede producir, en el contexto mexicano. Partimos del denominado “principio de efectividad”,²³⁸ en virtud del cual el Estado de recepción está legitimado para otorgar su nacionalidad al adoptado como consecuencia de la constitución de una adopción. Opción que nos parece la más lógica y atinada. Varias son las notas que podemos destacar sobre este primer aspecto troncal. En primer lugar aseverar que en México los requisitos para obtener la nacionalidad aparecen regulados constitucionalmente y consagran dos principios: el *ius sanguinis* y el *ius solii*.²³⁹ En segundo lugar, hacer la

²³⁸ Cano Bazaga, E., “La atribución o la adquisición de la nacionalidad como efecto de la adopción internacional”, en González Martín, N. y Rodríguez Benot, A. (coords.), *Estudios sobre adopción internacional*, México, UNAM, 2001, pp. 285 y 286.

²³⁹ En este sentido, afirma el artículo 30 “La nacionalidad mexicana se adquiere por nacimiento o por naturalización. [Reformado mediante decreto publicado en el *DOF* el 18 de enero de 1934] a) son mexicanos por nacimiento: [reformado mediante decreto publicado en el *DOF* el 18 de enero de 1934] i. Los que nazcan en territorio de la República, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres; [reformado mediante decreto publicado en el *DOF* el 18 de enero de 1934. Modificado por la reimpresión de la Constitución, publicada en el *DOF* el 6 de octubre de 1986]; ii. Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos nacidos en territorio nacional, de padre mexicano nacido en territorio nacional, o de madre mexicana nacida en territorio nacional; [reformado mediante decreto publicado en el *DOF* el 20 de marzo de 1997]; iii. Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos por naturalización, de padre mexicano por naturalización, o de madre mexicana por naturalización, y [adicionada mediante decreto publicado en el *DOF* el 20 de marzo de 1997]; iv. Los que nazcan a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas, sean de guerra o mercantes. [Reformada mediante decreto publicado en el *DOF* el 18 de enero de 1934] b) son mexicanos por naturalización: [reformado mediante decreto publicado en el *DOF* el 18 de enero de 1934]; i. Los extranjeros que obtengan de la SER la carta de naturalización, y [reformado mediante decreto publicado en el *DOF* el 18 de enero de 1934. Modificado por la reimpresión de la Constitución, publicada en el *DOF* el 6 de octubre de 1986] ii. La mujer o el varón extranjeros que contraigan matrimonio con

matización de que en las fracciones del artículo 30 constitucional se usa el verbo “nacer”, lo cual supone que en principio la norma no hace referencia específica a los supuestos de adopción. Lo anterior, unido al hecho de que habrá que determinar, por ser materia estatal, con qué alcance se regula la adopción en las distintas entidades de la República, si simple o plena, nos lleva a la incertidumbre de si se cubren o no los supuestos de menores adoptados en el artículo 30 constitucional. Afirmamos que un menor nacido en México, adoptado por dos nacionales españoles, tendría la nacionalidad mexicana desde que cumple con el requisito del artículo 30, I constitucional, y tendría la nacionalidad española desde que en España la adopción es plena y se equipara a todos los efectos a la filiación natural. Ahora bien, es potestad absoluta del Estado de recepción determinar los efectos de la adopción, incluido, por supuesto, si uno de ellos es el otorgamiento de la nacionalidad. Así, estimamos que una obligación de atribución de la nacionalidad por el Estado de recepción del menor vendría a consolidarse siempre que esto suponga un paliativo al fenómeno de la apatridia.²⁴⁰ Igual que la adopción puede producir el fenómeno de la doble nacionalidad, en el punto extremo puede darse el caso de originar apatridia. Este problema de la atribución de la nacionalidad no viene tratado en ninguno de los convenios que comentamos.

En clara conexión con la problemática presentada en líneas anteriores debemos destacar los artículos 5.c) y 17.d) del Convenio sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional; ambos artículos regulan la *entrada y residencia permanente* del menor, tanto desde la óptica del Estado de recepción, como desde la óptica del Estado de origen. Aspecto que obviamente es vital si se quiere dar consistencia y sentido a la adopción. Así, el artículo 5.c) afirma que “las adopciones consideradas por el Convenio sólo pueden tener lugar cuando las Autoridades competentes del Estado de recepción: c) han constatado que el niño ha sido o será autorizado a entrar y residir permanentemente en dicho Estado”. Por su parte, el artículo 17.d) señala que “en el Estado de origen sólo se podrá confiar al niño a los futuros padres adoptivos si: d) se ha constatado, de acuerdo con el artículo 5o., que los futuros padres

varón o con mujer mexicanos, que tengan o establezcan su domicilio dentro del territorio nacional y cumplan con los demás requisitos que al efecto señale la ley. [Reformado mediante decreto publicado en el *DOF* el 20 de marzo de 1997]. (Cursivas añadidas).

²⁴⁰ Cano Bazaga, E., “La atribución o la adquisición de la nacionalidad...”, *cit.*, p. 287.

adoptivos son adecuados y aptos para adoptar y que el niño ha sido o será autorizado a entrar y residir permanentemente en el Estado de recepción”. Respecto a este artículo, la doctrina ha señalado que “estableciendo estas exigencias, se evitan situaciones poco queridas de padres adoptivos que, quizás por el ansia de tener cuanto antes un hijo, no respetan los requisitos que las diferentes legislaciones exigen en la materia”.²⁴¹

Como complemento de estos dos preceptos encontramos el artículo 18 de este mismo cuerpo convencional, que señala que las autoridades centrales de ambos Estados tomarán todas las medidas necesarias para que el niño reciba la autorización de *salida* del Estado de origen así como de *entrada permanente* en el Estado de recepción. El colofón a la entrada y salida de menores lo encontramos en el artículo 19, el cual señala que:

1. Sólo se podrá *desplazar* al niño al Estado de recepción si se han observado las exigencias del artículo 17.
2. Las Autoridades Centrales de ambos Estados se asegurarán que el desplazamiento se realice con toda seguridad, en condiciones adecuadas y, cuando sea posible, en compañía de los padres adoptivos o de los futuros padres adoptivos.
3. Si no se produce el desplazamiento del niño, los informes a los que se refieren los artículos 15 y 16 serán devueltos a las autoridades que los hayan expedido.

Desde una visión global del contenido de los artículos 5.c, 17, 18 y 19 se desprende que los Estados implicados directamente en la adopción, a saber: el de origen y el de destino, son los únicos responsables de los requisitos de salida, entrada y residencia permanente del menor. Sin embargo, de los artículos mencionados podemos afirmar que son técnicas indirectas desde que no determinan los requisitos necesarios para obtener dichos permisos. Como resulta obvio, el Convenio de La Haya no iba a determinar dichos requisitos desde que éstos caen dentro de la indiscutible esfera de soberanía estatal. Así, la determinación de los plazos, pagos, documentos y demás trámites y requisitos necesarios para la obtención de dichos permisos queda dentro de la esfera exclusiva de las normas materiales de cada uno de los Estados implicados.²⁴²

²⁴¹ Rodríguez Vázquez, M. A., “Algunos aspectos del derecho de extranjería...”, *cit.*, p. 279.

²⁴² Debemos reproducir aquí la sección segunda, artículo 17, del Reglamento de Pasaportes (*DOF* del 9 de enero de 2002) el cual afirma los requisitos “De los pasaportes ordinarios a menores de edad e incapacitados”. Señala el artículo 17 que “para la expedi-

Abordado el asunto anterior queremos tratar ahora qué ocurre cuando la adopción se constituye con el fin de ocultar la figura del tráfico internacional del menor.²⁴³ Éste es uno de los riesgos cuando estamos en presencia de una “adopción fraudulenta”; adopción que se puede llegar a dar cuando éstas se constituyen sin control o respaldo estatal.²⁴⁴ De ahí la necesidad de que las adopciones estén estrictamente reguladas. En este contexto, debemos entender el artículo 22.2 del Convenio sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, cuando señala:

todo Estado Contratante podrá declarar ante el depositario del Convenio que las funciones conferidas a la Autoridad Central por los artículos 15 a 21 podrán también ser ejercidas en ese Estado, dentro de los límites permitidos por la ley y bajo el control de las Autoridades competentes de dicho Estado, por personas u organismos que: a) cumplan las condiciones de integridad, competencia profesional, experiencia y responsabilidad exigidas por dicho Estado; y b) estén capacitadas por su calificación ética y por su formación o experiencia para trabajar en el ámbito de la adopción internacional.²⁴⁵

ción de pasaportes a menores de edad o incapacitados que hayan sido adoptados bajo el régimen conocido como adopción simple o semiplena, además de cumplir con los requisitos establecidos en los artículos 10, 14 y en su caso el 16 de este Reglamento, deberán presentar copia certificada de la resolución judicial y del auto por el cual causó ejecutoria la adopción, así como del acta correspondiente”.

²⁴³ Como bien afirma la doctrina, “en principio hablar de tráfico internacional de menores y de adopción supone tratar dos conceptos situados en polos opuestos, si con la adopción se procura el interés del menor, cuando se trata de tráfico de menores el objetivo se sitúa en su explotación, con independencia de sus formas”. Herranz Ballesteros, M., “Problemas actuales entorno a la adopción internacional...”, *cit.*, p. 213.

²⁴⁴ Herranz Ballesteros, M., “Problemas actuales entorno a la adopción internacional...”, *cit.*, pp. 215 y 216. En este sentido, la doctrina ha señalado que “la idea de que la adopción puede considerarse un ‘asunto’ privado tiene que ser desechada... La obligatoria transparencia en la constitución del vínculo no encaja con los procedimientos en los que los agentes privados son los únicos y principales protagonistas en el proceso. Aunque no se ha demostrado una relación causa efecto entre las adopciones independientes y adopciones fraudulentas, es cierto que se mantienen serias dudas sobre el riguroso cumplimiento, mediante estas prácticas, de las garantías jurídicas necesarias que han de rodear a toda adopción”.

²⁴⁵ González Martín, N., “Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 92. <http://www.juridicas.unam.mx>.

No queremos decir que las adopciones constituidas por esta vía supongan la aparición de la figura de tráfico internacional del menor de trasfondo. Simplemente queremos señalar que esta vía tiene que estar muy controlada. En este sentido y como afirma la doctrina “sin ánimo de desconfiar en su intervención, uno de los aspectos más polémicos se encuentran en que dichas entidades no tienen que carecer de ánimo de lucro dejando la puerta abierta a la obtención de los beneficios financieros; eso sí, calificados como debidos”.²⁴⁶ Además de ese ánimo de lucro, que es ciertamente desorientador, nos preguntamos quién controla y con qué frecuencia que esos requisitos *cuasi-objetivos* estén presentes en todo momento en estas “adopciones independientes”. Sin duda un problema complejo y de difícil solución. Este aspecto se volverá a tratar en líneas posteriores.

Como tercer planteamiento de esta introducción nos surge la pregunta de saber qué suerte corre un menor que tras de ser adoptado por personas con residencia habitual en otro Estado es abandonado o cuando dicha adopción ya no responde al interés del menor, fracasando así en este caso la adopción constituida legalmente, ¿el país de origen podrá reclamar a los menores que se encuentran en abandono por la familia adoptiva e ingresarlos en centros, poniéndolos en *stand by* en vistas de otra adopción? La respuesta a esta interesante pregunta viene dada por el artículo 21. 1 y 2 del Convenio de La Haya sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional. En este sentido afirma:

si la adopción debe tener lugar en el Estado de recepción tras el desplazamiento del niño y la Autoridad Central de dicho Estado considera que el mantenimiento del niño en la familia de recepción ya no corresponde a su interés superior, esta Autoridad Central tomará las medidas necesarias para la protección del niño, especialmente para: a) retirar al niño de las personas que deseaban adoptarlo y ocuparse de su cuidado provisional; b) en consulta con la Autoridad Central del Estado de origen, asegurar sin dilación una nueva colocación del niño en vistas a su adopción o, en su defecto, una colocación alternativa de carácter duradero; la adopción del niño sólo podrá tener lugar si la Autoridad Central del Estado de origen ha sido debidamente informada sobre los nuevos padres adoptivos; c) como último recurso, asegurar el retorno del niño al Estado de origen, si así lo exige su interés. 2. Teniendo en cuenta especialmente la edad y grado de madu-

²⁴⁶ Herranz Ballesteros, M., “Problemas actuales en torno a la adopción internacional...”, *cit.*, p. 218.

rez del niño, se le consultará y, en su caso, se obtendrá su consentimiento con relación a las medidas a tomar conforme al presente artículo.²⁴⁷

Dos son los convenios que sobre esta materia tienen vigencia en México: el Convenio sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, del 29 de mayo de 1993 (publicada en el *DOF* su decreto promulgatorio el 24 de octubre de 1994)²⁴⁸ y la Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Adopción de Menores, del 24 de mayo de 1984 (publicado su decreto promulgatorio en el *DOF* del 21 de agosto de 1987 y una publicación posterior de fe de erratas el 13 de julio de 1992).²⁴⁹ Vuelve a plantearse del mismo modo que hacía en el capítulo de las obligaciones alimenticias la dialéctica entre el regionalismo y el universalismo que representan los dos foros que están implicados en la producción y emisión de ambos convenios. De la misma manera por tanto se plantearán grandes dificultades para determinar la aplicabilidad de un convenio frente al otro cuando coincidiendo el ámbito material coincidan también los Estados parte.

Una primera aproximación global al estudio de ambos convenios es que hay que situarlos en una nueva era de concepción de la adopción, vista ésta como una institución de protección a los menores, de integración familiar del menor. En este sentido, ambos convenios giran en torno a la figura del menor. Buena prueba de ello lo constituye el artículo 19 del instrumento interamericano.²⁵⁰

En segundo lugar afirmamos que la importancia de los convenios radica en el hecho de que consiguen unir a Estados en vías de desarrollo

²⁴⁷ La doctrina ha señalado que “los países de origen de los niños no pueden en estos casos, reclamar a los menores e ingresarlos en sus centros a la espera de otra adopción internacional, si bien el Convenio de La Haya prevé como último recurso en estos casos, si en el país de recepción no se ha podido dar en adopción o acogimiento, “asegurar el retorno del niño al Estado de origen si así lo exige su interés”. Adroher Biosca, S., “Algunas cuestiones en torno a la adopción...”, *cit.*, p. 157.

²⁴⁸ La publicación del decreto por el que se aprueba la Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional se publicó en el *DOF* del 6 de julio de 1994.

²⁴⁹ La publicación del decreto por el que se aprueba la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores está publicada en el *DOF* del 6 de febrero de 1987.

