

## RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

(Aspectos fundamentales de su régimen convencional de origen internacional y algunos problemas que plantea su régimen de origen interno)

Por Fernando Alejandro VÁZQUEZ PANDO

SUMARIO: 1. *Introducción*; 2. *Cuestiones liminares*; 3. *El régimen jurídico de la adopción a la luz de la Convención Interamericana*; 4. *Problemática del régimen jurídico de origen interno de la adopción internacional de menores*; 5. *Algunas observaciones sobre el régimen de la adopción en el proyecto de convención sobre los derechos del niño*; 6. *Algunas sugerencias*.

### 1. *Introducción*

Desde hace algunos años la problemática de la adopción internacional de menores viene atrayendo poderosamente la atención de los juristas y ha rebasado tales límites para captar la de la comunidad internacional misma.

Prueba de lo anterior es no sólo la convención relativa celebrada en el ámbito inteamericano a la que más adelante se hará referencia, sino más aún, por el mayor número de Estados involucrados, el que el proyecto de *Convención sobre los Derechos del Niño* elaborado bajo los auspicios de las Naciones Unidas y que muy probablemente será aprobado a inicios de noviembre del año en curso, dedique una disposición al tema de adopción de menores, así como el que la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado haya decidido destinar su sesión de 1992 —conmemorativa de su centenario— precisamente al tema de la adopción internacional de menores.

Por lo que se refiere a México, en la actualidad el régimen jurídico de la adopción de menores se bifurca en dos vertientes: por una parte existe una regulación de origen interno, plasmada en los diversos códigos civiles del país, por la otra, existe una regulación de origen convencional internacional plasmada en un tratado internacional que forma ya parte de nuestro derecho interno:

la *Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores*,<sup>1</sup> la cual contiene una serie de disposiciones, tanto materiales cuanto conflictuales, en materia de adopción internacional de menores.

Desde luego, no se da un concurso de normas sobre adopción, y ello no en virtud de que la mayoría de los códigos civiles carezcan de normas especiales en materia de adopción internacional de menores, pues ello llevaría a la aplicación de las disposiciones internacionalprivatistas generales de los mismos, sino porque la *Convención* mencionada tiene un ámbito de aplicación restringido, como se tendrá oportunidad de ver, por lo que resulta un derecho especial frente al cual el régimen de los códigos locales se presenta como el general.

Dado que el tema que se me ha asignado es precisamente el del régimen jurídico de la adopción internacional de menores, se empezará por una breve exposición de la *Convención*, para después hacer algunas observaciones en cuanto al régimen jurídico de origen interno. Para, posteriormente, hacer algunas reflexiones de las posibles consecuencias que tendría, en cuanto al régimen jurídico de la adopción internacional de menores, la ratificación por parte de México de la *Convención sobre los Derechos del Niño* antes mencionada, de aprobarse el texto del proyecto existente a esta fecha.<sup>2</sup> Por lo mismo no me referiré a temas conexos que están llamando poderosamente la atención en este momento, como es el tráfico de menores, ya que el mismo rebasa, con mucho, los límites del tema que se me encomendó.

Sin embargo antes de entrar al tema de la adopción misma, es indispensable referirse, siquiera sea brevemente, a un par de cuestiones constitucionales, cuya solución es de importancia fundamental para el estudio del régimen jurídico de la adopción internacional de menores, e incluso de muchos temas internacionalprivatistas.

## 2. Cuestiones liminares

### 2.1 Importancia de los aspectos constitucionales

Dos problemas de rango constitucional requieren ser resueltos con claridad, antes de analizar el régimen jurídico de la adopción

<sup>1</sup> En adelante, por brevedad, simplemente la *Convención*.

<sup>2</sup> Me refiero al texto que aparece en el documento del Consejo Económico y Social

internacional de menores, pues se presentan como cuestiones previas: el determinar si el derecho internacional privado es una materia de competencia federal o local, y el de si el Ejecutivo Federal puede o no celebrar tratados internacionales en materias que, desde el punto de vista de la distribución de la competencia legislativa interna, caen en el ámbito reservado a los Estados de la Federación.

El primer problema es de importancia fundamental, pues de su solución resultará si las normas de derecho internacional privado que contiene el Código civil para el Distrito Federal son de alcance meramente local, o bien si son, por su materia misma y no en tanto supletorias de la legislación federal, de observancia general en la República.

El segundo problema es de importancia no menor, de inserción directa en nuestro tema en tanto la adopción es una institución propia del derecho civil, rama ésta que indiscutiblemente está reservada a las legislaturas locales.

## 2.2 El carácter federal o local del derecho internacional privado

No existe disposición constitucional alguna que exprese e indubitadamente dote al Congreso General de competencia para legislar en materia de derecho internacional privado, y en nuestra tradición jurídica a tal materia se le ha considerado siempre como accesoria de la rama correspondiente, por lo cual existen disposiciones internacionalprivatistas federales en las diversas ramas en que compete legislar al Congreso General,<sup>3</sup> y disposiciones iusprivatistas locales en aquellas materias de competencia local,<sup>4</sup> entre las cuales se encuentra, indudablemente, el derecho civil.

Sin embargo, varios autores han sostenido que el derecho internacional privado es de competencia federal. Entre ellos suele ci-

de la Organización de las Naciones Unidas marcado como E/CN.4/29, del 10 de febrero de 1989, texto en español.

<sup>3</sup> Por ejemplo, los artículos 14, 15, 70-II del Código de Comercio, en materia sustantiva, y los artículos 1071 a 1074 y 1093, en materia procesal; los artículos 252 a 258 de la Ley general de títulos y operaciones de créditos; los artículos 250 y 251 de la Ley general de sociedades mercantiles; el artículo 3 de la Ley de navegación y comercio marítimos, los artículos 86-bis, 72 párrafo final y 543 a 577 del Código federal de procedimientos civiles y el artículo 8 de la Ley monetaria de los Estados Unidos Mexicanos.

<sup>4</sup> Por ejemplo, los artículos 12 a 15 del Código civil del Distrito Federal, y los correlativos de los códigos civiles de los Estados.

tarse a José Algara, Enrique Helguera, Carlos Arellano García y Raúl Ortiz-Urquidi. No obstante que tales son los generalmente mencionados como sostenedores del carácter federal del derecho internacional privado, todos ellos parecen seguir, a sabiendas o no, una argumentación de Ignacio L. Vallarta, quien parece ser no sólo el primer autor en sostener en nuestro país tal doctrina, sino además quien ha ofrecido el razonamiento más extenso y convincente, por lo que resulta indispensable referirse en primer lugar al ilustre constitucionalista e internacionalista.<sup>5</sup>

Ignacio L. Vallarta escribía en 1890 refiriéndose al Código civil distritense de 1870, cuyos preceptos fueron acogidos por el de 1884, lo siguiente:

Pero si en el punto de reciprocidad no se puede sino censurar al Código por su silencio... no sucede por desgracia lo mismo respecto de otras materias. Para fundar otro principio también capital, proclamado en el artículo del proyecto que me está ocupando,<sup>6</sup> me es ineludible comprobar este aserto, patentizando que las disposiciones de aquel, referentes á los derechos de los extranjeros, son contrarios al espíritu y letra de nuestros textos constitucionales, sólo porque se les dió el carácter de locales, cuando ellas por su naturaleza deben ser generales para toda la República. Que ese Código así lo hizo, lo demuestran con toda evidencia sus arts. 13, 14, 15, 17, 18, etc.; ellos hablan sólo de "mexicanos ó extranjeros que residen en el Distrito federal ó Territorio de Baja California", manifestando así muy claramente que los extranjeros que residen en los Estados, que los mexicanos originales de éstos que vayan al extranjero, quedan sobre todas estas materias sujetos á las leyes exclusivamente locales. Uno de los más graves defectos de ese Código, repito, que haciendo violencia á los sentimientos de respeto que

<sup>5</sup> Ignacio L. Vallarta es comúnmente citado como constitucionalista, pero la obra de Antonio Gómez Robledo, *Vallarta internacionalista* (México, Editorial Porrúa, S. A., 1987) ha destacado la profundidad del pensamiento vallartiano como internacionalista.

<sup>6</sup> El autor se refiere al artículo 33 del proyecto de Ley de extranjería y naturalización, mismo que disponía:

Art. 33. Sólo la ley federal puede modificar y restringir los derechos civiles de que gozan los extranjeros en el país, según el principio de reciprocidad internacional, para que así ellos queden sujetos en la República á las mismas incapacidades que las leyes de su país impongan á los mexicanos que residan en él: en consecuencia, las disposiciones de los Códigos Civil y de Procedimientos del Distrito sobre esta materia, tienen el carácter de federales y serán obligatorias en toda la Unión.

Dicho precepto pasó, casi literalmente, como artículo 32 de la ley.

abrigo a sus autores, tengo que decir toda la verdad tal como yo la comprendo, por más que tema mucho estar equivocado, uno de los graves defectos de ese Código es no haber establecido el principio, que marca la línea divisoria entre las atribuciones federales y las locales, señalando los asuntos que son de la exclusiva competencia de los Poderes generales y los que son objeto de la jurisdicción concurrente de la Unión y del Estado, para que así hubiera quedado definido que las disposiciones de aquellos son obligatorias para toda la República, sin que la ley local pueda tocarlas, modificándolas ó alterándolas; mientras que las que versan sobre éstos son sólo locales del Distrito y Territorio, siendo lícito á los Estados adoptarlas, ó sancionar otras diversas. El Código penal entrevió siquiera ese principio, y queriendo aclararlo, ya que no definirlo, ordenó que sus prescripciones fueran obligatorias en toda la República en materia federal, y sólo para el Distrito y Territorio en negocios locales.<sup>7</sup> El Código Civil de 1870 no hizo esa distinción que nuestras instituciones exigen imperiosamente, y al pasarla en silencio, confundió nada menos que las facultades federales con las locales; más aún, cuando quiso incorporar en sus preceptos disposiciones federales, cayó en otro error constitucional ya condenado por la Suprema Corte, como sucedió en su art. 1387 (igual al 1271 del Código reformado); el error que cree que todas las leyes reglamentarias de los artículos de la Constitución que consignan garantías individuales, deben ser federales.<sup>8</sup>

Habrían perdido todo interés de actualidad estas observaciones que sugiere el Código de 1870, si el reformado recientemente hubiera consagrado el principio invocado en el Penal, desarrollándolo en las múltiples aplicaciones prácticas que tiene; pero desgraciadamente no lo hizo así, sino que se limitó á copiar las disposiciones sobre extranjería del anterior; más aún, suprimió algunas de ellas “por ser preceptos de derecho marítimo y mercantil y por ser más propio el art. 40 de las leyes federales sobre ciudadanía;”<sup>9</sup> indicando con esta advertencia, que él no contiene ni puede contener disposiciones federales, cuando sabemos sin embargo que quiso sancionar algunas, sino exclusivamente locales del Distrito y Territorio, y que este carácter tienen las que consagra con relación a los extranjeros, pudiendo en consecuencia los Estados modificarlas ó alterarlas como les parezca conveniente. Tal declaración, y sobre

<sup>7</sup> Aquí pone Vallarta una nota que dice: *Art. 2o.*

<sup>8</sup> Vallarta, Ignacio L., *Exposición de motivos del proyecto de ley sobre extranjería y naturalización*, México, Imprenta de Francisco Díaz de León, 1890, p. 171-172.

