

**EL DERECHO DE FAMILIA EN UN MUNDO GLOBALIZADO:  
ESPECIAL REFERENCIA A LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL**

**NURIA GONZÁLEZ MARTÍN \***

---

\* Doctora en Derecho por la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, España. Investigadora Titular del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Directora del *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Miembro de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado (AMEDIP), Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP), Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (AEPDIRI), Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (IHLADI), Miembro de la Academia Mexicana de Ciencias (AMC). Distinción Universidad Nacional Jóvenes Académicos en Investigación en Ciencias Sociales 2008.

La presente contribución es sólo parte del contenido vertido durante las clases dictadas en el marco de los Cursos de Derecho Internacional organizados por la Organización de Estados Americanos, sede en Río de Janeiro, Brasil, del 12 al 14 de agosto de 2008. El temario completo, además de lo plasmado en las sucesivas páginas, incluía otras cuestiones que por razones de espacio, no pudimos incluir en la presente contribución escrita. Bibliografía relacionada puede ser consultada en la biblioteca virtual sita en <http://www.juridicas.unam.mx>.



*Sumario:* I. El derecho de familia en un mundo globalizado: nuevas estructuras familiares; II. La adopción internacional; A. Foros de codificación de ámbito regional; 1. Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores; i. Generalidades; ii. Ámbitos de aplicación convencional; iii. Competencia judicial internacional y derecho aplicable; 2. Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores; i. Generalidades; ii. Ámbitos de aplicación convencional; iii. Competencia judicial internacional y derecho aplicable; B. Foro de codificación universal. 1. Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989; i. Generalidades; ii. Especificidades; 2. Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, sobre protección de menores y cooperación en materia de adopción internacional; i. Generalidades; ii. Ámbitos de aplicación convencional; iii. Cooperación entre autoridades; iv. Efectos, reconocimiento y ejecución; III. Conclusiones.

## **I. El derecho de familia en un mundo globalizado: nuevas estructuras familiares<sup>1</sup>**

En materia familiar hemos comenzado el siglo XXI con grandes cambios producidos por la necesidad de atender nuevas situaciones sociales. Cambios que van en la dirección de la adaptación de una familia más democrática, multicultural y en definitiva mucho más diversificada.

Hablamos ya en el siglo XXI, del siglo de Puerocentrismo cuyo vértice pasa del matrimonio al hijo.

La familia se presenta, prácticamente en todos los foros, como base primordial para el desarrollo del ser humano y de manera paralela se plantea la evidente crisis de la institución familiar que cae irremediablemente en la figura del matrimonio en el que concurren, en la actualidad, muchas y diversas situaciones como son los matrimonios tardíos, matrimonios de muy poca duración, proliferación de hijos extramatrimoniales, etcétera. Son focos que marcan una llamada de atención en donde la política familiar pasa a ser una

---

<sup>1</sup> Un panorama más amplio sobre este tema lo podemos ver en González Martín, Nuria, “Un acercamiento a las nuevas estructuras familiares: la adopción homoparental” en González Martín, Nuria et Rodríguez Benot, Andrés (Coords.), *El derecho de familia en un mundo globalizado*, México, Porrúa-UNAM, 2007, pp. 55-91, así como en González Martín, Nuria, “El derecho de familia en un mundo globalizado: adopción internacional” en Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia, 2008 (en prensa).

prioridad social y pública que debe apoyar la unidad y/o estabilidad familiar para un buen desarrollo del ser humano y todo lo que de ello deriva<sup>2</sup>.

De manera paralela tenemos otras circunstancias, que implica asimismo a la materia familiar, como es el trasiego transfronterizo, no sólo en los aspectos comerciales y/o económicos sino en los aspectos personales, que ha propiciado reformas de trascendencia que implican una redimensión, o mejor una neodimensión, reconceptualización en la aplicación del derecho cuando nos situamos ante una familia multicultural<sup>3</sup> y multidiversa, una cuestión de máximo interés y no menos complejidad<sup>4</sup>.

Los cambios son más que notorios en comparación con sus orígenes más remotos, si a la adopción, por ejemplo, nos referimos, en donde la misma no tenía razón de ser si no fuera por la necesidad de proseguir y perpetuar la estirpe familiar o por cuestiones sucesorias, entre otras<sup>5</sup>. Nos encontramos ante una nueva situación que marca el paso de una adopción como “forma de perpetuación de la familia ... a un sistema de protección”<sup>6</sup>.

---

<sup>2</sup> En el contexto europeo podemos apoyar estas observaciones en datos referentes a matrimonios tardíos y menos frecuentes; una explosión de la ruptura matrimonial; al crecimiento lento de la población, en donde más del 80% del crecimiento poblacional ha sido por la inmigración pero donde la población sigue siendo mayoritariamente adulta con una pirámide poblacional casi invertida; en el elevado número de abortos (en la Europa de los 25 Estados Miembros el dato presentado es un aborto cada 30 segundos), en la natalidad extramatrimonial en donde uno de cada tres niños se produce fuera del matrimonio y en los escasísimos apoyos institucionales a nivel familiar. *Informe evolución de la familia en Europa 2006*, España, Instituto de Política Familiar, 2006.

En el contexto americano el panorama es otro pero igualmente alarmante, quizás no podamos esperar una intervención estatal, inmediata y certera, en pro de una política familiar y los cauces haya que derivarlos al mantenimiento y fortalecimiento coherente de la educación y la planificación familiar fundamentalmente.

<sup>3</sup> En relación a la “familia multicultural”, aconsejamos la lectura de Diago Diago, María del Pilar, “La nueva regulación española de las crisis matrimoniales” en Calvo Caravaca, Alfonso-Luís et Castellanos Ruíz, Esperanza (Dir.), *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2003, pp. 271 y ss., espec. p. 272.

<sup>4</sup> Maestre Casas, Pilar, “Multiculturalidad e internacionalización de valores: incidencia en el sistema español de derecho internacional privado”, en Calvo Caravaca, Alfonso Luis et Iriarte Ángel, José Luis, (Eds.), *Mundialización y familia*, Madrid, Colex, 2001, pp. 195 y ss, esp. 199, en el que se manifiesta constantemente que al Derecho internacional privado le compete aportar soluciones que permitan la convivencia pacífica entre sistemas en contacto, soluciones justas y respetuosas de la diversidad.

<sup>5</sup> González Martín, Nuria, “Adopción internacional”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, Porrúa-UNAM, Anuario 2005.

<sup>6</sup> Roca Trías, Encarna, *Familia y cambio social*, Madrid, Civitas, 1999, p. 255 Cit por Guzmán Zapater, Mónica, “Adopción internacional: ¿cuánto queda del derecho internacional privado clásico?” en Calvo Caravaca, Alfonso Luis y Iriarte Ángel, José Luis, (Eds.), *Mundialización y familia*, Madrid, Colex, 2001, p. 83.

Ante estos señalamientos, la familia, célula básica de nuestra sociedad, queramos o no queramos, se ha visto obligada, tal y como adelantamos en líneas anteriores, a adaptarse a una época de grandes contrastes, grandes cambios. Así, por ejemplo, se ha pasado de un modelo familiar y laboral en el que la división de roles de género era dominante a un nuevo modelo en que tanto mujeres como hombres participan directamente en el mundo del trabajo remunerado, y de ahí el establecimiento de leyes como la española, la *Ley 39/1999 para la conciliación de la vida familiar y laboral* –y dígame de paso con el *lapsus* de no incluir la “vida personal”–, que consiste fundamentalmente en la procuración de una efectiva equidad en la distribución de las responsabilidades familiares y laborales como elemento imprescindible (pero no el único) para la efectiva igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres<sup>7</sup>. No obstante, el problema persiste en el hecho de que dicha normativa legal, que apoya e impulsa la igualdad de oportunidades, se ha producido sin que se haya puesto en marcha, de forma seria y coincidente, un desplazamiento en las conductas y en los roles públicos y privados de muchos hombres, en la cultura que envuelve el mundo del trabajo –el estilo de organización, la distribución de los horarios o la legislación que regula las relaciones laborales–, en la dinámica de funcionamiento familiar, en las políticas de apoyo que ofrecen las instituciones públicas, etcétera, lo que conduce a poner de manifiesto la existencia de desajustes y la permanencia de desigualdades<sup>8</sup>.

Otro fenómeno social, ligado al trasiego transfronterizo, ligado al cruce de fronteras en busca de mejores condiciones económicas, mejores condiciones de vida, es el tema de los matrimonios de conveniencia<sup>9</sup>, matrimonios de complacencia, en el que los jueces de lo civil en España, en sesiones a puerta cerrada, interrogan a los futuros contrayentes, tratando de dilucidar si lo que se

---

<sup>7</sup> González Martín, Nuria, “Acciones positivas: orígenes, conceptualización y perspectivas”, Torre Martínez, Carlos, de la (Coord.), *El derecho a la no discriminación*, México, CDHDF-CONAPRED-UNAM, 2006, pp. 307 y ss; así como González Martín, Nuria et Chávez Sánchez, Odalinda, *Dos temas torales para los derechos humanos: acciones positivas y justiciabilidad de los derechos sociales*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2008, pp. 1-113.

<sup>8</sup> Flecha García, Consuelo, “Educación y relaciones de género”, *Jornadas Conciliar vida laboral, familiar y personal. Descripción y análisis interdisciplinar de los bancos de tiempo. Legislación e impacto social*. Universidad de Sevilla. Servicio de Asistencia a la Comunidad Universitaria, 28 y 29 de mayo de 2003.

<sup>9</sup> “Matrimonios que se han celebrado “por conveniencia” (los motivos a nadie le importan, y menos al derecho matrimonial, cada uno se casa por los motivos que quiere y allá cada uno con su conciencia) sino que estos matrimonios son, realmente, matrimonios simulados celebrados normalmente, entre extranjeros y nacionales, o entre extranjeros. Son “matrimonios” en los que no concurre un verdadero “consentimiento matrimonial” ... no son “verdaderos matrimonios” sino *negocios jurídicos simulados* o “matrimonios meramente aparentes”. Calvo Caravaca, Alfonso-Luís et Carrascosa González, Javier, “Matrimonios de complacencia y derecho internacional privado” en Calvo Caravaca, Alfonso-Luís et Castellanos Ruíz, Esperanza (Dirs.), *El derecho de familia ante el siglo XXI: Aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2003, p. 121.

pretende, en realidad, es un matrimonio que posibilitará la adquisición de una residencia o de una nacionalidad y así legalizar su estancia en el país. Es tal la renuencia de muchos de los juzgadores que incluso se da la paradoja de un “peregrinaje” de juzgado en juzgado en búsqueda de la aprobación y el enlace final. Más allá de este “peregrinaje” enunciado, se da, además, según las noticias que nos llegan a junio de 2008, una demanda importantísima en las parroquias solicitando el casamiento religioso; no olvidemos que en España, el matrimonio religioso tiene efectos jurídicos civiles y esto es una manera de obviar la reticencia de los juzgadores y así soslayar dicha “traba” y conseguir el resultado final que se persigue con estos matrimonios de conveniencia<sup>10</sup>.

Referirnos también a las familias ensambladas, tal y como se refiere en la práctica argentina, es decir, la nueva familia constituida cuando se dan segunda o sucesivas nupcias y la relación con la nueva pareja y los hijos anteriores, la relación de los “hermanos” en dichas familias, etcétera que invitan, asimismo, a nuevas reflexiones siempre en clave de protección de la minoridad.

Ante los cambios sociales, también encontramos novedades en las maneras de “nacer”, es decir, en la actualidad existen 27 maneras distintas de procrear y ninguna de ellas responde, en principio, a un capricho, no obstante, el uso de algunas de ellas suscita un apasionado debate, con cuestiones como si habría que poner un límite de edad para ser madre por medio de un tratamiento de fertilización ¿50, 60 ó 70 años?; la cuestión sin resolver sobre la elección del sexo de un bebé por parte de sus progenitores; la posibilidad de tener un bebé sano, a través de diagnósticos genéticos a los que se someten las parejas con anomalías genéticas de las denominadas enfermedades raras, la adopción de embriones como posible solución a la esterilidad biológica<sup>11</sup> y así un largo etcétera de presupuestos distintos en torno a la fertilización. En España, por cierto, debido a su elevado nivel de especialidad en este campo, los buenos precios de los centros y la restrictiva legislación de otros países europeos y no europeos ha florecido una nueva modalidad de turismo, el reproductivo. Italianos, alemanes, turcos, marroquíes y egipcios, entre otras nacionalidades, representan ya el 20% de los tratamientos que se efectúan en las clínicas españolas. De manera simpática, ya se dice que los extranjeros que siempre habían estado atraídos por el buen clima de España, ahora se acercan a buscar otros “soles”<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Las noticias a las que hacemos referencia tiene dos proyecciones. Una, la de aquellos párrocos que ven este fenómeno como una aberración desde el punto de vista de la manipulación del sacramento del matrimonio, entendiéndolo, incluso, la situación precaria en la que se encuentran muchos de los peticionarios. Otra, la de aquellos párrocos que no se plantean ningún problema, salvo la percepción de una donación, digamos, que como “contraparte” a la celebración de la unión.

<sup>11</sup> Stilerman, Marta N., Sepiarsky, Silvia E., *Adopción. Integración familiar*, Argentina, Edit. Universidad, 1999, p. 266 y ss.

<sup>12</sup> Cañizares, Francisco, *Revista Quo* Cit. *El periódico de la adopción*, Año II, núm. 33, mayo 2006.

Por acotar esta introducción referida a las nuevas estructuras familiares también debemos atender a las uniones de hecho, que aunque no son de nueva generación sí han proliferado denominándose “unión de hecho”, “pareja de hecho”, “unión libre”, “pareja no casada”, “uniones extramatrimoniales”, “familia de hecho”, etcétera en el que se dan una serie de situaciones como las que venimos proyectando, en las que se reivindican efectos patrimoniales, prestaciones económicas, laborales, de seguridad social, adopción, etcétera<sup>13</sup>.

También queremos hacer referencia a la proliferación de las familias monoparentales, las cuales han tenido un incremento y cuyas causas fundamentales son el cada vez mayor número de hogares en el que las mujeres quedan a cargo de los hijos, sea por el divorcio, las separaciones o la decisión de ser madres solteras dada su actual aceptación social.

En ese sentido, hay que destacar un cambio en la percepción de la adopción que, a causa del descenso de la natalidad y la mencionada aceptación social de las madres solteras, ha hecho variar el perfil de los niños que necesitan una nueva familia. De esta manera, ha disminuido el número de bebés y la mayoría de los niños que buscan unos padres son niños “mayores” o presentan necesidades especiales; por otra parte, algunos niños necesitan relaciones muy cercanas e intensas (en particular aquellos que han pasado por muchos hogares) y las familias monoparentales son una opción para ellos ya que favorecen un apego más cercano que cubre la necesidad de afecto de estos niños y les permite alcanzar un mejor desarrollo afectivo.

Asimismo, en esta línea de ideas, incluimos a las familias homoparentales y más concretamente los “matrimonios” entre personas del mismo sexo, en donde la adopción es parte total de la discusión actual sobre la idoneidad o no de la misma por parte de las familias homoparentales. En este rubro, tenemos nuevamente el ejemplo español con la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio<sup>14</sup> y que dió pauta a la ley que regula el matrimonio entre personas del mismo sexo de 30 de junio de 2005 con entrada en vigor el 3 de julio del mismo año.

