

143  
2EJ.



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO**

**FACULTAD DE DERECHO**

**SEMINARIO DE DERECHO CIVIL**

**LA ADOPCION INTERNACIONAL  
DE MENORES**

**T E S I S**

QUE PARA OPTAR AL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

ANTONIO EDUARDO CARRILLO LICEAGA

ASESOR DE TESIS: LIC. FLAVIO GALVAN RIVERA



**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

CD. UNIVERSITARIA, D. F.

JUNIO 1994



Universidad Nacional  
Autónoma de México



## **UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso**

### **DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



UNIVERSIDAD NACIONAL  
AVENIDA DE  
MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

Cd. Universitaria, D. F., a 20 de junio de 1994.

C. DIRECTOR GENERAL DE LA  
ADMINISTRACION ESCOLAR DE  
LA U.N.A.M.  
P R E S E N T E.

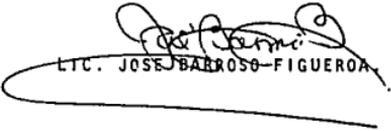
El alumno ANTONIO EDUARDO CARRILLO LICEAGA, pasante de la carrera de Licenciado en Derecho, ha estado inscrito en este Seminario a mi cargo, a fin de elaborar la tesis profesional intitulada "LA ADOPCION INTERNACIONAL DE MENORES".

Después de haber leído el trabajo recepcional aludido, estimo que satisface los requisitos que exige el Reglamento de Exámenes Profesionales y de Grado Aplicable, por lo que considero que puede ser imprimido para su ulterior sometimiento a sínodo en el examen profesional correspondiente.

Aprovecho la oportunidad para reiterarle las seguridades de mi más alta y distinguida consideración.

A t e n t a m e n t e.  
POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU  
El Director del Seminario.



  
LIC. JOSE BARROSO-FIGUEROA

JBf/1hij.

A mi madre.

A mis hermanas.

A Raúl Carrillo Silva.

**A la Universidad Nacional Autónoma de México.**

**A la Facultad de Derecho**

**Al Lic. Flavio Galván  
Rivera y al Dr. Víctor  
Carlos García Moreno.**

..... al Antiquo †

## I N D I C E

	PAGINA
INTRODUCCION	1
<b>CAPITULO I. LA ADOPCION</b>	<b>3</b>
A. NOTA PRELIMINAR	3
B. CONCEPTO DE ADOPCION	3
C. COMENTARIOS SOBRE CONCEPTO DE ADOPCION	6
D. ANTECEDENTES DE LA ADOPCION EN EL DERECHO ROMANO	6
E. ADOPCION PLENA Y SEMIPLENA	11
<b>CAPITULO II. LA ADOPCION EN EL DERECHO EXTRANJERO</b>	<b>13</b>
A. LA ADOPCION EN EL DERECHO FRANCES	13
B. LA ADOPCION EN EL DERECHO ALEMAN	18
C. LA ADOPCION EN EL DERECHO ITALIANO	22
D. LA ADOPCION EN EL DERECHO ESPAÑOL	25
E. LA ADOPCION EN EL DERECHO ARGENTINO	28
<b>CAPITULO III. LA ADOPCION EN MEXICO</b>	<b>35</b>
A. LA ADOPCION EN LA EPOCA PREHISPANICA	35
1. LA ADOPCION EN EL DERECHO AZTECA Y EN EL DERECHO MAYA	35

B.	LA ADOPCION EN LA EPOCA COLONIAL	35
C.	LA ADOPCION EN LA EPOCA INDEPENDIENTE	36
1.	LA ADOPCION EN EL CODIGO DE OAXACA DE 1928-1929	36
2.	LA ADOPCION EN EL PROYECTO DE CODIGO CIVIL DE JUSTO SIERRA	38
3.	LA ADOPCION EN EL CODIGO CIVIL DE 1870 Y CODIGO CIVIL DE 1884	39
4.	LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES DE 1917	39
5.	LA ADOPCION EN EL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL	41
a)	PERSONAS QUE PUEDEN ADOPTAR	41
b)	REQUISITOS QUE DEBEN TENER LAS PERSONAS QUE PUEDEN ADOPTAR	42
c)	PERSONAS QUE PUEDEN SER ADOPTADAS	43
d)	EFFECTOS DE LA ADOPCION	45
e)	REVOCACION DE LA ADOPCION	46
CAPITULO IV.	LA ADOPCION INTERNACIONAL DE MENORES	47
A.	ADOPCION INTERNACIONAL	47
B.	TRAFICO INTERNACIONAL DE MENORES	52
C.	LA ADOPCION EN LA CONFERENCIA PERMANENTE DE DERECHO INTERNACIONAL DE LA HAYA	55