<sup>9</sup> Aquí pone Vallarta una nota que dice: *Tabla comparativa de los artículos del Código Civil de 31 de marzo de 1884 con los del 8 de diciembre de 1870.*

todo, el contexto literal de sus arts. 12, 13, 14, 16, 17, etc., conservan, pues, vivas y con toda la inmensa trascendencia que tienen, ya se consideren bajo el punto de vista constitucional, ya á la luz del Derecho de gentes, estas cuestiones: ¿Es cierto que los preceptos de esos artículos versan sobre materia local de tal modo que las Legislaturas de los Estados puedan legislar libremente sobre la ley á que se sujete el extranjero en sus relaciones civiles, sobre su capacidad de derecho en la República, sobre las restricciones que ella pueda tener en el país, ya sea en tiempo de paz ó de guerra? ¿Pueden las leyes locales restringir ó ampliar á su discreción la reciprocidad que establecen los arts. 1270 y 3300 del Código Civil? ¿Las disposiciones sobre ejecución de sentencias extranjeras, legalización de documentos, competencia de los tribunales mexicanos, excepción del arraigo personal, que son la materia de los arts. 780, 455, 938, etc., del de Procedimientos, pueden dictarse concurrentemente por la Unión y los Estados? Inútil es ponderar la importancia de tales cuestiones, y en la necesidad que tengo de resolverlas, no haré más que reproducir lo que después de concienzudo estudio he opinado sobre ellas: esto dije al Ministerio de Fomento en mi dictamen de 3 de Junio de 1883.<sup>10</sup>

Verdad es que nadie duda, y que no puede ser materia de disputa, que toca á los Estados, como asunto de su régimen interior, establecer la legislación civil, penal y de procedimientos que crean más conveniente, determinando la capacidad civil de los habitantes de su territorio, los medios de adquirir la propiedad, los requisitos de los contratos para enajenarla, las solemnidades de los testamentos para trasmitirla, aun después de la muerte, etc., etc. Es un hecho consumado, bajo el orden constitucional, que cada Estado se ha dado los Códigos y leyes que sobre esas materias le han parecido oportunos, y hecho que ha pasado sin que nadie lo contradiga ú objete; pero sin desconocer esa verdad, preciso es confesar que el principio constitucional que la apoya padece excepciones, que á su vez sostienen el espíritu y la letra de la Constitución.<sup>11</sup>

Ella recomienda sólo á los Poderes federales, con exclusión de los de los Estados, la dirección de las relaciones diplomáticas de la República con las potencias extranjeras, la celebración de los tratados, la legislación sobre corso, presas de mar y tierra, embajadas, alianzas, neutralidad, retorsión, represalias, embargos, el derecho de

<sup>10</sup> Vallarta, Ignacio L., *op. cit.*, pp. 172-173.

<sup>11</sup> *Id.*, pp. 173-174.

paz y de guerra, en fin:<sup>12</sup> sólo el Congreso federal puede también dictar leyes sobre naturalización, colonización y ciudadanía,<sup>13</sup> y los Estados tiene prohibición expresa de celebrar alianza, tratado ó coalición con las potencias extranjeras, expedir patentes de corso ni de represalias.<sup>14</sup> Por poco que se medite, se comprende bien que el espíritu que inspiró esos textos, espíritu que está sobre su letra y que fija la extensión de su alcance, se revela en la razón de que, no pudiendo estar al arbitrio de los Estados comprometer la paz de la Unión con la conducta que quieran seguir, amistosa ú hostil, con las naciones extranjeras, no tienen ni aun capacidad legal para comparecer ante ellas tratando asuntos internacionales. En cuestiones con el extranjero, los Estados desaparecen, y sólo la Unión que representa á la República en su carácter soberano, puede dirigir las relaciones diplomáticas en el sentido que crea más conveniente para el interés nacional. Condición indispensable para la seguridad de la Nación eran todos esos preceptos, porque no se necesita decir que si cada Estado fuera el árbitro de la paz ó la guerra, antes de mucho tiempo el pacto federal llegaría á ser el verdadero caos.<sup>15</sup>

No es de oportunidad profundizar estas indicaciones, indicaciones que por lo demás se comprenden bien con su simple enunciación. Leyendo aquellos textos constitucionales y penetrándose del espíritu que los anima, hay que admitir como forzoso corolario que, si bien un principio constitucional confiere á los Estados el pleno derecho de legislación civil, penal y de procedimientos, él no los faculta para invadir los dominios del Derecho público exterior, del derecho de paz y guerra que está reservado á la Federación, ni aun so pretexto de legislar sobre asuntos civiles ó penales. Por esto un Estado no podría, ni aun en caso de guerra extranjera, decretar la represalia, el embargo ó la confiscación de la propiedad de los súbditos de la potencia enemiga, residente en su territorio. Por esto en plena paz no puede tampoco resolver cuestiones de naturalización, de extranjería, determinando quiénes son ó no extranjeros, estableciendo ó negando la reciprocidad internacional en el goce de los derechos civiles, fijando los requisitos que deben llenar las ejecutorías y contratos extranjeros, concediendo favores ó privilegios á los súbditos de una potencia con exclusión de los otros, etc. Por esto á los Estados no les es lícito coartar los medios de defensa

<sup>12</sup> Aquí el autor pone una nota que dice: *Art. 12, fracs. XIII, XIV, XV, XVI, art. 85, fracs. III, VI, VIII, IX, X y XI.*

<sup>13</sup> Aquí el autor pone una nota que dice: *Art. 72, frac. XXI.*

<sup>14</sup> Aquí el autor pone una nota que dice: *Art. 111, fracs. I y II; art. 112, frac. III.*

<sup>15</sup> Vallarta, Ignacio L., *op. cit.*, p. 174.

nacional, ni oponerse á las medidas precautorias que la República crea conveniente adaptar, ni impedir, en fin, el ejercicio del derecho de paz y de guerra que á ella compete exclusivamente. En tesis general puede afirmarse que los Estados tienen prohibición completa de injerirse en asuntos internacionales, á pesar de que la Constitución los reconoce soberanos en su régimen interior. Derivar de esta soberanía pretensión alguna relativa á esos asuntos, sería poner en pugna los arts. 72 y 85 con el 117 de esa ley; sería confundir ideas de diverso orden, sería desconocer la autonomía de la República Mexicana, convirtiendo á la Unión federal en completa, ingobernable anarquía.<sup>16</sup>

Para quien todas estas materias no haya profundizado lo bastante, puede, acaso, ser motivo de sorpresa que los Estados estén sujetos á esta clase de restricciones en su legislación civil; pero basta meditar un poco para que esa sorpresa haga lugar al más firme convencimiento. Los Estados sin duda alguna poseen el mismo perfecto derecho de legislación civil que de la legislación criminal; y sin embargo de ello, es una verdad que nadie desconoce, que varias ejecutorias han ya proclamado que la extradición no es asunto local, sino federal. Y las mismas, idénticas razones que esta verdad afirman, tratándose de la extradición, militan para apoyarla con respecto á los derechos civiles, á la propiedad. Por más que los Estados tengan facultades para penar el delito, castigar al delincuente, decretar su arresto en caso de fuga, ni pueden intentar demandas de extradición, ni conceder ni negar la entrega de criminales pedidos por autoridades extranjeras, porque estos negocios pueden afectar los intereses generales de la República, están reservados á la Federación: por iguales motivos, á la soberanía local está vedado legislar en materias de propiedad, de manera que comprometan esos mismos intereses, como permitiendo que adquieran la territorial soberanos ó súbditos extranjeros, como medio de procurar una desmembración del territorio nacional. Quien reconozca, pues, que la extradición está fuera del poder de los Estados, debe, si quiere ser consecuente con los principios, confesar que el derecho de legislación así civil como criminal, tiene el límite que le imponen los textos constitucionales que vedan á la soberanía local resolver asuntos que caen bajo el dominio del Derecho público exterior.<sup>17</sup>

Si no me equivoco mucho, estas razones que son imperiosas exigencias de nuestro régimen político, condenan el sistema seguido por

<sup>16</sup> *Id.*, pp. 174-175.

<sup>17</sup> *Id.*, pp. 175-176.



los Códigos vigentes, sistema que autoriza á los Estados para legislar en materias internacionales, no sólo con agravio de las facultades de los Poderes federales, sino lo que es aún más importante, con peligro de comprometer los intereses, la paz misma de la República, en medio de la discordancia que por necesidad debe reinar en las leyes locales. Y si se confiese, como á mi juicio es inevitable confesar, que esas materias no caen bajo la competencia local, no apresurarse a reformar esos Códigos en el sentido de que las disposiciones que localizaron en el Distrito y Territorio, sean obligatorias á todo el país, es por una parte mantener sin ley á los extranjeros que residan en los Estados, supuesto que es nula como anticonstitucional lo que éstos hayan promulgado, y por otra comprometer nuestras relaciones exteriores, exponiéndolas á los peligros de una legislación contradictoria. Es tanto más urgente esa reforma, cuanto que según lo advierte uno de nuestros escritores,<sup>18</sup> varios Estados como los de Campeche, Veracruz y México han pretendido reformar el art. 938 del Código de Procedimientos, que establece la caución de *judicatum solvi*; cuanto que en el transcurso de muy poco tiempo los derechos civiles de los extranjeros serán tan profundamente modificados por las leyes locales, que producirían más de una dificultad en nuestras relaciones internacionales. Cree el proyecto<sup>19</sup> satisfacer imperiosas necesidades de nuestra legislación sobre extranjería, con proclamar el principio que debe regular estas materias, el principio que resuelve las dudas, las cuestiones que ellas susciten; y no intenta corregir los preceptos relativos de los Códigos para ponerlos en armonía con la Constitución, porque bien sabe que invadiría con ello los dominios de la ley civil. Una vez reconocido ese principio, y supuesto que en los extremos límites en que esta ley confina con el Derecho público interior, de éste y no de legislaciones extranjeras debe inspirarse en sus mandatos, de esperar es que al sufrir las nuevas enmiendas que demandan esos Códigos, no pretendan asumir un carácter local en asuntos que por su naturaleza son federales; de esperar es que se corrijan estos defectos que el deber me ha obligado á hacer patentes...<sup>20</sup>

Para comprender la extensión que daba Vallarta al concepto de extranjería, baste recordar que el artículo 15 del Código civil de 1870, que expresamente el autor considera como federal, se refería a la forma de los actos jurídicos, y decía literalmente:

<sup>18</sup> Aquí el autor pone una nota que dice: *Estudio sobre la caución de judicatum solvi*, por S. Martínez, *El Foro del día 3 de octubre de 1883*.