---

<sup>13</sup> Recomendamos la lectura, entre otras, en relación a las parejas no casadas, el trabajo de Comte Guillemet, Nicole, “Las parejas no casadas ante el DIPr.”, en Calvo Caravaca, Alfonso Luis et Iriarte Ángel, José Luis, *Mundialización y familia, op. cit. supra*, 295 y ss. Se expresa que dada la transformación del tejido social y familiar ... se lucha por la consecución de un estatuto legal dentro del marco más amplio del nacimiento de un nuevo orden público tutelado por los Derechos fundamentales proclamados en Tratados y Convenios y recogidos por las constituciones de los Estados, interpretados por la labor pretoriana de los Tribunales, esp. P. 296. Asimismo, en relación a los comentarios anteriores, véase Feldstein de Cárdenas, Sara Lidia, “El orden público internacional: una mirada desde el Derecho internacional privado contemporáneo”, en Calvo Caravaca, Alfonso Luis et Blanco-Morales Limones, Pilar, *Globalización y derecho*, Madrid, Colex, 2003, pp. 263 y ss.

<sup>14</sup> *Boletín Oficial del Estado*, núm. 157 de 2 de julio de 2005.

A pesar de las declaraciones de inconstitucionalidad<sup>15</sup>, los matrimonios (que no parejas) entre personas del mismo sexo fueron legalizados en España, como

---

<sup>15</sup> Fueron numerosas las manifestaciones en contra de esta ley de matrimonios homosexuales; incluso después de la modificación del Código Civil y con la ley en vigor, hubo magistrados que se negaron a celebrar bodas entre personas del mismo sexo. A estos pronunciamientos, se han sumado los pedidos de otros magistrados para que se sienta un criterio cuando uno de los integrantes de la pareja es extranjero y en su país de origen los casamientos homosexuales están prohibidos. Un juez del Registro Civil de Barcelona ha llevado una consulta a la Dirección General de Registros y del Notariado (DGRN) para que se pronuncie sobre esta cuestión, sobre los matrimonios entre personas del mismo sexo cuando uno de los dos es español y otro extranjero y en su país de origen no se permite este tipo de unión.

En torno al tema en el que uno de los contrayentes es extranjero y su ley nacional no reconoce la posibilidad de celebrar este tipo de enlaces véase la Resolución-Circular de 29 de julio de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo (Boletín Oficial del Estado, 8 de agosto) en interpretación de la ley 13/2005, de 1 de julio (BOE, 2 de julio) por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, reforma a la que estamos aludiendo. Y la Resolución de 26 de octubre de 2005 relativas a la aplicación de la ley material española del matrimonio celebrado entre español y extranjero cuya ley personal no contempla el matrimonio entre personas del mismo sexo (*Diario La Ley*, núm. 6408, de 26 de enero de 2006). Conexas a estas Resoluciones cabe mencionar otra de 24 de enero de 2005 (*Diario La Ley*, núm. 6226, de 7 de abril de 2005) en la que se autoriza la celebración de un matrimonio entre español y transexual cuya ley personal no reconoce el cambio de sexo. Véase Quiñones Escámez, Ana, “Límites a la celebración en España de matrimonios internacionales del mismo sexo”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 2005-4, pp. 1171 y ss Cit por Elvira Benayas. María Jesús, “Derecho de familia y sucesiones internacionales”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (2006), <http://www.reei.org>. Un estudio excelente, concretamente en torno a la citada Resolución-Circular de la DGRN de 29 de julio de 2005, la encontramos en Calvo Calvo Caravaca, Alfonso-Luís et Carrascosa González, Javier, “Aspectos internacionales de los matrimonios entre personas del mismo sexo: notas a la Resolución-Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, España, de 15 de febrero de 2006, núm. 2007 pp. 671-717.

El primer casamiento entre mujeres en España, fue entre una española y una argentina. El magistrado tuvo en cuenta que la ley argentina no autoriza los matrimonios entre personas del mismo sexo y por lo tanto probablemente se rechazaría la inscripción del matrimonio en el registro civil, no obstante, “ante la opción de autorizar un matrimonio que eventualmente sea declarado nulo o de coartar el ‘ius connubii’, este Centro Directivo ha de elegir la primera alternativa”. Entendemos que no existe por ahora, en tanto que se elabore una doctrina de la DGRN, la certeza racional y absoluta de obstáculos legales.

Como decimos, en España hubo diferencias de opiniones, así el Foro Español de la Familia organizó una marcha a Madrid para pedir a las autoridades españolas que desistieran de aprobar las modificaciones al Código Civil. Reacciones en esa tónica han primado a lo largo del globo terráqueo y así incluimos a Chile en el que ya hay un proyecto que propone modificar el primer artículo Constitucional para explicitar que los casamientos son entre hombres y mujeres. La propuesta es modificar el artículo primero de la Constitución que dice que “Es deber del estado resguardar la seguridad nacional, dar

decimos, a finales de junio de 2005 cuando el Congreso modificó 16 artículos del Código Civil<sup>16</sup>.

Los cambios principales fueron la sustitución de las palabras “marido” y “mujer” por “cónyuges”; y “padre” y “madre” por “progenitores”. De igual manera, se amplió el artículo 44 del Código Civil y así queda establecido que “el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”.

Quizás el acto de casarse es, en sí, secundario respecto al hecho principal que es la protección de esas familias por el Estado con los derechos y obligaciones que conlleva la medida. De esta manera, tenemos implícitos una serie de derechos

protección a la población y a la familia..” añadiéndole que se “reconoce el matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer”.

<sup>16</sup> La citada Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. La Ley presenta una exposición de motivos, un artículo único que se divide en 17 numerales, una disposición adicional única, una disposición final primera y por último una disposición final segunda.

Los artículos en concreto reformados fueron:

1. Artículo 44 Cc, en el que se señala el derecho a contraer matrimonio, en el que tendrán los mismos requisitos y efectos, cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.
2. Artículo 66 Cc se eliminan las denominaciones que diferencian a los matrimonios homosexuales de los heterosexuales y hablan de “cónyuges”.
3. Artículo 67 Cc se refiere al respeto entre lo cónyuges y la ayuda recíproca que se deben entre sí y para la familia.
4. Artículo 154 Cc, en referencia a la patria potestad y los deberes con respecto a los hijos en el que sólo reforman el vocablo “progenitores”.
5. Artículo 160 Cc, tan sólo se modifica el vocablo “progenitores”.
6. Artículo 164 Cc, en el marco del capítulo relativo a los bienes de los hijos y de su administración se modifica el apartado 2 del artículo en cuanto a los bienes administrados por quienes ejercen la patria potestad.
7. Artículo 175 Cc hace referencia a la adopción y en este sentido expresa, en primer lugar, que en la adopción por más de una persona sólo puede presentarse en los casos en que los adoptantes se encuentren casados de conformidad a lo establecido en el Código Civil y ahí entraría la adopción por matrimonios de personas del mismo sexo.
8. Artículo 637 Cc, relativo a los efectos y limitaciones de las donaciones, pretende uniformar la legislación y establecer la nomenclatura de “cónyuges”.
9. Artículo 1323 Cc, respecto a la transmisión de bienes, nuevamente se hace la referencia a “cónyuges”.
10. Artículo 1344, 1361, 1365 y 1404 Cc, relativos todos ellos a la sociedad de gananciales, la reforma va en el mismo sentido anterior.
11. Artículo 1458 Cc, relativo al contrato de compra-venta, se introduce el vocablo “cónyuges”.
12. Culmina estableciendo el proyecto en su “Disposición Adicional Única. Aplicación en el ordenamiento. Las disposiciones legales que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes”.

como bien pueden ser la concesión de la pensión de viudez a un homosexual<sup>17</sup>, la cobertura del seguro social<sup>18</sup>, exenciones tributarias por herencias, derecho a visitas en hospitales, las visitas íntimas de los presos homosexuales y en cuanto a la formación de una familia in extenso, la posibilidad de adoptar por parte de los matrimonios homosexuales, constituyendo éste uno de los puntos de mayor discusión, un punto realmente álgido<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> Tenemos que comentar que esta prestación de la pensión de viudez a un homosexual, se equipara a la situación que se dio en España a raíz de la ley de divorcio de 1981 que resolvía la situación de muchas personas que se separaban, con anterioridad a 1981, y empezaban una nueva relación sin poder casarse nuevamente y en caso de fallecimiento de uno de los miembros de la pareja, no había el derecho a percibir la pensión. Es decir, en 2005, el juzgador protege a aquellas personas que no han podido casarse con su compañero por la sencilla razón de que éste fallece antes de que el legislador reconozca a los ciudadanos capacidad para contraer matrimonio. En concreto, el supuesto es el de un juez español que concede el beneficio de la pensión por viudez a un homosexual pero no fijó la retribución desde 2002, año del fallecimiento de su pareja, sino desde la entrada en vigor de la ley que regula en España el matrimonio entre personas del mismo sexo y en la consideración de que había antecedentes jurídicos en el país a raíz de la ley de divorcio de 1981. Casos similares se han dado en otros países como es el caso de Argentina, a principios del 2005, en donde un juez reconoció el derecho de los homosexuales a una pensión por viudez, en un fallo sin precedentes. Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de La Plata, en autos “Y E A c/Caja Prev. Y Seguro Médico de la Prov. De B. A. S/amparo”.

Véase, por otro lado, Rodríguez, Mónica Sofía; Báez Peña Wirth, Vera; Scotti, Luciana Beatriz, Medina, Flavia Andrea, “Las uniones de pareja a la luz del derecho internacional privado argentino”, en Calvo Caravaca, Alfonso-Luís et Castellanos Ruíz, Esperanza (Dirs.), *El derecho de familia ante el s. XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 667 y ss.

<sup>18</sup> Se dieron múltiples manifestaciones en torno a la naturaleza de estas uniones homosexuales por ser “contra natura” e incluso que no se debían de dar porque el término “convivencia marital” no comprende las uniones estables de hecho o de pareja cuando se trataba de uniones homosexuales, según el Concilio Vaticano II. Estas manifestaciones no tuvieron sustento para la resolución favorable de dar cobertura social a la pareja de un gay por parte de el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, basándose en una resolución de la Secretaria General de la Seguridad Social del 29 de diciembre de 1984 que dispone, con carácter excepcional, que basta con que se conviva maritalmente durante un año y de forma ininterrumpida, como mínimo, con el titular del derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, para que su pareja pueda disfrutar del derecho a ser beneficiario de ésta.

<sup>19</sup> Parece que la justificación real de concebir “matrimonios” entre personas del mismo sexo es la falta de una completa regulación de las uniones de los homosexuales frente al Estado, con el fin de que estas tengan todos los efectos jurídicos, como sucede en el caso del matrimonio o del concubinato en el Código Civil y que aplican para todos los gobernados y de esta forma generar seguridad jurídica para todos, con lo cual no existiría argumento para invocar la discriminación. Pérez Contreras, María Montserrat, “Comentarios a la ley por la que se modifica el Código Civil español en materia de derecho a contraer matrimonio”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, Nueva Serie, Año XXXIX, Núm 117, septiembre-diciembre 2006, pp. 779-804.

Para culminar esta introducción queremos, por supuesto, integrar dentro de estas nuevas estructuras familiares a las nuevas reformas o leyes de sociedad de convivencia que están proliferando a nivel mundial y en donde destacaremos las que se han publicado recientemente en México.

Como decimos, en el Distrito Federal, contamos con la *Ley de sociedades de convivencia para el Distrito Federal*, aprobada el 9 de noviembre de 2006<sup>20</sup>. Una ley que nace con el objetivo principal de definir y regular un nuevo tipo de asociación entre dos personas, llamado “sociedad de convivencia”. Es una sociedad voluntaria que se constituye exclusivamente entre dos personas, que pueden ser de diferente o del mismo sexo. El objeto es establecer un “hogar común, con voluntad de permanencia y ayuda mutua” (art. 2), sólo pueden asociarse personas mayores de edad, con plena capacidad jurídica, que no estén unidas en matrimonio, en concubinato o en otra sociedad de convivencia y que no sean parientes<sup>21</sup>; no obstante y de conformidad con esta Ley, a lo pactado en el convenio le serán aplicables las disposiciones relacionadas con el concubinato, no con el matrimonio (art. 5) y el acto será registrado en la Dirección Jurídica de Gobierno, no en el Registro Civil (art. 6). El acto jurídico no está encuadrado en el estado civil de las personas, sino que los contratantes convendrán convivir en un “hogar común” así como regular sus relaciones patrimoniales (art. 7). Implica el “deber recíproco de proporcionarse alimentos” (art. 13), “derechos sucesorios”, como en el caso del concubinato (art. 14).

La única alusión al matrimonio se refiere al hecho de que es posible que uno u otro de los que celebren el pacto pueda ejercer la tutela en el caso de que otro de ellos sea declarado en estado de interdicción. Es en este caso en el que se aplicará supletoriamente las reglas en materia de tutela legítima entre cónyuges (art. 15).

Quizás otra alusión al matrimonio está relacionada con la terminación del convenio de sociedad de convivencia, pues podrá terminar cuando alguno de los “convivientes” contraiga matrimonio (art. 20, fracc. III).

Con posterioridad, tenemos que en el Estado de Coahuila, también en México, se introdujo en su Código Civil la figura que se denomina “Pacto civil de solidaridad”. A diferencia del Distrito Federal, el acto se registra en el Registro Civil (art. 147) y en el acuerdo cabe el “régimen de sociedad solidaria” (art. 195-2) que, de no pactarse, conduce al régimen de “separación de bienes” (art. 195-6). Además, la existencia de un pacto civil de solidaridad es impedimento para

---

<sup>20</sup> Publicada en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 16 de noviembre de 2006 y su entrada en vigor fue el 17 de marzo de 2007, es decir, el día hábil siguiente de haber concluido un plazo de 120 días naturales posteriores a la publicación de la ley.

<sup>21</sup> Un comentario legislativo de rigor, en donde tenemos cuestiones como su definición, registro, efectos y terminación así como el juicio sobre la ley, lo tenemos en Adame Goddard, Jorge, “Análisis y juicio de la ley de sociedades de convivencia para el Distrito Federal”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, Nueva Serie, Año XL, núm. 120, septiembre-diciembre 2007.

contraer matrimonio (art. 262). En general, se trata de un convenio enfocado, principalmente, a regular el aspecto patrimonial de quienes lo celebran, sin que se especifique que se trata de un acto propio del estado civil de las personas<sup>22</sup>.

En ambas entidades federativas mexicanas se coincide en no calificar al supuesto como acto del estado civil, sino como un convenio, pacto o contrato, de manera que su regulación será la que rija a estos actos y no los de familia; no obstante, no queremos “meter la mano en el fuego so peligro de quemarnos” para el caso, quizás no tan hipotético, de que se abra el debate en torno a la adopción en este tipo de convivencia y por ende la posibilidad de la adopción por personas homosexuales.