a)	CONVENCION SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUBTRACCION INTERNACIONAL DE MENORES (25 DE OCTUBRE DE 1980)	55
b)	PROYECTO DE CONVENIO RELATIVO A LA PROTECCION DEL NIÑO Y LA COOPERACION EN MATERIA DE ADOPCION INTERNACIONAL (29 DE MAYO DE 1993)	59
D.	CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE CONFLICTO DE LEYES EN MATERIA DE ADOPCION INTERNACIONAL DE MENORES (24 DE MAYO DE 1984)	64
a)	PROYECTO DE LEY FEDERAL DE ADOPCION INTERNACIONAL	69
b)	ESTUDIO CONSTITUCIONAL DE LA ADOPCION INTERNACIONAL	71
E.	PROYECTO DE CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE TRAFICO INTERNACIONAL DE MENORES (MEXICO, DEL 13 AL 17 DE OCTUBRE DE 1993)	79
F.	CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE TRAFICO INTERNACIONAL DE MENORES (MEXICO, 18 DE MARZO DE 1994)	82
	CONCLUSIONES	86
	BIBLIOGRAFIA GENERAL	90

## I N T R O D U C C I O N

Sociológicamente es posible estudiar los factores que inciden en la oferta de menores en los países en desarrollo, así como la demanda de niños en los países desarrollados. Países ricos y de baja natalidad se interesan en incorporar niños en adopción provenientes de países subdesarrollados, con altas tasas de natalidad y en los que el fenómeno de la infancia abandonada se encuentra muy extendido. A menudo en estos países los mecanismos de integración del menor a un hogar estable están poco desarrollados y la adopción internacional viene a presentarse como una solución.

Sin embargo, la multinacionalidad creciente de las relaciones familiares han puesto de manifiesto la insuficiencia de soluciones del derecho convencional tradicional, por lo que se hace necesario la revisión y actualización del derecho internacional en estas áreas, de forma que contemple el estado actual de las relaciones familiares y la protección del menor cuando involucran a más de un Estado.

La adopción de un niño en el extranjero supone contar con un ordenamiento jurídico apropiado para atender dos cuestiones fundamentales, una de derecho internacional privado, que implica fijar la jurisdicción competente para otorgar la adopción, regular sus efectos, la ley aplicable y reconocimiento de decisiones judiciales, y el otro aspecto es el de instaurar un sistema de cooperación internacional para prevenir y sancionar el tráfico de menores.

El presente trabajo tiene por objeto hacer un análisis de la adopción y su relación con el tráfico de menores a la luz de algunos tratados internacionales e interamericanos.

Los tres primeros capítulos constituyen una monografía de la adopción. En el primero damos el concepto, sus modalidades y características; en el segundo, se hace un breve estudio comparado con la legislación de otros países y, en el tercero, exponemos la regulación legal de la adopción en México.

El cuarto capítulo es propiamente el análisis de instrumentos internacionales e interamericanos a los que hacemos algunas observaciones. Hacemos el estudio, fundamentalmente, de la aplicación de un tratado cuando un niño con residencia habitual en un Estado Parte es adoptado por personas con residencia habitual en otro Estado Parte, la observancia de determinadas condiciones para que proceda la adopción a verificarse en el Estado de origen del menor y en el Estado de recepción, designación de autoridades centrales por los Estados Parte, que controlarán el cumplimiento de dichas condiciones y a través de las cuales deberán canalizarse las adopciones con variadas funciones de colaboración e información y reconocimiento de adopciones, todo ello con la premisa de que debe existir plasmado en estas convenciones un riguroso sistema de protección al menor.

Debemos señalar que al hacer el estudio de la Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en materia de Adopción de Menores, de 1984 abordamos el interesantísimo tema de un tratado celebrado por el Ejecutivo Federal en materias para las cuales no tiene facultades y pretendemos solucionar este problema tan común en México.