<sup>19</sup> El autor se refiere a su proyecto de *Ley de Extranjería y Naturalización*.

<sup>20</sup> Vallarta, Ignacio L., *op. cit.*, pp. 176-177.

Art. 15. Respecto de la forma ó solemnidades externas de los contratos, testamentos y de todo instrumento público, regirán las leyes del país en que se hubieren otorgado. Sin embargo, los mexicanos ó extranjeros residentes fuera del Distrito ó de la California, quedan en libertad para sujetarse á las formas y solemnidades prescritas por la ley mexicana, en los casos en que el acto haya de tener ejecución en aquellas demarcaciones.

Que también las legislaturas locales coincidían en considerar tal disposición como local, se desprende no sólo de lo dicho por Vallarta, sino del texto de los códigos civiles de los diversos estados.

Como es bien sabido, con el Código Civil distritense de 1870 se dio un fenómeno de “recepción”, pues el mismo fue adoptado, casi literalmente, por casi la totalidad de los estados, haciendo únicamente las variaciones que consideraron indispensables. Pues bien, para citar un ejemplo, el Estado de Oaxaca adoptó el Código distritense de 1870 por decreto número 31 del 14 de diciembre de 1878, promulgado por decreto del gobernador Francisco Meijueiro, del 17 de diciembre del mismo año, cuyo artículo 6o. dice literalmente:

La segunda parte del artículo 15 se redactará en estos términos: “Sin embargo, los oaxaqueños y extranjeros residentes fuera del Estado, quedan en libertad para sujetarse á las formas y solemnidades prescritas por las leyes del mismo, en los casos en que el acto haya de sujetarse en él.”<sup>21</sup>

El pensamiento de José Algara está formulado con vistas a la Constitución de 1857, el Código civil para el Distrito y Territorios Federales de 1884 y la ley de extranjería Vallarta y, según el autor:

...No se trata de que cuanto á los derechos extranjeros se refiera sea objeto de ley federal, sino que *los principios* conforme á los cuales se respeten los derechos de los extranjeros en cada *Estado* y en colisión con los derechos de éste, sean federales, sin que por ello la legislación particular del *Estado* sufra menoscabo.<sup>22</sup>

<sup>21</sup> Al parecer por un decreto posterior la palabra oaxaqueños se sustituyó por la de mexicanos.

<sup>22</sup> Algara, José, *Lecciones de Derecho Internacional Privado (Parte general)*, México, Imprenta de Ignacio Escalante, 1899, p. 23.

Si bien se considera, con el sistema de la ley de extranjería, quedan evitados, tanto el extremo de que cada Estado se ponga en relación con el extranjero, como también que los extranjeros queden sustraídos á la legislación particular de cada Estado, y sujetos á un derecho privilegiado. Sin duda no acontecerá esto; el extranjero que por vínculos de derecho se halle ligado con la República, respetará las leyes especiales con la que tales derechos se relacionen, pero sobre base cierta y segura, sabiendo que se respeta ó no la ley personal, que la ley real se acata dentro de sus verdaderos límites ú otros principios semejantes, cualesquiera que éstos sean, sin que se dé el absurdo de que sus relaciones se establezcan sobre principios contradictorios.<sup>23</sup>

Se dirá que por el medio escogido vienen en último resultado á ponerse en oposición la ley de un Estado extranjero con multitud de leyes de la República, y podrá también decirse que el sistema de la ley de extranjería es confuso, porque no puede especificarse con exactitud qué disposiciones pertenecen á la ley civil y cuáles á los principios que norman la aplicación de la misma.<sup>24</sup>

Tales objeciones no tienen la importancia que á primera vista parece. En cuanto á la primera, cierto que hay que tomar en consideración multitud de leyes de la República, pero no puede ser de otro modo dado nuestro modo de ser político, porque todas esas leyes dan origen a derechos especiales, y con éstos pueden encontrarse en conflicto los de los extranjeros: todas esas leyes dominan en determinada extensión de territorio, y con ese carácter tienen que ser respetadas; pero si no lo han de ser de diverso modo, si todas esas leyes han de sujetarse á las reglas de Derecho Internacional privado por la nación adoptadas, la dificultad que se presenta es de un orden secundario é inevitable, por otra parte, en vista de nuestro sistema de gobierno.<sup>25</sup>

En cuanto a la confusión á que pudiera prestarse el sistema de la ley de extranjería, no existe en verdad, mayor que en cualquier otro asunto de jurisdicción concurrente, de los infinitos de esta clase que ofrece nuestro derecho constitucional; y si bien es posible que *Estados* ó Federación se invadan en su respectiva soberanía, no falta, felizmente, recurso idóneo para contener el desmán, recurso tan privilegiado como es el de amparo.<sup>26</sup>

<sup>23</sup> *Id.*, pp. 23-24.

<sup>24</sup> *Id.*, p. 24.

<sup>25</sup> *Id.*, p. 24.

<sup>26</sup> *Id.*, pp. 24-25.

Una es la ley civil, otra la ley que determina cuál ha de preferirse entre diversas leyes civiles. Uno es el Derecho Civil, otro el Derecho Internacional privado Externo ó Interno.<sup>27</sup> Dos ciencias distintas que podrán confundirse cuando no se profundice su naturaleza ni sus enseñanzas, pero que podrán perfectamente deslindarse si se procede con estudio, con recto criterio y con conocimiento de causa.<sup>28</sup>

Si se disputa qué ley de entre las de varios *Estados* ha de prevalecer en determinado conflicto, no será el *Estado* el que decida, ni la fuerza, ni los hechos dirimirán la contienda, sino la ley, y esa ley que han de respetar los *Estados*, que constituye nuestro *Derecho Internacional Interno*, por fuerza ha de ser *Federal* y acatado en toda la Nación. Ni son tantos los principios del Derecho Internacional privado Internos reconocidos, ni tanta la amplitud que puede dárseles, para que con motivo de la objeción propuesta se deseche el sistema, que tanto contendrá disposiciones que con el Derecho Interno se relacionen, como con el Derecho Externo, al que se sujetarán los extranjeros y las leyes particulares de los *Estados*.<sup>29</sup>

Hoy por hoy, constituyen los principios de nuestro Derecho Internacional privado Interno y Externo, los arts. 12 siguientes y relativos del Código Civil del Distrito...<sup>30</sup>

En cuanto al pensamiento de Enrique Helguera, éste se limita a considerar que corresponde a la legislación federal regular el estado civil de los extranjeros,<sup>31</sup> para después aceptar que, conforme al artículo 50 de la Ley de nacionalidad y naturalización, el Código civil del Distrito Federal es federal, de lo cual parece derivar el carácter federal de sus disposiciones conflictuales.<sup>32</sup>

Carlos Arellano García sostiene, cuando menos desde 1974 que:

<sup>27</sup> Algara entiende por Derecho Internacional Privado Externo el relativo a los conflictos que se suscitan entre individuos sujetos a las leyes de diversos Estados soberanos é independientes... (*op. cit.*, p. 15) Otros conflictos ... se presentan frecuentemente y son los que se suscitan entre entidades sujetas a diferentes legislaciones de un mismo Estado soberano, los cuales pertenecen, según el autor al Derecho Internacional Privado Interno (*Ibidem*).

<sup>28</sup> Algara, José, *op. cit.*, p. 25.

<sup>29</sup> *Ibidem*.

<sup>30</sup> *Id.*, p. 26.

<sup>31</sup> Helguera, Enrique, "El derecho internacional privado mexicano y el Código Bustamante", *Comunicaciones Mexicanas al VI Congreso Internacional de Derecho Comparado (Hamburgo, 1962)*, México, 1962, p. 36.

<sup>32</sup> *Id.*, p. 38.

El primer problema a resolver acerca de las reglas conflictuales que establece el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales consiste en determinar si se trata de disposiciones de alcance local o federal.

Nuestra opinión es en el sentido de que se trata de preceptos de aplicación federal. Este punto de vista lo apoyamos en la siguiente argumentación:

1o. El artículo 73 Constitucional fracción XVI establece que el Congreso de la Unión está facultado para legislar en materia de condición jurídica de extranjeros. La materia conflictual no es extranjería pero, si en el conflicto de leyes interviene una persona física o moral extranjera, la tenencia de algún derecho o deber por tal persona extranjera debe contemplarse desde un ángulo federal para acatar el dispositivo constitucional citado. Claro que nos hemos pronunciado por la futura inclusión del conflicto de leyes en la fracción XVI del artículo 73 Constitucional.

2o. El artículo 1o. del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales establece que las disposiciones de este Código regirán en toda la República en asuntos del orden federal. Si en el problema conflictual interviene una persona física o moral extranjera con algún derecho o deber, el asunto se convierte en federal en los términos del artículo 73 Constitucional fracción XVI ya citado.

3o. El artículo 50 de la Ley de Nacionalidad y Naturalización vigente establece: “Sólo la Ley Federal puede modificar y restringir los derechos civiles de que gozan los extranjeros; en consecuencia, esta Ley y las disposiciones de los Códigos Civil y de Procedimientos Civiles del Distrito Federal sobre esta materia, tienen el carácter de federales y serán obligatorias en toda la Unión”. Este precepto tiene su origen en el artículo de la Ley de Extranjería y Naturalización de 1886 que estipulaba la misma regla salvo una referencia expresa que se hacía a la reciprocidad internacional.<sup>33</sup>

Por su parte, Raúl Ortiz-Urquidi al referirse a los “conflictos de leyes en el espacio” sostiene que:

<sup>33</sup> Arellano García, Carlos, *Derecho internacional privado*, México, Editorial Porrúa, S. A., 1974, pp. 583-584. La misma argumentación ha repetido en ediciones posteriores, V. por ejemplo: 2a. ed., México, Editorial Porrúa, 1976, pp. 588-589; 3a. ed., México, Editorial Porrúa, S. A., 1979, pp. 604-605; 4a. ed., México, Editorial Porrúa, S. A., p. 658.

...debemos dejar sentado que para los efectos de los conflictos de carácter privado que puedan plantearse al respecto, dicho ordenamiento<sup>34</sup> tiene el carácter de federal y es el aplicable, por tanto, a los mexicanos en el extranjero en cuanto a su estatuto personal, así sea ese mexicano de la entidad federativa que fuere Oaxaca, Guerrero, Sonora, Yucatán, etc., y que a la inversa: se aplica también para resolver los conflictos relativos que puedan plantearse con relación a los extranjeros y que se susciten no solamente en el Distrito Federal, sino en cualquiera de los Estados miembros que forman nuestra República.