²⁵⁰ Artículo 19: “los términos de la presente Convención y las leyes aplicables según ella se interpretarán armónicamente y a favor de la validez de la adopción y en beneficio del adoptado”.

con Estados desarrollados, Estados con alta natalidad y Estados con escasa natalidad.²⁵¹ Así, afirmamos que estos convenios tienen como nota nada despreciable ser un puente que viene a paliar dos problemas. Respecto a los países en vías de desarrollo, permite que la alta natalidad derivada de la falta de control no derive en una situación calamitosa para los menores. Para los países desarrollados con bajo índice de natalidad formar la familia que por cualquier motivo no pudieron.²⁵²

En tercer lugar afirmar que la técnica que utilizan para alcanzar este objetivo es distinta.²⁵³ Quizá el motivo sea la diferencia de edad que existe entre ambos convenios, la cual supone un alejamiento de nueve años. Así, mientras la Convención Interamericana utiliza la técnica conflictual, la técnica de reglamentación indirecta, determinando la CJI y el derecho aplicable; el Convenio de La Haya huye de esta técnica tradicional del DIPr y se centra en la previsión de un sistema de cooperación de autoridades en cualquier fase de la adopción, sea en la etapa inicial de constitución, como en la recta final de facilitar el reconocimiento de la adopción.²⁵⁴ Lo anterior nos hace preguntarnos si no esta-

²⁵¹ Como afirma la doctrina "...la adopción generalmente se produce entre adoptantes pertenecientes a países industrializados y menores adoptados con domicilio en países en desarrollo, lo que trae aparejada la necesidad de contar con convenios internacionales que faciliten el procedimiento..." Berraz, C., *La protección internacional del menor...*, cit., p. 16.

²⁵² Estas características han dado como resultado el que la doctrina mexicana afirma que "por lo general, los tratados incorporados al orden jurídico mexicano presentan soluciones más evolucionadas que las tradicionalmente establecidas en el derecho interno, con la ventaja de que las internacionales son más uniformes y armónicas, lo que dista de las soluciones internas, que resultan un tanto anacrónicas y obsoletas"; Silva, J. A., "El impacto de los convenios internacionales sobre la legislación interna mexicana relativa a la adopción internacional de menores", *Revista de Derecho Privado*, nueva época, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, año II, núm. 4, 2003, p. 152.

²⁵³ En este sentido, afirma la doctrina que "los profundos cambios producidos en los distintos ordenamientos en torno a la adopción se deben a la transformación que la institución ha experimentado. Así, aunque desde antiguo fue concebida como una forma de perpetuación religiosa, política, civil y patrimonial de la familia, ha pasado a ser una forma de protección en la que la integración del menor en la familia se realiza en beneficio del adoptado". Herranz Ballesteros, M., "La búsqueda de la armonía internacional de soluciones: ¿un objetivo a cualquier precio en materia de adopción internacional?", en Calvo Caravaca, A. L. y Castellanos Ruiz, E. (dirs.), *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2003, pp. 488 y 489; Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., *Derecho de familia internacional*, Madrid, Colex, 2003, p. 218; Guzmán Zapater, M., "Adopción internacional: ¿cuánto queda...", cit., p. 83.

²⁵⁴ Guzmán Zapater, M., "Adopción internacional: ¿cuánto queda...", cit., p. 85.

mos ante una superación de las técnicas tradicionales de DIPr. Superación que se deja ver claramente en la huida de los convenios más recientes de las técnicas de reglamentación indirecta, tanto para la determinación de la competencia judicial internacional como para la fijación del derecho aplicable.

En cuarto y último lugar afirmar que nuevamente estos instrumentos no se preocupan en su contenido de la decisión de adopción, de las características y requisitos que deben contener las adopciones para llevarse a cabo, o de los requisitos que deben reunir las personas para ser adoptados o adoptantes. De estas cuestiones de fondo se ocuparán y preocuparán las normativas materiales de los Estados que resulten señalados por los convenios.

II. APLICABILIDAD CONVENCIONAL

1. *Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores*²⁵⁵

De esta Convención la doctrina ha destacado los:

efectos importantes en el cambio de actitud de varios legisladores y de algunos tribunales, provocando mayor agilidad en la tramitación de estos casos y en la introducción de la figura de la adopción internacional en las legislaciones nacionales. Además sirvió para homologar la figura de la adopción plena, como medio más justo para la condición jurídica de los menores adoptados... En el caso específico de México ha servido de modelo para varias legislaciones estatales, como ha sido el caso, entre otros, de los estados de Querétaro, Estado de México, Nuevo León, etcétera incluyendo la del D.F. las que han incorporado la figura de la adopción plena ya que hasta hace relativamente pocos años, solo preveían la antigua figura de la adopción semiplena que sólo otorga derechos parciales al adoptado y es-

²⁵⁵ Como señala Elí Rodríguez: “a partir de la ratificación de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Adopción de Menores —adoptada durante la Tercera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP III)— se hizo patente la necesidad de estudiar la problemática que plantea la adopción internacional de menores, así como la emigración ilegal de los mismos”. Cfr. Rodríguez Martínez, E., “La adopción de menores y las recientes reformas del 28 de mayo de 1998 a los códigos Civil y de Procedimientos Civiles del Distrito Federal”, *Revista de Derecho Civil*, México, 1998, p. 207.

tablece una relación únicamente entre adoptante y adoptado sin extenderse a la familia del adoptante.²⁵⁶

A. *Ámbito de aplicación material*

Respecto al ámbito de aplicación material de esta Convención, se circunscribe a las adopciones de menores bajo las formas de adopción plena, legitimación adoptiva y otras instituciones afines, que equiparen al adoptado a la condición de hijo cuya filiación esté legalmente establecida.²⁵⁷

Esta Convención, en su artículo 2o., permite hacer una declaración, a la hora de firmar, adherirse o ratificar este instrumento, en el sentido de extender su aplicación a cualquier otra forma de adopción internacional. En este sentido México vuelve a hacer una declaración en la que afirma que: “Los Estados Unidos Mexicanos declaran que hacen extensiva la aplicación de la presente Convención a los distintos supuestos de adopción a que se refieren los artículos 12 y 20 de dicho instrumento interamericano” (*DOF* del 21 de agosto de 1987). A este decreto de promulgación le sigue una fe de erratas, publicada en el *DOF* el lunes 13 de julio de 1992, en la que se afirma que “en la página 3, primera columna, séptimo párrafo, cuarto renglón dice: adopción a que se refieren los artículos 12 y 20 debe decir: adopción a que se refieren los artículos 2o. y 20. Por lo que respecta al artículo 2o. podemos mencionar que nuevamente se hace, como ya ocurría con el Convenio Interamericano de Obligaciones Alimenticias, para darle coherencia y sistematicidad con el Código Civil, en concreto con los artículos 410 E y F.²⁵⁸ Por lo que se refiere al artículo 20, la declaración que realiza México afecta al ámbito de aplicación espacial.

²⁵⁶ Perezniето, Castro, L., “Algunos aspectos del derecho familiar en México...”, *cit.*, pp. 12 y 14.

²⁵⁷ Artículo 1o. del Convenio Interamericano. 2o. lo que califica como peculiaridades jurídicas, es decir, “los Estados implicados deben hacer frente a estos problemas, solucionando inconvenientes como pueden ser entre otros, las adopciones claudicantes, es decir, válidas en un país e inválidas en otros, o las dificultades en el plano de la extranjería para que el adoptado pueda entrar y residir en el país de los adoptantes”. El 3o. que sería la existencia de un interés de los Estados de origen de los menores adoptados en mantener un seguimiento de estos con posterioridad a la adopción. Finalmente como cuarta justificación destacan “la necesidad de impedir ciertas prácticas siniestras que puedan surgir al amparo de la adopción internacional”. *Cfr.* Clavo Caravaca, A. L., Carrascosa González, J. *et al.*, *Derecho internacional privado*, 2a. ed., Granada, Comares, 2000, vol. II, p. 141.

²⁵⁸ Debemos señalar que el artículo 410 E del Código Civil Federal señala que la adopción internacional siempre será plena. Lo anterior nos hace reflexionar sobre la coherencia

El título de este instrumento convencional tiene dos puntos criticables. El primero es que juega al despiste cuando determina literal y expresamente que dará respuesta al segundo sector del DIPr. El segundo y en clara conexión con el anterior es que continúa ese juego desde que tras leer su contenido nos damos cuenta de que esa apriorística estructura unitaria derivada de su título encierra una estructura bipartita puesto que también da respuesta al sector de la CJI, al primer sector del DIPr. Así, esta Convención da respuesta tanto al sector de la CJI como al sector del derecho aplicable. A diferencia de la Convención Interamericana sobre obligaciones de alimentos que era tripartito, este es bipartito.²⁵⁹

En este orden de ideas encontramos el artículo 25, que señala que “las adopciones otorgadas conforme al derecho interno, cuando el adoptante (o adoptantes) y el adoptado tengan domicilio o residencia habitual en el mismo Estado parte, surtirán efectos de pleno derecho en los demás Estados parte, sin perjuicio de que tales efectos se rijan por la ley del nuevo domicilio del adoptante (o adoptantes)”.

B. *Ámbito de aplicación espacial*

En lo referente al ámbito de aplicación espacial, debemos señalar que esta Convención Interamericana, según información facilitada por la página de Internet de la OEA, a la fecha, ha sido ratificada por Belice, Brasil, Chile, Colombia, México y Panamá y firmada por Bolivia, República Dominicana, Ecuador, Haití, Paraguay, Uruguay y Venezuela. Chile presentó reservas a la Convención.

de esta reserva con este Código. Lo anterior cobra toda lógica si la adopción internacional se llevara conforme a cada código civil de cada estado de la República y en él se permitiera la adopción internacional simple.

²⁵⁹ En esta línea de pensamiento encontramos a Brena Sesma, quien afirma que “la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores resume ciertos supuestos sobre la solución distributiva de la ley aplicable, reglas jurisdiccionales y previsiones sobre algunos efectos de la adopción”; *Las adopciones en México...*, cit., p. 75. De esta forma la doctrina argentina ha señalado de este instrumento interamericano que “intenta dar una respuesta objetiva en lo normativo al problema de las adopciones internacionales, ofreciendo soluciones a los puntos más importantes del DIPr en la materia, como la determinación de la ley aplicable, la jurisdicción competente y el reconocimiento de la validez de las adopciones”. Dreyzin de Klor, A. (coord.), *La protección internacional de menores...*, cit., p. 107.

A pesar de que este instrumento no ha sido masivamente ratificado y que tampoco fue rápidamente acogido por los Estados²⁶⁰ debemos señalar que es una Convención exitosa desde que trata un tema que nos afecta a todos: la adopción internacional de menores. Lo anterior justifica con creces su existencia.

Afirmamos que estamos nuevamente ante un instrumento *inter partes*. En este orden de ideas, el artículo 1o. señala que: “el adoptante (o adoptantes) tengan su domicilio en un *Estado parte* y el adoptado su residencia habitual en *otro Estado parte*” (cursivas añadidas). Al exigir que ambos Estados sean parte de esta Convención estimamos que elimina la posibilidad de aplicación *erga omnes* del mismo, requiriendo el principio de reciprocidad.

Como acabamos de mencionar, México hace una declaración que permite aplicar el artículo 20, el cual amplía, a nuestro parecer justificada y razonablemente, el ámbito de aplicación personal y espacial de esta Convención. En este sentido se aplicará ésta cuando estemos ante el mismo Estado de residencia habitual para el adoptante y para el adoptado “cuando, de las circunstancias del caso concreto, a juicio de la autoridad interviniente, resulte que el adoptante (o adoptantes) se proponga constituir domicilio en otro Estado parte después de constituida la adopción”.²⁶¹ Para Berraz, este artículo 20 es la materialización de la figura del fraude a la ley. Para nosotros, no siendo tan pesimistas y radicales, afirmamos que significa *a priori*, y *salvo prueba en contrario*, la ampliación del ámbito de aplicación personal de la Convención. Obviamente, la mala utilización de este artículo puede desembocar en la materialización de dicha figura. Así, sin quitar el dedo del renglón, afirmamos que no es una presunción general el que materialice un fraude a la ley, pero tampoco podemos confiar en una postura idílica de que no se pueda usar para conseguir un fin distinto, el del fraude a la ley. En este sentido afirma que: “de acuerdo con la formulación de la norma... se trata de lograr que no se concrete la pretendida evasión del adoptante o adoptantes de la ley del Estado parte

²⁶⁰ El Convenio se lanza en el año 1984 y es ratificado en 1987 por el primer Estado, México, seguido, en 1988 por Colombia. Como Estados pioneros.

²⁶¹ Artículo 20 que hay que poner en relación con el artículo 25: “las adopciones otorgadas conforme al derecho interno, cuando el adoptante (o adoptantes) y el adoptado tengan domicilio o residencia habitual en el mismo Estado parte, surtirán efectos de pleno derecho en los demás Estados partes, sin perjuicio de que tales efectos se rijan por la ley del nuevo domicilio del adoptante (o adoptantes)”.

que le resultaría aplicable por tener allí su domicilio, al intentar sustituirla por la del Estado parte al que se mudaría, obviamente por resultarle no sólo más favorable a sus intereses sino, fundamentalmente, menos favorable a los intereses del menor”.²⁶² De cualquier forma, estemos o no ante esta figura de fraude podemos señalar que la prueba de su existencia es ciertamente difícil. Si bien el requisito material u objetivo de la consecución de dos o más puntos de conexión se constata sin problemas, el requisito subjetivo o volitivo, es decir, la intención, es ciertamente complicada de probar. Como afirmábamos en líneas anteriores, sin generalizar que este artículo materialice un fraude a la ley, sí advertimos de dicha posibilidad. Dos casos idénticos, en concreto de residentes en México del adoptante y del adoptado y con un cambio de domicilio a un Estado parte, pueden ser tratados de manera desigual. Lo anterior debido a que en un caso se puede considerar como nacional y el otro como internacional; esto deriva del hecho de que queda a juicio de la autoridad que conoce considerar el cambio de domicilio a un Estado parte, como elemento de internacionalidad o no. Nos queda claro que si es una adopción nacional el cuerpo normativo aplicable será el autónomo mexicano, tanto para la determinación de la competencia como del derecho aplicable; ahora bien, si la adopción es considerada como internacional aplicaremos, la norma conflictual mexicana, sea ésta de génesis autónoma o convencional; dicha normativa conflictual, de necesaria aplicación al supuesto de adopción internacional, determinará la norma material que dé respuesta al fondo. Esta norma material puede ser, con el mismo porcentaje de posibilidades, la mexicana o la de un Estado extranjero. Desde que no es muy probable que el derecho material mexicano disponga los mismos requisitos que el derecho material extranjero a la hora de constituir la adopción (capacidades, edades, consentimientos, etcétera) podría calificarse la adopción como nacional o internacional de conformidad con el resultado aplicativo de la normativa material. Lo anterior se agrava por el hecho de no establecerse lo que se considera un plazo prudente para la constitución de un nuevo domicilio en un Estado parte. Esta posibilidad, si bien no nos parece que deba obsesionarnos sí debe estar presente por las posibilidades de aparición y uso no querido de dicha disposición.