No olvidamos que el goce efectivo de un derecho está determinado por condiciones económicas, sociales, culturales y políticas que seguidamente se presentan adversas, pero en este caso se puede incorporar a un sector importante de la población a condiciones de bienestar con la norma jurídica.

## CAPITULO I

### LA ADOPCION

#### A. NOTA PRELIMINAR

El hecho jurídico de la procreación provoca una situación permanente que el derecho reconoce para mantener un vínculo jurídico entre ascendientes y descendientes. La relación de derecho que existe entre el progenitor y el hijo recibe el nombre de filiación.

Por oposición a la filiación que resulta del vínculo de la sangre, se denomina filiación artificial o ficticia a la adoptiva. En efecto, la adopción crea un vínculo jurídico de filiación entre dos personas fuera de toda relación de sangre. Nace únicamente de las voluntades.

#### B. CONCEPTO DE ADOPCION

1. "La adopción es un acto de naturaleza mixta, un acto voluntario bilateral y un acto judicial a la vez".

"La adopción simple es, a la vez, un acto de voluntad bilateral y un acto judicial, por ser llamado el tribunal a controlar la existencia de los requisitos exigidos por el legislador, sobre todo los justos motivos de la adopción y las ventajas que presenta para el adoptado"<sup>1</sup>.

Critica: Esta definición manifiesta el criterio casi unánime en doctrina de que la adopción requiere como elemento esencial

---

<sup>1</sup> Mazeaud Henri y León y Jean Mazeaud, Lecciones de Derecho Civil, traducción de Luis Alcalá Zamora y Castillo de la primera edición, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América 1959, parte primera, volumen III, pag. 545.

de la aprobación judicial, sin especificar el tipo de vínculo jurídico que se establece entre adoptante y adoptado.

2. Es la adopción la creación artificial por contrato de la filiación legítima, sin que entre en consideración la descendencia fisiológica<sup>2</sup>.

Critica: Contempla únicamente la relación de Derecho que nace, es decir, un parentesco civil análogo a la filiación legítima.

3. "Es la adopción un acto jurídico que crea entre dos personas un vínculo de parentesco civil, del que se derivan relaciones análogas (aunque no idénticas) a las que resultan de la paternidad y filiación legítimas"<sup>3</sup>.

Critica: Este concepto omite señalar la voluntad del Estado a través del Juez para la constitución de la Adopción.

4. "Por la adopción una persona mayor de veinticinco años, por propia declaración de voluntad y previa la aprobación judicial, crea un vínculo de filiación con un menor de edad o un incapacitado"<sup>4</sup>.

Critica: El maestro mexicano Ignacio Galindo Garfias no considera el acuerdo de voluntades entre adoptante y el representante del adoptado, y si bien una institución debe explicarse con base en las leyes del país que la regula, es positivista en exceso al señalar el requisito de la edad.

---

<sup>2</sup> Lehmann Heinrich, Tratado de Derecho Civil, traducción de la segunda edición alemana de José Ma. Navas Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1953. Vol. IV pág. 352.

<sup>3</sup> Castán Tobeñas José, Derecho Civil Español, Común y Foral, Séptima Edición, Madrid: editorial. Volumen II, pág. 191.

<sup>4</sup> Galindo Garfias Ignacio. Derecho Civil, Quinta edición, México, D.F. Editorial Porrúa, 1982, pág. 652.

5. "La adopción moderna no tiene otro objeto que el de la adopción romana, o sea permitir el paso de uno a otro grupo familiar, porque el adoptado acumula los derechos, y en parte también los deberes relativos a la familia de origen con los de la nueva. Los fines de la adopción moderna son mas que dar hijos a quien no los ha procreado, crear en el adoptado una situación moral y también patrimonial más favorable. La relación civil que se forma con la adopción se adecua en cierto modo, a la ordinaria estructura de la relación natural: adoptio enim naturam imitatur."

"No es fácil definir la naturaleza del acto con que se da origen a la adopción. Por constituir un presupuesto de la misma el consentimiento de las partes, hace pensar en un negocio bilateral, pero en realidad, la relación se constituye por un decreto del tribunal correspondiente, que no se limita al acreditamiento de los requisitos formales requeridos por la ley. Tenemos, por consiguiente, un acto complejo de derecho familiar"<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Trabucchi Alberto, Instituciones de Derecho Civil, Traducción de la decimoquinta edición italiana por Luis Martínez-Calcerrada, Editorial Revista Derecho Privado; Madrid, 1967. Tomo I, págs. 316 y 317.