Esta es precisamente una de las justificaciones de que conforme al artículo 1o. de dicho Código, sus disposiciones rijan en toda la República en asuntos del orden federal y, en nuestro concepto, tal vez la única razón fundada, pues es indiscutible que en esta materia los Estados miembros carecen en lo absoluto de toda potestad de intervenir, atento al texto de las fracciones XVI y XXX del artículo 73, en relación con la fracción I del 76, y la también fracción I del 117, así como el 133, todos ellos de la Constitución Federal, que reservan esta materia a los poderes federales.<sup>35</sup>

Como puede verse, en los cinco autores hay una confusión común: el pensar que los problemas atinentes a los llamados “conflictos de leyes” son problemas relativos a la condición jurídica de extranjeros. El mismo Arellano García, que pretende escapar a tal confusión, termina por caer en ella.

En cuanto a Ortiz-Urquidi, no se ve cómo las disposiciones constitucionales a que hace referencias diversas a la fracción XVI del artículo 73 constitucional podrían llevar a concluir que el derecho internacional privado sea de competencia del Congreso General. En efecto, la fracción I del artículo 76 constitucional se refiere a la competencia del Senado para aprobar tratados internacionales, el 113 establece la supremacía de la Constitución y de las leyes del Congreso de la Unión que *emanen de ella* así como de los tratados celebrados conforme a la misma. Por último, la fracción XXX del artículo 73 constitucional se refiere a las llamadas facultades implícitas.

La argumentación de Vallarta no logra superar la objeción principal: la falta de un texto constitucional que dé competencia

<sup>34</sup> El autor se refiere al Código civil del Distrito Federal

<sup>35</sup> Ortiz-Urquidi, Raúl, *Derecho Civil. Parte General*, 3a. ed., México, Editorial Porrúa, S. A., 1986, pp. 215-216.

al Congreso General o, al menos, la existencia de un texto constitucional que dote de facultades a alguno de los poderes de la Unión para cuyo ejercicio resultara necesario que el Congreso General legislara en materia de derecho internacional privado civil. Pretender que la facultad del Congreso General para legislar en materia de condición jurídica de extranjeros es fundamento suficiente, implica dar a tal concepto un alcance omnicomprendivo que no tiene.

Lo limitado del fundamento que podría encontrarse en la facultad del Congreso General para legislar en materia de condición jurídica de extranjeros se hace aún más evidente si se toma en consideración que muchas disposiciones internacionales privatistas son aplicables sin tomar en consideración la nacionalidad de las personas involucradas en el caso, pudiendo resultar la aplicabilidad del derecho extranjero a mexicanos,<sup>36</sup> al igual que las disposiciones de la *Convención* pueden resultar aplicables en un caso en que tanto los adoptantes cuanto el adoptado son mexicanos y residentes en el país.<sup>37</sup>

### 2.3 La competencia para celebrar tratados internacionales en materia de adopción internacional de menores y para emitir las leyes reglamentarias y reglamentos que fueren necesarios para su observancia

El primer problema que plantea la adopción internacional de menores deriva del sistema de distribución de competencias adoptado por nuestra Constitución, según el cual el derecho civil es una materia que compete a las entidades de la Federación o, para decirlo en otra forma, es una materia sobre la cual el Congreso General carece de competencia legislativa federal.<sup>38</sup>

<sup>36</sup> Dado que el estado y capacidad se rigen por el derecho del lugar de residencia permanente, para determinar la capacidad de un mexicano que tiene su residencia habitual fuera del país, y que ocasionalmente se encuentra en el Distrito Federal y desea realizar algún acto, habrá de estarse al derecho del país en que resida, según resulta del texto vigente a partir de la reforma de 1988 de la fracción II del artículo 13 del Código Civil distritense.

<sup>37</sup> En virtud del artículo 20 de la *Convención*, si un matrimonio de mexicanos residente en México desea adoptar a un menor mexicano también residente en el país, y después de la adopción los adoptantes van a fijar su domicilio en Colombia, sería aplicable la *Convención*.

<sup>38</sup> La tiene, desde luego, en tanto al mismo compete legislar en todo lo relativo al Distrito Federal conforme a la fracción VI del artículo 73 constitucional, pero en tales casos esa legislación es local para el Distrito mencionado.

Aun si se aceptara que el derecho internacional privado es por su naturaleza materia federal, como parece haber sido el pensamiento de Vallarta, lo anterior no resolvería del todo los problemas que plantea, desde el punto de vista constitucional, un tratado internacional como la *Convención Interamericana sobre conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores*, pues la misma: 1º Puede resultar aplicable en casos en que todas las partes involucradas son nacionales, ya que el criterio para determinar la internacionalidad de la adopción no es la nacionalidad del adoptante o adoptantes y del adoptado, sino el domicilio de los primeros y la residencia habitual del menor. Aún más, el artículo 20, aceptado expresamente por México, hace aplicable la *Convención* a las llamadas adopciones con vocación a internacionalizarse, en las cuales todas las partes pueden ser mexicanas y residentes o domiciliados en el país; y

2º Contiene normas que no son conflictuales, ya que en el derecho internacional privado actual no sólo se utilizan tal tipo de normas, sino también las de derecho uniforme, que son normas materiales, mismas que pueden ser de origen internacional.<sup>39</sup>

Así pues, el viejo problema sobre la posibilidad constitucional de que el Ejecutivo Federal celebre tratados sobre materias que, desde el punto de vista de la distribución de competencias legislativas internas, se refieren a materias de carácter local, exige una respuesta adecuada.

Afortunadamente en los últimos años el problema ha llamado la atención de la doctrina, y parece haber ya encontrado una respuesta adecuada, según la cual:<sup>40</sup>

1º El Ejecutivo federal sí puede celebrar tratados internacionales en materias que, desde el punto de vista de la distribución

<sup>39</sup> Sobre los diversos tipos de normas utilizados actualmente en el derecho internacional privado puede verse: Vázquez Pando, Fernando Alejandro, "Comentarios sobre el Nuevo Derecho Internacional Privado Mexicano", *Duodécimo Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado*, México, UNAM, 1989, pp. 16-21.

<sup>40</sup> Arteaga Nava, Elisur, "Los Estados y los tratados", *Revista Mexicana de Justicia*, México, núm. 1. vol. V (enero-marzo, 1987), pp. 119-140; Martínez Báez, Antonio, intervención en el ciclo de conferencias sobre el Tratado de Distribución de Aguas Internacionales, *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, t. VIII, núm. 30 (abril-junio de 1946); Solís Hernández, Miguel, *Los tratados y la Constitución* (tesis de la Escuela Libre de Derecho), 1956; Vázquez Pando, Fernando Alejandro, "Comentarios a la Convención sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías a la luz del derecho mexicano", *Anuario Jurídico*, X, México, 1983, pp. 40-47.



constitucional de la competencia legislativa interna, están reservadas a los Estados de la Federación;

2º Tales tratados sólo requieren de la aprobación del Senado, sin que sea necesaria la intervención de otro órgano para que el presidente pueda ratificarlos o adherirse a ellos a nivel internacional;

3º A pesar de la entrada en vigor del tratado, el Congreso General no adquiere competencia para legislar en la materia, la cual continúa reservada a los estados;

4º Si el tratado requiriera ser instrumentado a nivel reglamentario, dicha reglamentación debe ser emitida por el Ejecutivo Federal y por los ejecutivos locales en las esferas de sus respectivas competencias.

Tema todavía no pacífico es el de la competencia legislativa en caso de que el tratado, por sus términos no sea autoaplicativo, sino que requiera de una ley que lo implemente.<sup>41</sup>

Desde mi punto de vista, el Congreso General, en uso de facultades implícitas,<sup>42</sup> estaría facultado para emitir tal ley. Ello no quiere decir que el Congreso adquiriría competencia en la materia local, sino tan sólo que el Congreso General estaría facultado para emitir las leyes necesarias para la observancia del tratado, lo cual daría lugar a la coexistencia de dos leyes sobre la misma materia: la emitida por el Congreso General y la local, pero ambas leyes tendrían ámbitos de aplicación diversos, pues la primera *sólo sería aplicable en que hubiere de observarse el tratado internacional respectivo*, en tanto la local continuaría siendo la norma general, aplicable a todos los supuestos en los cuales el tratado no fuere aplicable.

Así por ejemplo, si la *Convención* sobre adopción que se ha venido mencionando requiriera de una ley interna,<sup>43</sup> y ésta fuera emitida por el Congreso General, la misma sería aplicable única-

<sup>41</sup> Tal es el caso de disposiciones de un tratado internacional en el cual se prevé que los Estados partes legislarán en determinado sentido.

<sup>42</sup> Sería una ley necesaria para el cumplimiento del tratado celebrado por el Ejecutivo federal con la aprobación del Senado.

<sup>43</sup> Personalmente no considero que tal sea el caso, salvo con respecto al artículo 8 de la misma, ya que sería conveniente regular los casos en que deba exigirse el acreditamiento a que se refiere tal disposición, y es necesario establecer que instituciones —no internacionales— pueden otorgarla.

mente a las adopciones a las que resultare aplicable la *Convención*, es decir, si se tratare de adopciones en las cuales el o los adoptantes estuvieren domiciliados en un Estado parte de la *Convención* y la persona a ser adoptada fuera un menor con residencia habitual en el país, o si se tratare de reconocer la eficacia de una adopción otorgada en otro Estado que sea parte de la *Convención*, o, por último, si se tratare de una adopción en que el o los adoptantes están domiciliados en el país y el menor a ser adoptado reside también en el país, pero de las circunstancias del caso se desprende que el adoptante o adoptantes van a establecer su domicilio en otro Estado que sea parte de la multicitada *Convención*. Al 1º de enero de este año sólo México y Colombia habían ratificado la *Convención*, por lo cual la misma entró en vigor al trigésimo día de haberse depositado el segundo instrumento de ratificación,<sup>44</sup> pero, evidentemente, sólo entre México y Colombia, por lo que la misma únicamente es aplicable a adopciones en las que el adoptante o adoptantes estén domiciliados en alguno de tales países y el adoptado tenga su residencia habitual en el otro de tales países, al reconocimiento en uno de tales países de las adopciones celebradas en el otro y a las adopciones con vocación a internacionalizarse en que el o los adoptantes tengan su domicilio en alguno de tales países y después de la adopción vaya o vayan a establecer su domicilio en el otro, y tales serían los únicos casos en que la hipotética ley del Congreso General sería aplicable, en tanto *el resto de las adopciones se regirían por las leyes locales*.

Hemos dicho que, a nivel reglamentario, los reglamentos necesarios para la adecuada aplicación del tratado en el ámbito administrativo, deben ser emitidos por el Ejecutivo Federal o los ejecutivos locales dentro del ámbito de sus competencias respectivas. Así, por ejemplo, quizá sea necesario un reglamento que regule la forma en que el registro civil levante y lleve las actas de las adopciones otorgadas en el país conforme a la *Convención*. Dado que el registro civil es local, parece que lo adecuado sería que los reglamentos locales respectivos se ocuparan del tema.<sup>45</sup>

<sup>44</sup> Art. 26.