²⁶² Berraz, C., *La protección internacional del menor...*, cit., p. 26.

C. *Ámbito de aplicación temporal*

Finalmente, y por lo que respecta al ámbito de aplicación temporal, debemos señalar que esta Convención, en su artículo 26, contiene una “cláusula tipo” del foro de codificación de la CIDIP, aspecto que ya adelantábamos en la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimenticias. En este orden de ideas afirma que:

entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación. Para cada Estado que ratifique la Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el segundo instrumento de ratificación, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya sido depositado su instrumento de ratificación o adhesión.

Estamos nuevamente ante una Convención que guarda silencio sobre su retroactividad o irretroactividad. Derivado de dicha ausencia afirmamos el carácter irretroactivo de este instrumento convencional. Lo anterior supone que sólo las solicitudes presentadas con posterioridad al 26 de mayo de 1988 (fecha de entrada en vigor para la República mexicana) podrán regirse por las disposiciones de este instrumento; *a sensu contrario*, las acciones ejercitadas con anterioridad a esa fecha crítica deberán someterse a lo dispuesto por la normativa autónoma mexicana, es decir, al artículo 156 CPCDF y al artículo 13 del CCDF para la determinación de la CJI y del derecho aplicable, respectivamente.

2. *Convenio Relativo a la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional*

El título de este instrumento convencional es ciertamente esclarecedor desde la inserción de dos verbos que sin duda deben estar presentes en la materialización del “interés superior del niño”, a saber: *proteger* y *cooperar*.²⁶³ Ambos verbos encaminados a constituir adopciones regulares que no encubran otras figuras.

²⁶³ Respecto al segundo vocable, y como bien señala la doctrina “la cooperación tiende a establecer una adopción internacional eficaz, susceptible de ser reconocida en los Estados parte, evitando el otorgamiento de adopciones claudicantes”. Dreyzin de Klor, A. (coord.), *La protección internacional de menores...*, cit., p. 98.

Ya en 1994 el profesor Siqueiros afirmaba que:

la Convención debe ser ratificada. Se trata de un instrumento que viene a colmar un vacío en el derecho convencional y cuyos objetivos son a beneficio directo de la niñez mexicana. No sólo establece garantías para que las adopciones internacionales se realicen en forma adecuada y se eviten aquellas que fraudulentamente se llevan a cabo, sino que instaura un sistema de cooperación entre los Estados Contratantes que permite asegurar el respeto a los derechos que corresponde a los menores. El vértice del Convenio es el interés superior del niño.²⁶⁴

De este Convenio podemos señalar dos rasgos importantes que se convierten en un doble mérito: ser un buen instrumento especializado en la materia de adopción, así como poseer “gran relevancia para la ordenación de las prácticas de intervención”.²⁶⁵ La doctrina se expresa de este instrumento señalando que es “la primera regulación de carácter supranacional en materia de adopción internacional que ha obligado a los Estados a constantes y sucesivas revisiones legislativas, poniendo de manifiesto la urgente necesidad de adecuar las diversas normativas de los diferentes países a los principios establecidos en la misma”.²⁶⁶

Un comentario que queremos transcribir en este momento es el lanzado por el profesor Leonel Pereznieto referente a la puesta en aplicación de este Convenio. A estos efectos señala:

en el caso específico de México, en la práctica profesional, los jueces invariablemente se muestran reticentes a aplicar la Convención, principalmente porque la consideran una Convención muy complicada y porque no creen que sea compatible con la idea que se tiene internamente de la adopción... Sin embargo, aun con todas las reticencias, los jueces mexicanos se irán acostumbrando a esta Convención y cabe esperar, que con mayor frecuencia la apliquen.²⁶⁷

²⁶⁴ Siqueiros, J. L., “La Convención Relativa a la Protección de Menores y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 23, 1994, pp. 319 y 320.

²⁶⁵ González Martín, N., “El Convenio de La Haya de 1993 y el procedimiento de cooperación a través de una entidad colaboradora de adopción internacional: España y México”, en Adam Muñoz, M. D. y García Cano, S., *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Madrid, Colex, 2004, p. 179.

²⁶⁶ Cárdenas Miranda, E. L., “Adopción internacional”, *cit.*, p. 44.

²⁶⁷ Pereznieto, Castro, L., “Algunos aspectos del derecho familiar en México...”, *cit.*, p. 14.

A. *Ámbito de aplicación material*

Los objetivos de este instrumento convencional pueden ser resumidos en dos grandes líneas: a) imponer el establecimiento de garantías para que las adopciones internacionales no escondan tras esa fachada otra figura ilícita y respete esa adopción el “interés superior del menor” y b) asegurar que la sentencia de constitución de la adopción sea reconocida y ejecutada en el resto de Estados contratantes. Para lo anterior prevé un sistema de cooperación entre los Estados contratantes (artículo 1o.). En definitiva, la Convención ejemplifica el interés por el desarrollo integral de un menor que en última instancia se desarrollará en un núcleo familiar en un Estado diferente.²⁶⁸ Se da una cobertura amplia desde que se garantiza la correcta constitución de la adopción, así como el complemento indispensable que supone el reconocimiento y ejecución de dicha constitución.

En cuanto a su ámbito de aplicación material, podemos señalar que son, de conformidad con el artículo 2.2, “las adopciones que establecen un vínculo de filiación”.²⁶⁹ Este artículo se pone en relación directa con el artículo 3o. que dice: “el Convenio deja de aplicarse si no se han otorgado las aceptaciones a las que se refiere el artículo 17, apartado c), antes de que el niño alcance la edad de dieciocho años”.

Un artículo que queremos dejar en este momento claro es el 40, el cual afirma, de manera tajante e indubitada, que “no se admitirá reserva alguna al Convenio”. Lo anterior desemboca en una interesante consecuencia, a saber: el hecho de que este convenio tendrá una exacta aplicación en todos los Estados contratantes. Las reservas, que normalmente afectan al ámbito de aplicación material de los convenios, hacen que estos instrumentos sufran una profunda relajación, haciendo que la unificación y armonización también se relaje. Pero además, la imposibilidad absoluta de realización de reservas conlleva la disminución del riesgo de aparición del correctivo del orden público.

²⁶⁸ Brena Sesma, I., “Convención sobre protección de menores...”, *cit.*, pp. 87 y 88.

²⁶⁹ Coincidimos con las afirmaciones de Dreyzin de Klor, A. (coord.), *La protección internacional de menores...*, *cit.*, p. 98, al referirse al artículo 2o. como el ámbito de aplicación material del Convenio citado en líneas precedentes. Como bien afirma esta obra “mediante esta fórmula se trató de conciliar las soluciones de los diferentes regímenes legales, ya que algunos Estados sólo admiten una forma de adopción, mientras que en otros coexisten la adopción plena con la simple, o, incluso, existiendo la misma clase de adopción, producen distintos efectos”.

B. *Ámbito de aplicación espacial*

En cuanto a su ámbito de aplicación espacial, este Convenio requiere, de conformidad con el artículo 2.1, que:

un niño con residencia habitual en un *Estado contratante* (“el Estado de origen”), ha sido, es o va a ser desplazado a otro Estado contratante (“el Estado de recepción”), bien después de su adopción en el Estado de origen por cónyuges o por una persona con residencia habitual en el Estado de recepción, bien con la finalidad de realizar tal adopción en el Estado de recepción o en el Estado de origen.²⁷⁰

Lo anterior supone que este instrumento convencional sólo se aplicará entre aquellos países que lo han ratificado,²⁷¹ convirtiéndose en un convenio de carácter *inter partes*.

Este Convenio constituye un instrumento jurídico multilateral ciertamente exitoso.²⁷² Si uno de los parámetros para medir el éxito de un convenio es el número de Estados parte no podemos negar lo ambicioso y exitoso de este instrumento.²⁷³ Debemos señalar que México, junto con Brasil, Costa Rica y Rumania, fue Estado pionero en la firma y ratificación de este instrumento, acto del que presume la doctrina mexicana.²⁷⁴ De conformidad con la información facilitada por la página de la SRE, los Estados parte de este Convenio son: Alemania, Albania, Andorra, Australia, Austria, Brasil, Bolivia, Burkina Fasso, Burundi, Canadá, Colombia, Costa Rica, Chile, Chipre, Dinamarca, Ecuador, El Salvador,

²⁷⁰ Respecto a este artículo 2.1 Rodríguez Martínez señala acertadamente que “el elemento de internacionalidad radica no en la nacionalidad o ciudadanía de la pareja adoptante, sino más bien en la residencia, es decir, en que la pareja adoptante resida en lugar diferente al lugar de la residencia habitual del menor, siempre que exista la intención de que el menor sea desplazado al Estado receptor”. *Cfr.* Rodríguez Martínez, E., “La adopción de menores...”, *cit.*, p. 214.

²⁷¹ González Martín, N., “El Convenio de La Haya de 1993...”, *cit.*, p. 181.

²⁷² Éxito que ya auguraba en el año 1994 el profesor Siqueiros, Siqueiros, J. L., “La Convención Relativa a la Protección de Menores...”, *cit.*, p. 320.

²⁷³ Coincidiendo con lo exitoso de este Convenio encontramos a Vargas Gómez-Urrutia, quien además señala como factor de ambición sus catorce años de negociaciones y sus cerca de sesenta países que consta haberlo ratificado *Cfr.* Vargas Gómez-Urrutia, M., “El interés del menor...”, *cit.*, p. 122.

²⁷⁴ Cárdenas Miranda, E. L., “Adopción internacional”, *cit.*, p. 37.

Eslovenia, Eslovaquia, España, Estonia, Filipinas, Finlandia, Francia, Georgia, Islandia, Israel, Italia, Lituania, Mauricio, México, Moldova, Mónaco, Mongolia, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, República Checa, Rumania, Sri Lanka, Suecia y Venezuela. Entre los Estados parte de este Convenio podemos señalar que la mayoría de ellos son países de recepción de menores y en menor medida encontramos países de origen de los menores. Esta Convención está ratificada por países latinoamericanos: Brasil, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, México, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela. Estos países latinoamericanos junto con Burkina Faso, Burundi y Mongolia son claramente Estados de origen de menores.

C. Ámbito de aplicación temporal

Este Convenio afirma en su artículo 46 que:

1. El Convenio entrará en vigor el día primero del mes siguiente a la expiración de un periodo de tres meses después del depósito del tercer instrumento de ratificación, de aceptación o de aprobación prevista en el artículo 43. 2. En lo sucesivo, el Convenio entrará en vigor: a) para cada Estado que lo ratifique, acepte o apruebe posteriormente, o se adhiera al mismo, el primer día del mes siguiente a la expiración de un periodo de tres meses después del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión; b) para las unidades territoriales a las que se haya hecho extensiva la aplicación del Convenio de conformidad con el artículo 45, el día primero del mes siguiente a la expiración de un periodo de tres meses después de la notificación prevista en dicho artículo.

El artículo 41 afirma “el Convenio se aplicará siempre que una solicitud formulada conforme al artículo 14 sea recibida después de la entrada en vigor del Convenio en el Estado de origen y en el Estado de recepción”. Este artículo, escueto y directo, establece el carácter irretroactivo de este instrumento convencional. De esta forma, una vez más afirmamos que todas las acciones ejercitadas con posterioridad a la entrada en vigor de este instrumento, el 1 de mayo de 1995 para la República mexicana, se regirán, por las disposiciones de este Convenio. Las acciones ejercitadas con anterioridad deberán ser conocidas conforme lo estableci-

do en el DIPr autónomo, en concreto al artículo 156 CPCDF para CJI y el artículo 13 CCDF para derecho aplicable.

3. *Compatibilidad de convenios*

Volvemos a plantearnos aquí qué instrumento convencional debemos aplicar cuando, estando ante un mismo supuesto de hecho, los Estados implicados en esta figura de la adopción internacional tienen ratificado ambos instrumentos convencionales. Es el caso de Brasil, Chile, Colombia, México y Panamá.

Debemos iniciar revisando las disposiciones que sobre compatibilidad tiene la Convención sobre Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional; en cuanto que es posterior en el tiempo posiblemente previó la inclusión de una cláusula de compatibilidad respecto a la Convención Interamericana, o al menos unos lineamientos generales. En este sentido encontramos el artículo 39, que afirma que:

el Convenio no derogará a los instrumentos internacionales en que los Estados contratantes sean partes y que contengan disposiciones sobre materias reguladas por el presente Convenio, salvo declaración en contrario de los Estados vinculados por dichos instrumentos. 2. Todo Estado contratante podrá concluir con uno o más Estados contratantes acuerdos para favorecer la aplicación del Convenio en sus relaciones recíprocas. Estos acuerdos sólo podrán derogar las disposiciones contenidas en los artículos 14 a 16 y 18 a 21. Los Estados que concluyan tales acuerdos transmitirán una copia de los mismos al depositario del presente Convenio.

Esta disposición convencional no determina una compatibilidad expresa con el instrumento interamericano por lo que afirmamos que la solución de cualquier contradicción que pueda surgir puede resolverse acudiendo a la Convención de Viena del 23 de mayo de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, en cuyo artículo 30.3 se consagra el principio *lex posterior derogat priori*.²⁷⁵

²⁷⁵ Fernández Arroyo, D. P., *La codificación del derecho internacional privado...*, cit., p. 205.

III. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

1. *Regulación convencional*A. *Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores*

Como ya se hacía mención en líneas precedentes, a pesar de que el tenor literal de este Convenio hace referencia exclusivamente a los conflictos de leyes podemos afirmar que también regula el primer sector del DIPr, a saber: la CJI. Ahora bien, a pesar de que la mayor parte de sus disposiciones se refieren al sector del derecho aplicable guarda un pequeño reducto de artículos destinados a la regulación de la competencia judicial internacional.²⁷⁶ En este sentido, estamos ante un Convenio bipartito, esto es, regula dos de los tres sectores del DIPr, por lo que nuevamente se imposibilitará una fragmentación de cuerpos normativos aplicables para resolver la CJI y el derecho aplicable en caso de aplicación de este instrumento. Afirmación que no se puede mantener en caso de inaplicación de los convenios y un consiguiente recurso al DIPr autónomo.