Para finalizar, queremos expresar y así tratar de dejar claro que si se habla de una generalidad al plantear las diferentes nuevas estructuras familiares, metiendo en un “mismo saco” a las diferentes formas de convivencia, todas las formas de unión entre personas, esto no se debe a una falta de entendimiento de cada uno de los conceptos o estructuras planteadas, dada la proliferación de estas uniones e incluso de la dimensión de los derechos y obligaciones demandados a través de su regulación, sino simplemente se debe a la presentación de un panorama general y real que debemos atender, independientemente de que tomemos posturas a favor o en contra. La idea es, como reiteraremos a lo largo de este trabajo, posicionarse en pro de un discurso congruente que busca soluciones armoniosas dentro del respeto a la divergencia y a los derechos fundamentales.

## II. La adopción internacional

En el apartado anterior, hacíamos referencia a los cambios radicales por los que atravesamos, en pleno siglo XXI, en relación al derecho de familia en un mundo globalizado. Como ejemplo de esta aseveración, tenemos un nuevo concepto de familia internacionalizado en donde proliferan los matrimonios mixtos, por razón de la nacionalidad, se demandan derechos de custodia y visita, reclamaciones de alimentos, demandas por secuestro internacional de menores y de ahí la internacionalización de la adopción.

Cuando nos referimos a la adopción internacional que se da en la actualidad, siempre lo hacemos invocando el carácter de fenómeno social<sup>23</sup>, dada la dinámica que ha cobrado dicha institución.

---

<sup>22</sup> González Martín, Nuria *et* Silva Silva, Jorge Alberto, Capítulo III. “Familia y medios de protección. Forma de celebración del matrimonio y concubinato”, en González Martín, Nuria (Coord.), *Lecciones de derecho internacional privado mexicano. Parte Especial. Derecho Civil Internacional*, México, Porrúa-UNAM, 2008, pp. 91-126.

<sup>23</sup> Van Loon, J.H.A., “Rapport sur l’adoption d’enfants originaires de l’étranger. Document préliminaire 1 d’avril 1990”, *Actes et Document de la Dix-septième session*, Tome II, Conference de La Haya de Droit International Privé, 1994, pp. 22-56; van Loon, J.H.A., “International Co-operation and Protection of Children with Regard to

Tal y como expresamos en las primeras páginas de esta contribución, la evolución en los objetivos y fines de la adopción han sido más que notorios, pasando de la perpetuación de la estirpe a un sistema de protección del menor en donde se plantea su idoneidad en las diferentes y nuevas estructuras familiares.

Por otro lado, en la actualidad hay que marcar la relación directa que existe entre los países desarrollados/ países en vía de desarrollo y su índice de natalidad como una cuestión evidente, palpable. La inversión de la pirámide poblacional en aquellos países con un alto desarrollo es un fenómeno que no asombra pero no por ello deja de alarmar; así como la juventud de la población de aquellos países en vía de desarrollo. Obviamente, hay una relación directa entre esta situación y el “exceso” o la “falta” de planificación familiar.

Esta situación desnivelada, descompensada de la natalidad ha provocado, por un lado, la afluencia de niños en situaciones de abandono, niños, en el mejor de los casos, institucionalizados y, por otro lado, familias carentes de hijos que buscan dar un hogar a un niño en una situación de desamparo. Ya no es un caso aislado que ante una familia numerosa con escasez de recursos, educación, valores, etcétera, se desvinculen de los hijos, y tampoco es un supuesto extraño la alternativa de una familia de aumentar la misma vía adopción nacional o internacional.

En aquellos países desarrollados en donde la baja natalidad impide, incluso, la opción de la adopción nacional<sup>24</sup>, la vía más recurrida es la adopción internacional. Así las cosas, vemos un trasiego transfronterizo en la actualidad de gran envergadura en donde la interacción entre los países de emisión de menores, de origen de los niños, y los países de recepción de menores, país de llegada de los menores, es realmente importante y aún debería serlo más, vía cooperación internacional, derivada de la postura indubitada de darle protección al menor a través de su interés superior<sup>25</sup>.

---

Inter-country Adoption”, *RCADI*, 1993-VII, pp. 214 y ss ; Jametti Greiner, Monique et Bucher, Andreas, "La Dix-septième session de la Conférence de La Haye de Droit International Privé", *Revue Suisse de Droit International et de Droit Européen*, 1 febrero 1994, pp. 55-102.

<sup>24</sup> Listas de esperas, en adopción nacional, cerradas en las que sólo hay la opción en el caso de desear y, además, estar preparados para ellos, adoptar a grupos de hermanos, niños “mayorcitos” o niños con algún tipo de enfermedad y/o discapacidad.

<sup>25</sup> Uno de los considerados conceptos jurídicos indeterminados, que debe irse perfilando en cada caso concreto que se presenta en la práctica. Su determinación necesita ser estudiado caso por caso. Pérez Vera, Elisa, “El Convenio sobre los Derechos del Niño”, *Garantía internacional de los Derechos Sociales*, Ministerio de Asuntos Sociales, 1990, pp. 167-185, esp. pp. 180-182; Aguilar Benítez de Lugo, Mariano, “La protección del menor en derecho internacional privado”, *Infancia y Sociedad*, núm. 33, 1995, p. 36; Moya Escudero, Mercedes, *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores*, Granada, Comares, 1998, p. 9, los define como un “concepto multiforme y susceptible, en principio, de tantas concreciones como operadores jurídicos, y variable de país a país, con

La normativa internacional, a través de importantes convenios de ámbito regional y de ámbito universal, ha prosperado y de manera paulatina ha progresado en la regulación de la protección internacional de los menores.

## A. Foro de codificación regional

### 1. Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de adopción de menores

#### i. Generalidades

En esta evolución del marco jurídico de la adopción internacional, en el ámbito regional debemos mencionar y destacar el esfuerzo realizado en pro de la delimitación, promoción y protección de los derechos de los menores, a través de las Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado (CIDIPs)<sup>26</sup>.

En este tenor, en la década de los ochentas y noventas, la necesidad de contar con normas y acuerdos internacionales en materia de adopción internacional propició la firma de distintos convenios entre los que destacamos, en este caso en el ámbito regional<sup>27</sup>: la *Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en*

---

una maleabilidad de fuerte acento nacionalista”. Véase, asimismo, Navarro Atienza, Manuel Andrés, “La legislación sobre la protección jurídica del menor y los conceptos jurídicos indeterminados”, *Protección jurídica del menor*, Granada, Comares, 1997, pp. 177-182. Durán Ayago, Antonia, “El interés del menor en el conflicto de civilizaciones: elementos para su concreción en un contexto intercultural” en Calvo Caravaca, Alfonso-Luís (Coord.), *El derecho de familia ante el s. XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 295 y ss. González Martín, Nuria, *Adopción internacional. La práctica mediadora y los acuerdos bilaterales (referencias hispano-mexicanas)*, México, UNAM, 2006.

<sup>26</sup> Siqueiros, José Luis, “La Conferencia de La Haya y la perspectiva latinoamericana”, *Boletín de la Facultad de Derecho. UNED*, segunda época, núm. 16, 2000, pp. 203-224; Siqueiros, José Luis, “La cooperación judicial internacional. Expectativas para el siglo XXI”, *Revista Mexicana de Derecho Privado*, México, número especial 2000, pp. 139-153, en especial las páginas 151-153; Siqueiros, José Luis, “La Convención relativa a la Protección de Menores y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional”, *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 23, 1994, pp. 313 y ss; Miralles Sangro, Pedro Pablo, “La protección jurídica internacional de los menores en el ámbito de la CIDIP”, *España y la codificación internacional del derecho internacional privado*, Madrid, 1991, pp. 325-337; Fernández Arroyo, Diego P., *La codificación del derecho internacional privado en América Latina. Ámbitos de producción jurídica y orientaciones metodológicas*, Madrid, Edit. Beramar. Colección Estudios Internacionales (VI), 1994, 445 pp.

<sup>27</sup> Al respecto, véase González Martín, Nuria, “La protección internacional del menor en el ámbito americano: especial consideración a las CIDIPs”, en *Perspectivas del*

*materia de adopción de menores*, aprobada en La Paz, Bolivia, el 24 de mayo de 1984 (CIDIP-III) y la *Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores*, aprobada en México, D.F., el 18 de marzo de 1994 (CIDIP-V).

La *Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores* (en adelante Convención Interamericana), tuvo su origen en una propuesta del Instituto Interamericano del Niño, que insistió en la necesidad de regular las adopciones internacionales ante el aumento de fenómenos tales como el tráfico ilegal y la migración internacional de menores<sup>28</sup>. El texto finalmente adoptado responde a un sistema mixto o bipartito de ley uniforme y conflictual, en el que se contempla tanto la Competencia Judicial Internacional y el Derecho Aplicable, con el que no se trata de uniformar las diversas leyes de los Estados en la materia, sino de ponerlas en armonía recurriendo básicamente a reglas formales de DIPr. De ahí que se aluda en su denominación a los *conflictos de leyes*<sup>29</sup>, cuestión que abordaremos con más detenimiento en las páginas sucesivas. De esta Convención podemos destacar varias bondades, y así:

- define la adopción internacional con base en la residencia habitual en Estados distintos entre adoptante/s y adoptado/s, artículo 1;
- diferencia entre adopción internacional y adopción por extranjeros, tratando de evitar el encubrimiento de ilícito, artículos 20 y 25;

*derecho de familia en el siglo XXI*, XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia. Abstracts Aceptados, Sevilla y Huelva, del 18 al 22 de octubre de 2004, Dir. Carlos Lasarte Álvarez, Coord. Araceli Donado Vara, Maria Fernanda Moretón Sanz, Maria Fernanda Yance Vivero, Produce Viajes El Monte, Sevilla, España, p. 133 y CD.

<sup>28</sup> Sobre los antecedentes y características básicas de esta Convención, véase Siqueiros, José Luis, “Contribución de las primeras tres Conferencias Especializadas Interamericanas sobre el Derecho Internacional privado (CIDIP-I, II y III) al Desarrollo del Derecho Internacional Privado”, *XIII Curso de Derecho Internacional*, volumen 7, Secretaría General, OEA, 1987, p. 173; Parra-Aranguren, Gonzalo, “La tercera conferencia interamericana sobre derecho internacional privado (CIDIP III, La Paz 1984)”, *Separata de las Revistas núms. 33 y 34, Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, Año 1984-1985, pp. 11 y ss; Operti Badán, Didier, *Comentarios a la Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores*, Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, Uruguay, 1986.

<sup>29</sup> Entre las características básicas de esta Convención destacaremos las siguientes: se aplica cuando adoptante y adoptado tienen domicilio o residencia habitual en Estados distintos; cubre las distintas modalidades de adopción que pueden contemplarse a nivel interno (plenas o simples), si bien tiende a consagrar a nivel internacional la adopción plena; establece que los derechos sucesorios de adoptado y adoptante se regirán por la ley aplicable a la respectiva sucesión, sin perjuicio de la norma material que le asigna al adoptado iguales derechos sucesorios que a los del hijo legítimo; y dispone que el vínculo del adoptado con su familia de origen queda disuelto y que las relaciones entre adoptado y adoptante se regirán por la misma ley que rige las relaciones del adoptante con su familia legítima.

## N. GONZÁLEZ MARTÍN

- asimismo, incluye la adopción plena, dejando abierta la posibilidad de la adopción simple, artículos 1 y 2;
- establece la ley aplicable a los derechos sucesorios del adoptado y adoptante, artículo 11;
- el vínculo del adoptado con su familia de origen queda disuelto.

En definitiva, es una Convención con grandes innovaciones para su momento, que si bien no resolvió el problema del tráfico de menores, sí ha constituido un paso firme en la protección internacional del menor y ha sido parte toral para el desarrollo posterior de Convenciones de ámbito universal y en concreto, para definir con mayor precisión, destacamos la *Convención de La Haya de 29 de mayo de 1993, sobre protección de menores y cooperación en materia de adopción internacional*. No obstante lo anterior, desafortunadamente esta Convención no ha tenido una gran cobertura, es decir, ninguno de los países identificados como de destino, incluidos los Estados Unidos de América y los países europeos son Estados ratificantes de la misma, lo cual impide una aplicabilidad efectiva de la misma.

Para finalizar, reiterar o subrayar que esta Convención Interamericana es de cobertura bipartita pues da respuesta tanto a la Competencia Judicial Internacional como al Derecho Aplicable, dejando fuera al Reconocimiento y Ejecución de Sentencias en el Extranjero<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> Aprovechamos la ocasión para comentar que México tan sólo tiene firmado y ratificado un convenio bilateral en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras pero que dentro de su articulado expresamente descarta la materia familiar, y en concreto a la adopción al estar ésta incluida en el estado civil, nos referimos al Convenio de 17 de abril de 1989, entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Judiciales y Laudos Arbitrales en Materia Civil y Mercantil, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 5 de marzo de 1992, que de conformidad con el artículo 3 quedan excluidas del ámbito de aplicación material de este convenio de manera genérica las materias fiscales, aduaneras y administrativas; y de manera más específica señala *numerus clausus* con respecto: el estado civil y capacidad de las personas físicas; divorcio, nulidad de matrimonio y régimen de los bienes en el matrimonio; pensiones alimenticias; sucesión testamentarias o intestada; quiebras, concursos, concordatos u otros procedimientos análogos; liquidación de sociedades; cuestiones laborales; seguridad social; daños de origen nuclear; daños y perjuicios de naturaleza extracontractual y cuestiones marítimas y aéreas.

Por otra parte, México también tiene suscrito la Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos, firmada en Montevideo el 8 de mayo de 1979 y se publica en el *Diario Oficial de la Federación* de 20 de agosto de 1987. De conformidad con el artículo 1 la Convención se aplicará a las sentencias judiciales y laudos arbitrales dictados en procesos civiles, comerciales o laborales en uno de los Estados parte, a menos que al momento de la ratificación se haga expresa reserva de limitarla a las sentencias de condena en materia patrimonial. México realiza una reserva en función del artículo 1 al establecer que limita la aplicación de este convenio a las

## ii. Ámbitos de aplicación convencional

Tal y como adelantamos, en este trabajo procederemos a analizar los tres ámbitos de aplicación en cada uno de los tratados convencionales, así como aspectos convencionales relativos a la Competencia Judicial Internacional (en adelante CJI) y Derecho Aplicable (en adelante DA).

Así, destacando el recuento de las bondades y peculiaridades que despliega la Convención Interamericana, creemos conveniente, como decimos y para dar un panorama más amplio, presentar la conformación de la misma a través de sus tres ámbitos de aplicación mencionados, es decir, el ámbito de aplicación material-personal, el espacial y el temporal. Tres requisitos acumulativos que debemos analizar en todos y cada uno de los Convenios y que se deben de dar para poderse aplicar dicha convención en un determinado país<sup>31</sup>. Así tenemos:

a) *Ámbito de aplicación material-personal*. El artículo 1 de la Convención Interamericana, determina que el ámbito material se circunscribe a las adopciones de menores bajo las formas de adopción plena, legitimación adoptiva y otras instituciones afines, que equiparen el adoptado a la condición de hijo cuya filiación esté legalmente establecida<sup>32</sup>.