<sup>45</sup> Sin embargo, considero que nada se opondría a que se creara un registro a nivel federal mediante ley del Congreso General, reglamentada por el Ejecutivo federal.

### 3. *El régimen jurídico de la adopción a la luz de la Convención Interamericana*

#### 3.1 Breves antecedentes

Una vez enterada la Secretaría de Relaciones Exteriores de nuestro país de la temática aprobada para la *Tercera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado*,<sup>46</sup> que habría de celebrarse en La Paz, Bolivia, del 15 al 24 de mayo de 1984, integró, por iniciativa de los entonces subsecretario de Relaciones Exteriores, Alfonso de Rosenzweig Azmitia y consultor jurídico de la misma Secretaría, Alberto Székely, una *Comisión Preparatoria de Instrucciones* para la delegación que habría de representar a nuestro país en dicha Conferencia. La Comisión, formalmente presidida por el consultor jurídico de la Secretaría, se integró con el doctor Humberto Briseño Sierra y varios miembros de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado, A.C., concretamente, con los señores licenciado Ricardo Abarca Landero, doctor Carlos Arellano García, licenciado Víctor Carlos García Moreno, doctor Leonel Pereznieta Castro, licenciado José Luis Siqueiros y el que esto escribe. Dado que uno de los temas que habría de abordarse era el de la adopción internacional de menores, la Comisión estimó necesario contar con el apoyo de un asesor en materia de derecho de familia, y al efecto se invitó como asesora a la licenciada Sara Montero Duhalt.

La Comisión estudió cuidadosamente los materiales preparados para la conferencia que se avecinaba, especialmente el proyecto de Convención preparado por el Comité Jurídico Interamericano,<sup>47</sup> el proyecto de convención elaborado por el Instituto Interamericano del Niño y las conclusiones de la Reunión de Expertos celebrada en la ciudad de Quito, Ecuador, en marzo de 1983.<sup>48</sup>

<sup>46</sup> Sobre sus antecedentes y labores V. Vázquez Pando, Fernando Alejandro, "La Tercera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-III)", *Octavo Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado. Memoria*, México, UNAM, 1989, pp. 137-149.

<sup>47</sup> El proyecto puede verse en Vaz Ferreira, Eduardo, Didier Operti Badan y Eduardo Tellechea Bergman, *Adopción Internacional*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1984, pp. 71-73.

<sup>48</sup> Los proyectos y textos aprobados en tal Reunión pueden verse en *op. cit.*, *supra*, nota anterior, pp. 50-68.

La delegación mexicana a CIDIP-III estuvo integrada por los señores licenciado Ricardo Abarca Landero (jefe de la Delegación), doctor Carlos Arellano García, licenciado Víctor Carlos García Moreno, licenciado Fausto Ornelas, doctor Leonel Perz-nieto Castro, licenciado José Luis Siqueiros y el que esto escribe. Tal Conferencia adoptó, entre otros tratados, la *Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores*, la cual fue aprobada por el Senado, según decreto publicado en el *Diario Oficial* del día 6 de febrero de 1987. Posteriormente, en el *Diario Oficial* del día 21 de agosto del mismo año se publicó el decreto de promulgación respectivo.

Durante la Conferencia el tema de la adopción internacional de menores fue, sin duda, el que más captó la atención de los participantes y durante las discusiones relativas se evidenciaron multitud de problemas que rebasan el tema mismo de la adopción para caer en el más amplio de la problemática de la protección del menor, tema éste, sin duda, uno de los que más preocupa no solamente a México sino a multitud de países, como evidencia la labor que viene desempeñando la Organización de las Naciones Unidas en sus labores relativas a la elaboración de una convención sobre los derechos del niño. Entre esos aspectos atinentes a la protección del menor, la CIDIP-III se ocupó de uno de ellos relacionado con la problemática de la adopción internacional de menores, al recomendar a los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos tipificar en su legislación, como delito especialmente grave, la mediación con fines de lucro para promover menores a efectos de su adopción internacional, así como todo acto de promoción, sea o no comercial, con el propósito anterior.<sup>49</sup> Sin embargo, y a pesar de la indudable importancia de tales aspectos, se centrará la atención en los aspectos jurídicos de la adopción internacional de menores, por ser tal el tema que se me ha asignado.

Para analizar los aspectos jurídicos principales de la adopción internacional de menores, se dividirá el estudio en dos partes: en primer lugar se hará una breve exposición de la *Convención* antes mencionada, para después referirse a los problemas que plantea la regulación de la adopción internacional de menores por el derecho de origen interno, según sea o no aplicable tal *Convención*, y después referirse al tema de la adopción de me-

<sup>49</sup> CIDIP-IV-Res. V.

nores en el proyecto de Convención sobre derechos del niño de las Naciones Unidas.

### 3.2 Aspectos Principales de la Regulación de la Adopción Internacional de Menores en la *Convención*<sup>50</sup>

#### 3.2.1 Aspectos generales

En la regulación de la adopción internacional de menores, la CIDIP-III adoptó un método mixto, en parte conflictual y en parte material. A pesar de ser la convención más extensa adoptada por las anteriores convenciones hasta la fecha, pues consta de 29 artículos, sus disposiciones no se encuentran subdivididas en capítulos.

La exposición sistemática de la *Convención* exige empezar por preguntarse sobre su ámbito material de aplicación, el cual podría sintetizarse diciendo que la misma rige, en principio, la adopción plena internacional de menores.

Sin embargo, la afirmación anterior requiere aclarar dos conceptos: qué es la adopción plena, y cuándo una adopción es internacional. Ambas preguntas son respondidas por el artículo 1º de la *Convención*: la adopción es plena cuando equipara al adoptado a la condición de hijo; es internacional cuando el domicilio del adoptante y la residencia habitual del adoptado se encuentran en Estados diversos. Desde luego, la *Convención* es aplicable si tales Estados son partes de la misma.

Sin duda, llamará la atención que en el caso del adoptante se acuda al criterio del domicilio, en tanto en el caso del adoptado se sacuda al de la residencia habitual. Esa diferencia se debe a que si bien en la CIDIP-III se dio acuerdo en cuanto al adoptado, por lo que se refiere al adoptante se perfilaron dos posicio-

<sup>50</sup> Sobre el tema pueden verse los estudios de Montero Duhalt, Sara, "Comentarios a la Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción", Perezniето Castro, Leonel, "La Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores", y Vázquez Pando, Fernando Alejandro, "La Tercera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado" (pp. 143-145), en *Octavo Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado. Memoria*, México, UNAM, 1989; Rojano Esquivel, José Carlos, "Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores", *Undécimo Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado. Memoria*, México, UNAM, 1989, pp. 9-18; Vaz Ferreira, Eduardo, *et al.*, *op. cit. supra*, nota 47.

nes: quienes seguían el criterio de la residencia habitual y quienes seguían el criterio del domicilio —entendido éste con el elemento subjetivo del “ánimo de establecerse”—. Finalmente se optó por este último tomando en consideración que, conforme a la Convención Interamericana sobre domicilio de las Personas Físicas en el Derecho Internacional Privado adoptada en la CIDIP-II,<sup>51</sup> el término domicilio se define, en primer lugar, como residencia habitual, por lo que los Estados que prefieran tal conexión en el caso del adoptante, pueden lograr su propósito ratificando la convención últimamente citada.

Se ha dicho que la *Convención* en estudio regula “en principio” la adopción plena internacional. La expresión “en principio” obedece a que los Estados pueden ampliar ese ámbito a otras formas de adopción internacional de menores<sup>52</sup> e incluso a la adopción interna con vocación internacional,<sup>53</sup> como lo ha hecho México.<sup>54</sup>

Aclarado el ámbito material de aplicación de la *Convención* es necesario analizar el régimen conflictual y material que establece. Para ello, debe diferenciarse entre los aspectos sustantivos y los atinentes a la competencia. En cuanto a los primeros, debe distinguirse entre la constitución de la adopción en primer lugar, sus efectos en segundo, los derechos y obligaciones conexos entre adoptante y adoptado, en tercero, la conversión de la adopción simple en plena, en cuarto, y la anulación de la adopción en quinto lugar.

### 3.2.2 Constitución de la adopción

Por lo que se refiere a la constitución de la adopción, la *Convención* sigue principalmente el método conflictual por lo que se refiere a los aspectos sustantivos, de los cuales deben diferenciarse tres diversos:

<sup>51</sup> México es parte en dicha Convención, la cual fue aprobada por el Senado según decreto publicado en el *Diario Oficial* del 4 de febrero de 1987. El decreto promulgatorio respectivo se publicó en el mismo *Diario* de fecha 19 de agosto de 1987. Fe de erratas en el *Diario Oficial* del 30 de noviembre de 1987.

<sup>52</sup> Art. 2.

<sup>53</sup> Art. 20.

<sup>54</sup> V. La declaración respectiva en el decreto promulgatorio, según la cual 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*. La referencia al artículo 12 que aparece tanto en el decreto aprobatorio del Senado cuanto en el promulgatorio es, evidentemente, errónea, y la correcta es el artículo 2.

a) la capacidad, consentimiento y demás requisitos para ser adoptado, así como el procedimiento y las formalidades extrínsecas se rigen por la ley del lugar de residencia habitual del menor;<sup>55</sup>

b) la capacidad, edad, estado civil, consentimiento del cónyuge y demás requisitos para adoptar, se rigen distributivamente por la ley del domicilio del adoptante o adoptantes. Sin embargo, si tales requisitos fueren manifiestamente inferiores a los señalados por la ley de la residencia habitual del menor, regirá ésta;<sup>56</sup> y

c) los requisitos de publicidad y registro se rigen por la ley del lugar donde deban cumplirse.<sup>57</sup>

Sin embargo, la *Convención* establece dos disposiciones que prevén normas materiales en cuanto a la constitución del vínculo, mismas que rezan:

#### Artículo 7

Se garantizará el secreto de la adopción cuando correspondiere. No obstante, cuando ello fuere posible, se comunicarán a quien legalmente proceda los antecedentes clínicos del menor y de los progenitores si se los conociere, sin mencionar sus nombres ni otros datos que permitan su identificación.

#### Artículo 8

En las adopciones regidas por esta Convención las autoridades que otorgaren la adopción podrán exigir que el 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. Estas instituciones deberán estar expresamente autorizadas por algún Estado u organismo internacional.

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. Para este efecto la autoridad otorgante comunicará a la institución acreditante, el otorgamiento de la adopción.

<sup>55</sup> Art. 3.

<sup>56</sup> Art. 4.

<sup>57</sup> Art. 6.

En cuanto al aspecto competencial, según lo dispuesto por la *Convención* en estudio, es competente para otorgarla la autoridad del Estado en que el menor que va a adoptarse tenga su residencia habitual;<sup>58</sup> competencia que, evidentemente, debe considerarse exclusiva.