Por lo que respecta a la CJI, los artículos 15 a 17 contienen claros foros de protección a favor del menor adoptado. En este sentido se señala como competente para el otorgamiento de la adopción las autoridades de la residencia habitual del adoptado, mismo que será competente para conocer de su anulación o revocación. Ahora bien, serán competentes para decidir la conversión de la adopción simple en plena o legitimación adoptiva o figuras afines, cuando ello sea posible, alternativamente y a elección del actor, las autoridades del Estado de la residencia habitual del adoptado al momento de la adopción o las del Estado donde tenga domicilio el adop-

²⁷⁶ Como afirman los profesores Perezniето y Silva Silva, y coincidiendo plenamente con ellos, podemos afirmar que este Convenio es un sistema moderno y especializado que adopta reglas de competencia para diversos supuestos. Perezniето Castro, L. y Silva Silva, J. A., *Derecho internacional privado...*, cit., p. 173. En este sentido el profesor Silva afirma que “la Convención Interamericana establece, a la vez, diversas normas de competencia judicial, así como la obligación de las autoridades mexicanas de interpretar armónicamente las normas de fondo y a favor de la validez de la adopción constituida y el *favor filii* (artículo 19). Silva, J. A., “El impacto de los convenios internacionales sobre la legislación interna mexicana relativa a la adopción internacional de menores”, *Revista de Derecho Privado*, nueva época, México, año II, núm. 4, 2003, p. 157.

tante (o adoptantes), o las del Estado donde tenga domicilio el adoptado cuando tenga domicilio propio, al momento de pedirse la conversión. Finalmente prevé que será competente para decidir las cuestiones relativas a las relaciones entre adoptado y adoptante (o adoptantes) y la familia de éste (o de éstos), los jueces del Estado del domicilio del adoptante (o adoptantes) mientras el adoptado no constituya domicilio propio. A partir del momento en que el adoptado tenga domicilio propio será competente, a elección del actor, el juez del domicilio del adoptado o del adoptante (o adoptantes).

Varias son las notas que podemos extraer de estos tres artículos competenciales. La primera es afirmar que a pesar de ser escueto este Convenio en sus pronunciamientos sobre la CJI cubre los supuestos más importantes o al menos los más usuales, es decir, la constitución, la revocación, la conversión y las relaciones familiares que se pueden llegar a entablar. En segundo lugar podemos ver cómo establece, a diferencia de la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimenticias, un único foro como el competente para conocer del supuesto de constitución de adopción. Desaparece la posibilidad de seleccionar el foro a la hora de constituir la adopción. Lo anterior entendemos que se debe a la protección indiscutible que se le otorga al menor con este punto de conexión. La residencia habitual del menor es sin duda el punto más real y conectado a su esfera de desenvolvimiento, es un punto neutral y un claro foro de protección.²⁷⁷ Como afirma la doctrina:

la conexión elegida protege al menor contra “los demás” y “lo demás”, resguardándolo de la familia de origen, e implica que los adoptantes deberán trasladarse al país del menor para realizar las gestiones necesarias para concretar la adopción; o bien designar apoderados que actúen en su nombre. Al asegurar la intervención de las autoridades del país de procedencia del menor pone en sus manos la facultad y la responsabilidad de disponer sobre la autorización para adoptar y por tanto de evitar la salida masiva de menores.²⁷⁸

²⁷⁷ La doctrina ha afirmado al respecto que “el empleo de este criterio real y objetivo separa al menor del concepto clásico de domicilio legal. Aunque el Convenio no incluye su definición, consideramos que es el lugar donde la persona posee su centro de vida...”. Dreyzin de Klor, A. (coord.), *La protección internacional de menores...*, cit., p. 108.

²⁷⁸ *Idem*.

En tercer lugar destacar que en claro contraste a esta austeridad de elección del punto de conexión para la constitución de esta figura encontramos un foro alternativo, otorgado por el artículo 16 *in fine*, referido a la conversión de la adopción y en el artículo 17 referido a las relaciones entre el adoptado y el adoptante. Selección que queda, de manera expresa, a elección del actor en el artículo 16, y de manera tácita, en el artículo 17.

El problema que atisba Berraz se presenta cuando:

el juez o autoridad que se arrogase competencia sobre la base de las normas de la Convención y posteriormente al análisis del caso observara que la Convención no es aplicable (por ejemplo cuando por error o fraude se estableció un domicilio —sea del adoptante o del adoptado— en un lugar determinado, cuando en realidad el mismo no se encontraba en un Estado parte). En este supuesto, estimamos que si bien la cuestión lógicamente quedaría fuera de la órbita del cuerpo legal bajo análisis, las posibilidades que tendría ese juez o autoridad competente serían solamente dos: o encuentra una norma de jurisdicción internacional de su propio ordenamiento jurídico en la cual pueda basar su competencia, o necesariamente deberá declararse incompetente.²⁷⁹

Dos son las cuestiones que nos gustaría manejar al hilo de esa hipótesis; primera, si la etapa en la que el juez se da cuenta y se cerciora de que las normas del Convenio no son aplicables, y por ende, no es competente en virtud de este cuerpo normativo, es una etapa procesal temprana, debería buscar competencia a través de la aplicación de la normativa autónoma vigente. Dos son las posibilidades que pueden derivar de esta búsqueda. La primera que sea competente en virtud de dicha normativa; la segunda que no sea competente. Si bien la primera opción no nos crea conflicto, la segunda sí. Nuestra postura sería la declaración de incompetencia del juez, con la consiguiente paralización de las actuaciones judiciales y la posterior remisión de las mismas a la autoridad competente. Lo anterior desde que no se retrasaría en exceso el momento de la constitución de la adopción. Si es una etapa procesal avanzada y no deriva su competencia de su normativa autónoma, estimamos que, sin más irregularidades, siga conociendo del procedimiento de constitución de la adopción hasta su culminación. La posible declaración de incompetencia po-

²⁷⁹ Cfr. Berraz, C., *La protección internacional del menor...*, cit., p. 25.

dría generar un retraso en la integración del menor en un núcleo familiar, objetivo primordial. Por eso y derivado de afirmaciones que lanzamos con anterioridad, estimamos que en materia familiar la aplicación de la normativa no debe ser rígida y estancada; por el contrario, debe amoldarse a la situación concreta que se presente.

B. *Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional*

Una primera pregunta que nos aborda al tratar este Convenio es saber si efectivamente estamos ante un movimiento de *desconflictualización* en la fase de constitución de la adopción y en el sector del derecho aplicable.²⁸⁰ Vemos que este instrumento se articula de manera diferente a como lo hace la Convención Interamericana, previa en el tiempo. Respecto a la Convención Interamericana, poco nos podemos preguntar desde que el título mismo nos da una respuesta de su *conflictualización* y una revisión de su texto vemos que hace fiel reflejo del mismo, con absoluta fidelidad. Por su parte, el instrumento de La Haya no se configura a través de una técnica de reglamentación indirecta. Esta Convención prevé la creación de autoridades centrales y organismos acreditados. ¿Estamos ante una nueva “moda” en la codificación de materias de DIPr? ¿es simplemente una cuestión de opción en cada uno de los foros de codificación?

En el capítulo III de este Convenio se regula “Autoridades Centrales y Organismos Acreditados”. El artículo 6.1 afirma que “todo Estado contratante designará una autoridad central encargada de dar cumplimiento a las obligaciones que el Convenio le impone”.²⁸¹ Por su parte, el numeral 2 de este artículo afirma que “Un Estado federal, un Estado en el que están en vigor diversos sistemas jurídicos o un Estado con unidades territoriales autónomas puede designar más de una autoridad central y especificar la extensión territorial o personal de sus funciones. El Estado que

²⁸⁰ Herranz Ballesteros, M., “La búsqueda de la armonía internacional de soluciones...”, *cit.*, pp. 491 y 492.

²⁸¹ Respecto a las autoridades centrales, la doctrina ha señalado que “lo importante es que de la actividad desarrollada por las autoridades centrales, como instrumentos que realizan la cooperación entre los jueces de los distintos países, se llegue a la conclusión que la adopción ha cumplido con todas las exigencias legales en los dos países interesados. O sea, que deben cooperar para alcanzar la ‘armonización, coordinación, unificación o *ius commune in concreto* con relación al caso de la adopción internacional”. Dreyzin de Klor, A. (coord.), *La protección internacional de menores...*, *cit.*, pp. 98 y 99.

haga uso de esta facultad, designará la autoridad central a la que puede dirigirse toda comunicación para su transmisión a la autoridad central competente dentro de ese Estado”.

En este orden de ideas, la República mexicana en el decreto promulgatorio de dicha Convención, publicado en el *DOF* el 24 de octubre de 1994, señala:

Carlos Salinas de Gortari, presidente de los Estados Unidos Mexicanos, a sus habitantes, sabed: el día veintinueve del mes de mayo del año de mil novecientos noventa y tres, el Plenipotenciario de los Estados Unidos Mexicanos, debidamente autorizado al efecto firmó *ad referendum*, la Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, suscrita en la ciudad de La Haya, Países Bajos, en la misma fecha, cuyo título y forma en español constan en la copia certificada adjunta. La citada Convención fue aprobada por la Cámara de Senadores del H. Congreso de la Unión, el día veintidós del mes de junio del año mil novecientos noventa y cuatro, según Decreto publicado en el *DOF* el día seis del mes de julio del propio año, con las siguientes declaraciones: “el gobierno de México al ratificar la Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, formula las siguientes declaraciones: I. en relación con los artículos 6o., numeral 2 y 22, numeral 2, únicamente fungirán como Autoridades Centrales para la aplicación de la presente Convención, el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia de cada una de las siguientes entidades federativas, con jurisdicción exclusiva en el territorio al que pertenecen. 1. Aguascalientes. 2. Baja California. 3. Baja California Sur. 4. Campeche. 5. Coahuila. 6. Colima. 7. Chiapas. 8. Chihuahua. 9. Durango. 10. Estado de México. 11. Guanajuato. 12. Guerrero. 13. Hidalgo. 14. Jalisco. 15. Michoacán. 16. Nayarit. 18. Nuevo León. 19. Oaxaca. 20. Puebla. 21. Querétaro. 22. Quintana Roo. 23. San Luis Potosí. 24. Sinaloa. 25. Sonora. 26. Tabasco. 27. Tamaulipas. 28. Tlaxcala. 29. Veracruz. 30. Yucatán. 31. Zacatecas. 32. El Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia tendrá jurisdicción exclusiva en el Distrito Federal y jurisdicción subsidiaria en las 31 entidades federativas de la república anteriormente citadas. La Consultoría Jurídica de la SRE fungirá como Autoridad Central para la recepción de documentación proveniente del extranjero...”²⁸²

²⁸² Autoridades que como designa la doctrina “en México, se designó a la Consultoría Jurídica de la SRE como la autoridad central y sólo se permite el traslado fuera del país a menores que hayan sido previamente adoptados a través de los tribunales familiares nacionales”. *Cfr.* Brena Sesma, I., “Convención sobre Protección de Menores...”, *cit.*, p.

El resto de rubros de este decreto de expondrán en su debido momento.

Las obligaciones que se imponen a estas autoridades se pueden localizar en los artículos 7o., 8o. y 9o. convencional. En este sentido, el artículo 7o. comienza con un enunciado muy genérico donde se afirma que las autoridades centrales tienen el deber de cooperar y promover la cooperación entre ellas. A fin de concretar estas labores abstractas se encamina la parte final de este artículo 7o. con las dos siguientes; en este sentido, determina que consisten en: a) proporcionar información sobre la legislación de sus Estados, estadísticas y formularios; b) dar información sobre el funcionamiento del Convenio y suprimir obstáculos en su aplicación.

Estas obligaciones se complementan con el contenido del artículo 8o. que afirma como otra función tomar “todas las medidas apropiadas para prevenir beneficios materiales indebidos con relación a una adopción y para impedir toda práctica contraria a los objetivos del Convenio”. Como colofón a esta enumeración de obligaciones el artículo 9o. señala: a) tomar medidas apropiadas para: a.1) “reunir, conservar e intercambiar información relativa a la situación del niño y de los futuros padres adoptivos en la medida necesaria para realizar la adopción”; a.2) “facilitar, seguir y activar el procedimiento de adopción”; a.3) “promover, en sus respectivos Estados, el desarrollo de servicios de asesoramiento en materia de adopción y para el seguimiento de las adopciones”; a.4) “intercambiar informes generales de evaluación sobre las experiencias en materia de adopción internacional” y a.5) “responder, en la medida en que lo permita la ley de su Estado, a las solicitudes de información motivadas respecto a una situación particular de adopción formuladas por otras Autoridades Centrales o por Autoridades Públicas”.

88. Cfr. Brena Sesma, I., “La adopción y los convenios internacionales”, *Revista de Derecho Privado*, México, año 8, núm. 24, 1997, p. 36. En esta línea se expresaba en el año 1994 el profesor Siqueiros Siqueiros, J. L., “La Convención Relativa a la Protección de Menores...”, *cit.*, pp. 321 y 322, quien señala que “esta temática es de la competencia de las legislaciones locales”. Brena Sesma, I., “El interés del menor...”, *cit.*, p. 86. Espinal Piña, I. I. y García Mirón, A., “Análisis procedimental y sustantivo...”, *cit.*, p. 122; González Martín, N., “Convención de La Haya del 29 de mayo de 1993, sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional: el caso México-España”, en González Martín, N. y Rodríguez Benot, A. (coords.), *Estudios sobre adopción internacional*, México, UNAM, 2001, p. 171; Jiménez García, J. F., *Derechos de los niños*, México, Cámara de Diputados, LVII Legislatura, UNAM, 2000, p. 27.

A este interesante listado de obligaciones la doctrina señala una adicional, extraconvencional, que nos parece muy atinada:

desde nuestra experiencia, sugerimos, en el caso concreto mexicano, la conveniencia de la creación de una oficina dentro del DIF nacional que debería tener la competencia de confeccionar un censo nacional o banco de datos, actualizado mensualmente, de todos los menores en situación legal de adaptabilidad. Con ello se racionalizaría y facilitaría que las solicitudes de adopción llegaran o se dirigieran al lugar o Estado donde realmente fueran precisas y se evitaría la acumulación de trabajo en determinados Estados que no van a poder atender dichas solicitudes.²⁸³

Un artículo vital en este entramado convencional es el 22.2, el cual señala que:

todo Estado Contratante podrá declarar ante el depositario del Convenio que las funciones conferidas a la autoridad central por los artículos 15 a 21 podrán también ser ejercidas en ese Estado, dentro de los límites permitidos por la ley y bajo el control de las Autoridades competentes de dicho Estado, por personas u organismos que: a) cumplan las condiciones de integridad, competencia profesional, experiencia y responsabilidad exigidas por dicho Estado, y b) estén capacitadas por su calificación ética y por su formación o experiencia para trabajar en el ámbito de la adopción internacional.

Es lo que la doctrina mexicana ha calificado como “adopciones independientes”, abordadas en líneas precedentes, y al que también hace referencia el extracto de decreto promulgatorio que se reproducía líneas más arriba.²⁸⁴ Como este artículo fue muy discutido al momento de su re-

²⁸³ González Martín, N., “Convención de La Haya del 29 de mayo de 1993...”, *cit.*, p. 177.