### C. COMENTARIO SOBRE EL CONCEPTO DE ADOPCION

La definición, a nuestro juicio más acertada, es la del jurista italiano Trabucchi, sólo nos restaría ser más concretos por lo que sugerimos el siguiente concepto:

**La Adopción es un negocio<sup>6</sup> jurídico plurilateral de Derecho Familiar, por el que se crea un parentesco civil entre un menor de edad o incapaz con otra u otras personas, previa la aprobación judicial.**

El concepto transcrito nos parece el adecuado en virtud de que se trata de manifestaciones de voluntad cuyo fin directo es crear, con fundamento en una regla de derecho, una situación jurídica permanente que consiste en un parentesco con la debida aprobación del juez que es lo que da existencia y validez a la adopción.

### D. ANTECEDENTES DE LA ADOPCION EN EL DERECHO ROMANO<sup>7</sup>

Debemos señalar cómo estaban consideradas las personas en la familia romana para entender las formas de la adopción en aquel Derecho. Se dividían en dos clases, el sui iuris o pater familias, sin que tal denominación haga referencia al hecho de que tenga o no hijos, ni tampoco al que sea o no mayor de edad. La condición de

---

<sup>6</sup> Empleamos el término negocio, que nos adherimos a la teoría tripartita que distingue:

1. el hecho jurídico que contempla a) Los acontecimientos de la naturaleza que provocan consecuencias de derecho con total abstracción de la voluntad humana como la Accesión. b) Acontecimientos producidos por la naturaleza en los que interviene la persona humana pero no su voluntad como la muerte o el nacimiento.
2. Actos jurídicos.- Interviene la voluntad en la realización del acontecimiento pero no con la intención de provocar efectos jurídicos como el homicidio intencional o la gestión de negocios.
3. Negocio jurídico.- Es una manifestación de voluntad con el propósito de crear consecuencias de derecho en forma lícita como es el contrato.

Cfr. Raúl Ortiz Urquidí, Derecho Civil, Tercera edición, Editorial Porrúa, México 1986, págs. 235-250.

<sup>7</sup> Cfr. Juan Iglesias, Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado, Sexta edición, Editorial Ariel, Barcelona-México 1972, págs. 534-538.

pater familias sólo se predica respecto al varón no sujeto al poder familiar romano, y siempre en cuanto que es o puede ser jefe de familia.

El sometido al poder familiar, cualquiera que sea su edad o sexo, es persona alieni iuris. Estos romanos alieni iuris podían realizar actos jurídicos, pero su capacidad respectiva no era más que un reflejo de la capacidad del pater familias bajo cuyo régimen se encontraban.

En el Derecho Romano la adopción es el acto jurídico por virtud del cual un extraño ingresa como filius en una familia. Según que el adoptado sea un alieni iuris o un sui iuris se distingue la adopción en dos formas: adoptio y adrocatio.

1. La Adoptio antigua, modelada de acuerdo con los principios inspiradores de la familia Agnaticia determina la adquisición de una potestad nueva, con plena extinción de la precedente.

El adoptado, en efecto, se desliga de la familia originaria, para unirse en nombre, agnación, religión, gens, tribu, etc., con la familia en que es recibido.

El pater puesto de acuerdo con un tercero, le vende el filius por tres veces consecutivas, con el pactum fiduciae de manumitirlo. Como consecuencia de las dos manumisiones, hechas en la forma de vindicta, que siguen a las dos primeras ventas, el pater recobra la potestad sobre el filius. A la tercera venta no subsigue una manumisión, que si tal ocurriera quedaría el filius emancipado, sino una remancipatio al pater contra el cual formula luego el adoptante una imaginaria reivindicación del filius como propio -vindicatio in patriam potestatem-. Dado que la adopción se verifica injure y ante el pretor en Roma, y ante el gobernador, en las provincias, dicese de ella que tiene lugar imperio-magistratus.

En la época justiniane, la adopción se verifica de acuerdo con un procedimiento simple: el adoptante, el adoptado y el padre de éste se presentan ante la autoridad judicial competente, tomándose nota de la declaración concorde del antiguo y del nuevo pater.

El adoptante, según el nuevo régimen, debe tener, cuando menos, dieciocho años más que el adoptado.