### 3.2.3 Efectos

Por lo que se refiere a los efectos principales de la adopción plena, la *Convención* establece algunas disposiciones sustantivas y una conflictual:

- a) en primer lugar, la adopción es irrevocable;<sup>59</sup>
- b) en segundo lugar, se rompen los vínculos del adoptado con su familia de origen, aunque subsisten los impedimentos para contraer matrimonio;<sup>60</sup>
- c) en tercer lugar, las relaciones entre adoptante y adoptado se rigen por la ley aplicable a las relaciones entre adoptante y su familia legítima;<sup>61</sup> y
- d) en cuarto lugar, la adopción surte efectos de pleno derecho en los Estados Partes.<sup>62</sup>

### 3.2.4 Derechos conexos

Con respecto a los derechos conexos, la *Convención* regula expresamente los derechos sucesorios mediante dos disposiciones, una material, según la cual en el caso de adopción plena el adoptado tendrá los mismos derechos sucesorios que corresponden a la filiación legítima, y una conflictual, que establece como ley aplicable a los derechos sucesorios entre adoptante o adoptantes y adoptado la de la sucesión respectiva.<sup>63</sup>

### 3.2.5 Relaciones entre adoptante o adoptantes y adoptado

En cuanto a las relaciones entre adoptante o adoptantes y adoptado, la *Convención* regula en forma diferente la adopción ple-

<sup>58</sup> Art. 15.

<sup>59</sup> Art. 12.

<sup>60</sup> Art. 9-b.

<sup>61</sup> Art. 9-a.

<sup>62</sup> Art. 5.

<sup>63</sup> Art. 11.



na y otras formas de adopción, pues en el primer supuesto se regula por la ley que rige las relaciones entre el adoptante o adoptantes con su familia legítima,<sup>64</sup> en tanto en el segundo las relaciones entre el adoptado y el o los adoptantes se rigen por la ley del domicilio del adoptante o adoptantes, mientras que las relaciones del adoptado con su familia de origen se rigen por la ley de la residencia habitual del adoptado al momento de llevarse a cabo la adopción.<sup>65</sup>

La cuestión competencial en materia de relaciones entre adoptante o adoptantes y su familia y el adoptado, se resuelve a favor del Estado donde tenga domicilio el adoptante o adoptantes, mientras el adoptado no constituya domicilio propio; pero a partir del momento en que el adoptado tenga domicilio propio, se prevé la competencia concurrente, a elección del actor, del juez del domicilio del adoptante o adoptantes y el del adoptado.<sup>66</sup>

### 3.2.6 Conversión de la adopción

La conversión de la adopción es regulada, en cuanto a lo sustantivo, mediante una regla conflictual y una material. La conflictual establece como punto de conexión alternativo, a elección del actor, la residencia habitual del adoptado al momento de la adopción y la del Estado donde tenga su domicilio el adoptante o adoptantes al momento de pedirse la conversión. La regla material establece que para la conversión será necesario el consentimiento del adoptado si tuviere más de 14 años de edad.<sup>67</sup>

Por lo que se refiere a la competencia, se establece la competencia concurrente, a elección del actor, de las autoridades del Estado de residencia habitual del adoptado al momento de la adopción, las del Estado donde tenga domicilio el adoptante o adoptantes y las del Estado donde tenga domicilio el adoptado cuando éste lo tuviere propio.<sup>68</sup>

### 3.2.7 Anulación

Desde el punto de vista sustantivo, la anulación de la adopción se rige por la ley de su otorgamiento. Pero la *Convención* esta-

<sup>64</sup> Art. 9-a.

<sup>65</sup> Art. 10.

<sup>66</sup> Art. 17.

<sup>67</sup> Art. 13.

<sup>68</sup> Art. 16, segundo párrafo.

blece además dos normas materiales: la primera según la cual la anulación sólo será decretada judicialmente, y la segunda conforme a la que debe velarse por los intereses del menor en los términos del artículo 19 de la misma *Convención*,<sup>69</sup> según el cual:

Los términos de la presente Convención y las leyes aplicables según ella se interpretarán armónicamente y en favor de la validez de la adopción y en beneficio del adoptado.

Por lo que se refiere a la competencia, se establece únicamente la de los jueces del Estado de la residencia habitual del adoptado al momento del otorgamiento de la adopción.<sup>70</sup> Tal competencia debe considerarse, evidentemente, como exclusiva.

### 3.2.8 El problema del seguimiento de la evolución de la adopción

La adopción es, sin duda, una institución que tiene por finalidad principal el bienestar del menor adoptado,<sup>71</sup> lo cual pone de manifiesto no ya la conveniencia sino la necesidad de que durante un periodo razonable de tiempo deba llevarse a cabo una labor de seguimiento de la adopción para determinar si la misma es en verdad conveniente para el menor.

En el caso de adopciones internacionales tal seguimiento se presenta como una exigencia aún mayor, en tanto el menor sale del país en que reside para ir a vivir en el país donde está domi-

<sup>69</sup> Art. 14.

<sup>70</sup> Art. 16. Los mismos tribunales son los competentes para el caso de revocación, regla ésta, contenida en la misma disposición, que no es aplicable a la adopción plena, pues tal tipo de adopción es irrevocable por disposición expresa de la Convención (Art. 12).

<sup>71</sup> Tal idea se refleja claramente en los artículos 14 y 19 de la *Convención*, los cuales literalmente establecen:

#### Artículo 14

La anulación de la adopción se regirá por la ley de su otorgamiento. La anulación sólo será decretada judicialmente, velándose por los intereses del menor de conformidad con el artículo 19 de esta Convención.

#### Artículo 19

Los términos de la presente Convención y las leyes aplicables según ella se interpretarán armónicamente y en favor de la validez de la adopción y en beneficio del adoptado.

ciliado o va a domiciliarse el adoptante o adoptantes, pero al mismo tiempo el llevar a cabo esa labor de supervisión presenta mayores dificultades, de ahí la necesidad de proveer un sistema de seguimiento eficaz a nivel internacional.

Tal exigencia está claramente reflejada en el segundo párrafo del artículo 8 de la *Convención*, el cual literalmente dispone:

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. Para este efecto la autoridad otorgante comunicará a la institución acreditante, el otorgamiento de la adopción.

Sin embargo, es necesaria la legislación interna que regule las instituciones que puedan llevar al cabo tal función de información. Tal vez, en el caso de México, el DIF sería una institución adecuada, sin perjuicio de reconocer la posibilidad de que tal actividad sea llevada al cabo por otras instituciones, incluso internacionales como el Instituto Interamericano del Niño.

#### 4. *Problemática del régimen jurídico de origen interno de la adopción internacional de menores*

El estudio de los problemas principales que plantea el régimen jurídico de la adopción internacional de menores son de cierta complejidad, dada la dispersión normativa —derivada del carácter local de las normas aplicables— y la inexistencia en las legislaciones locales de la adopción plena, lo cual, aunado al territorialismo de la mayoría de los códigos civiles del país lleva a soluciones poco satisfactorias en la mayoría de los casos. Brevemente se hará referencia a cada una de tales cuestiones.

##### 4.1 Dispersión normativa

Como ya se ha visto, dado que tanto el derecho civil como el internacional privado en materia civil son locales, ello origina un primer problema: el de la pluralidad de regímenes, ya que la adopción internacional de menores, en todos los casos en que no sea aplicable la *Convención*, queda regulada por la legislación local, por lo que hay, o puede haber,<sup>72</sup> tantos regímenes de la

<sup>72</sup> En tanto constitucionalmente posible, si bien en la actualidad la mayoría de

adopción internacional cuantos códigos civiles hay en el país. Por lo mismo, sería imposible en el breve espacio concedido para este estudio, pretender un análisis comparativo de todos los códigos civiles del país en materia de adopción internacional de menores.

Sin embargo, parece indispensable intentar un análisis comparativo a la luz del Código civil del Distrito Federal, según sus disposiciones vigentes hasta antes de la reforma iusprivatista del año pasado,<sup>73</sup> ya que las disposiciones anteriores a tal reforma fueron adoptadas en muchos de los códigos civiles del país y continúan en vigor en los estados correspondientes, y las nuevas disposiciones distritenses, las cuales posiblemente darán lugar a reformas de tales códigos inspiradas en ellas.

#### 4.2 Inexistencia de la adopción plena en el derecho de origen interno

Un aspecto importante, que por lo mismo debe destacarse, es que en virtud de la *Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores* México está obligado, entre otras cosas, a:

1º Permitir que se lleven al cabo en su territorio adopciones *plenas* en el caso de menores con residencia habitual en el país que vayan a ser adoptados por personas domiciliadas en algún Estado que sea parte de dicha *Convención*;

2º Permitir que personas domiciliadas en el país, adopten en adopción plena a menores con residencia habitual en el país, si después de la adopción el adoptante va a fijar su domicilio en un Estado parte de la *Convención*;<sup>74</sup>

3º Reconocer los efectos de las adopciones *plenas* otorgadas en otros Estados que sean parte de la *Convención*, ajustándose a la

los códigos civiles siguen al distritense, salvo en materia de derecho internacional privado pues la reciente reforma de 1988 aún no encuentra eco sino en unos cuantos Estados.

<sup>73</sup> Sobre tal reforma V.: Vázquez Pando, Fernando Alejandro, "Comentarios sobre el nuevo derecho internacional privado mexicano"; García Moreno, Víctor Carlos, "Reformas de 1988 a la legislación civil en materia de derecho internacional privado"; Perezniето Castro, Leonel, "Notas sobre las reformas al Código civil para el Distrito Federal en materia de derecho internacional privado"; Rosales Silva, Manuel, "Las reformas y adiciones al Código civil para el Distrito Federal ante el derecho convencional vigente", *Duodécimo Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado*, México, UNAM, 1989, pp. 16-21.

<sup>74</sup> En tales supuestos es aplicable el Art. 20 de la *Convención*, con respecto al cual México hizo la declaración prevista en el mismo.

misma, sin que pueda pretenderse hacer valer la excepción de institución desconocida.<sup>75</sup>

Basta lo anterior para darse cuenta que, en virtud de la *Convención* forma ya parte del derecho interno mexicano la figura de la *adopción plena*, la cual no está prevista, hasta donde sé, en ninguno de los códigos civiles del país, ya que, por razones históricas en México únicamente habíamos aceptado la *adopción simple*. Sin embargo, como tal figura ha sido incorporada en virtud de la *Convención* su radio de acción es muy limitado. Así por ejemplo, si una persona domiciliada en el país desea adoptar a un menor con residencia habitual en el mismo, no podrá llevar al cabo una adopción plena a menos de que, después de otorgada la adopción vaya a establecer su domicilio en otro país que sea parte del multicitado tratado internacional.<sup>76</sup>

Lo anterior da lugar a una situación poco equitativa, pues las adopciones meramente internas tendrán que continuar siendo simples o semiplenas, en tanto las internacionales y aquéllas con vocación a internacionalizarse serán plenas en los poco frecuentes casos en que la *Convención* sea aplicable.