²⁸⁴ Siqueiros, J. L., “La Convención Relativa a la Protección de Menores...”, *cit.*, p. 317. En este sentido, afirma que “esta opción fue inicialmente rechazada por muchas delegaciones. Sin embargo, se consideró que era preferible regular la actuación de las agencias privadas en el marco de la Convención, que tolerarla en forma irrestricta”. González Martín, N., “El Convenio de La Haya de 1993...”, *cit.*, pp. 182 y 183. En este sentido esta autora señala que “entendemos la preferencia del Convenio de La Haya de 1993 por la intervención de la ECAI’s ante el oscurantismo que permea las adopciones «privadas», fundamentalmente, pero tampoco debemos obviar que el Convenio no puede hacer desaparecer de un plumazo los actos fraudulentos de aquellas agencias, como comentábamos, mediadoras que están acreditadas, precisamente, por las autoridades centrales tanto de los países de origen como de los países de recepción”.

dacción y negociación se acordó que cada Estado pudiera determinar si las obligaciones de las autoridades centrales serían concurrentes con estos organismos o no. La redacción final de este Convenio quedó que determinadas funciones y atribuciones deben desarrollarse exclusiva y directamente por las autoridades centrales, como bien lo refleja el artículo 7o., mientras que otras funciones podrían ser concurrentes con los organismos designados por cada Estado, como lo determinan los artículos 8o. y el 9o.

Así, el artículo 7o. lo establece a través de la siguiente aseveración “2. Tomarán *directamente*...”. La utilización del término “directamente” lo traducimos por el sinónimo “exclusivamente”. Por su parte, y en orden a establecer las diferencias de estos artículos, el 8o. de este Convenio señala lo que denominaremos como competencias concurrentes. Esta afirmación se deriva de la frase “las Autoridades Centrales tomarán, *directamente o con la cooperación de autoridades públicas*...”. En la misma línea del octavo encontramos el noveno “las Autoridades Centrales tomarán, *ya sea directamente o con la cooperación de Autoridades Públicas o de otros organismos debidamente acreditados en su Estado*...”.

Nos preguntamos si esos organismos acreditados pudieran operar por medio de Internet. Sobre este aspecto la doctrina menciona un caso que bien califica como *escalofriante*. Se habla del caso “The Internet Twin Case”, en este caso se habla de que por medio de una página web de una agencia privada se ofrecían servicios de adopción, en concreto, ponían en contacto a madres biológicas con madres adoptivas, a cambio de remuneración.²⁸⁵ Nos preguntamos así si debido a la modernidad en la que estamos embarcados donde la realidad ya ha superado la ficción, si las adopciones internacionales efectuadas a través de la red son o no legales.²⁸⁶

2. Regulación autónoma

El profesor Leonel Pereznieto aclara que:

de acuerdo a la Constitución de México, las facultades que explícitamente no se encuentran otorgadas a la Federación, se entiende que son facul-

²⁸⁵ Hernández Rodríguez, A., “Algunas reflexiones sobre la adopción internacional en la ‘sociedad de la información’”, en Calvo Caravaca, A. L. e Iriarte Ángel, J. L., *Mundialización y familia*, Madrid, Colex, 2001, pp. 313 y 314.

²⁸⁶ Inquietud que también refleja Hernández Rodríguez, A. *ibidem*, p. 314. Autora que ha ubicado esta situación dentro del fenómeno de la “sociedad de la información”.

tades otorgadas a los Estados... En materia de derecho de familia la jurisdicción es de cada uno de los Estados de la Unión. Al ser competencia local, cada Estado tiene su propio Código Civil con lo cual se cuenta con 30 códigos civiles diferentes más el del Distrito Federal; sin embargo, estos códigos civiles han seguido de cerca al Código Civil del D.F. de 1932 con lo cual hay ciertos puntos de contacto y conceptos comunes en esta materia. Cuando hablamos de la adopción internacional, cualquier juez local mexicano tiene jurisdicción para aplicar directamente la Convención Interamericana o la Convención de La Haya...²⁸⁷

El artículo de DIPr autónomo para confirmar la competencia o incompetencia de los tribunales mexicanos es el 156 del CPCDF. De este artículo se observa que estamos en presencia de una norma de competencia que realiza un reparto bilateral de la misma. Es decir, no se conforma con atribuir o no competencia a los jueces mexicanos sino que da un paso más allá y determina quién es el juez nacional con competencia internacional. Su redacción parece distribuir, repartir bilateralmente la competencia. Sin embargo, como ya hemos mencionado, ningún juez que no sea mexicano se atribuirá competencia o se declarará incompetente basándose en un cuerpo normativo autónomo mexicano.

Una primera fracción a la que podemos acudir para fundamentar la competencia de los tribunales mexicanos es la VIII, en la cual se afirma que “es juez competente: VIII. En los actos de jurisdicción voluntaria el del domicilio del que promueve...”. La anterior ubicación de la adopción en la categoría de jurisdicción voluntaria se hace tanto por el respaldo de la doctrina²⁸⁸ como por su ubicación en el capítulo cuarto, título decimonoveno, “De la jurisdicción voluntaria”, artículos 923 a 926 del CFC. Un primer comentario se dirige a señalar que el punto de conexión de esta norma es “el domicilio del que promueve”; es decir, en este caso, el domicilio del adoptante. Con este punto de conexión se deja atrás el criterio seguido por la Convención Interamericana que establecía como punto de conexión la residencia habitual del menor para la constitución de la adopción. Si bien afirmábamos que este punto de conexión era el más correcto para darle protección al menor por su proximidad y realidad para con el mismo, y no nos cuestionábamos la necesidad de un foro de protección, el punto de conexión del domicilio del adoptante nos suscita alguna duda.

²⁸⁷ Pereznieta Castro, L., “Algunos aspectos del derecho familiar en México...”, *cit.*, p. 14.

²⁸⁸ Guzmán Zapater, M., “Adopción internacional: ¿cuánto queda...”, *cit.*, p. 84.

Otra opción que podemos tomar para determinar la competencia o incompetencia de los tribunales mexicanos en el caso de la adopción es la que brinda la fracción IX, que señala “en los negocios relativos a la tutela de los menores e incapacitados, el juez de la residencia de estos, para la designación del tutor, *y en los demás casos el del domicilio del éste*”. Estamos sin duda ante una fracción de interpretación ambigua e inexacta; lo anterior se produce porque no sabemos qué se entiende por “demás casos” y cuáles son sus límites; a lo anterior se une el hecho de que los puntos de acentuación estimamos no están muy logrados en cuanto a su ubicación y utilización. Sin embargo, podemos encuadrar la figura de la adopción dentro de ese cajón de sastre que se prevé en su última parte. De esta afirmación se extrae como consecuencia el hecho de que el punto de conexión se ubica en la “residencia de éste”, del tutor. Lo cual supondría que el menor está bajo una figura de protección en la cual se halla inmersa la figura del tutor.

De igual forma la competencia o incompetencia de los tribunales mexicanos se puede derivar de la fracción IV del artículo 156 desde que afirma “el del domicilio del demandado, si se trata del ejercicio... de acciones personales o del estado civil”. De una lectura del artículo 24 del CPCDF se afirma que:

las acciones del estado civil tienen por objeto las cuestiones relativas al nacimiento, defunción, matrimonio o nulidad de este, filiación, reconocimiento, emancipación, tutela, *adopción*, divorcio y ausencia, o atacar el contenido de las constancias del registro civil para que se anulen o rectifiquen. Las decisiones judiciales recaídas en el ejercicio de acciones de estado civil perjudican aun a los que no litigaron.

Ahora bien, de este artículos nos surge la pregunta de saber quién es el demandado desde que estamos ante un supuesto de adopción.

De cualquier forma, sea cual sea la fracción por la que nos decantemos para determinar la competencia o incompetencia de los tribunales mexicanos podemos señalar que no se contempla un claro y necesario foro de protección, un punto de conexión que incline la competencia a favor de los tribunales de la residencia habitual del menor. Tenemos: A) domicilio del que promueve (VIII), B) domicilio del tutor (IX) y C) domicilio del demandado (IV).

Además de todo lo señalado debemos referirnos a que la regulación autónoma existente para dar respuesta a esta figura se caracteriza por dos datos:

primero, la falta de visión internacional de la misma, estamos ante una norma cuya redacción y contenido está pensado para dar respuesta a una situación puramente interna, para regular las relaciones entre las diversas entidades federativas, no está pensando en dar una regulación *ad extra*. La segunda es que no tenemos contemplado un supuesto de hecho específico para la adopción internacional, lo cual supone que se encuadre en tres posibles fracciones, cuyas respuestas estimamos que no son *ad hoc* para regular esta figura. Lo anterior desemboca en que la competencia no se designa a favor de los tribunales de la residencia habitual del menor sino a favor de los tribunales del domicilio de los adoptantes, quienes promueven, del tutor, en caso de haberlo, o el del domicilio del demandado, cuando no hay un demandado *stricto sensu*.

IV. DERECHO APLICABLE

1. Regulación convencional

A. Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores

Como ya se adelantaba en otra parte de este capítulo, estamos ante un Convenio de carácter bipartito, es decir, además de regular la CJI da respuesta al derecho aplicable.

Este Convenio opta, a diferencia del Convenio de La Haya, por establecer una técnica de reglamentación indirecta para señalar la norma material que dará respuesta a la figura de la adopción internacional. Adelantamos que los puntos de conexión elegidos por este Convenio, residencia habitual del menor y domicilio del adoptante, son ciertamente atinados.²⁸⁹ Es sin duda la norma material señalada por estos puntos de conexión la más adecuada para valorar la pertinencia y cumplimiento de los requisitos necesarios para la constitución o posterior devenir de la adopción internacional.

²⁸⁹ En esta línea de pensamiento Dreyzin de Klor, A. (coord.), *La protección internacional de menores...*, cit., p. 109. Las afirmaciones se reproducen a continuación “la residencia habitual del menor actúa como punto de conexión autónoma y suficiente. Es el verdadero asiento jurídico del menor, el lugar donde él se encuentra en forma estable y permanente. No es un concepto legal, sino que se aproxima más a una noción de hecho jurídico, independizándolo del domicilio de sus representantes legales. Dicha conexión puede favorecer la relación adoptiva y la protección del incapaz”.

Respecto al derecho aplicable, esta Convención da respuesta de manera generosa y detallada a diversos supuestos. En este caso encontramos los artículos 3o., 4o., 9o., 11, 13 y 14 que son verdaderas normas de conflicto que cubre una interesante amalgama de supuestos.

En este sentido, el artículo 3o. afirma que la ley de la residencia habitual del menor regirá la capacidad, consentimiento y demás requisitos para ser adoptado, así como cuáles son los procedimientos, y formalidades extrínsecas necesarias para la constitución del vínculo.²⁹⁰ Por su parte, y de conformidad con el artículo 4o., la ley del domicilio del adoptante o adoptantes regirá la capacidad para ser adoptante, los requisitos de edad y estado civil del adoptante, el consentimiento del cónyuge del adoptante, si fuere el caso y los demás requisitos para ser adoptante.²⁹¹ Además de lo anterior, el artículo 4o. *in fine* señala que: “en el supuesto de que los requisitos de la ley del adoptante (o adoptantes) sean manifiestamente menos estrictos a los señalados por la ley de la residencia habitual del adoptado, regirá la ley de éste”.²⁹² Esta cláusula de cierre demuestra, una vez más, el perfecto acoplamiento de esta Convención con la protección del menor, favoreciendo la constitución de la adopción internacional. Estimamos que a través de flexibilizar la adopción se esconden en realidad las ganas de proteger al menor dándolo en adopción. En este sentido afirmamos que los controles que se puedan o deban ejercer sobre la adopción, de tal forma que no se encierre tras ella otra figura co-

²⁹⁰ Respecto al punto de conexión “residencia habitual del menor” Berraz señala que “los autores de la Convención advirtieron la diversidad de soluciones que las leyes de los distintos Estados parte adoptaban para establecer la edad (máxima y/o mínima) que debía tener el adoptado... La Convención pretende de este modo, lograr un punto de coincidencia al remitir la solución al derecho del lugar donde el menor habitualmente reside, en lugar de inclinarse por una respuesta de carácter uniforme, pensando que, ante las diferencias apuntadas, ésta sería la mejor posible”. *Cfr.* Berraz, C., *La protección internacional del menor...*, *cit.*, p. 17.

²⁹¹ En este sentido y coincidiendo con Brena Sesma “el documento reconoce a las dos leyes aplicables en una adopción internacional y permite armonizar la legítima presencia de la ley del adoptado en el control de los requisitos básicos y la del adoptante con respecto al nuevo vínculo filiatorio que se constituye”. *Cfr.* Brena Sesma, I., “La adopción y los convenios internacionales”, *cit.*, p. 33.

²⁹² La doctrina ha señalado que “la sociedad entre ambas leyes (se entiende la de la residencia habitual del menor y la del domicilio del adoptante) no es igualitaria, pues se otorga predominancia a la ley del adoptado si los requisitos de la ley del adoptante fueren “manifiestamente inferiores”. Dreyzin de Klor, A. (coord.), *La protección internacional de menores...*, *cit.*, p. 109.

mo al de tráfico, estimamos que no es óbice para la obstaculización absurda para la constitución de esta figura. En este sentido esta Convención a través de esta cláusula deja claro que tras los controles también debe existir cierto grado de flexibilidad.

Sin embargo de esta redacción podemos extraer la posibilidad de que se presente, como ya ocurría en la Convención Interamericana de Obligaciones Alimenticias, la figura del conflicto móvil, al ser dos puntos de conexión mutables sin fijación de tiempo. Podemos realizar las afirmaciones *mutatis mutandi* que se efectuaron en el capítulo de las obligaciones de alimentos para con la Convención Interamericana.

Por su parte, y de conformidad con el artículo 9o., y en relación con las adopciones plenas, la legitimación adoptiva y figuras afines, las relaciones entre adoptante y adoptado, inclusive las alimentarias, y las del adoptado con la familia del adoptante se regirán por la misma ley que rige las relaciones del adoptante con su familia legítima. Sin embargo, el artículo 9o. párrafo b) opta por insertar una norma material, una técnica de reglamentación directa. En este sentido afirma que “los vínculos del adoptado con su familia de origen se considerarán disueltos. Sin embargo, subsistirán los impedimentos para contraer matrimonio”.

Para el caso de adopciones distintas a las señaladas, para las relaciones entre adoptante y adoptado se rigen por la ley del domicilio del adoptante y las relaciones del adoptado con su familia de origen se rige por la ley de su residencia habitual al momento de la adopción (artículo 10). En este apartado vemos cómo el último punto de conexión mutable “residencia habitual” se acompaña de una fecha crítica “el momento de la adopción”, lo anterior evita, y en relación con este concreto punto de conexión, la aparición del conflicto móvil; figura que puede plantearse respecto al punto de conexión primero (domicilio del adoptante) donde además de ser igualmente mutable no viene acompañado de fecha alguna para su concreción.