Por su parte, el artículo 2, permite hacer una declaración, a la hora de firmar, adherirse o ratificar este instrumento, en el sentido de extender su aplicación a cualquier otra forma de adopción.

sentencias de condena en materia patrimonial dictadas en uno de los Estados parte. La convención, asimismo, permite extender su contenido a las resoluciones que terminen en el proceso, a las dictadas por autoridades que ejerzan alguna función jurisdiccional y a las sentencias penales en cuanto se refieran a la indemnización de perjuicios derivados del delito. Igualmente, esta Convención establece en este artículo 1 que se aplicará en lo relativo a laudos arbitrales en todo lo no previsto en la Convención Interamericana sobre arbitraje comercial internacional suscrita en Panamá el 30 de enero de 1975.

<sup>31</sup> En caso de no cumplirse uno o varios de dichos ámbitos aplicativos convencionales será necesario recurrir a la aplicación de la normativa autónoma del Estado en cuestión para dar respuesta al supuesto de hecho planteado.

<sup>32</sup> Artículo 1 del Convenio Interamericano. Calvo Caravaca et Carrascosa González justifican dicho ámbito de aplicación material al expresar: “2° lo que califica como peculiaridades jurídicas, es decir, “los Estados implicados deben hacer frente a estos problemas, solucionando inconvenientes como pueden ser entre otros, las adopciones claudicantes, es decir, válidas en un país e inválidas en otros, o las dificultades en el plano de la extranjería para que el adoptado pueda entrar y residir en el país de los adoptantes”. El 3° que sería la existencia de un interés de los Estados de origen de los menores adoptados en mantener un seguimiento de estos con posterioridad a la adopción. Finalmente como cuarta justificación destacan “la necesidad de impedir ciertas prácticas siniestras que puedan surgir al amparo de la adopción internacional”. *Cfr.*, Calvo Caravaca, Alfonso-Luís, Carrascosa González, Javier, *et al.*, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, segunda edición, Comares, Granada, 2000, p. 141.

En este sentido, destacamos que son dos los países que realizan una declaración interpretativa o reserva a tenor de los artículos mencionados. Por una parte, México hace una Declaración interpretativa en la que afirma que: “los Estados Unidos Mexicanos declaran que hacen extensiva la aplicación de la presente Convención a los distintos supuestos de adopción a que se refieren los artículos 12 y 20 de dicho instrumento interamericano”. (*Diario Oficial de la Federación* de 21 de agosto de 1987). A este Decreto de Promulgación le sigue una Fe de erratas, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el lunes 13 de julio de 1992, en la que se afirma que “en la página 3, primera columna, séptimo párrafo, cuarto renglón dice: “adopción a que se refieren los Artículos 12 y 20” debe decir: “adopción a que se refieren los Artículos 2 y 20”.

El artículo 20 convencional, a la letra expresa: “Cualquier Estado Parte podrá, en todo momento, declarar que esta Convención se aplica a las adopciones de menores con residencia habitual en él por personas que también tengan residencia habitual en el mismo Estado Parte, cuando, de las circunstancias del caso concreto, a juicio de la autoridad interviniente, resulte que el adoptante (o adoptantes) se proponga constituir domicilio en otro Estado Parte después de constituida la adopción”.

Por lo que se refiere al artículo 20 la Declaración interpretativa que realiza México afecta tanto al ámbito de aplicación material – personal como al ámbito de aplicación espacial. Este artículo 20 amplía ambos criterios de aplicabilidad. En este sentido se aplicará ésta cuando estemos ante el mismo Estado de residencia habitual para el adoptante y para el adoptado y reiteramos “cuando, de las circunstancias del caso concreto, a juicio de la autoridad interviniente, resulte que el adoptante (o adoptantes) se proponga constituir domicilio en otro Estado Parte después de constituida la adopción”<sup>33</sup>.

En este punto podemos preguntarnos si este artículo no se convierte en una vía para esconder un fraude en la constitución de una adopción; la doctrina no es unánime en este posicionamiento y así, la duda está servida. Para Berraz este artículo 20 es una clara materialización de la figura del fraude a la ley.

Para otro sector doctrinal, no siendo tan pesimistas y radicales, se afirma que significa *a priori*, y *salvo prueba en contrario*, la materialización de una generosa bondad en la constitución de las adopciones, nacionales o internacionales. Obviamente la mala utilización de este artículo, ocultando o simulando la

---

<sup>33</sup> Artículo 20 que hay que poner en relación con el artículo 25: “las adopciones otorgadas conforme al derecho interno, cuando el adoptante (o adoptantes) y el adoptado tengan domicilio o residencia habitual en el mismo Estado Parte, surtirán efectos de pleno derecho en los demás Estados Partes, sin perjuicio de que tales efectos se rijan por la ley del nuevo domicilio del adoptante (o adoptantes)”.

constitución de un nuevo domicilio en otro Estado parte, puede desembocar en la materialización de un fraude a la ley<sup>34</sup>.

Así, sin quitar el dedo del renglón, afirmamos que no es una presunción general el que materialice éste un fraude a la ley y tampoco podemos confiar en una postura idílica de que no se pueda usar para conseguir un fin distinto, el del fraude a la ley. En este sentido afirma nuevamente Berraz que: “de acuerdo con la formulación de la norma (...) se trata de lograr que no se concrete la pretendida evasión del adoptante o adoptantes de la ley del Estado Parte que le resultaría aplicable por tener allí su domicilio, al intentar sustituirla por la del Estado Parte al que se mudaría, obviamente por resultarle no sólo más favorable a sus intereses sino, fundamentalmente, menos favorable a los intereses del menor”<sup>35</sup>.

De cualquier forma estemos o no ante esta figura de fraude podemos señalar que la prueba de su existencia es realmente difícil. Si bien el requisito material u objetivo de la consecución de dos o más puntos de conexión se constata sin problemas, el requisito subjetivo o volitivo, es decir, la intención, es realmente complicado de probar. Como afirmábamos en líneas anteriores, sin generalizar que este artículo materialice un fraude a la ley, sí advertimos dicha posibilidad. Dos casos idénticos, en concreto de residentes en México del adoptante y del adoptado y con un cambio de domicilio a un Estado Parte, pueden ser tratados de manera desigual. Lo anterior debido a que un caso se puede considerar como nacional y el otro como internacional; esto deriva del hecho de que queda a juicio de la autoridad que conoce considerar el cambio de domicilio a un Estado parte, como elemento de internacionalidad o no<sup>36</sup>.

Nos queda claro que si es una adopción nacional el cuerpo normativo aplicable será el Derecho autónomo mexicano, tanto para la determinación de la competencia como del derecho aplicable; ahora bien, si la adopción es considerada como internacional aplicaremos, la norma conflictual mexicana, sea ésta de génesis autónoma o convencional; dicha normativa conflictual, de necesaria aplicación al supuesto de adopción internacional, determinará la norma material que dé respuesta al fondo. Esta norma material puede ser, con el mismo porcentaje de posibilidades, la mexicana o la de un Estado extranjero. A todo ello añadimos que no es muy probable que el Derecho material mexicano disponga los mismos requisitos que el Derecho material extranjero a la hora de constituir la

---

<sup>34</sup> Rodríguez Jiménez, Sonia, “Las declaraciones interpretativas de las convenciones interamericanas en materia de menores: alimentos y adopción” en González Martín, Nuria et Rodríguez Benot, Andrés (Coords.), *El derecho de familia en un mundo globalizado*, México, Porrúa-UNAM, 2007, pp. 137 y ss.

<sup>35</sup> Berraz, Carlos, *La protección internacional del menor en el derecho internacional privado*, UNL, Argentina, 2000, p. 26.

<sup>36</sup> Rodríguez Jiménez, Sonia, “Las declaraciones interpretativas de las convenciones interamericanas en materia de menores: alimentos y adopción” en González Martín, Nuria et Rodríguez Benot, Andrés (Coords.), *El derecho de familia en un mundo globalizado ...*, *op. cit. supra*, p. 137.

adopción (capacidades, edades, consentimientos, etcétera) y así podría calificarse la adopción como nacional o internacional de conformidad con el resultado aplicativo de la normativa material.

Lo anterior se agrava por el hecho de no establecerse lo que se considera un plazo prudente para la constitución de un nuevo domicilio en un Estado parte. Esta posibilidad, si bien no nos parece que deba obsesionarnos sí debe estar presente por las posibilidades de aparición y uso no querido de dicha disposición. Hubiera sido muy recomendable establecer un plazo, siquiera recomendatorio, para que se produjera el cambio de domicilio, piedra angular de esta declaración interpretativa<sup>37</sup>.

Lo anterior hay que ponerlo en clara sintonía con el principio de subsidiariedad el cual pende sobre la adopción internacional y que supone que tendrá preferencia la adopción nacional frente a la internacional en aras del respeto a la identidad y cultura original del menor; este criterio, establecido en el artículo 20, puede ser utilizado en función de lo que más convenga a las partes. Nuestra preocupación es saber en qué casos los jueces mexicanos considerarán que el cambio de domicilio de los adoptantes constituye dicha adopción en internacional y cuando no, qué plazos consideran prudenciales para dicha caracterización.

El temor que se levanta ante esta Declaración es la posibilidad de que los adoptantes elijan un tipo de adopción en función de la flexibilidad y rapidez de los trámites en la constitución de la adopción, así como en el seguimiento post-adoptivo y ello convierta la Declaración interpretativa en un vehículo “lícito” para transformar la adopción en un supuesto “ilícito”, un supuesto de tráfico.

Derivado de todo lo anterior señalamos que no nos sorprende esta actitud de desconfianza ante esta Declaración interpretativa pues existe un cúmulo de factores poco agraciados que permiten el levantamiento de estas sospechas<sup>38</sup>.

Por otra parte, tal y como adelantamos, Chile presentó reservas a la hora de firmar la Convención Interamericana, el 17 de enero de 2002, y así declaró que: “la República de Chile declara que sólo reconoce la adopción plena u otra institución que produzca similares efectos y, en consecuencia, constituya un vínculo de filiación que confiera al adoptado la condición de hijo del o de los adoptantes, por lo cual formula reserva a lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención, el que considera inaplicable a su respecto”, ésta reserva tiene

---

<sup>37</sup> González Martín, Nuria et Rodríguez Jiménez, Sonia, *El interés superior del menor en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 en el marco de la adopción internacional. Contexto mexicano*, México, (en prensa).

<sup>38</sup> *Idem*; Rodríguez Jiménez, Sonia, “Las declaraciones interpretativas de las convenciones interamericanas en materia de menores: alimentos y adopción” en González Martín, Nuria et Rodríguez Benot, Andrés (Coords.), *El derecho de familia en un mundo globalizado... op. cit. supra*, pp. 137 y ss.

también un aspecto importante a vislumbrar pero no las consecuencias tan radicales que puede llegar a alcanzar la declaración interpretativa realizada por México.

Por otro lado, con respecto al ámbito personal, destacamos que la Convención Interamericana no determina la categoría de “menor” en términos cuantitativos suscitando una “relatividad de soluciones” que no siempre es deseable. Esta ausencia terminológica deja en manos de la normativa de cada Estado, que tenga la residencia habitual del menor, la determinación de la minoría de edad. Así, el artículo 3 señala que “la ley de la residencia habitual del menor regirá la capacidad, consentimiento y demás requisitos para ser adoptado, así como cuáles son los procedimientos y formalidades extrínsecas necesarios para la constitución del vínculo”, es decir, para la norma mexicana, se entiende que es menor quien no haya cumplido la edad de dieciocho años. Esta deducción deriva de los conceptos autónomos ya que tanto del artículo 3 citado como del artículo 4, se remite a la normativa material de cada Estado Parte de la residencia habitual del menor. Es cierto que al no determinarse en el articulado de la convención la categoría de “menor” deja en manos, como decimos, de la normativa de cada Estado la determinación de la minoría de edad, evitando así que surja una cuestión de calificación, aunque no nos deja de sorprender porque no es común dejar este amplio margen de actuación, cuestión que no ocurre en otras convenciones interamericanas que versan sobre alimentos o restitución, por ejemplo.

b) *Ámbito de aplicación espacial.* Los países que han ratificado esta Convención Interamericana son: Belice, Brasil, Chile, Colombia, Honduras, México y Panamá y firmada por Bolivia, República Dominicana, Ecuador, Haití, Paraguay, Uruguay y Venezuela.

El primer país que la ratificó fue México, en 1987, seguido por Colombia, en 1988, y teniendo en cuenta la fecha de su firma, 1984, se destaca que no fue una convención que tuvo una acogida rápida. Asimismo, de los datos aportados, vemos que no ha sido una convención ratificada de manera masiva, a pesar de las bondades, por regla general, que venimos marcando sobre la misma.

Por otro lado, en este ámbito de aplicación espacial, subrayamos que nos encontramos ante un silencio convencional en el que nos inclinamos por pensar que estamos ante una convención *inter partes* y la deducción viene del artículo 1 que establece “el adoptante (o adoptantes) tengan su domicilio en un *Estado parte* y el adoptado su residencia habitual *en otro Estado Parte*” (las cursivas son nuestras). Hay una exigencia que la relación se de entre Estados Parte, eliminando la posibilidad de aplicación *erga omnes*.

c) *Ámbito de aplicación temporal.* Se firma en La Paz, Bolivia, el 24 de mayo de 1984, con entrada en vigor internacional el 26 de mayo de 1988, de conformidad con el artículo 26 se establece que: “(...) entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación”, es decir, para cada Estado que ratifique la

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

Por lo que respecta a este requisito aplicativo debemos señalar que esta Convención, en el mencionado artículo 26, contiene una “cláusula tipo” del foro de codificación de la CIDIP, al repetirse de manera coincidente la misma regla para la entrada en vigor en todas las Convenciones de este foro regional.

Esta Convención guarda silencio sobre su retroactividad o irretroactividad, lo cual nos hace pensar en afirmar su carácter irretroactivo. Lo anterior supone que sólo las solicitudes presentadas con posterioridad al 26 de mayo de 1988 (fecha de entrada en vigor para la República Mexicana) podrán registrarse por las disposiciones de este instrumento; *a sensu contrario*, las acciones ejercitadas con anterioridad a esa fecha crítica deberán someterse a lo dispuesto por la normativa autónoma mexicana, es decir, por el Código de Procedimientos Civiles vigente en cada entidad federativa, para la determinación de la competencia judicial internacional, y a los distintos Códigos Civiles para el señalamiento del Derecho aplicable.

### **iii. Competencia judicial internacional y derecho aplicable**

Como adelantamos, hay que hacer referencia, en este momento, para tener una visión amplia del contenido y proyección de la Convención Interamericana in comento, que en relación al sector del DIPr que marca la competencia directa, es decir, Competencia Judicial Internacional (CJI) y por otra parte el Derecho Aplicable (DA), tenemos que decir que del título de la propia Convención Interamericana, vemos que se hace referencia expresa al derecho aplicable o norma de conflicto pero también, de su articulado, visualizamos normas referentes a la Competencia judicial internacional. Así las cosas, vemos que estamos ante un convenio bipartido en el sentido que regula dos de los tres sectores de DIPr, excluyendo, en esta ocasión, el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> México, al no tener firmada ni ratificada ninguna convención, ni de ámbito universal ni regional, que se encargue del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, tendrá que dirigirse a su normativa autónoma para dar solución al caso, en concreto, para el Distrito Federal tenemos el artículo 599 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal que a la letra dice: “el juez executor que reciba exhorto con las inserciones necesarias, conforme a derecho para la ejecución de una sentencia u otra resolución judicial, cumplirá con lo que dispóngale juez requirente, siempre que lo que haya de ejecutarse no fuere contrario a las leyes del Distrito Federal”. Véase, asimismo del 599 al 608 del CPCDF.