Como es de todos conocido, en México se ha desarrollado una práctica viciosa en materia de adopción: que la persona que pretende adoptar a un menor, en lugar de seguir los trámites de adopción simplemente lo registre como hijo propio en el Registro Civil.

Aunque se ha pretendido que tal práctica obedece a razones de economía y brevedad de los trámites de registro ante la lentitud y costo del procedimiento de adopción,<sup>77</sup> en muchas ocasiones, las personas prefieren acudir a esa vía porque la adopción simple crea el vínculo exclusivamente entre adoptante y adoptado, pero no con respecto a la familia del primero, y deja subsistentes los vínculos con la familia del segundo, a diferencia de lo que sucede en el caso de adopción simple, a una situación de “hijo de segunda clase”, por decirlo del modo en que lo siente la gente.

<sup>75</sup> El artículo 5 de la *Convención* literalmente dice:

Las adopciones en que se ajusten a la presente Convención surtirán sus efectos de pleno derecho, en los Estados Partes, sin que pueda invocarse la excepción de institución desconocida.

<sup>76</sup> En tal supuesto sería aplicable la *Convención* conforme su Art. 20, pues México al ratificarla hizo la declaración prevista en el mismo.

<sup>77</sup> Cusi, Ezio, “Una práctica viciada en materia de adopción”, *El Foro*, México, quinta época, núm. 15 (julio-septiembre de 1969), pp. 69-72.

La *Convención* resuelve parcialmente ese problema en tanto permite la adopción plena, pero tan sólo en los escasísimos casos en que la misma resulte aplicable. Pero en todos en los que no lo sea, los cuales son la mayoría de las adopciones internacionales, éstas tendrán que llevarse a cabo bajo el régimen de adopción simple, que es la única existente en los códigos civiles del país.

Sin embargo, la falta de regulación de la adopción plena en los códigos civiles del país crea una cuestión delicada con respecto a la aplicación de la *Convención*. Si por hipótesis debe aplicarse alguno de tales códigos en algún caso concreto para otorgarse una adopción en los términos de la *Convención* ¿qué disposiciones habrán de aplicarse? Ante la falta de regulación expresa, tendrían que aplicarse, por analogía, las disposiciones sobre adopción simple, que son las únicas existentes. Pero ello plantea el problema de hasta donde llegar en la analogía. Así por ejemplo: ¿es posible constituir la adopción plena con respecto a un niño de 15 años, dado que, indudablemente es posible constituir la adopción simple?<sup>78</sup>

### 4.3 Aspectos conflictuales conforme al derecho de origen interno

Es necesario diferenciar dos aspectos diversos, el otorgamiento de adopciones internacionales en el país, y el reconocimiento de efectos de adopciones otorgadas en el extranjero. Brevemente se hará referencia a cada uno de tales temas.

#### 4.3.1 Otorgamiento de adopciones internacionales en el país

En todos aquellos Estados que mantengan aún vigentes las disposiciones conflictuales inspiradas en el contexto original de los artículos 12 a 15 del Código civil distritense, habrán de aplicar su derecho local a todos los aspectos relativos a la adopción, incluso si ésta se llevare al cabo por extranjeros domiciliados fuera de México, con respecto a un extranjero menor de edad que se encuentra transitoriamente en el país que, una vez adoptado va

<sup>78</sup> En el Código Civil distritense no existe limitación alguna en cuanto a la edad de la persona a ser adoptada siempre y cuando se trate de un menor de edad (Art. 390) o bien de un incapacitado, caso este último en que puede tratarse de una persona mayor de 18 años.

a ir a residir al extranjero, dado el territorialismo radical del texto original del artículo 12 del Código civil distritense.<sup>79</sup>

En el caso del Distrito Federal, el juez deberá aplicar el derecho del lugar de residencia habitual del adoptante o adoptantes, en este último caso distributivamente, para determinar la capacidad para adoptar, los requisitos de edad y estado civil del adoptante, y en general, todo lo atinente al estado y capacidad del adoptante para llevar al cabo la adopción. Análogamente, el derecho del lugar de residencia del adoptado regirá la capacidad y demás requisitos para ser adoptado, llegándose a una solución similar a la que resultaría de la aplicación de la *Convención*<sup>80</sup> desde el punto de vista conflictual, si bien las normas materiales plantean problemas delicados, ante la falta de regulación expresa de la adopción plena en el Código civil distritense.

El procedimiento se regirá, necesariamente, por la *lex fori*, pero no hay disposición que establezca la competencia exclusiva para otorgar la adopción a favor del juez del lugar de residencia habitual del menor a ser adoptado, lo cual permite el llamado *forum shopping*,<sup>81</sup> con el consiguiente riesgo de que los adoptantes elijan el foro que más les convenga, el cual no necesariamente coincide con el que más convenga al menor a ser adoptado.

Además el juez deberá aplicar el o los derechos extranjeros y el nacional ajustándose a lo dispuesto por la fracción V del artículo 14 del Código civil, según el cual:

Cuando diversos aspectos de una misma relación jurídica estén regulados por diversos derechos, éstos serán aplicados armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada uno de tales derechos. Las dificultades causadas por la aplicación simultánea de tales derechos se resolverán tomando en cuenta las exigencias de la equidad en el caso concreto.

<sup>79</sup> Como se recordará, tal disposición, vigente hasta el 8 de enero de 1988, literalmente disponía:

Las leyes mexicanas, incluyendo las que se refieren al estado y capacidad de las personas, se aplican a todos los habitantes de la República, ya sean nacionales o extranjeros, estén domiciliados en ella o sean transeúntes.

<sup>80</sup> Lo anterior se sigue de la fracción II del artículo 13 del Código civil, según el cual el estado y capacidad de las personas se rige por el derecho del lugar de domicilio, ya que, conforme al artículo 29 se entiende por domicilio el lugar de residencia habitual.

<sup>81</sup> Sobre tal concepto puede verse Juenger, Friedrich K., "La selección de foro" *Duodécimo Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado*, México, UNAM, 1989, pp. 16-21.

Ahora bien, en el caso de adopción de menores, puede considerarse que el aspecto predominante de la equidad en el caso, es el bienestar del menor, lo cual obligaría al juez a velar por éste, en términos análogos a como estaría en caso de ser aplicable la *Convención*.<sup>82</sup>

#### 4.3.2 Reconocimiento de adopciones otorgadas en el extranjero

Un efecto importante de la *Convención* es que, en virtud de que uno de los efectos de la misma es que la adopción plena sea una institución que forma parte del derecho interno mexicano, no podrá pretenderse alegar la excepción de institución desconocida ante una adopción plena otorgada en el extranjero, independientemente de que el Estado de otorgamiento de la adopción sea o no parte de la *Convención*.<sup>83</sup> Sin embargo, en todos los Estados que mantienen en vigor disposiciones conflictuales inspiradas en el texto original del artículo 13 del Código civil distritense,<sup>84</sup> se corre el peligro de que se pretenda que tal adopción produzca efectos en el Estado respectivo conforme a las leyes del mismo, es decir, como adopción simple.

En contraste, en el caso de las nuevas disposiciones del Código civil distritense, se deberán reconocer los efectos plenos de tal adopción, con fundamento en la fracción I del artículo 13, según el cual:

Las situaciones jurídicas válidamente creadas en las entidades de la República o en un Estado Extranjero conforme a su derecho, deberán ser reconocidas;

Nuevamente, se llega a una solución análoga a la que resultaría de la aplicación de la *Convención*.

<sup>82</sup> V. Art. 19 de la *Convención*.

<sup>83</sup> Evidentemente, a partir de la admisión de la adopción plena, aunque sea en virtud de un tratado internacional, la institución no puede ser considerada como desconocida. Problema distinto será que la misma no surta efectos de *pleno derecho* por no ser aplicable el Art. 5 de la *Convención*, por tratarse de una adopción que, por hipótesis, se otorgó en un Estado que no es parte de la misma.

<sup>84</sup> Como se recordará, tal disposición literalmente establecía:

Los efectos jurídicos de actos y contratos celebrados en el extranjero, que deban ser ejecutados en el Territorio de la República, se regirán por las disposiciones de este Código.



## 5. *Algunas observaciones sobre el régimen de la adopción en el proyecto de convención sobre los derechos del niño*

### 5.1 Texto y observaciones generales

El proyecto mencionado al rubro dedica al tema de la adopción su artículo 21, el cual dice literalmente:

#### Artículo 21

Los Estados Partes que reconocen y/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 cuales 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) Velarán por que el niño objeto de adopción en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen;
- d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no 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, para garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes.

Lo primero que debe hacerse notar en cuanto al texto transcrito es que, de adoptarse el mismo, sus disposiciones no serán obligatorias para todos los Estados que lleguen a ser parte de la *Convención sobre derechos del niño*, sino tan sólo para aquéllos que además de ser parte, reconozcan o permitan la adopción. Lo cual será de importancia fundamental en el caso de adopciones internacionales.

En segundo lugar, debe subrayarse que el texto transcrito establece algunas disposiciones materiales, pero no conflictuales, aplicables a la adopción internacional. En cuanto a las disposiciones materiales, algunas son aplicables a todas las adopciones, es decir, tanto a las meramente internas como a las internacionales, pero otras lo son exclusivamente a las internacionales.

Por último, en cuanto a las observaciones generales, debe hacerse notar que el proyecto utiliza una terminología diversa a la utilizada por la *Convención* para referirse a las adopciones internacionales, pues mientras que ésta las tipifica en función de la diversidad de Estado de domicilio del adoptante con respecto al de residencia habitual del adoptado, el proyecto habla de adopciones “en otro país”, expresión que parece llevar a considerar a la adopción internacional como aquella en la cual el niño es adoptado en un país diverso de origen del niño.

Sin embargo, debe considerarse que la interpretación no es necesariamente la adecuada, dados los términos del inciso e) del artículo el cual implica, necesariamente, que dicha disposición no pretende resolver los problemas competenciales con respecto al Estado en que deba llevarse al cabo el acto constitutivo de la adopción. Mas, dada la posibilidad interpretativa mencionada, sería conveniente la aclaración del proyecto de artículo.

Hechas estas observaciones generales, se hará referencia brevemente al contenido de las disposiciones del texto transcrito.

## 5.2 Primacía del “interés superior del niño”

El párrafo inicial establece una norma material aplicable a toda adopción, independientemente de su carácter meramente interno o internacional, según la cual el “interés superior del niño” debe ser la consideración primordial en todo lo relativo a la adopción de niños.

El proyecto no aclara qué deba entenderse por “interés superior del niño”, pero la expresión parece significar que en materia de

adopción deberá siempre buscarse tanto la protección y salvaguarda de los derechos del niño como el beneficio de éste.