Otra categoría dentro de la adopción que contempla este Convenio se refiere a los derechos sucesorios, artículo 11, que determina que se regirán por las normas aplicables a las sucesiones de cada una de las partes. Si bien opta en su primera parte por una norma de conflicto, finaliza con una norma directa “en los casos de adopción plena, legitimación adoptiva y figuras afines, el adoptado, el adoptante (o adoptantes) y la familia de éste (o de éstos), tendrán los mismos derechos sucesorios que corresponden a la filiación legítima”. No hace más que recoger un principio de igualdad.

Por lo que respecta a la revocación de las adopciones se regirá por la ley de la residencia habitual del adoptado al momento de la adopción (artículo 12). Volvemos a eliminar aquí la posibilidad de aparición de conflicto móvil.

Cuando sea posible la conversión de la adopción simple en plena o legitimación adoptiva o instituciones afines dicha conversión se regirá, a elección del actor, por la ley de la residencia habitual del adoptado, al momento de la adopción, o por la ley del Estado donde tenga su domicilio el adoptante al momento de pedirse la conversión. Este artículo 13 vuelve a contemplar como puntos de conexión criterios mutables a los que acompaña de un concreto punto temporal.

Finalmente, y de conformidad con el artículo 14, cubre el supuesto de la anulación de la adopción, la cual se regirá por la ley de su otorgamiento. Este punto de conexión es completamente inmutable, inalterable, eliminando en todo punto el planteamiento del conflicto móvil.

En el mismo sentido que afirma Berraz, una laguna importante en la que el Convenio cae es la de otorgar una solución directa al tema concreto de la diferencia de edad entre adoptante y adoptado.²⁹³ Vuelve a refugiarse como ya hiciera con los otros aspectos, en la ley del domicilio del adoptante, como la más óptima para dar una solución. Este tema que pudiera ser banal estimamos que cobra fuerza al tenor de conocido caso donde deja claro que la realidad supera ampliamente la ficción (o en este caso la imaginación). Cuando creíamos tener una clara línea trazada entre la relación paterno-filial y la relación conyugal la realidad nos demuestra que se puede convertir en una tenue línea.

B. *Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional*

Como hemos venido manteniendo, este instrumento convencional, a diferencia del instrumento interamericano, se aparta de la técnica clásica de DIPr de las normas conflictuales, las cuales nos otorgan, a través de sus puntos de conexión (residencia habitual o domicilio) la aplicación de la *lex fori* o del derecho de otro Estado, en igualdad de oportunidades y en un plano de absoluta igualdad aplicativa.

²⁹³ Cfr. Berraz, C., *La protección internacional del menor...*, cit., p. 18.

La doctrina ha señalado la inadecuación del método conflictual para la protección de menores al no responder a la exigencia de urgencia concurrente en buen número de situaciones, y cita como ejemplo la adopción de medidas urgentes para la persona del menor o de sus bienes. En estos casos la doctrina afirma que este “objetivo que justificaría la preponderancia de la cuestión judicial llamada a resolver conforme a su propio derecho (*lex fori*)”.²⁹⁴ Separándonos en ciertos puntos de esa idea, afirmamos que el método conflictual, desde que no impone como punto de conexión la nacionalidad, es un método aceptable. Recordemos que la norma de conflicto tiene como misión canalizar la resolución del fondo hacia la aplicación de una norma material, sustantiva, más adecuada al fondo de la pretensión. Simplemente la elección de la técnica conflictual o la técnica de cooperación es una cuestión de gusto. Así, no nos atrevemos a afirmar que la Convención Interamericana se encuentre obsoleta o no regule atinadamente la realidad para la que fue redactada. Tampoco creemos que la elección de una técnica indirecta influya en la obstaculización de un reconocimiento automático de la decisión. Como tampoco creemos que el hecho de que el Convenio de La Haya, posterior en el tiempo, haya optado por elegir otra técnica de reglamentación nos sitúe en un plano de superación del método tradicional conflictual.

2. Regulación autónoma

Coincidiendo plenamente con Brena Sesma “consideramos que, en materia de adopción internacional, rigen los artículos del 12 al 15 del Código Civil para el Distrito Federal para regular ciertas situaciones como el respeto a lo previsto en los tratados y convenciones de los que México sea parte, o la determinación de cuál es el derecho aplicable en casos concretos o cómo se debe aplicar, cuando sea el caso, el derecho extranjero”.²⁹⁵

El artículo 13 del CCDF que afirma: “La determinación del derecho aplicable en el Distrito Federal se hará conforme a las siguientes reglas: II.

²⁹⁴ Guzmán Zapater, M., “Adopción internacional: ¿cuánto queda...”, *cit.*, p. 103. Esta autora afirma que “más allá de esa clave legeforista, se dice también que la mezcla de urgencia y la relación entre DIPr de la familia y vida cotidiana provocan el paso de un derecho general y abstracto —dominado por normas de conflicto construidas sobre la conexión nacionalidad— hacia un derecho más pragmático —marcado por la cooperación de autoridades—”.

²⁹⁵ *Cfr.* Brena Sesma, I., “La adopción y los convenios internacionales”, *cit.*, p. 35 y Brena Sesma, I., *Las adopciones en México...*, *cit.*, p. 78.

El estado y la capacidad de las personas se rige por las leyes aplicables en el Distrito Federal” supone la presencia de un claro *legeforismo* a la hora de determinar la ley aplicable a las adopciones internacionales.²⁹⁶ Así afirmamos que la ley aplicable es la *lex fori*, sin posibilidad alguna de aplicar derecho extranjero. Como ya se afirmara en otro capítulo, la redacción actual de este artículo, y en concreto de esta fracción, deja prácticamente sin aplicación el contenido del artículo 14 y 15 del CCDF. Si únicamente se aplica la *lex fori*, ¿qué posibilidades hay de aplicar la figura del reenvío, de la institución desconocida?, ¿para qué queremos la actual redacción de la cuestión previa, etcétera?

En este sentido y como bien afirma Silva: “en ninguna parte de las leyes internas se indica cuál es la ley aplicable a la adopción. La residencia habitual sólo se menciona a propósito de los extranjeros que residiendo en el extranjero desean adoptar” de igual manera, el secreto de la adopción plena, pregonado en el ámbito convencional internacional, se establece raramente.²⁹⁷

La regulación en la República mexicana de la adopción internacional se encuentra en los siguientes preceptos: artículo 410-E del Código Civil del Distrito Federal y artículo 923 del CPCDF; artículo 433-E del Código Civil de Aguascalientes; artículo 404 del Código Civil de Baja California; artículo 426-J del Código Civil de Campeche; artículo 511 del Código Civil de Coahuila y artículo 608 del Código de Procedimientos Civiles de Coahuila; artículo 410-E del Código Civil de Colima; artículo 405 del Código Civil de Chiapas; artículo 387 del Código Civil de Chihuahua; artículo 405-D, F y G del Código Civil de Durango y artículo 912 del Código de Procedimientos Civiles para Durango; artículo 551 del Código Civil de Jalisco; artículo 360 del Código Civil de Michoacán; artículo 256-A, B y C del Código Civil de Morelos y artículo 839 del Código de Procedimientos Civiles de Morelos; artículo 410 bis VI del Código Civil de Nuevo León; artículo 591 del Código Civil de Puebla y artículo 718 del Código de Procedimientos Civiles de Puebla; artículo 377 del Código Civil de Querétaro; artículo 370. 9 y

²⁹⁶ En este sentido el artículo 13 del CCDF sufrió una modificación que hace que el punto de conexión otorgado a la norma de conflicto sea siempre la vigente en el Distrito Federal. En este sentido la versión anterior hablaba del domicilio. Este punto de conexión desapareció para otorgar un carácter absolutamente legeforista a la norma de conflicto. Donde más que norma de conflicto parecen ser normas de extensión.

²⁹⁷ Silva, J. A., “Panorama del derecho internacional privado mexicano...”, *cit.*, p. 48.

10 del Código Civil de San Luis Potosí;²⁹⁸ artículo 410 bis-5 del Código Civil de Sinaloa; artículo 573 del Código Civil de Sonora y artículo 598 del Código de Procedimientos Civiles de Sonora; artículo 245 del Código Civil de Tlaxcala; artículo 339 del Código Civil de Veracruz y artículo 224 del Código Civil de Yucatán.

El listado anterior se ofrece derivado del hecho de que la adopción internacional es materia estatal y no federal. Lo anterior, y como ya se expuso en el capítulo de obligaciones alimenticias, nos parece una técnica poco adecuada. Inadecuación tanto para el sector de la CJI como del derecho aplicable. En este sentido la existencia de un abanico de regulación estatal de la figura de la adopción puede derivar en un *forum shopping* y en un *ius shopping*. De tal forma que se reproducen aquí *mutatis mutandi* las afirmaciones vertidas para la categoría de alimentos.

Proponiendo aquí una reforma, una nueva redacción de este artículo, donde encontremos una auténtica norma conflictual, donde el punto de conexión sea el domicilio del menor y no las disposiciones vigentes en el D.F., siendo conscientes de que la aplicación de la normativa extranjera puede generar fricciones. En este sentido nos asalta una duda: ¿qué ocurre cuando el punto de conexión nos lleva a una norma material extranjera y ésta resulta ser la ley islámica, la cual reconoce la institución denominada Kafala? Puntualizaremos que la Kafala es una figura destinada al cuidado del menor, a la guarda legal, donde el menor tiene dos serias limitaciones derivadas del hecho de que los lazos de sangre no pueden modificarse: a) no adquiere el apellido de la familia que lo acoge b) no tiene derechos hereditarios.²⁹⁹ Recordemos que la ley islámica no permi-

²⁹⁸ Reproduciremos en este punto un pronunciamiento judicial del estado de San Luis Potosí. “los artículos 372, 384 y 403 del Código Civil del Estado de San Luis Potosí, establecen quiénes son menores de edad, y, fundamentalmente, que el sujeto a la patria potestad no puede comparecer en juicio ni contraer obligación alguna. De acuerdo con ello, si quedó probado que la actora era menor de edad en la fecha en que compareció a manifestar su consentimiento sobre la adopción de su menor hijo en las diligencias de adopción relativas, resulta que no estaba capacitada legalmente para verter ese consentimiento, por estar ella misma sujeta a la patria potestad, sino que tal manifestación de voluntad debió expresarla quien ejercía la patria potestad sobre la madre menor de edad”. *IUS 230872*. Octava Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, t. I, segunda parte-1, enero a junio de 1988, p. 59, aislada, Civil. Rubro: Adopción. Incapacidad de la madre menor de edad, para otorgar el consentimiento en la (legislación del estado de San Luis Potosí).

²⁹⁹ Cárdenas Miranda, E. L., “Adopción internacional”, *cit.*, p. 35; Rodríguez Vázquez, M. A., “Algunos aspectos del derecho de extranjería...”, *cit.*, pp. 277 y 278.

te la filiación adoptiva la cual es distinta a la figura del acogimiento legal, Kafala, que no crea vínculos de filiación. En este orden de ideas alegaremos institución desconocida, orden público o ambas figuras. Lo anterior da como resultado la aplicación de la *lex fori*. Este problema, como ya señalábamos, está completamente desterrado si la aplicación normativa es la autónoma actual.

V. OTROS RASGOS CONVENCIONALES

1. *Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopciones de Menores*

Por lo que se refiere a los requisitos necesarios para la publicidad y registro de la adopción, debemos señalar que nuevamente encontramos una norma indirecta que nos reenvía a la norma material del Estado donde deben ser cumplidos (artículo 6o.).

Como figuras que recoge la Convención dentro del derecho aplicable, sin ser normas conflictuales, encontramos el artículo 5o. el cual recoge la figura de la institución desconocida,³⁰⁰ y el artículo 18, que recoge la excepción de orden público.³⁰¹ Respecto a la primera figura, debemos señalar de entrada que estamos ante un viejo resabio de poca aplicabilidad en la actualidad. En este sentido afirmamos que las posibilidades de toparnos hoy en día con una legislación en el continente americano que no contemple la figura de la adopción en sus variadas facetas es prácticamente imposible. Supone lo anterior que o bien la inclusión de la figura de la institución desconocida es fruto de la inercia convencional o bien que en el año que se redactó, CIDIP II, 1979, hubiera algún ordenamiento que no la contemplara. Esta figura, como bien señala Berraz, “permitiría no atribuir efectos a la adopción extranjera cuando no está reconocida como tal en el ordenamiento jurídico en el cual se pretende ese reconocimiento”.³⁰² Este pequeño problema queda solucionado tanto por el ar-

³⁰⁰ En este sentido dispone: “las adopciones que se ajusten a la presente Convención surtirán sus efectos de pleno derecho, en los Estados parte, sin que pueda invocarse la excepción de la institución desconocida”.

³⁰¹ El artículo 18 señala: “las autoridades de cada Estado parte podrán rehusarse a aplicar la ley declarada competente por esta Convención cuando dicha ley sea manifiestamente contraria a su orden público”.

³⁰² Cfr. Berraz, C., *La protección internacional del menor...*, cit., p. 19.

título 3o. de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado como por el artículo 14.III del Código Civil del Distrito Federal.³⁰³ En este sentido afirman que: “cuando la ley de un Estado parte tenga instituciones o procedimientos esenciales para su adecuada aplicación y no estén contemplados en la legislación de otro Estado parte, éste podrá negarse a aplicar dicha ley, siempre que no tenga instituciones o procedimientos análogos”. Así, en caso de desconocimiento, imprevisión o cualquier otra situación, quedaría resuelto por analogía, de conformidad con el tenor literal de los artículos que mencionamos. Ahora bien, mi propuesta es que más allá de la analogía, si topamos con una institución desconocida sería óptimo que el juez investigara cuál es el fondo de esa figura y, siempre que no fuera contraria al orden público, aplicarla. Lo anterior puede desembocar en una futura legislación donde se “adopte” esa figura, para situaciones emergentes. Nuestra teoría estimamos que se refuerza por el tenor literal del artículo 5o. convencional que a la postre señala: “las adopciones que se ajusten a la presente Convención surtirán sus efectos de pleno derecho, en los Estados parte, sin que pueda invocarse la excepción de la institución desconocida”.³⁰⁴

En cuanto a la excepción de orden público, artículo 18, volvemos a toparnos con la denominada “cláusula tipo” del foro de codificación de la CIDIP; en este sentido afirma que “las autoridades de cada Estado parte podrán rehusarse a aplicar la ley declarada competente por esta Convención cuando dicha ley sea manifiestamente contraria a su orden público”. Podemos señalar que la finalidad pergeñada en esta figura impone que el concepto de orden público se recoja convencionalmente. Ahora bien, esta excepción podemos señalar que se recoge de manera “atenuada”. En este sentido, para todos los convenios sobre menores, y especialmente para el que en este caso comentamos, debemos afirmar la existencia atenuada del orden público. Así, en este orden de ideas señalamos que los

³⁰³ Artículo 14.III: “en la aplicación del derecho extranjero se observará lo siguiente: no será impedimento para la aplicación del derecho extranjero, que el derecho mexicano no prevea instituciones o procedimientos esenciales a la institución extranjera aplicable, si existen instituciones o procedimientos análogos”.