En relación a la CJI<sup>40</sup>, es decir, la determinación de cuál es el juez nacional internacionalmente competente, los artículos 15 a 17 de la Convención Interamericana establecen un claro foro de protección del menor adoptado de manera general. No obstante, del articulado de la Convención Interamericana extraemos puntualizaciones:

1. será competente para el otorgamiento de la adopción, la autoridad del Estado de la residencia habitual del adoptado (artículo 15);
2. será competente, igualmente, para decidir sobre su anulación o revocación, la autoridad de la residencia habitual del adoptado al momento del otorgamiento de la adopción (artículo 16, primer párrafo);
3. será competente, por otra parte, para decidir la conversión de la adopción simple en plena o legitimación adoptiva o figuras afines, alternativamente y a elección del actor, la autoridad del Estado de la residencia habitual del adoptado al momento de la adopción o la del Estado donde tenga domicilio el adoptante, o la del Estado donde tenga domicilio el adoptado cuando tenga domicilio propio, al momento de pedirse la conversión (artículo 16, segundo párrafo);
4. será competente para decidir las cuestiones relativas a las relaciones entre adoptado y adoptante y la familia de éste, los jueces (autoridades) del Estado del domicilio del adoptante mientras el adoptado no constituya domicilio propio. A partir del momento en que el adoptado tenga domicilio propio será competente, a elección del actor, el juez del domicilio del adoptado o del adoptante (artículo 17).

Destacamos como foro de protección del menor adoptado indubitado, los supuestos de constitución y revocación considerados como supuestos más delicados, dejando para el resto, es decir, conversión y relaciones familiares, foros alternativos en el primer caso, o domicilio del adoptante en el segundo. Definitivamente, la residencia habitual del menor es sin duda el punto más real y conectado a su esfera de desarrollo<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> En el caso de México, y en concreto para la CJI, recomendamos la lectura de Rodríguez Jiménez, Sonia, Capítulo Cuarto. Competencia judicial internacional, en González Martín, Nuria (Coord.), *Lecciones de derecho internacional privado. Parte general*, México, Porrúa-UNAM, 2007, pp. 139 y ss.

<sup>41</sup> Aquí ponemos el acento sobre la posibilidad de constituir adopciones internacionales en el Estado de recepción del menor, como por ejemplo se establece en el Acuerdo bilateral hispano-filipino, estipulado a tenor del artículo 39.2 del Convenio de La Haya de 1993, dejando al menor en una clara situación de desprotección. Remitimos a los comentarios vertidos en el rubro correspondiente a dichos acuerdos bilaterales. González Martín, Nuria, *Adopción internacional. La práctica mediadora... op. cit. supra*.

N. GONZÁLEZ MARTÍN

En relación al Derecho Aplicable, esta Convención Interamericana hace honor a su título y regula con detalle esta parcela de norma conflictual.

Así las cosas, el artículo 3 convencional expresa que la ley de la residencia habitual del menor regirá: la capacidad, consentimiento y demás requisitos para ser adoptados, así como cuáles son los procedimientos, y formalidades extrínsecas necesarias para la constitución del vínculo.

A su vez, el artículo 4 establece la ley del domicilio del adoptante o adoptantes que regirá: la capacidad para ser adoptante, los requisitos de edad y estado civil del adoptante, el consentimiento del cónyuge del adoptante, si fuere el caso y los demás requisitos para ser adoptante. Además, en la parte final de este artículo 4, se establece una especie de cláusula de cierre, una cláusula de salvaguarda, denotativa de la prioridad hacia la protección internacional del menor, al expresar que “en el supuesto de que los requisitos de la ley del adoptante (o adoptantes) sea manifiestamente menos estrictos a los señalados por la ley de la residencia habitual del adoptado, regirá la ley de éste”. Dígase de paso que esta cláusula de salvaguarda se estableció a iniciativa de la delegación mexicana, cuestión que marca claramente el conocimiento y sensibilidad de la misma desde su negociación hasta su culminación.

El artículo 9, en relación con las adopciones plenas, la legitimación adoptiva y figuras afines, las relaciones entre adoptante y adoptado, inclusive las alimentarias, y las del adoptado con la familia del adoptante se regirán por la misma ley que rige las relaciones del adoptante con su familia legítima. No obstante, el artículo 9, párrafo b, estipula: “los vínculos del adoptado con su familia de origen se considerarán disueltos. Sin embargo, subsistirán los impedimentos para contraer matrimonio”.

El artículo 11, por su parte, se refiere a los derechos sucesorios y así determina que se regirán por las normas aplicables a las sucesiones de cada una de las partes.

El artículo 13 relativo a la posibilidad de la conversión de la adopción simple en plena o legitimación adoptiva o instituciones afines, dicha conversión se regirá, a elección del actor, por la ley de la residencia habitual del adoptado, al momento de la adopción, o por la ley del Estado donde tenga su domicilio el adoptante al momento de pedirse la conversión.

Por último, el artículo 14, cubre el supuesto de la anulación de la adopción, la cual se regirá por la ley de su otorgamiento.

## 2. Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores

### i. Generalidades

Por lo que se refiere a la *Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores*, aprobada en México, D.F., el 18 de marzo de 1994 (CIDIP-V) tenemos que expresar que tuvo su origen en el art. 35 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del Niño de 1989<sup>42</sup>, que impone a los Estados la obligación de adoptar “medidas de carácter nacional, bilateral o multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños, para cualquier fin o forma”<sup>43</sup>. Aunque no es un convenio específico de adopción internacional, si se hace necesario su comentario dada la relación existente, lastimosamente, entre adopción y tráfico.

En el caso concreto de México debemos de realizar un comentario en el sentido de que a pesar de ser país anfitrión de la CIDIP’s V, Conferencia que dio cabida a tan importante Convención Interamericana sobre Tráfico, e incluso fue promotor indiscutible de la implementación de esta Convención, la ha firmado pero no la ha ratificado y por lo tanto no ha entrado en vigor y no es parte de nuestro ordenamiento jurídico<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> El art. 35 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño ha sido el antecedente directo del art. 19 de la *Declaración de Naciones Unidas sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y a la colocación en hogares de guarda en los planos nacional e internacional*, que dice literalmente lo siguiente: “Se deberán establecer políticas y promulgar leyes, cuando fuere necesario, que prohíban el secuestro o cualquier otro acto encaminado a la colocación ilícita de niños”.

<sup>43</sup> Sobre los antecedentes y características básicas de esta Convención, véase Uriondo de Martinelli, Amalia, “Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores-CIDIP V, México, 1994”, *Revista de la Facultad*, Buenos Aires, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, vol. 3, núm. 1, 1995, pp. 174 y ss; Siqueiros, José Luis, “Reseña general sobre la quinta conferencia especializada interamericana sobre el derecho internacional privado CIDIP-V”, *Cursos de derecho internacional. El derecho internacional privado en las Américas (1974-2000)*, Washington, Organización de Estados Americanos, 2002, p. 509 y ss.; Rodríguez Martínez, Elí, “Nuevas consideraciones en torno a la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores y su aplicación en México”, *Lecturas Jurídicas*, Chihuahua, México, Época II, Año II, vol. V, diciembre 1997, pp. 102-125.

<sup>44</sup> Hay un sector doctrinal, entre los que se encuentra Mansilla y Mejía, María Elena, “La Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores”, *Revista de Derecho Privado*, México, año 6, núm. 16, 1995, pp. 100 y ss, que afirma que dicha Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores ha sido ratificada por México, pero lo cierto es que no aparece publicada su ratificación el *Diario Oficial de la Federación*. Lo que tenemos en el *Diario Oficial de la Federación* de 14 de mayo de 1996

Las bondades se marcan desde que los acuerdos internacionales relacionados con esta materia, tráfico internacional de menores, se habían centrado en los aspectos civiles del secuestro internacional de menores, en el ámbito de las relaciones familiares. Esta Convención tiene como objeto la prevención y sanción del tráfico internacional de menores, regulando los aspectos civiles y penales del mismo e instaurando un sistema de cooperación jurídica entre los Estados parte para asegurar la pronta restitución del menor<sup>45</sup>; no obstante, aunque refleja la explotación sexual, laboral, etcétera, no atiende la explotación sexual por Internet, obviamente por el año en el que fue realizada esta Convención, 1994, en donde la Internet no era un instrumento común y no se visualizaba, en toda o en parte de su extensión, la posibilidad de este tipo de explotación.

El cúmulo de una serie de factores, tales como la falta de marcos jurídicos sólidos y confiables, la existencia de guerras y conflictos militares y el debilitamiento de estructuras políticas y sociales de los Estados, ha propiciado una situación que presenta a los menores más vulnerables que nunca.

A pesar, como vemos, de que en la actualidad quedan desbordados los distintos supuestos de tráfico internacional de menores, este instrumento internacional posee multitud de bondades, entre las que destacamos, en estas líneas dedicadas a las generalidades, que posee foros alternativos y el establecimiento de autoridades competentes para solicitar, por ejemplo, restituir.

## ii. Ámbitos de aplicación convencional

En relación a sus tres ámbitos de aplicación, tenemos lo siguiente:

a) *Ámbito de aplicación material- personal.* Tal y como hacíamos referencia, la Convención se destina a regular el tráfico internacional de menores en sus dos vertientes: la civil y la penal, a través de la prevención y sanción. De esta manera, tenemos que su artículo 1 expresa: “El objeto de la presente Convención, con miras a la protección de los derechos fundamentales y el interés superior del menor, es la prevención y sanción del tráfico internacional de menores, así como la regulación de los aspectos civiles y penales del mismo”. Se subrayan varios principios torales como son: el interés superior del menor y la cooperación internacional para derivar así hacia la pronta restitución del menor víctima del tráfico internacional. Asimismo, se conceptualiza “menor”, “tráfico internacional de menores”, “propósitos ilícitos” y “medios ilícitos” (artículo 2).

---

“Decreto por el que se aprueba la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores” y no su promulgación.

Tampoco aparece su ratificación como tal en la página oficial de la Organización de Estados Americanos, ni tampoco en la página oficial de la Secretaría de Relaciones Exteriores en México.

<sup>45</sup> La Convención trata de alcanzar este objetivo mediante una estrecha colaboración entre los Estados, a través de sus Autoridades Centrales.

En cuanto a su ámbito personal, son los menores, y de acuerdo a su artículo 2, inciso a), es menor quien no haya cumplido la edad de dieciocho años.

b) *Ámbito de aplicación espacial.* La Convención ha sido ratificada por Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Uruguay, y ha sido firmada por México y Venezuela.

La Secretaría de la Organización de Estados Americanos actúa como depositaria de las firmas, ratificaciones y adhesiones.

Está abierto, su ámbito espacial, a todos los países del sistema interamericano, así como a cualquier otro Estado, una vez que haya entrado en vigor. Por otra parte, la convención estipula que el menor debe encontrarse o residir habitualmente en un Estado parte al tiempo de la comisión de un acto de tráfico internacional contra dicho menor (artículo 2), es decir, junto al ámbito espacial (Estado parte) se determina un criterio temporal (la comisión de un acto de tráfico). Por otra parte, y siguiendo con los comentarios relativos al ámbito espacial, tenemos que se establece de manera más que adecuada, en sintonía con la protección del menor, el criterio de la residencia habitual y así se determina, por una parte, un criterio de aplicabilidad y, por otra, un criterio de atribución de competencia. Por último, hacer hincapié, tal y como expresa el artículo 4, que se incluye la interactuación con los Estados no parte, de esta manera, no se requiere que los Estados implicados, es decir, el de origen, el de destino del menor y/o el de tránsito, sean parte de este instrumento, lo contrario sería inviable si hablamos de una verdadera cooperación internacional para llegar al fin último de protección de la minoridad.

c) *Ámbito de aplicación temporal.* La Convención no tiene un artículo que especifique este ámbito de aplicación, por lo tanto, rige con carácter irretroactivo<sup>46</sup>, es decir, las solicitudes presentadas con posterioridad a la fecha de su entrada en vigor se rigen por las reglas de este instrumento, y las solicitudes ejercitadas con anterioridad a la fecha de su entrada en vigor, se realizará de acuerdo a la normativa autónoma del país concreto.

### **iii. Competencia judicial internacional y derecho aplicable**

En relación a la CJI de este Convenio Interamericano, dividiremos la misma en el ámbito penal y en el ámbito civil.

---

<sup>46</sup> Recordemos que México ha firmado dicha Convención pero no la ha ratificado. Lo anterior significa que no constituye a la fecha un compromiso internacional para México la aplicación del contenido de este instrumento. Véase lo comentado en la nota a pié de página número 22.

En el ámbito penal, la Convención señala, en el artículo 9, que los foros competentes, sin estar ordenados jerárquicamente y por lo tanto no se establece un orden preferencial, serán<sup>47</sup>:

- a) el Estado parte donde tuvo lugar la conducta ilícita, *locus delicti commissi*;
- b) el Estado parte de la residencia habitual del menor;
- c) el Estado parte en el que se hallare el presunto delincuente si éste no fuere extraditado, y
- d) el Estado parte en el que se hallare el menor víctima de dicho tráfico.

Son, como decimos, foros alternativos, en igualdad de competencia, en donde la elección deriva de la presentación de la solicitud – como principio de protección integral y efectiva del menor<sup>48</sup>-. Es más, para no tener posibles conflictos de competencia, este artículo 9 referido, expresa *in fine* que “tendrá preferencia a los efectos del párrafo anterior el Estado parte que hubiere prevenido en el conocimiento del hecho ilícito”, es decir, primero en el tiempo, primero en derecho *-prior in tempore potior in iure-*. Ante este panorama, difícilmente tendremos que invocar un foro de necesidad o una denegación de justicia, ni tan siquiera un foro exorbitante, en donde la tónica general es la obtención de una eficacia extraterritorial<sup>49</sup>.

En relación al ámbito civil, y en este caso se circunscribe a la localización y restitución del menor, el artículo 12 expresa que “corresponde a aquellos titulares que establezca el derecho del Estado de la residencia habitual del menor”.

Ante esta redacción tenemos:

- a) legitimación procesal del acto ilimitada; y
- b) competencia judicial indirecta al remitir a la legislación de los Estados cuando en ellos concurra la residencia habitual del menor<sup>50</sup>.

---

<sup>47</sup> Uriondo de Martinoli, Amalia, “Convención Interamericana...”, *op. cit. supra*, pp. 179 y ss.

<sup>48</sup> Dreyzin de Klor, Adriana (Coord.), *La protección internacional de menores. Restitución. Adopción. Tráfico. Obligaciones alimentarias*, Buenos Aires, Advocatus, 1996, pp. 128 y ss.