Justiniano distingue dos clases de adopción: la adoptio plena y la adoptio minus plena. La primera es la hecha por un ascendiente del adoptado, y produce los mismos efectos que la clásica, en términos que el filius se desliga totalmente de su familia originaria, para hacerse miembro de la nueva familia; la segunda deja al adoptado bajo la potestad de su padre original (natural), y sólo le otorga un derecho de sucesión legítima sobre los bienes del adoptante. Puesto que la Adoptio minus plena no confiere la patria potestad, se permite que las mujeres puedan adoptar para consuelo de la pérdida de sus hijos.

2. Adrogatio implica la absorción de una familia por otra. El adrogatus, sujeto sui iuris, sufre con capitis diminutio, que le convierte en alieni iuris. El arrogado, así como los individuos sometidos a su potestad, entran bajo el poder paterno del arrogante, que adquiere también su entero patrimonio (sucesión universal intervivos).

Al principio la arrogación ha de cumplirse según determinadas formas y garantías teniendo en cuenta que acarrea una grave alteración del régimen familiar. Verificase el acto populi auctoritate, es decir, ante los comicios curiados, presididos por el pontífice, que interroga al arrogante para que declare si quiere que el arrogado se haga filius familias suyo, al arrogado para que declare si se muestra conforme con esto, y al pueblo para que declare su aprobación. Decaída la asamblea curiada, hacia fines de la República, el populus es representado por los treinta lictores,

dirigiéndose entonces las interrogaciones al arrogante y al arrogado.

La Adrogatio per populum sólo tiene lugar en Roma, sede de los comicios curiados.

Las mujeres no pueden ser arrogadas, ya que ni la misma muerte de su pater las libra de seguir en la condición de filiae familias, y cuando la antigua potestad sobre ellas ejercida cedió lugar a la tutela, su situación fue semejante a la de los impúberes.

Tampoco pueden ser arrogados los impúberes, porque el tutor no tiene autoridad bastante para convertir al pupilo en homo alieni iuris.

La arrogación de las mujeres fue concedida en la época postclásica.

En la época imperial la nueva forma por rescripto del príncipe acaba sustituyendo a la vieja de la adrogatio per populum. La arrogación puede verificarse ahora en las provincias, ante el gobernador.

#### **EFFECTOS:**

- a) El nuevo pater familias adquiere en bloque los bienes del arrogado, operándose una verdadera sucesión.
- b) El arrogante no responde de las deudas contraídas por el arrogado, a no ser que se trate de deudas hereditarias.
- c) El pretor concedió a los acreedores una acción útil contra el adrogatus, con la ficción de que no hubo pérdida de estado, y si éste no se defiende contra tal acción, se confiere a aquellos la facultad de vender

todos los bienes que le hubieran pertenecido de no haberse sometido a una potestad ajena. Además se confirió la actio de peculio contra el arrogante.

#### MEDIDAS FIJADAS POR ANTONINO PIO

- a) El arrogante debe restituir el patrimonio al arrogado en caso de que lo emancipe.
- b) El arrogado tiene derecho a la cuarta parte de los bienes del arrogante cuando éste lo emancipe sin justa razón o lo desherede.
- c) El arrogante debe restituir el patrimonio a los herederos que hubiera tenido el arrogado, de haber muerto sui iuris.

#### REQUISITOS DE LA ADROGATIO EN LA ULTIMA EPOCA

- a) El arrogado debe manifestar su consentimiento de un modo expreso.
- b) El arrogante ha de tener, cuando menos, sesenta años.
- c) No puede arrogar quien tiene hijos o está en condiciones de poder tenerlos.
- d) No puede ser arrogada, a no ser de modo excepcional, una persona de mejor posición económica que el arrogante.
- e) No está permitido arrogar a más de una persona.

## E. ADOPCION PLENA Y SEMIPLENA

La institución de la adopción ha evolucionado en dos especies, la adopción ordinaria y la legitimación adoptiva o adopción plena.

En uno y otro caso "la adopción debe tener justo motivo" y presentar siempre ventajas para el adoptado.

Por medio de la adopción ordinaria (adoptio minus plena) tal como se le conoce en nuestro Código Civil, el adoptado sigue siendo extraño para los parientes del adoptante y sólo adquiere el derecho a recibir alimentos del adoptante, a heredar a este último y a usar el apellido del adoptante; si bien entra el adoptado bajo la patria potestad de quien lo adopta, siguen vivos los vínculos de parentesco con su familia consanguinea. A éste tipo de adopción minus plena, se debe la escasa aceptación de la institución en nuestro medio social.