³⁰⁴ Además se refuerza por lo expuesto por Berraz, quien siguiendo a Operti Badán, señala que: “resulta difícil imaginar en el plano teórico que un Estado cuya legislación no contemplase la adopción en ninguna de sus formas ratifica la Convención y que a la vez, si realizáramos un estudio de derecho comparado americano, el problema en la práctica tampoco se plantearía por cuanto la adopción ha sido en general aceptada por todas las legislaciones. Cfr. Berraz., *La protección internacional del menor...*, cit., p. 20.

jueces a la hora de enfrentarse a la aplicación rigurosa de la excepción y declarar en fase de reconocimiento y ejecución la nulidad de la adopción ya constituida u optar por la flexibilización del orden público y reconocer y ejecutar la decisión y por ende dar por constituida la adopción, estimamos que debe tener en cuenta *el interés del menor* y en todo caso flexibilizar el concepto de orden público. En este orden de ideas mantenemos que la aplicación rígida del orden público no siempre traerá consecuencias positivas sobre las figuras que tratamos.

A pesar de estar ante una “cláusula tipo” de la CIDIP, es necesario destacar aquí la diferencia que encontramos en la redacción de este artículo 18 respecto a la que encontrábamos en el artículo 22 de la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimenticias. A diferencia de lo que ocurría en aquel instrumento, la excepción de orden público se podía invocar en dos etapas procesales distintas, a saber: en el momento de la aplicación de la normativa extranjera, como correctivo a la aplicación de la norma de conflicto, como en el momento procesal terminal que representa la hora de reconocer y ejecutar dicho pronunciamiento. Dos momentos temporales en los que se inserta el control del orden público. Sin embargo, en este instrumento sólo se admite en la primera posibilidad, es decir, cuando sea contraria la normativa de otro Estado al orden público. Eso sí, como común denominador en ambos convenios se exige que sea una contradicción manifiesta al orden público. Para Berraz, la idea del artículo 18 convencional es adoptar una concepción de orden público a posteriori. En este sentido afirma:

si la solución del derecho extranjero al que nos remiten las normas de la Convención resultara ofensiva al orden público de un Estado parte, su rechazo no cabría sin más sino que sería, a nuestro criterio, el último recurso. Previo a ello sería adecuado, mediante las técnicas de la adaptación, buscar dentro de ese mismo derecho una solución que no sea ofensiva a ese orden público. Sólo si ello no fuera posible, cabría el descarte de la solución extranjera.³⁰⁵

Otra cuestión importante es la recogida en el artículo 7o. que señala que: “se garantizará el secreto de la adopción cuando correspondiere. No obstante, cuando ello fuere posible, se comunicará a quien legalmente proceda los antecedentes clínicos del menor y de los progenitores si se los co-

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 25.

nociere, sin mencionar sus nombres ni otros datos que permitan su identificación”.³⁰⁶ Entendemos por “cuando correspondiere” la ley material del lugar de constitución de la adopción y la ley material del lugar de registro de la adopción. Lugar de constitución y lugar de registro que casi con seguridad no coincidirán, salvo que se aplique el artículo 4o. *in fine* de la Convención.

Llegados a este punto mencionamos la necesidad de controles sobre la adopción. En este orden de ideas podemos señalar que los controles hacia la adopción deben ser a priori y a posteriori. En este sentido creemos que es necesario controlar judicial y administrativamente las adopciones internacionales, tanto en el país de origen como en el de destino del menor.³⁰⁷ Lo anterior, por las peculiaridades que estas adopciones pueden presentar.³⁰⁸ Controles que casi con toda seguridad retardarían y dificultarían la constitución de dichas adopciones. Sin embargo, ante la disyuntiva de seguridad o rapidez, nos inclinamos por la primera.³⁰⁹ Lo anterior

³⁰⁶ La doctrina ha señalado que “estas diferencias legislativas relativas al secreto en la adopción que existen entre países, son en el fondo diferencias culturales en la medida en que la protección del anonimato de madres solteras puede ser una cuestión de orden público. Por ello, fue imposible garantizar el derecho del menor a conocer sus orígenes en la Convención de La Haya si bien sí se reconoció en el artículo 16 respecto de la información no identificativa”. Adroher Biosca, S., “Algunas cuestiones en torno a la adopción...”, *cit.*, p. 145.

³⁰⁷ En esta misma línea encontramos a Brena Sesma, I., “La adopción y los convenios internacionales”, *cit.*, p. 33.

³⁰⁸ En este sentido y como afirman la doctrina española “existen distintas razones que justifican la oportunidad de tales controles sobre la adopción internacional”. En este sentido, apuntan a cuatro motivos: 1o. las que denomina peculiaridades fácticas, es decir, “en muchas ocasiones adoptante y adoptado son de distinta etnia y de diferentes idiomas, costumbres y religión, es decir, pertenecen a distintas culturas”. 2o. lo que califica como peculiaridades jurídicas, es decir, “los Estados implicados deben hacer frente a estos problemas, solucionando inconvenientes como pueden ser entre otros, las adopciones claudicantes, es decir, válidas en un país e inválidas en otros, o las dificultades en el plano de la extranjería para que el adoptado pueda entrar y residir en el país de los adoptantes”. El 3o. que sería la existencia de un interés de los Estados de origen de los menores adoptados en mantener un seguimiento de estos con posterioridad a la adopción. Finalmente como cuarta justificación destacan “la necesidad de impedir ciertas prácticas siniestras que puedan surgir al amparo de la adopción internacional”. *Cfr.* Calvo Caravaca, A. L., Carrascosa González, J. *et al.*, *Derecho internacional privado*, 2a. ed., Granada, Comares, 2000, vol. II, p. 141.

³⁰⁹ En este sentido se pronuncia Carlos Berraz, quien sostiene que: “a los problemas propios del niño (ser esencialmente débil, que no siempre se encuadra en las exigencias culturales), se suman las privaciones de todo tipo que suelen producirse, a lo que cabe

por el simple hecho de que la protección al menor debe darse antes, durante y después de constituida ésta. Lo anterior por el hecho de que, como señala Brena Sesma, “se trata de un acto jurídico el cual no se limita o agota en su constitución, sino que, por el contrario, crea un estado permanente de vida”.³¹⁰ Así, el menor sigue siendo parte débil en la relación preadopción o post-adopción, lo cual no mueve un ápice la necesidad de controlar las adopciones. Así deben hacerse rastreos de los menores antes y después. Es decir, si bien somos conscientes de que el control de la adopción, judicial o administrativo, debe efectuarse con carácter previo a la constitución de la misma, no cabe desconocer que la adopción debe ser también controlada con posterioridad a su constitución. Control que idílicamente debería tener la característica de la periodicidad. Con lo anterior aseguramos no sólo que la adopción no encubra ninguna otra figura sino también que el menor esté en el núcleo familiar que necesita y que con el tiempo esa adopción tampoco encubre otra figura o finalidad. A nivel convencional nos preguntamos si existen o no ambos controles. En este orden de ideas, podemos contextualizar los artículos 20 y 21 del Convenio de La Haya.

Por su parte, el artículo 8o. de la Convención Interamericana se habla de que “las autoridades que otorgaren la adopción podrán exigir que el

agregar que bajo las formas de adopción se encubren, muchas veces, el tráfico de niños y el de sus órganos”. *Cfr. La protección internacional del menor... cit.*, p. 5.

³¹⁰ *Cfr. Brena Sesma, I., “La adopción y los convenios internacionales”, cit.*, p. 39. Igualmente esta autora señala en otra obra que “el seguimiento de las adopciones es de suma importancia, pues la adopción es un acto jurídico que no concluye con la aceptación administrativa o judicial sino que crea un estado de familia, un vínculo parental que durará toda la vida y, producirá efectos permanentes. Por lo anterior, tanto el Estado de origen como el de recepción deben verificar si la adopción autorizada continúa a través del tiempo, siendo benéfica para el menor, tanto por el trato físico que reciba, atención a su salud y requerimientos emocionales, así como a la educación que se le proporcione”. *Cfr. Brena Sesma, I., “Convención sobre Protección de Menores...”, cit.*, p. 90. En este sentido afirma la citada autora en otro artículo que “en el caso de las adopciones internacionales tal seguimiento se presenta como una exigencia aun mayor en tanto que el menor sale del país de su residencia para trasladarse al país en el cual reside el adoptante. La Convención de La Haya establece el plazo de un año para el seguimiento, pero creemos que ese término es un mínimo que puede ser extendido. Sería recomendable que la autoridad que intervino en la adopción pudiera, en coordinación con sus consulados, darle seguimiento en el país de residencia habitual de los adoptantes. En el caso de México los miembros del Servicio Exterior están realizando este seguimiento”. Brena Sesma, I., “El interés del menor...”, *cit.*, p. 91.

adoptante (o adoptantes) acredite su aptitud física, moral, psicológica y económica, a través de instituciones públicas o privadas cuya finalidad específica se relacione con la protección del menor”. Podríamos afirmar que lo anterior constituye un control apriorístico de la constitución de la adopción. Por su parte, el artículo 8o. *in fine* afirma “las instituciones que acrediten las aptitudes referidas se comprometerán a informar a la autoridad otorgante de la adopción acerca de las condiciones en que se ha desarrollado la adopción, durante el lapso de un año”. Lo anterior parece constituir un control a posteriori de la suerte que ha corrido la adopción. Sin embargo, dos comentarios se imponen hacer. El primero el hecho de que el lapso de tiempo en el que se solicita la vigilancia es de un año, lo cual es muy poco.³¹¹ En este sentido se trata de evitar las denominadas “adopciones ficticias o por conveniencia”.³¹² En segundo lugar se limita a controlar algunos aspectos que podemos considerar troncales en la adopción, pero no contempla otros, como pudiera ser la incorporación y perfecto acoplamiento del menor a su nuevo entorno familiar. Estimamos que la propuesta que lanzamos posiblemente fuera titánica y que pudieran haber dificultado las tareas de negociación de los convenios; sin embargo, estimamos que es necesario pensar sobre la necesidad de establecer y consolidar la existencia de dos controles.³¹³

³¹¹ En este sentido, afirma Brena Sesma: “en el caso de las adopciones internacionales, tal seguimiento se presenta como una exigencia aun mayor en tanto que el menor sale del país de su residencia para vivir en el país en donde está domiciliado o va a domiciliarse el adoptante. La Convención de La Haya establece el plazo de un año para el seguimiento, pero creemos que ese término es un mínimo que puede extenderse. El DIF que intervino en la adopción, podrá dar seguimiento a la adopción en coordinación con los consulados mexicanos en los países de la residencia habitual de los adoptantes”. *Cfr.* Brena Sesma, I., “La adopción y los convenios internacionales”, *cit.*, p. 44.

³¹² Diago Diago, M. P., “Las adopciones ficticias...”, *cit.*, p. 230.

³¹³ La doctrina ha señalado que “la ECAI debe recordar a la familia el objetivo, contenidos, frecuencia y metodología de la realización de los subsecuentes informes de seguimiento del menor/es; compromiso que firmó ante las autoridades mexicanas. De conformidad con las disposiciones mexicanas, es obligación de las oficinas consulares la protección de los nacionales en el extranjero, para ello realizará un seguimiento semestral durante dos años... Si bien es comprensible la exigencia de unos primeros informes exhaustivos cuando el menor llega con su nueva familia al país receptor, España, para constatar el acoplamiento; tal exigencia pierde intensidad legal una vez reconocida e inscrita la adopción en el lugar de recepción, ya que el adoptado ha roto cualquier vínculo con su familia natural, habiendo incluso adquirido la nacionalidad del país de recepción”. González Martín, N., “El Convenio de La Haya de 1993...”, *cit.*, p. 211.

Por su parte, el artículo 19 señala que “los términos de la presente Convención y las leyes aplicables según ella se interpretarán armónicamente y a favor de la validez de la adopción y en beneficio del adoptado”. Materialización del principio del interés superior del menor. En este orden de ideas señalamos que es en esta figura, de manera especial, ha de atenderse al principio del “interés del menor”. En este sentido, debe procurarse que el menor tenga una familia y no al revés.³¹⁴

Dentro de las cláusulas finales de este instrumento encontramos el artículo 21 que hace referencia a la apertura de este instrumento a los Estados miembros de la OEA; artículo 22 que se refiere a la ratificación; el artículo 23 que otorga la posibilidad de adhesión de cualquier Estado que no pertenezca a la OEA; el artículo 24, cláusula tipo, que se refiere a las reservas; el artículo 27 referido a la cláusula federal o plurilegislativa; artículo 28 que se refiere a su duración indefinida, cláusula igualmente tipo de la CIDIP que la hace diferente a la duración limitada de los instrumentos de La Haya, finalizando con el artículo 29 que hace referencia a las versiones originales de la Convención así como a la autoridad depositaria (Secretaría General de la OEA).

2. *Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional*

Fraccionado este Convenio en siete capítulos, el II determina las “Condiciones de las adopciones internacionales”. Capítulo que abarca un total de dos artículos (4o. y 5o.), y que se dirige tanto a las autoridades competentes del Estado de origen como a las del Estado de recepción. Como señala la doctrina más autorizada mexicana:

estos dos dispositivos son muy importantes. Fijan las bases indispensables para que pueda prosperar un procedimiento de adopción internacional, tanto en lo que respecta a su viabilidad en el país de origen (carácter subsidiario de la adopción internacional, el otorgamiento de todos los consentimientos que deban darse por parte de los padres y de su debido asesora-

³¹⁴ La doctrina ha señalado de este artículo que “la solución de la ley más favorable se erige como pauta de valoración para el intérprete, toda vez que éste, en el supuesto de controversia entre las leyes aplicables, deberá inclinarse por aquella que favorezca la adopción y beneficie al adoptado”. Dreyzin de Klor, A. (coord.), *La protección internacional de menores...*, cit., p. 109.

miento, así como del propio menor cuando proceda); como en el país de recepción (que se haya constatado que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos, y que se haya comprobado que el niño ha sido o será autorizado para entrar y residir permanentemente en ese país).³¹⁵

Por su parte, el capítulo IV se refiere a las “condiciones de procedimiento respecto a las adopciones internacionales”.³¹⁶ Así, el artículo 14 comienza señalando que “las personas con residencia habitual en un Estado contratante que deseen adoptar un niño cuya residencia habitual esté en otro Estado contratante, deberá dirigirse a la Autoridad Central del Estado de su residencia habitual”. Esta Autoridad considerará la aptitud de ambas partes implicadas en la adopción, a saber: de los solicitantes (artículo 15.1) y del menor (artículo 16).