<sup>49</sup> Mansilla y Mejía, María Elena, “La Convención Interamericana...”, *op. cit. supra*, pp. 100 y ss.

<sup>50</sup> En el caso de los Convenios de Restitución y Sustracción, Interamericano y de La Haya respectivamente, manejan una norma material directa que determina que los legitimados son los padres, tutores o guardadores o cualquier institución que ejerza el derecho de custodia u otro similar. Rodríguez Jiménez, Sonia, *La protección de los menores en el derecho internacional privado mexicano*, México, UNAM, 2006, p. 228.

## ADOPCIÓN INTERNACIONAL

La competencia en este ámbito civil, queda establecida, a tenor del artículo 13 de la Convención, a opción de los reclamantes, y así tenemos:

- a) las autoridades judiciales o administrativas del Estado parte de la residencia habitual del menor;
- b) las del Estado parte donde se encontrare o se presume que se encuentra retenido; y
- c) cuando existan razones de urgencia<sup>51</sup> a juicio de los reclamantes, podrá presentarse la solicitud ante las autoridades judiciales o administrativas del lugar donde se produjo el hecho ilícito.

Al igual que en el ámbito penal, tenemos que es poco probable la posibilidad de un foro de necesidad y tampoco una denegación de justicia, así como la inexistencia de foros exorbitantes.

Para redondear y perfilar los comentarios en torno a esta Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores, tenemos que en relación a la tramitación de las solicitudes, los requisitos son los siguientes:

- a) que se tramite por medio de las autoridades centrales o directamente ante las autoridades, judiciales o administrativas, señaladas como competentes;
- b) que sea fundada y promovida dentro de los ciento veinte días de conocido el acto ilícito;
- c) las solicitudes transmitidas vía consular o diplomática o por medio de las autoridades centrales no requerirán de legalización;
- d) deben ser traducidas al idioma o idiomas oficiales del Estado parte al que se dirijan; y
- e) por ultimo, se hace mención, en el artículo 14, que “las autoridades requeridas acordarán los procedimientos más expeditos para hacerla efectiva” y así se vislumbra una tendencia de libertad total a la hora de formular la solicitud.

La Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, solo recoge los aspectos de CJI tal y como acabamos de presentarlo sin dejar contenido al DA. Cuando nos encontramos ante esa situación, la solución es acoger el

---

<sup>51</sup> Ya habíamos hecho referencia en páginas anteriores al concepto de urgencia que la Convención plantea; un concepto que no se encuentra definido, es decir, un concepto jurídico indeterminado que debe ser definido en cada caso concreto al variar éste de un supuesto a otro.

derecho autónomo y así dar respuesta al supuesto concreto de tráfico internacional de menores. En estos casos, damos cobertura a la cooperación internacional, cada vez más creciente y necesaria, y en donde la instauración de cooperación entre autoridades tanto en la localización como en la restitución del menor o menores, viene aparejada del castigo a los infractores dando así cobertura a una mayor protección de los menores.

La cooperación, a través del establecimiento de autoridades centrales, se fija:

- a) en el traspaso de información, artículos 8.b), 16 y 17;
- b) en el reconocimiento y ejecución de las sentencias penales emitidas, artículo 23, en relación al artículo 7.

En definitiva, estamos ante una Convención de gran acierto y éxito desde que la temática era necesaria regularla, un tema de máxima actualidad dado no sólo la globalización del derecho familiar, sino la movilidad y el trasiego transfronterizo tan comentado, así como la crisis de la institución familiar que detona acciones como por ejemplo la sustracción del hijo en común, por parte de uno de los progenitores, con la única y casi rutinaria orientación hacia el castigo que supone “arrebatar” un hijo al otro progenitor, amén de otras cuestiones que viene implícita por la situación de los matrimonios mixtos, en razón de la nacionalidad, y la voluntad de retornar al país de origen de uno de los consortes acompañándose de la prole. Estos ejemplos son sólo algunas de las causales del denominado tráfico internacional de menores, otras son las proyectadas para el abuso laboral, sexual, tráfico de órganos, etcétera.

No obstante el acierto y éxito señalado de la temática, no podemos ni debemos dejar de subrayar la poca eficacia y/o eficiencia que en la practica se produce al invocar o ejecutar esta Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, cuestión, por otra parte, que no es exclusiva de la misma.

## **B. Foro de codificación universal**

### **1. Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989**

#### **i. Generalidades**

La *Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño* de 20 de noviembre de 1989 (en adelante Convención Naciones Unidas de 1989)<sup>52</sup> es una

---

<sup>52</sup> Este convenio sale a la luz el 20 de noviembre de 1989 después de diez años de negociaciones y siempre rodeado de muy buenos augurios. Antes de que esta convención

Convención toral en el marco de la protección del niño, ratificada prácticamente por la totalidad de la comunidad internacional, es decir, es una Convención de una gran aceptación, de un gran éxito<sup>53</sup>.

Este instrumento convencional es el marco en el que debe inspirarse toda la norma que pretenda regular relaciones jurídicas privadas internacionales en relación al niño. Lo anterior con absoluta independencia de que se trate de normas de carácter autónomo o convencional.

Este instrumento convencional es el marco en el que debe inspirarse toda la norma que pretenda regular relaciones jurídicas privadas internacionales. Lo anterior con absoluta independencia de que se trate de normas de carácter autónomo o convencional.

Además, en esta Convención de Naciones Unidas de 1989, se establecen reglas uniformes referidas a la adopción, por el tema que nos interesa en este momento, se establecen condiciones para adoptar, así como reglas, genéricas y específicas, concretamente para la adopción internacional.

En cuanto a las reglas generales para adoptar:

1. el artículo 21 expresa que el interés superior del menor será *la* condición primordial;

---

entrara en vigor se auguraba que “cuando entre en vigor, esta Convención establecerá normas para la protección de la infancia acordadas universalmente y proveerá un marco inestimable para la defensa de los niños y de su familia, así como para la elaboración de políticas y programas destinados a garantizar un porvenir más sano y seguro para la infancia mundial”, Véase López Echeverry, Ovidio, “Situación, naturaleza y perspectivas del proyecto de convención, sobre los derechos del niño” en *Derechos de la Niñez*, IJ-UNAM, México, 1990, p. 12.

<sup>53</sup> Si uno de los parámetros para medir el éxito de un instrumento convencional es el número de Estados (criterio cuantitativo) que lo incorporan en sus ordenamientos jurídicos, sin duda, estamos ante uno de los Convenios internacionales más exitosos. Según García Dilcy S., “Las obligaciones internacionales de México respecto del sistema de justicia penal juvenil”, en *Derechos Humanos de los Niños, Niñas y Adolescentes*, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, México-Unión Europea, 2006, p. 328, el elevado número de ratificaciones se ha convertido en una “de las fortalezas morales” de esta Convención. Igualmente, como señala la doctrina, “ningún otro instrumento internacional específico de protección de derechos humanos han tenido la aceptación y el consenso generados por esta Convención” Bellof, Mary, “Protección integral de derechos del niño vs. derechos en situación irregular” en *Derechos Humanos de los Niños, Niñas y Adolescentes*, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, México-Unión Europea, 2006 p. 84. De parecida idea encontramos a Amar Amar, José Juan, Madariaga Orozco, Camilo. y Macias Ospino, Alonso, *Infancia, familia y derechos humanos*, Ediciones Uninorte, Barranquilla, Colombia, 2005, p. 30.

2. se exige una adopción ajustada a derecho, es decir, tramitada ante autoridades competentes y con asesoramiento adecuado de los protagonistas. Cada Estado debe velar por la aplicación de las leyes sustantivas y procesales que existan. Además, se precisa una adecuada información respecto al niño, los padres y demás personas, e incluso considerar, en los casos procedentes, los consentimientos requeridos.

Antes de pasar a abordar las particularidades que recoge la Convención en relación a las figuras de la adopción y del tráfico creemos oportuno abordar en estas generalidades una breve pero necesaria interrogante la cual versa sobre la jerarquía aplicativa que tiene este instrumento convencional. Ya afirmamos que los Convenios son fuente del derecho, en concreto, y en función del 133 de la Constitución Política Mexicana<sup>54</sup> Tras varias interpretaciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (una en el año 1999 y otra en año 2007 con el Amparo en Revisión 1277/2004) sabemos que los tratados están situados en un escalón *infraconstitucional pero supralegal*<sup>55</sup>.

Este instrumento tiene no solo la etiqueta sino también la fuerza de un Convenio internacional, lo cual pone cierta distancia respecto a la Declaración de

---

<sup>54</sup> Reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 18 de enero de 1934.

<sup>55</sup> Véase la tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de 1999 que resolvía el amparo en revisión 1475/98 del Sindicato Nacional de Controladores del Tránsito Aéreo, tesis 192,867 “Tratados internacionales. Se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución Federal”, y actualmente las sesiones de 12 y 13 de febrero de 2007, en donde se da vista a 14 casos de amparos en revisión, en donde ante Tratados internacionales de diferente naturaleza (tesis de 1999 y 2007) se ratifica un mismo orden jerárquico, no se analizan los casos concretos y se agrega un factor que es introducir, sin definir, conceptos como leyes generales o constitucionales vs. leyes federales. La única novedad destacable es que aún ratificando y manteniendo el mismo orden jerárquico establecido por la tesis de 1999, es decir, los Tratados internacionales están en un nivel *infraconstitucional pero supralegal*, ahora en 2007, el asunto ha vuelto a debatirse pero se introdujo un matiz conforme al cual los tratados y las leyes generales son superiores a las leyes federales. Las primeras, se dijo, preceden a las segundas porque desarrollan normas de la Constitución. En definitiva, la SCJN ratifica la misma jerarquía pero subrayando que Tratados internacionales y leyes generales se encuentran en el mismo nivel. Valadés, Diego, “Una saludable reforma”, *El Universal*, México, 28 de febrero de 2007. <http://www.eluniversal.com.mx/editoriales/36902.html>.

Hay una opinión casi unánime en el sentido de manifestar que el criterio adoptado por la Corte en febrero de 2007 no sólo no aporta nada sino que vuelve a incidir en una discusión que aún no está terminada, poniendo nuevamente en la mesa los términos relativos a leyes generales o constitucionales y leyes federales, no conceptualizados ni en la Constitución ni en las leyes, ni siguiera en la jurisprudencia. La discusión se pierde en la retórica y en lo abstracto y no se centra en el caso o casos concretos. Esta nueva tesis de 2007 de la SCJN agrega problemas para el ordenamiento jurídico nacional porque, tal y como expresa Diego Valadés, a la difícil cuestión del conflicto de normas agrega el de la jerarquía entre iguales.

1959. Lo anterior desde que el Convenio tiene carácter vinculante y obligatorio, fuerza coercitiva, una vez firmado y ratificado, mientras que la Declaración es una sencilla formulación de principios sobre la protección de los menores sin efecto vinculante ni coercitivo. En este sentido se ha afirmado que “se trataba de un instrumento jurídicamente vinculante”.<sup>56</sup> Así, con la ratificación de este Convenio por parte de la República Mexicana llega el compromiso de adoptar todas las medidas legislativas o no, que sean necesarias para el cumplimiento de las obligaciones enumeradas en este instrumento convencional, entre ellas, adherirse a otros Convenios que garanticen la cooperación internacional y la protección de los menores.

## ii. Especificidades

Por lo que se refiere a las reglas específicas exigibles a la adopción internacional, tenemos que:

1. El artículo 3, dispone que “1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el *interés superior del niño*. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada” (las cursivas son nuestras).

En este orden de ideas sostenemos que este artículo representa el punto más importante de esta Convención, el cual significa “un salto cualitativo en orden a la concreción del interés del menor”,<sup>57</sup> por la inclusión del interés superior del menor como “principio directivo”.<sup>58</sup> A pesar de que encontramos reiteradas referencias al interés superior del menor, esparcidas a lo largo del contenido del Convenio, es el artículo 3 el que de forma concentrada lo aborda y el artículo 21

---

<sup>56</sup> González Contró, Mónica, “Derechos, necesidades y justicia penal para adolescentes” en *Derechos Humanos de los Niños, Niñas y Adolescentes*, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, México-Unión Europea, 2006, pp. 427-428 y Amar Amar, José Juan, Madariaga Orozco, Camilo y Macías Ospino, Alonso, *Infancia, familia... op. cit. supra*, p. 30.

<sup>57</sup> García Cano, Sandra, “La obligación estatal de protección integral del menor como fundamento jurídico de la cooperación internacional entre autoridades en el derecho internacional del menor”, *Revista de la facultad de derecho de la Universidad de Granada*, España, 3 época, núm. 7, 2004, p. 536.

<sup>58</sup> López Echeverry, Ovidio, “Situación, naturaleza...” *op. cit. supra*, p. 18.

lo centra, el Interés Superior del Menor, al referirse concretamente a la adopción, expresando que el Interés Superior del Menor será *la* consideración primordial.

La primera nota que destacamos en este artículo tercero es la constante falta de definición del concepto de interés superior del menor. En este sentido, y como bien señala la doctrina, “la CDN ha consagrado el interés superior del niño como un principio de carácter universal, pero no ha definido ni especificado su contenido. Se trata de un concepto jurídico indeterminado en el que la zona de concreción o certeza estará constituida por el núcleo de los Derechos reconocidos en la citada Convención a todos los niños del mundo”.<sup>59</sup> Aun cuando este concepto sigue estando indefinido y por ende su concreta contextualización en manos de los distintos operadores jurídicos, no cabe desconocer que es importante su introducción en este instrumento convencional desde que es el referente máximo de los derechos del niño al representar su consagración universal.<sup>60</sup> En este artículo nos enfrentamos no sólo a la indefinición de esta máxima jurídica sino del conjunto de medidas que puede llegar a afectar a los menores. El punto principal radica en que “al no tener esta Convención efecto directo, será la legislación de cada país la que concrete en qué debe traducirse este interés”<sup>61</sup> lo cual puede llevar a interpretaciones completamente divergentes por el nacionalismo que pueda impregnar esta figura. En este mismo sentido encontramos a Durán Ayago quien señala que “la CDN no posee efecto directo, lo que implica que sea la legislación particular de cada país la que concrete y determine qué debe entenderse por ese interés del menor. En realidad, más que concreción, esta operación de transposición consiste en integrar este principio en los distintos ordenamientos, de acuerdo al bagaje jurídico, cultural y social de cada país, pero sin alcanzar una concreción plena, ya que ésta sólo se podrá lograr en un momento preciso, ante una realidad determinada y unas circunstancias concretas; tarea que corresponderá a la autoridad competente, que será la que deba valorar, de acuerdo a múltiples factores, cuál es el verdadero interés del menor”,<sup>62</sup> es decir, que no sólo es loable que no se defina Interés Superior del Menor, sino que se resalta ello justificándose en sus dos principales características, a saber: la relatividad<sup>63</sup> y la movilidad y su consiguiente necesidad de adaptación a las nuevas realidades<sup>64</sup>.

---

<sup>59</sup> Durán Ayago, Antonia, *La protección internacional del menor desamparado: Régimen jurídico*, Colex, España, 2004, p. 89.

<sup>60</sup> González Martín, Nuria, *Adopción internacional. La práctica mediadora...*, *op. cit. supra*, p. 47.