El inciso *a)* del proyecto parece ser una mera consecuencia del párrafo inicial, salvo por lo que se refiere a la parte final del mismo, el cual se refiere a la necesidad del consentimiento de los interesados, norma esta también de alcance general, en el sentido de que la misma será aplicable tanto a las adopciones meramente internas como a las internacionales.

### 5.3 Criterio de internacionalidad de la adopción

El proyecto no utiliza la expresión “adopción internacional”, sino que se refiere en sus incisos *b)*, *c)*, *d)* y *e)* a la “adopción en otro país”. Expresión que parece implicar que las disposiciones de tales incisos serán aplicables a las adopciones que se lleven al cabo en un Estado distinto al Estado de origen del niño.

Por otra parte, el proyecto no se detiene a aclarar cual debe ser considerado como el “país de origen” del niño, expresión ésta que podría entenderse cuando menos en tres sentidos diversos: el Estado del cual es nacional el niño; el Estado donde el niño tiene su residencia habitual o domicilio y del cual fue trasladado a un Estado tercero para ser adoptado; o, por último, el Estado en que se encontraba el niño antes de ser trasladado al Estado en que se le va a adoptar.

Cualquiera que fuere el significado por el que optare el intérprete, lo que resulta indudable es que las disposiciones de los incisos *b)* a *e)* del artículo 21 serán solo aplicables, de aprobarse el texto propuesto, a los casos en que el niño sea adoptado en un país diverso al de su origen.

Por su parte, la *Convención Interamericana* considera como internacional, según ya se hizo ver antes, a las adopciones en que quien pretende adoptar está domiciliado en un Estado distinto al Estado donde tiene su residencia habitual el menor que desea adoptar.<sup>85</sup> Adicionalmente, la misma se refiere a las adopciones con vocación a internacionalizarse, es decir, a aquellas en las cuales el domicilio de quien pretende adoptar y la residencia habitual del menor a ser adoptado se encuentran en el mismo Estado, si de las circunstancias del caso se desprende que el adoptante se propone

<sup>85</sup> V. Art. 1 de la *Convención*.

constituir domicilio en otro Estado después de otorgarse la adopción.<sup>86</sup>

Además, la *Convención Interamericana* establece la competencia *exclusiva* del Estado de residencia del menor que se pretende adoptar para el otorgamiento de la adopción,<sup>87</sup> el cual podría ser diverso al Estado de origen del menor, si éste fuere extranjero con respecto al Estado en que tiene su residencia habitual. En tanto el proyecto guarda silencio en cuanto a la determinación de competencia para otorgar la adopción, limitándose a establecer que los Estados “velarán por que la adopción... sea autorizada por las autoridades competentes...”<sup>88</sup> y “... se esforzarán... por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes.”<sup>89</sup>

Como se desprende de lo anterior, el ámbito de aplicación del proyecto y el de la *Convención* en materia de adopción están determinados con criterios absolutamente diversos, a grado tal que, de observarse con pulcritud el criterio competencial en materia de otorgamiento de adopción establecido en la *Convención Interamericana*, los casos en que deberán observarse los incisos b) a e) del artículo 21 del proyecto serían mínimos, aunque todos los involucrados sean nacionales, domiciliados o tengan residencia en Estados que sean partes, en tanto de dicha *Convención* como de la que legue a ratificarse sobre los derechos del niño.<sup>90</sup> En el caso de México, la relativa a derechos del niño sólo sería aplicable cuando se pretendiera adoptar en México a un niño extranjero con residencia habitual en el país. Por otra parte, tales preceptos no serían aplicables a todas las adopciones consideradas como internacionales a la luz de la *Convención*, ni tampoco a todas las adopciones con vocación a internacionalizarse conforme a la misma, sino tan sólo a aquellas en que se diere la doble circunstancia ya mencionada: que el menor resida en el país y que sea extranjero. De no residir en el país, los tribunales mexicanos carecerán de competencia; de no ser extranjero el niño, la adopción no se llevaría a cabo en un país diverso al de origen y, por lo mismo, los incisos indicados no serían aplicables.

<sup>86</sup> V. Art. 20 de la *Convención*.

<sup>87</sup> V. Art. 15 de la *Convención*.

<sup>88</sup> V. inciso a) del Art. 21 del proyecto.

<sup>89</sup> V. inciso e) del Art. 21 del proyecto.

<sup>90</sup> Se entiende, desde luego, si en esta última se adopta una disposición en los términos del Art. 21 que se viene comentando.

Sin embargo, en materia competencial se plantea un problema delicado, en tanto el proyecto implica en su redacción actual que la adopción puede llevarse al cabo en un país diverso al de origen, lo cual podría entenderse como legitimante de la competencia de Estados distintos al de la residencia habitual del menor para otorgar la adopción, lo cual estaría en abierta oposición a la competencia exclusiva de que goza el Estado de residencia habitual del menor en materia de otorgamiento de la adopción a la luz de la *Convención Interamericana*.

#### 5.4 Régimen de la adopción en un país diverso al de origen

Ocho son las disposiciones del proyecto relevantes en el caso de adopciones en país diferente al del de origen del niño, de las cuales cuatro son aplicables a toda adopción, es decir, incluso a las adopciones en el país de origen, en tanto las otras cuatro se refieren únicamente a la adopción en país diverso al de origen.

Las cuatro normas aplicables a todas las adopciones son que:

1. El interés superior del niño sea la consideración primordial en la adopción; 2. la adopción se lleve al cabo ante autoridad competente; 3. la autoridad competente determine la admisibilidad de la adopción; y 4. cuando así se requiera, se obtenga el consentimiento de las personas interesadas.

Por lo que se refiere a las normas mencionadas en los incisos 3 y 4 anteriores, el proyecto descende incluso a establecer directrices conforme a las cuales debe actuarse. La administración debe determinarse.

...con arreglo a las leyes y los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna... en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales... Por su parte, cuando el consentimiento sea requerido, éste deberá ser dado ...con conocimiento de causa... sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario.

En cuanto a las cuatro normas atinentes específicamente a la adopción en un país diverso al de origen, tres pueden considerarse aplicables *per se* en tanto la cuarta se limita a establecer directrices de actuación para los Estados. Las tres primeras son:

1. La subsidiaridad de tal tipo de adopciones; 2. la exigencia de equivalencia de salvaguardias y normas; y 3. la prohibición de beneficios financieros indebidos.

Conforme a la primera de las normas enunciadas, la adopción en un país diverso al de origen, es admisible *únicamente* si no puede colocarse al niño "... en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen", como literalmente prevé el inciso b) del artículo 21 del proyecto.

Problema de difícil solución es el del posible conflicto entre la norma de subsidiaridad enunciada, y el principio de primacía del "interés superior" del niño. ¿Cómo debe actuar la autoridad en el caso de un menor que se desea adoptar en país diverso al de su origen, si en éste es posible colocarlo en un hogar de guarda, pero, dadas las circunstancias, sería más benéfica para el niño su adopción en el país diverso al de su origen?

El problema no es de fácil solución, pues si bien el principio de primacía del "interés superior del niño" es general, y por ende aplicable al tipo de adopciones de que ahora se habla, por la otra el principio de subsidiaridad es una norma *especial*, por lo que, en principio, debe prevalecer sobre la general, lo cual llevaría a la autoridad a negar la adopción. Tal solución, si bien parece técnicamente defendible, en lo personal no me parece satisfactoria.

La norma de exigencia de salvaguardias y normas obliga a la autoridad a velar porque el niño objeto de la adopción goce de las salvaguardias y normas equivalentes a las que tendría en caso de ser adoptado en el país de origen, en tanto la de prohibición de beneficios financieros indebidos, le obliga a velar por que ninguna de las personas que participan en la adopción obtenga tal tipo de beneficios.

Por último, el proyecto contempla una cuarta disposición en materia de adopciones en países diversos a los de origen del niño, según la cual los Estados que reconocen o permiten la adopción deben promover los objetivos del artículo 21 del proyecto y esforzarse en garantizar que la colocación de niños en otro país se lleve a cabo a través de las autoridades u organismos competentes, todo ello mediante la concertación de tratados bi o multilaterales.

## 5.5 Relación entre el Proyecto de Convención y la *Convención Interamericana*

Tomando en consideración el párrafo final del artículo 21 del proyecto de Convención sobre los derechos del niño, de aprobarse dicho texto, se establecería una relación entre tal tratado y la *Convención Interamericana* relativa en los términos del párrafo mencionado en el sentido de que las disposiciones relativas a la competencia para el otorgamiento de adopción son acuerdos “para garantizar que la colocación en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes”, relación también aplicable a las disposiciones del artículo 8 del tratado interamericano mencionado.

## 6. *Algunas sugerencias*

Quisiera concluir esta panorámica con algunas sugerencias que se desprenden de lo hasta ahora dicho:

1. Sería conveniente promover la reforma de los códigos civiles a fin de incorporar en ellos la adopción plena. Mi sugerencia no implica la eliminación de la adopción simple, sino la coexistencia de ambas figuras para que el adoptante, y en su caso el adoptado, puedan elegir entre ambas figuras jurídicas;<sup>91</sup>

2. Es urgente la revisión de las disposiciones conflictuales de los diversos códigos del país, a fin de dar soluciones más adecuadas a los problemas internacionalprivatistas. A tal efecto, las nuevas disposiciones del Código civil distritense pueden servir como guía que, sin duda, puede inspirar una regulación más satisfactoria;

3. También sería conveniente que el Congreso General expidiera una ley reglamentaria de la *Convención*, especialmente por lo que se refiere al seguimiento de la evolución de la adopción internacional otorgada en México, estableciendo la necesidad de que alguna institución se responsabilice de tal seguimiento, que el adoptante se obligue a facilitar el acceso al menor adoptado y que el servicio exterior realice una labor de cooperación y auxilio en la materia.

4. Es necesaria la actualización de la reglamentación del Registro Civil, de establecer una regulación adecuada de las adopciones

<sup>91</sup> Sin perjuicio de lo anterior, en el caso de adopciones internacionales de menores de cierta edad —quizá cinco años— sólo debe permitirse la adopción plena.

que se otorguen o reconozcan de conformidad a lo previsto en la *Convención*.

5. Por lo que se refiere al proyecto de Convención sobre derechos del niño, me resulta preocupante el que la misma pueda ser interpretada como legitimante de la competencia de Estados distintos a los de la residencia habitual del niño para otorgar la adopción, por lo que sería preferible hablar de adopciones no en países diversos a los del de origen del niño, sino de adopciones por parte de personas nacionales o residentes de países diversos al país de origen del niño.

6. También es preocupante el conflicto que puede darse entre el párrafo inicial del artículo 21 del proyecto y el inciso *b*) del mismo precepto, por lo que sería conveniente que éste se modificara agregando al inicio la expresión “Salvo lo dispuesto en el párrafo inicial...”