Por lo que se refiere a los artículos 17, 21 y 28, la República mexicana declaró en el decreto promulgatorio que “II. En relación con los artículos 17, 21 y 28 el gobierno de México declara que sólo podrán ser trasladados fuera del país los menores que hayan sido previamente adoptados a través de los tribunales familiares nacionales”. Por lo que se refiere al artículo 17, establece una obligación para el Estado de origen de vigilar la entrega del niño a los futuros padres adoptivos. Entrega que se hará sólo en determinadas y tasadas circunstancias, a saber: a) cuando la:

autoridad central del Estado de origen se ha asegurado de que los futuros padres adoptivos han manifestado su acuerdo; b) La autoridad central del Estado de recepción ha aprobado tal decisión, si así lo requiere la ley de

³¹⁵ Siqueiros, J. L., “La Convención relativa a la protección de menores...”, *cit.*, p. 315. En este sentido afirma González Martín que “en el capítulo segundo se establecen los requisitos que deben ser cumplidos por todas las adopciones internacionales, pero debe tenerse siempre presente, para evitar cualquier clase de confusiones, que los Estados contratantes mantienen toda su libertad para añadir todas las condiciones que consideren aconsejables para autorizar la adopción, así nos lo manifiesta el artículo 28 de la Convención, o sea, los requisitos mencionados por la Convención representan un *minimun* y no un *maximun*”. González Martín, N., “Convención de La Haya del 29 de mayo de 1993...”, *cit.*, p. 168.

³¹⁶ La doctrina ha destacado que “el capítulo cuarto del Convenio de La Haya de 1993... persigue establecer un procedimiento que proteja los intereses fundamentales de todas las partes involucradas en una adopción internacional, es decir, en primera instancia, los intereses del niño, los padres biológicos y los futuros padres adoptivos. Aborda todo un conjunto de criterios procedimentales que aportan, sin duda, un importante complemento de seguridad a las prácticas vigentes hasta el momento”. González Martín, N., “El Convenio de La Haya de 1993...”, *cit.*, p. 194.

dicho Estado o la Autoridad Central del Estado de origen; c) las Autoridades centrales de ambos Estados están de acuerdo en que se siga el procedimiento de adopción; y d) se ha constatado, de acuerdo con el artículo 5o., que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar y que el niño ha sido o será autorizado a entrar y residir permanentemente en el Estado de recepción.

Por su parte el artículo 21.1 regula la situación en la que el menor tras el desplazamiento se revierte su situación, derivando al hecho de que el mantenimiento del menor en la familia de recepción no se corresponde con su interés superior. En este caso se imponen unas obligaciones convencionales para la autoridad central. Medidas destinadas especialmente a: a) retirar al niño de las personas que deseaban adoptarlo y ocuparse de su cuidado provisional; b) en consulta con la autoridad central del Estado de origen, asegurar sin dilación una nueva colocación del niño en vistas a su adopción o, en su defecto, una colocación alternativa de carácter duradero; la adopción del niño sólo podrá tener lugar si la autoridad central del Estado de origen ha sido debidamente informada sobre los nuevos padres adoptivos; c) como último recurso, asegurar el retorno del niño al Estado de origen, si así lo exige su interés. El segundo apartado del artículo 21 exige tener en cuenta la edad y grado de madurez del niño y dependiendo de dicho resultado se tomará o no en cuenta su opinión respecto a las medidas tomadas de conformidad con el apartado 1. Finalmente, el artículo 28 afirma que : “el Convenio no afecta a ley alguna de un Estado de origen que exija que la adopción de un niño con residencia habitual en ese Estado tenga lugar en ese Estado o que prohíba la colocación del niño en el Estado de recepción o su desplazamiento al Estado de recepción antes de la adopción”.

La siguiente parte del Convenio, el capítulo V, se refiere al “Reconocimiento y efectos de la adopción”. Esta parte comprende los artículos 23 a 27.

En este sentido, el artículo 23.1 abre este capítulo señalando que “una adopción certificada conforme al Convenio por la autoridad competente del Estado donde ha tenido lugar, será reconocida de pleno derecho en los demás Estados contratantes”. Este artículo ha sido calificado por la doctrina como “uno de los logros más significativos del Convenio de La Haya de 1993”.³¹⁷ Por lo que se refiere al segundo apartado de este ar-

³¹⁷ Rodríguez Vázquez, M. A., “Algunos aspectos del derecho de extranjería...”, *cit.*, p. 262.

título 23 se publicó en el *DOF* la siguiente declaración: “III. En relación con el artículo 23 numeral 2, el gobierno de México declara que la Consultoría Jurídica de la SRE es la autoridad competente para expedir las certificaciones de las adopciones que se hayan gestionado de conformidad con la Convención”.

Siendo en este apartado el nudo gordiano el artículo 24 que señala “solo podrá denegarse el reconocimiento de una adopción en un Estado contratante si dicha adopción es manifiestamente contraria a su orden público, teniendo en cuenta el interés superior del niño”. Estos artículos vienen a materializar una de las características más innovadoras e importantes que contiene este Convenio “al asentar el *principio del reconocimiento automático* como regla de base, con la sola reserva del orden público”.³¹⁸ Al hilo de lo anterior, y como afirma la doctrina, reconocimiento automático no implica reconocimiento incondicional, muestra de ello es que el artículo 24 reduce los causales de denegación del reconocimiento, no los extingue.³¹⁹

El artículo 26 de este Convenio de La Haya es de vital importancia. Afirma:

el reconocimiento de la adopción comporta el reconocimiento: a) del vínculo de filiación entre el niño y sus padres adoptivos; b) de la responsabilidad de los padres adoptivos respecto al hijo; c) de la ruptura del vínculo de filiación preexistente entre el niño y su madre y su padre, si la adopción produce este efecto en el Estado contratante en que ha tenido lugar. 2. si la adopción tiene como efecto la ruptura del vínculo preexistente de filiación, el niño gozará, en el Estado de recepción y en todo otro Estado contratante en que se reconozca la adopción, de derechos equivalentes a los que resultan de una adopción que produzca tal efecto en cada uno de esos Estados. 3. los párrafos precedentes no impedirán la aplicación de disposiciones más favorables al niño que estén en vigor en el Estado contratante que reconozca la adopción.

³¹⁸ Guzmán Zapater, M., “Adopción internacional: ¿cuánto queda...”, *cit.*, p. 99. Esta autora afirma que “la dosis de agilidad que la cooperación de autoridades introduce en el sistema de DIPr se maximiza en este Convenio, hasta el punto de que cabría sustentar que la *cooperación constituye aquí un supuesto de garantía de la eficacia extraterritorial de decisiones de fondo* superando el marco tradicional dentro del que la cooperación —o asistencia— operaba en convenios anteriores de la propia Conferencia de La Haya”.

³¹⁹ Rodríguez Vázquez, M. A., “Algunos aspectos del derecho de extranjería...”, *cit.*, p. 263.

Este artículo determina, sin reparos, que aquella adopción certificada por esta Convención será reconocida de pleno derecho en los demás Estados en que dicha Convención sea derecho positivo.³²⁰

Finalmente, en este capítulo encontramos el artículo 27, el cual afirma que:

si una adopción realizada en el Estado de origen no tiene por efecto la ruptura del vínculo de filiación preexistente, en el Estado de recepción que reconozca la adopción conforme al Convenio dicha adopción podrá ser convertida en una adopción que tal efecto si: a) la ley del Estado de recepción lo permite; y b) los consentimientos exigidos en el artículo 4o., apartados c) y d), han sido o son otorgados para tal adopción. 2. El artículo 23 se aplicará a la decisión sobre la conversión de la adopción.

En este artículo encontramos por tanto la posibilidad de convertir una adopción simple o semiplena en una adopción plena quedando en manos de la autoridad competente del Estado de origen la consecución de dichos consentimientos a las “personas, instituciones y autoridades” así como al menor y en manos de la autoridad del Estado receptor solicitar la ampliación de dichos consentimientos.

Respecto a las Disposiciones generales de este Convenio, capítulo VI, encontramos los artículos 28 a 42.³²¹

Por lo que respecta al artículo 29, se afirma como regla general la inexistencia de contacto alguno entre los padres adoptivos y los biológicos o aquellas personas que tengan su guarda. Tres excepciones se hacen a dicha regla: a) que se cumplan las condiciones de los artículos 4.a), 4.b) y 4.c); y 5.a); b) que la adopción sea entre familiares y c) que se cumplan las condiciones que establezca la autoridad competente del Estado de origen.

Por lo que hace al artículo 30, se refiere a la conservación de información relativa a los orígenes del menor, a la identidad de sus padres, así como su historia médica y de su familia biológica. Los legitimados para ac-

³²⁰ Idea que encontramos en González Martín, N., “Convención de La Haya del 29 de mayo de 1993...”, *cit.*, p. 188 y en Rodríguez Vázquez, M. A., “Algunos aspectos del derecho de extranjería...”, *cit.*, p. 264. Esta última autora ha señalado que “al consagrar-se en el Convenio el reconocimiento de pleno derecho y posterior inscripción, entrando el niño en España como nacional español, evitándose cualquier posible problema en frontera y asegurándose así el cumplimiento de los requisitos exigidos en el Convenio de La Haya”.

³²¹ Para ver un resumen de estas disposiciones Siqueiros, J. L., “La Convención Relativa a la Protección de Menores...”, *cit.*, pp. 318 y 319.

ceder a dicha información son únicamente el niño y sus representantes; lo anterior siempre que lo permita la ley del Estado de origen. En claro complemento del artículo 30, el 31 afirma que los datos relativos al adoptante, en concreto: identidad, capacidad jurídica y aptitud para adoptar, situación personal, familiar, médica y medio social, y al adoptado: identidad, adaptabilidad, medio social, evolución personal y familiar, historia médica personal y familiar y necesidades, origen étnico, religioso y cultural, se deben utilizar para los fines para los que se obtuvieron y transmitieron.

El artículo 32 convencional se explica por sí solo. En este sentido se dirige a impedir la obtención de lucro indebido como consecuencia de la constitución de una adopción. En su párrafo 3o. afirma “los directores, administradores y empleados de organismos que intervengan en la adopción no podrán recibir remuneraciones desproporcionadas con relación a los servicios prestados”. Obviamente la finalidad es impedir la mercantilización de esta figura. En clara línea respecto a este artículo el 33 afirma que “toda Autoridad Competente que constate que no se ha respetado o que se existe un riesgo manifiesto de que no sea respetada alguna de las disposiciones del Convenio, informará inmediatamente a la autoridad central de su Estado. Dicha autoridad central tendrá la responsabilidad de asegurar que se toman las medidas adecuadas”. Es la más clara implementación de un control a priori de la adopción internacional.

Por lo que se refiere al artículo 34 “si la autoridad competente del Estado de destino de un documento así lo requiere, deberá proporcionarse una traducción auténtica. Salvo que se disponga lo contrario, los costes de tal traducción correrán a cargo de los futuros padres adoptivos”. Encontramos la siguiente declaración de la República mexicana en el decreto promulgatorio: “IV. En relación con el artículo 34, el gobierno de México declara que toda la documentación que se remita a México en aplicación de la Convención, deberá estar acompañada de una traducción oficial al idioma español”.

Por lo que se refiere al artículo 35 recoge, de manera simple e incondicional, el principio de celeridad en la constitución de la adopción internacional. Dicha celeridad pretende manifestarse en una protección al menor y en una materialización del interés superior del mismo. Ahora bien, esa celeridad no debe confundirse con una ausencia de control estatal de la misma. Como ya hemos mencionado, si nos dan a escoger entre rapi-

dez y control de la constitución debemos inclinarnos por la segunda opción. Sin embargo, creemos que no son categorías mutuamente excluyentes; que se puede constituir rápidamente una adopción sin que por ello se disminuyan los controles.

Como colofón, señalar que las garantías imprescindibles que deben cumplirse en el marco de una adopción internacional pueden ser divididas en tres grandes grupos: a) garantías en el país de origen; b) en el país de acogida, y c) desde ambos Estados. Dentro del primer apartado encontramos el respeto al principio de subsidiariedad, la correcta constitución de la adopción, la libre prestación del consentimiento de los padres biológicos, protección de la identidad del menor y salida regularizada del mismo.³²² Dentro del segundo apartado se destaca como garantías un servicio de seguimiento, una entrada y permanencia regularizada del menor.³²³ Finalmente, dentro del tercer grupo encontramos como garantía primordial la asignación de un núcleo familiar adecuado que le ayude en su desarrollo integral, una ruptura lo menos brusca respecto de su ambiente anterior, así como la prohibición de obtener beneficios financieros indebidos.³²⁴

Este instrumento, a diferencia de otros convenios procedentes de la CIDIP, no permite hacer reserva alguna. Otros convenios CIDIP permiten realizar reservas siempre que éstas no estén en contra del objeto y fin de la misma convención. Como ejemplo de lo anterior podemos citar el artículo 31 de la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores; artículo 31 de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores o el artículo 26 de la Convención Interamericana sobre Obtención de Alimentos. Este instrumento convencional sobre adopción internacional no permite dichas reservas. En este sentido el artículo 40 es claro y tajante “no se admitirá reserva alguna al Convenio”.

Para finalizar, no sólo este epígrafe, sino este capítulo, no queremos dejar de mencionar el artículo 39.2 de este instrumento convencional, mismo que dispone que:

todo Estado contratante podrá concluir con uno o más Estados contratantes acuerdos para favorecer la aplicación del convenio en sus relaciones

³²² Herranz Ballesteros, M., “Problemas actuales entorno a la adopción internacional...”, *cit.*, pp. 219-222.

³²³ *Ibidem*, pp. 223 y 224.

³²⁴ *Ibidem*, pp. 225-227.

recíprocas. Estos acuerdos sólo podrán derogar las disposiciones contenidas en los artículos 14 a 16 y 18 a 21. Los Estados que concluyan tales acuerdos transmitirán una copia de los mismos al depositario del presente Convenio.

Este artículo abre las puertas a la existencia de convenios bilaterales que puedan firmarse y ratificarse por México.³²⁵ En la actualidad México no cuenta con convenios bilaterales firmados y ratificados en uso de esta disposición convencional. En este orden de ideas, es dable destacar la reciente obra de Nuria González Martín, quien nos propone una interesante y nada desdeñable propuesta de convenio bilateral hispano-mexicano.³²⁶

³²⁵ Uso de esta cláusula, y como afirma González Martín, ha hecho España quien cuenta con seis convenios bilaterales en su haber. En concreto tiene firmado y ratificado con Rumania, Perú, Colombia, Ecuador, Bolivia y Filipinas; véase González Martín, N., *Adopción internacional, la práctica mediadora y los acuerdos bilaterales (referencias hispano-mexicanas)*, México, UNAM, 2006, pp. 145-182.

³²⁶ *Ibidem*, pp. 185-247.