<sup>61</sup> *Idem.* p. 47.

<sup>62</sup> Durán Ayago, Antonia, *La protección internacional...*, *op. cit. supra* p. 89.

<sup>63</sup> “al interpretar el interés del menor hay que relacionar su contenido con las circunstancias concretas de las personas que intervienen en la relación jurídica. La formación de la decisión en la que se establece dónde se sitúa el interés del menor ha de hacerse siempre con la consideración de todos los datos que conforman la situación del menor y donde es imprescindible tener en cuenta las circunstancias concretas de los

2. Sólo se puede dar ante la imposibilidad de brindar una adecuada protección al niño en la sociedad local a la que pertenece, esto es el principio de subsidiariedad; es decir, debe considerarse la circunstancia de que el niño pueda continuar en un medio que le evite la transculturación y si ello no es posible, debe procurarse su adecuada inserción en el ámbito cultural del país de destino.

3. Cuidar que el niño que ha de ser adoptado para emigrar a otro país goce de salvaguardas equivalentes a las que existen respecto a la adopción en su país de origen, de ahí la importancia de la comunicación entre la autoridad central del Estado de recepción y el Estado de emisión, acerca del menor y, por ende, la salvaguarda de su interés superior.

4. La adopción no debe dar lugar a “beneficios indebidos para quienes participan en ella” y de ahí deriva directamente la prohibición de un lucro cuando de la adopción hablamos para evitar así un negocio en torno al mismo. Esta cuestión la vemos muy directamente aplicada en la Convención de La Haya de 1993 sobre cooperación y protección en materia de adopción internacional, que analizaremos a continuación.

5. Todos estos objetivos marcados deben promoverse mediante la concreción de convenios bilaterales o multilaterales y ha de procurarse, dentro de dicho marco, que la colación de niños en otro país se efectúe por intermedio de las autoridades y organismo competentes. Invocamos nuevamente al Convenio de La Haya de 1993 sobre cooperación y adopción internacional en el que se marca, como veremos seguidamente, puntualmente esta necesidad de la concreción de acuerdos bilaterales en la materia en el marco, concretamente, del artículo 39.2 convencional.

Como exponíamos al principio de este rubro, tenemos un Convenio de ámbito universal de una gran aceptación, nada más que hay que ver el número de Estados Parte del mismo, que si bien se caracteriza por su generalidad y en la proyección de un cúmulo de buenas intenciones, si es cierto que es un convenio que inspiró o inspira a otros tantos convenios, de ámbito universal o regional, que desarrollan la protección del menor, ya sea en materia de adopción internacional, ya sea en materia de alimentos, sustracción/restitución o tráfico internacional de menores.

---

protagonistas que le rodean”. Rivero Hernández, Francisco, *El interés del menor*, Dykinson, España, 2007, p 62.

<sup>64</sup> Este concepto debe “ir ceñido en el mismo menor a su evolución personal y cambios vitales con el paso del tiempo u otros avatares que afectan a su ‘circunstancia’” *Idem*.

## 2. Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, sobre protección de menores y cooperación en materia de adopción internacional

### i. Generalidades

Siguiendo con el ámbito universal, destacamos la proyección que tiene el *Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, sobre protección de menores y cooperación en materia de adopción internacional*<sup>65</sup> (en adelante Convenio de La Haya de 1993), como primer convenio especializado en la materia que ha generado un modelo de actuación facilitando una norma mínima como pauta de referencia sobre la que normalizar la mayoría de las actuaciones.

El Convenio de La Haya de 1993 reúne una serie de principios fundamentales que hacen del mismo un sistema de garantía en la tramitación de las adopciones internacionales, nos referimos a:

1. la designación de Autoridades Centrales en cada uno de los Estados Parte coordinadas entre ellas;
2. el establecimiento de un procedimiento de cooperación;
3. un mecanismo útil y sencillo de tramitación de los expedientes; y
4. un sistema de reconocimiento recíproco de decisiones<sup>66</sup>.

Con esta premisa, reforzamos y reiteramos la idea del grado de especialización que tiene el Convenio de La Haya de 1993, como ejemplo de ello, tenemos dos cuestiones que destacan sobremanera del articulado del Convenio de La Haya de 1993 y son:

- la práctica mediadora, a través de las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional (ECAI)<sup>67</sup>, ya que el Convenio de La Haya de

---

<sup>65</sup> Con fecha de 29 de mayo de 1993 se concluyó en La Haya, Países Bajos, la Convención elaborada bajo los auspicios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en su Décimo Séptima Sesión. Firmaron el Acta Final de la Convención, 36 países miembros y 30 países no-miembros que fueron invitados a participar en la Conferencia Diplomática. La totalidad de ellos firmó el Acta Final que contenía el texto definitivo.

El instrumento quedó abierto a la firma de los Estados participantes el mismo día.

<sup>66</sup> Sobre el tema sugerimos la lectura de Calvo Babío, Flora, *Reconocimiento en España de las adopciones simples realizadas en el extranjero*, Madrid, Dykinson, 2003, 463 pp.; Ballesteros de los Ríos, María, "Reconocimiento de efectos en España a las adopciones constituidas ante la competente autoridad extranjera", *Aranzadi Civil*, 1999, nº 6 (junio), pp. 13-33; Espinar Vicente, José María, "La adopción de menores constituida en el extranjero y el reconocimiento de la patria potestad en España (Algunas reflexiones en torno a la heterodoxa doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado)", *AC*, 1997, nº 32 (8 a 14 de septiembre), margs. 757-771.

1993 incorpora *ex novo* la posible delegación de competencias de las Autoridades Centrales en organismos privados debidamente acreditados por los respectivos Estados parte, aunque la intervención de éstos no sea imperativa<sup>68</sup>; y

- los acuerdos o protocolos bilaterales a tenor del artículo 39.2 del Convenio de La Haya de 1993, acuerdos que nacen de la inquietud, de uno o de los dos Estados Parte involucrados, en dar un margen más de seguridad, transparencia y cooperación en materia de adopción internacional. Estos acuerdos contribuyen, además, a una posible solución con respecto al tráfico de menores, siempre en clave de cooperación<sup>69</sup>.

En este estudio, no atenderemos cuestiones procedimentales en materia de adopción por desbordarse del objetivo marcado que es, estrictamente, cuestiones enmarcadas en los tres sectores del DIPr. Todas aquellas cuestiones relativas al procedimiento de una adopción internacional –ya sea una adopción internacional independiente o adopción internacional privada a través de una ECAI- requisitos, etcétera lo derivamos a otras contribuciones que ya han sido publicadas y que se detienen concretamente en esos aspectos puntuales<sup>70</sup>.

---

<sup>67</sup> Véase en González Martín, Nuria, *Adopción internacional. La práctica mediadora...*, *op. cit. supra*, pp. 268-274, el Anexo VI. Esquema del procedimiento a seguir para una adopción internacional en México y el Anexo VII. Expediente completo de adopción internacional con México.

<sup>68</sup> Los Estados partes pueden optar entre los diferentes modelos que ampara la norma convencional: 1. sistema de autoridades participativo con intervención imperativa de organismos acreditados, 2. sistema articulado exclusivamente a través de autoridades públicas, 3. sistema dualista que prevé ambas opciones, adoptado *ad. Ex.*, por España. Pérez Beviá, José Antonio y García Cano, Sandra, “Contribución de la Conferencia de La Haya a la globalización de los derechos del niño”, en Calvo Caravaca, Alfonso Luis, y Blanco-Morales Limones, Pilar (coords.) *Globalización y derecho*, Madrid, Colex, 2003, pp. 474-475.

<sup>69</sup> Las condiciones, concretas, que deben cumplir los acuerdos para que se consideren elaborados de conformidad al artículo 39.2 del Convenio de La Haya son: 1. Han de ser posteriores a la entrada en vigor del Convenio de La Haya de 1993 en los Estados participantes; 2. Deben tener como objetivo favorecer la aplicación del mismo en las relaciones recíprocas, así como no afectar reglas fundamentales de procedimiento; y 3. Se establece de forma imperativa el deber de transmisión de estos acuerdos al depositario del Convenio para que pueda darles publicidad según el artículo 48, inciso e), del Convenio de La Haya de 1993.

Para los dos temas enunciados, la práctica mediadora y los acuerdos bilaterales, véase González Martín, Nuria, *Adopción internacional. La práctica...* *op. cit. supra*, pp. 77-126.

<sup>70</sup> Para no dejar al lector en la incertidumbre, tómesese por ejemplo el detalle de los requisitos exigidos por la Autoridad Central mexicana para iniciar un trámite, o el detalle de los documentos que deben conformar un expediente de adopción internacional, en el que destacamos el documento principal, es decir, el certificado de idoneidad emitido por la Autoridad Central del Estado de recepción del menor o la viabilidad emitida por el Estado de emisión del menor. Asimismo, todos aquellos aspectos relacionados con el

De manera paralela, queremos subrayar que si bien el Convenio de La Haya de 1993, sólo se aplica entre países que lo han ratificado, sus principios inspiran las relaciones con los Organismos competentes de otros Estados e inspiran también los Protocolos de carácter institucional como los que tiene, por ejemplo, España con ciertos Estados para la coordinación de la tramitación de las adopciones internacionales<sup>71</sup>.

Como manifestamos, el marco jurídico que regula, de forma muy especializada, la adopción internacional es el comentado Convenio de La Haya de 1993, el cual se aplica en los casos de adopción internacional, es decir, en aquellas adopciones en que el niño y los adoptantes tienen su residencia habitual en diferentes Estados. En este tenor, el artículo 2º, párrafo primero, del Convenio de La Haya de 1993 expresa lo siguiente: “1. La Convención se aplica cuando un niño con residencia habitual en un Estado contratante (“el Estado de origen”) ha sido, es o va a ser desplazado a otro Estado contratante (“el Estado de recepción”), bien después de su adopción en el Estado de origen por cónyuges o por una persona con residencia habitual en el Estado de recepción, bien con la finalidad de realizar tal adopción en el Estado de recepción o en el Estado de origen”<sup>72</sup>.

De esta manera se pronuncia una doctrina mayoritaria, que entiende por adopción internacional el acto jurídico que celebran personas con residencia habitual<sup>73</sup> fuera del territorio nacional, independientemente de que sean

---

procedimiento de una adopción internacional, como decimos, por no ser objeto estrictamente del presente trabajo, invocamos su lectura a otras publicaciones que ya tenemos sobre el tema, tómesese como ejemplo, González Martín, Nuria, *Adopción internacional. La práctica... op. cit. supra*.

<sup>71</sup> Nos referimos a los Protocolos o Acuerdos que nacen con una clara vocación de nivelar los desequilibrios demográficos y socioeconómicos del mundo actual. La Administración española ha suscrito Protocolos o Acuerdos en materia de Adopción Internacional con Rumania, de 2 de abril de 1993; Perú, de 21 de noviembre de 1994; Colombia, de 13 de noviembre de 1995; Ecuador, de 18 de marzo de 1997; Bolivia, de 29 de octubre de 2001, *BOE* núm. 304, de 20 de diciembre de 2001 (este último Convenio de Bolivia, sustituye a dos acuerdos anteriores de 5 de abril de 1995 y de 21 de mayo de 1997); y Filipinas, de 12 de noviembre de 2002, *BOE* núm. 21, de 24 de enero de 2003. Véase González Martín, Nuria, “*Agreements on intercountry adoption subscribed between Spain and Romania, Perú, Colombia, Ecuador, Bolivia and the Philippines*” *Mexican Law Review*, IJ-UNAM, México, núm. 5, January-June 2006, versión electrónica, <http://www.juridicas.unam.mx>.

<sup>72</sup> Véase en cuanto a la constitución de la adopción a Calvo Caravaca, Alfonso Luís, “Globalización y adopción internacional” en Calvo Caravaca Alfonso-Luís, y Blanco-Morales Limones, Pilar, *Globalización y derecho*, Madrid, Colex, 2000, pp. 23 y ss.

<sup>73</sup> En cuanto a los puntos de conexión y en concreto al criterio de la residencia habitual para determinar la competencia legislativa en derecho internacional privado, véase Aguilar Benítez de Lugo, Mariano, “La familia en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLV, 1993, pp. 17 y ss.

ciudadanos de otro país o no. Bastará que tenga su residencia habitual fuera del territorio nacional para que se considere adopción internacional. Este concepto certero e indubitado que se da en el artículo 2, párrafo primero del Convenio de La Haya de 1993, previamente había sido contemplado en la Convención Interamericana de 1984, denotativo, por cierto, de la retroalimentación que ha tenido, en esta caso concreto, un convenio de La Haya de uno de corte interamericana.

Destacar, por otro lado, que hay un sector doctrinal con una clara tendencia a conceptualizar a la adopción internacional teniendo en cuenta todos y cada uno de los elementos internacionales que están aparejados a la misma (nacionalidad, ciudadanía, residencia, etcétera)<sup>74</sup>. Así tenemos, según dicho sector doctrinal, que la “adopción será internacional, y por ello relevante para el derecho internacional privado, cuando exista un elemento de extranjería en la relación, que puede ser: o bien la nacionalidad extranjera de una de las partes, o que alguna de ellas tenga su domicilio o su residencia en el extranjero, o que algunos actos ocurran en el extranjero”<sup>75</sup>. Se considera que cualquier diferencia ya sea de nacionalidad, domicilio o residencia entre las partes, supondrá la internacionalidad de la institución. La idea es, parece ser, no basarse sólo en los elementos personales sino que, atendiendo al lugar de celebración de los actos, baste con que alguno de ellos, no todos, se hayan celebrado en el extranjero para que la adopción se considere internacional. Por lo tanto, consideran que la adopción será internacional cuando se determine la nacionalidad extranjera, o el domicilio o residencia en el extranjero, del adoptante, del adoptado, o de ambos.

Esta postura, digamos, de apertura de la pluralidad de elementos de internacionalidad para conceptualizar la adopción internacional, ha sido acogida, recientemente, en España por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre de 2007, sobre

---

<sup>74</sup> Bouza Vidal, Nuria, “La nueva Ley 21/1987 de 11 de noviembre y su proyección en derecho internacional privado”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1987, p. 921, la autora, por ejemplo, llega a contabilizar hasta catorce supuestos distintos de adopción internacional autorizadas por autoridad española en España (al margen de las adopciones consulares y de las autorizadas por autoridad extranjera y reconocidas posteriormente en España). En todos estos supuestos, los elementos “extranjeros” que la autora combina son la nacionalidad y residencia de adoptante y adoptado. Cit. Por Adroher Biosca, Salomé, “Menores privados de su medio familiar” en Lázaro González, Isabel (Coord.) *Los menores en el derecho español*, Madrid, Tecnos, p. 408.

<sup>75</sup> Groffier, “L’adoption en droit international privé comparé” en *Revue Critique de Droit International Privé*, 1973, p. 604; Verwilghen, “La filiation adoptive en droit international privé belge. Etude des régles de conflicts de lois introduites a l’article 344 du code civil par la loi du 21 mars 1969”, *Revue du Notariat Belge*, p. 164, nota 8; Delupis, *International Adoptions on the Conflict of Laws*, Almquist Wikksell International, Estocolmo, 1975, p. 11 Cit. Por Brioso Díaz, Pilar, *La constitución de la adopción en derecho internacional privado*, Madrid, Ministerios de Asuntos Sociales, 1990, p. 5.

adopción internacional<sup>76</sup>; un criterio que no compartimos totalmente porque no atiende un logro y un avance que no fue fácil de conseguir, dejando abierta y desprotegida esta figura de la adopción internacional<sup>77</sup>.