En la legitimación adoptiva o adopción plena, los cónyuges adoptantes, no deben tener descendencia consanguinea en el momento de la adopción y el vinculo matrimonial debe haber subsistido entre ellos, por un lapso cuando menos de diez años.

El adoptado forma parte de la familia de quienes lo adoptan porque es considerado hijo nacido de matrimonio. La legitimación adoptiva, sólo tiene lugar cuando se trata de menores de cinco años, aunque esta edad puede ser dispensada por los tribunales, cuando el adoptado fue acogido de hecho por quienes lo adoptan, con una anterioridad mínima de cinco años.

La adopción plena, procede solamente cuando se trata de un niño abandonado o de padres desconocidos o de un menor de la edad antes señalada que se encuentre en la orfandad.

"En 1939, por decreto ley del 29 de julio, Francia asiste a una profunda revisión del régimen de la adopción, avanzando sobre el de la Ley de 1923 que la admitía tanto para mayores como para menores. Si bien se mantendrá la eventualidad de la adopción de mayores, se incorporará por vez primera al Derecho Positivo Familiar una institución nueva destinada a mejorar las condiciones de los niños de corta edad, hijos de padres desconocidos y niños abandonados, respondiendo al deseo de los adoptantes que buscan niños libres de todo vínculo de sangre con su familia. Tal, la legitimación adoptiva"<sup>8</sup>.

Esta nueva forma de la adopción no se limita ya, como antes, a establecer un vínculo paterno-filial entre adoptante y adoptado confiriendo a aquél la patria potestad sobre el segundo, sino que incorporó al adoptado, en forma definitiva e irrevocable, a la familia de sangre del adoptante y, sustrae al adoptado de la suya propia, extinguiéndose todo vínculo con sus padres y parientes consanguíneos. Esta legitimación adoptiva fue incorporada por el Decreto Ley francés de 1939, manteniéndose al lado de la adopción ordinaria. En 1966 se modificó el C.C. francés con la Ley. A partir de entonces se denomina a la legitimación adoptiva *Adoptaron pleniere*.

---

<sup>8</sup> Zanolí Eduardo A. Derecho Civil, Derecho de familia; 2da. edición, Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1989. Tomo II, pág. 531.

## CAPITULO II

### LA ADOPCION EN EL DERECHO EXTRANJERO

#### A. LA ADOPCION EN EL DERECHO FRANCÉS<sup>9</sup>

##### 1. GENERALIDADES

Lo más importante a destacar del Derecho Francés es la creación de la Legitimación Adoptiva o Adopción Plena el 29 de julio de 1939 ya que es una institución que satisface las exigencias de las personas que desean adoptar y al mismo tiempo otorga mayor protección al menor, se llega a asimilar, casi por completo, al adoptado con un hijo legítimo.

Se hace un análisis interesante sobre la posibilidad de que se pueda adoptar a los hijos naturales y se concluye que no existe impedimento legal alguno para su procedencia.

##### REGULACION

##### QUIEN PUEDE ADOPTAR

a) Mujeres.- Tanto las mujeres como los hombres son capaces de adoptar. La adopción romana, cuyo objeto principal era conferir la patria potestad, sólo se permitía a los hombres, porque esta potestad no podría pertenecer a las mujeres, como hemos señalado en el capítulo I.

b) Solteros.- Aun cuando la adopción tenga por objeto suplir la falta de posteridad legítima, no es necesario que el adoptante sea casado.

---

<sup>9</sup> Cfr. Planiol Marcel y Georges Ripert, Tratado Elemental de Derecho Civil, traducido por José M. Cajica Jr., segunda edición México: Cárdenas editor y distribuidor, 1991, volumen II, págs. 220-237.