La Convención de La Haya de 1993, expresamente dice, y esa es nuestra opinión, que se dirige a adopciones que establezcan exclusivamente un vínculo de filiación para el niño que va a ser desplazado a otro Estado contratante, la idea subyacente es tan sólo restringir el ámbito de la Convención a esas clases de adopciones, pero sin negar la eficacia o ignorar otras posibilidades para el cuidado de los niños.

## ii. Ámbitos de aplicación convencional

Por lo que toca a los tres ámbitos de aplicación, en relación a este Convenio de La Haya de 1993, tenemos que expresar lo siguiente:

a) *Ámbito de aplicación material-personal*. A grandes rasgos y con el ánimo de no reiterar los principios fundamentales que rige a esta normativa internacional, tenemos que el Convenio de La Haya de 1993, a través de la cooperación, fundamentalmente, trata de garantizar la correcta institución de la adopción internacional, evitando el tráfico ilícito, y además pone el acento en un complemento indispensable que supone el reconocimiento y ejecución de dicha constitución, evitando el otorgamiento de adopciones claudicantes.

Así, en su artículo 2.2 se establece el ámbito de aplicación material al establecer que son “las adopciones que establecen un vínculo de filiación”, enlazando, asimismo, con el artículo 3 que expresa: “el convenio deja de aplicarse si no se han otorgado las aceptaciones a las que se refiere el artículo 17, apartado c), antes de que el niño alcance la edad de dieciocho años”.

---

<sup>76</sup> Calvo Caravaca, Alfonso-Luis et Carrascosa González, Javier, *La ley 54/2007 de 28 de diciembre de 2007 sobre adopción internacional (Reflexiones y Comentarios)*, Comares, Granada, 2008, pp. 40-45.

<sup>77</sup> González Beilfuss al reseñar la obra arriba indicada de Calvo y Carrascosa, expresa textualmente que “si la Ley de Adopción Internacional –española- se aplica a todas las adopciones internacionales, de entrada hay que suponer que rige para todas ellas el artículo 4.1 b) de la misma, que establece que no se tramitarán solicitudes de adopción de menores nacionales de otro país o con residencia habitual en otro Estado, si no existe en el país una autoridad específica que controle y garantice la adopción. Aplicar, sin embargo, dicha regla a la adopción de un niño de nacionalidad marroquí residente en España y nacido en España llevaría con toda probabilidad a impedir la constitución de la adopción, pues al no reconocer Marruecos la institución de la adopción tampoco existirá autoridad competente y aún habiéndola no necesariamente aceptará intervenir si el niño ha nacido en España y ha residido siempre en España. Y aún si aceptara, no es probablemente lógico que una autoridad tan alejada del niño pueda impedir la constitución de la adopción”. *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 1, 2009.

En relación a este ámbito de aplicación material hay que hacer la observación que a tenor del artículo 40 que a la letra dice: “(...) no se admitirá reserva alguna al Convenio”, una cuestión que va paralela al ámbito de aplicación material. La imposibilidad de realizar reserva alguna implica una ventaja y una desventaja. La ventaja puede derivar en la unificación y armonización de la materia al no haber reservas por ningún Estado parte. La desventaja es que no se puedan alegar, por ejemplo, cuestiones de orden público, una cuestión que no siempre es conveniente.

b) *Ámbito de aplicación espacial.* El Convenio de la Haya de 1993 sólo se aplicará entre aquellos países que lo hayan ratificado y hasta la fecha, los Estados parte de este Convenio son: Alemania, Albania, Andorra, Australia, Austria, Bélgica, Bielorrusia, Brasil, Bolivia, Bulgaria, Burkina Faso, Burundi, Canadá, Colombia, Costa Rica, Chile, Chipre, Dinamarca, Ecuador, El Salvador, Eslovenia, Eslovaquia, España, Estados Unidos de América, Estonia, Filipinas, Finlandia, Francia, Georgia, Islandia, Israel, Italia, Lituania, Mauricio, México, Moldova, Mónaco, Mongolia, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, República Checa, Rumania, Sri Lanka, Suecia y Venezuela.

Siempre la balanza se desnivela hacia la ratificación de aquellos países que son, por excelencia, países de recepción de menores<sup>78</sup>, frente a los países de emisión de menores; salvo alguna honrosa excepción como es el caso de México, país de emisión de menores, que firmó y ratificó dicha Convención en primer lugar.

La política convencional debería derivarse precisamente en nivelar dicha balanza para que la interactuación entre países de emisión y de recepción se den las condiciones precisas para crear un trasiego transfronterizo transparente, lícito y gratuito. En la actualidad de los países latinoamericanos que son parte de la Convención tenemos que son de emisión: Brasil, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, México, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela.

c) *Ámbito de aplicación temporal.* Se firma en La Haya de 29 de mayo de 1993, con entrada en vigor internacional de 1 de mayo de 1995, de conformidad con el artículo 46 de la Convención se establece la entrada en vigor del mismo y el artículo 41 establece la irretroactividad.

Artículo 46: “1. El Convenio entrará en vigor el día primero del mes siguiente a la expiración de un periodo de tres meses después del depósito del tercer instrumento de ratificación, de aceptación o de aprobación prevista en el artículo 43.2. En lo sucesivo, el Convenio entrará en vigor: a) para cada Estado que lo ratifique, acepte o apruebe posteriormente, o se adhiera al mismo, el primer día

---

<sup>78</sup> En el que destacamos, desde abril de 2008, la entrada en vigor para los Estados Unidos de América, país que está a la cabeza de la recepción de las adopciones internacionales.

del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses después del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión; b) para las unidades territoriales a las que se haya hecho extensiva la aplicación del Convenio de conformidad con el artículo 45, el día primero del mes siguiente de la expiración de un período de tres meses después de la notificación prevista en dicho artículo”.

Artículo 41: “(...) el Convenio se aplicará siempre que una solicitud formulada conforme al artículo 14 sea recibida después de la entrada en vigor del Convenio en el Estado de origen y en el Estado de recepción”.

Por otra parte, aunque no directamente conectado con los ámbitos de aplicación, debemos expresar que este Convenio de La Haya de 1993 no establece ninguna cláusula de compatibilidad entre instrumentos internacionales que abarcan una misma materia, en este caso vemos el solapamiento de materias con el presente instrumento, el Convenio de La Haya de 1993, y la Convención Interamericana sobre adopción de menores de 1984. La ausencia de cláusula de compatibilidad es uno de los puntos débiles que debemos marcar en La Convención de La Haya de 1993 desde que ésta tenía que haber previsto su compatibilidad respecto de la existencia de un instrumento convencional anterior; así las cosas, no podemos achacarle a la Convención Interamericana la inexistencia de esta cláusula de compatibilidad desde que es un instrumento anterior en el tiempo y no podía prever la creación posterior de un Convenio. De esta forma la solución de la compatibilidad entre ambos instrumentos quedaría de la siguiente forma, para los Estados que tienen ratificada la Convención Interamericana se aplicará este instrumento y, para aquéllos que tienen ratificado el Convenio de La Haya se aplicará éste. Hasta aquí no parece haber complicaciones pero cómo solucionamos los Estados que coinciden en la ratificación de ambos instrumentos; la solución, a nuestro juicio, pasa por aplicar aquel instrumento que resulte más favorable para la constitución de una adopción.

### iii. Cooperación entre autoridades

El Convenio de La Haya de 1993, es un Convenio que no regula, exactamente, ninguno de los sectores relativos a la Competencia directa del DIPr, ni la CJI y ni el DA tal y como expresábamos de la Convención Interamericana, no tiene ese carácter bipartito al que hacíamos referencia en relación a dicha Convención.

Hay un sector doctrinal que relaciona la CJI en el Convenio de La Haya de 1993 con su capítulo III relativo a las “Autoridades Centrales y Organismos Acreditados”<sup>79</sup> y no está del todo mal encaminado si acogemos el concepto de jurisdicción según la cual ésta es “la aptitud legal de los órganos jurisdiccionales

---

<sup>79</sup> Rodríguez Jiménez, Sonia, *La protección de los menores...*, *op. cit. supra*, pp. 129 y ss.

y autoridades públicas de un Estado, considerados en su conjunto, para conocer de las controversias suscitadas por las situaciones privadas internacionales, ya pertenezcan a la jurisdicción contenciosa o a la voluntaria”<sup>80</sup>, esa aptitud legal, aptitud global, puede ser referida a los órganos jurisdiccionales o autoridades públicas en general y no sólo en relación a los órganos jurisdiccionales del Estado, es decir, puede venir referida por parte de notarios o registradores y/o de los jueces, puede venir entonces derivada de la autoridad central en materia de adopción internacional y/o de los jueces en materia familiar. No obstante, la referencia expresa que hace el Convenio de La Haya en su capítulo III, se refiere no tanto a la CJI sino a la cooperación internacional, una figura que ha ido tomando vigor en los últimos años y que en esta Convención concreta, toma un significado de primer orden; en este sentido, no confundamos la CJI con la cooperación internacional; cooperación que ya se denomina, por parte de una doctrina importante, como el cuarto pilar del DIPr<sup>81</sup> (junto a la CJI y DA –CJ directa- y reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras –CJ indirecta-).

La importancia de este cuarto pilar o si se prefiere considerarlo como el anexo del tercer sector, CJ indirecta, es reafirmar una situación actual de la preponderancia de la cooperación entre autoridades, eje fundamental en materia familiar internacional, ya que de no existir dicha cooperación entre autoridades, tanto administrativa como judicial, no se le podría dar sentido pleno al DIPr actual en donde hay una proliferación, tal y como venimos manifestando, de situaciones de adopción internacional, sustracción/restitución de menores, reclamo de alimentos para los menores y otros familiares, divorcio, nulidad matrimonial, etcétera.

#### iv. Efectos, reconocimiento y ejecución

La Convención de La Haya de 1993 expresa que cada Estado deberá reconocer el vínculo entre el niño y sus padres adoptivos, y la ruptura de la filiación preexistente del niño y sus padres biológicos, así como la responsabilidad que asumen los padres adoptivos; además en su artículo 29 se impide todo contacto entre los padres adoptivos y los biológicos, salvo casos excepcionales.

Otra cuestión importante a destacar es que los efectos o relaciones sucesorias entre adoptante y adoptado y entre éste y los familiares del adoptado, concretamente en la adopción plena, se regulan por la ley que rige la sucesión, no por la que rige los efectos de la adopción, aunque tal vez puedan coincidir. La Convención de La Haya de 1993 autoriza la conversión de la adopción semiplena en plena, siempre que los consentimientos otorgados en el Estado donde se constituyó la adopción se hubiesen expresado en tal sentido, artículo 27, aunque la

---

<sup>80</sup> Calvo Caravaca, Alfonso-Luís et Carrascosa González, Javier, *Derecho internacional privado...*, *op. cit. supra*, p. 71.

<sup>81</sup> Durán Ayago, Antonia, *La protección internacional...*, *op. cit. supra*, pp. 25 y ss.

práctica demuestra, tal y como se instaura en el Convenio de La Haya de 1993 que la adopción internacional sea plena.

En cuanto al reconocimiento de la adopción constituida en el extranjero, México la reconoce sin necesidad de realizar ningún trámite; es decir reconocimiento automático y no se requiere el procedimiento de exequatur. En este orden de ideas, la Convención de La Haya expresa que la adopción constituida en un Estado Parte deberá ser reconocida en los demás Estados Parte, salvo que se estime contraria al orden público, “teniendo en cuenta el interés superior del menor”.

También es reconocida la adopción constituida ante un cónsul si se cumplieron con las leyes del Estado acreditante y acreditado, y ello debido a que México es parte de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que da la posibilidad a los Estados para que sus cónsules realicen todo tipo de actos de estado civil, condicionados a la aceptación del Estado en el cual sean recibidos los cónsules y que les permitan realizar ese tipo de actos.

Por otro lado, México no tiene normatividad que permita a las autoridades revisar la ley aplicada en el extranjero para constituir la adopción.

Por último, expresar que la Convención admite el reconocimiento de la adopción:

1. del vínculo de filiación entre el niño y sus padres adoptivos;
2. de la responsabilidad de los padres adoptivos respecto al hijo;
3. de la ruptura del vínculo de filiación preexistente entre el niño y sus padres biológicos, si la adopción produce este efecto en el Estado contratante en que ha tenido lugar<sup>82</sup>.

### III. Conclusiones

Las conclusiones que podemos verter, de manera muy sintética, fundamentalmente al contenido de los distintos instrumentos internacionales ya sean codificados en un foro de ámbito regional como universal son las siguientes:

1. Con respecto a la Convención Interamericana de 1984 sobre adopción de menores:

---

<sup>82</sup> Péreznieto Castro, Leonel et Silva Silva, Jorge Alberto, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 2ª ed., Oxford University Press, México, 2006, pp. 286 y ss.

*Supera*

- el concepto de adopción internacional, determinando que para considerar a la adopción como internacional, el elemento fundamental que le da este carácter de internacionalidad, es la ubicación de adoptante(s) y adoptado(s) en Estados distintos;
- el concepto de adopción por extranjeros, tratando de evitar el encubrimiento de ilícitos;
- incluye la adopción plena para la adopción internacional;
- establece la ley aplicable, fundamentalmente, a los derechos sucesorios.

*Necesita superar*

- La práctica, casi rutinaria por parte de algunos Estados parte, de realizar declaraciones interpretativas o reservas a los convenios que pongan en peligro o en jaque avances realmente importantes en la materia. Nos referimos en concreto a la práctica, por poner un ejemplo, del gobierno mexicano de realizar, sistemáticamente, declaraciones interpretativas que suprimen una protección integral internacional de menores y que obvia el interés superior del mismo al dar la posibilidad de concertar adopciones internacional aún teniendo la misma residencia habitual adoptante(s) y adoptado(s), a tenor del artículo 20 de esta Convención Interamericana, con la posibilidad de un claro fraude a la ley<sup>83</sup>.
2. Con respecto a la Convención de La Haya de 1993 sobre protección de menores y cooperación en materia de adopción internacional:

*Supera*

- La generalidad del Convenio de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, a pesar de todas las bondades que el mismo representa;
- La poca efectividad, real y sustantiva, de los anteriores instrumentos internacionales, v. gr. Convención interamericana de 1984 sobre

---

<sup>83</sup> González Martín, Nuria, “Luces y sombras convencionales y autónomas en materia de adopción internacional. Contexto y proyección en México”, *Revista de Derecho Internacional Privado y Comparado*, México, 2009.

N. GONZÁLEZ MARTÍN

adopción de menores o más concretamente sobre la Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores de 1994.

*Necesita superar*

- La práctica diaria; una cuestión de una dimensión realmente importante;
- y su adecuación por los Estados parte, otra cuestión doblemente importante y de una envergadura sin parangón.