El Proyecto de la comisión de redacción exigía, por el contrario, el matrimonio: era necesario ser o haber sido casado; simplemente se quería remediar la infecundidad de ciertas uniones. Sin embargo, esta condición especial fue finalmente rechazada. Por consiguiente, los solteros pueden adoptar.

c) Sacerdotes católicos.- Los sacerdotes católicos pueden adoptar. Ninguna duda cabe al respecto desde que la jurisprudencia admitió la validez del matrimonio de los sacerdotes y, sobre todo, desde la separación de la Iglesia y del Estado. El único ejemplo conocido de adopción hecha por un sacerdote se remonta a la Revolución.

d) Extranjeros.- Como la adopción es una institución creada por el legislador, hasta 1923, se considero como un derecho civil negado a los extranjeros. Era necesario, por tanto, que el adoptante fuese francés (jurisprudencia definida); pero el art. 345 reformado permite la adopción a los extranjeros. Esta adopción no produce ningún cambio de nacionalidad en el adoptado. sin embargo provoca conflictos de leyes, situación que será analizada en el capítulo IV.

e) Condiciones requeridas en la persona del adoptante.- Como la adopción tiene por objeto dar una paternidad ficticia a las personas que no tienen hijos, se exigen del adoptante dos condiciones.

1° Debe haber llegado a una edad en que ya no pueda esperar tener hijos. Esta edad fue fijada primeramente por el Código, a los 50 años cumplidos para ambos sexos (ant. art. 343), y se redujo en 1923 a 40 (art. 344 reformado).

2° No debe haber ningún hijo o descendiente legítimo el día de la adopción (ant. 343; 344 reformado).

Además, el Código Civil exigía que el adoptante tuviese buena reputación (ant. art. 355). Esta exigencia ha desaparecido de los actuales textos, pero los nuevos artículos 345 y 363, exigen que la adopción presente ventajas para el adoptante, lo que amplía la misión de los magistrados encargados de aprobar el contrato.

f) Ausencia de hijos.- Según el nuevo artículo 344, los hijos legítimos son los únicos que constituyen un obstáculo para la adopción. La exigencia de un hijo natural, aún no reconocido, no impide que su padre adopte otro; pero al legitimarse el hijo natural, ya no es posible la adopción, puesto que se asimila a los legítimos. En cuanto al hijo adoptivo, su presencia no impide una segunda adopción: se pueden adoptar varios hijos al mismo tiempo o sucesivamente.

g) Efecto de la existencia de un hijo legítimo.- La existencia de un hijo o descendiente legítimo al día de la adopción la hace nula, y como esta nulidad se establece en interés de los hijos legítimos, basta, para que se produzca, que el hijo esté concebido el día de la adopción; no es necesario que ya haya nacido. Pero la superveniencia, después de la adopción, de un hijo legítimo o la legitimación de uno natural anteriormente nacido, no afecta los derechos del adoptivo. La adopción es definitiva cuando se ha celebrado válidamente; el art. 355 reformado, supone la concurrencia de los hijos adoptivos, en la sucesión del adoptante, con hijos legítimos nacidos de la adopción.

#### **PERSONAS QUE PUEDEN SER ADOPTADAS**

Ausencia de distinción por razón del sexo.- Tanto las mujeres como los hombres pueden ser adoptados.

a) Posibilidad de adoptar a los menores.- El Código de Napoleón exigía que el adoptado fuese mayor (ant. art. 346). En esa época se consideraba necesario el consentimiento personal. Actualmente el

punto de vista ha cambiado: la adopción debe funcionar, sobre todo, en favor de los menores de edad; es una institución de caridad, destinada a asegurar el porvenir de los menores abandonados o de los hijos de padres sin posibilidades económicas. Por ello, la Ley del 19 de junio de 1923 permitió y reglamentó la adopción de los menores ( art. 348 y 360 reform.). Quizás se hubiera podido limitar la aplicación de la ley a los menores huérfanos, pues las costumbres son poco favorables a una transmisión convencional de la patria potestad.

b) Adopción de la misma persona por ambos cónyuges.- Nadie puede ser adoptado por varias personas (ant. art. 344, 346 reformados); una segunda adopción desempeñaría la misma función que la primera. Sin embargo, la ley exceptúa el caso en que se trate de dos esposos, lo que es muy natural; la adopción, destinada a imitar la naturaleza, puede dar al hijo adoptado, un padre y una madre. Dos cónyuges pueden adoptar como hijo, a la misma persona, simultánea o sucesivamente.

c) Caso en que el adoptado es pariente del adoptante.- No es necesario que el menor adoptado sea extraño al adoptante; puede ser su pariente; por ejemplo, un tío que adopta a su sobrino, un abuelo que adopta a su nieto.

d) Adopción de los hijos naturales.- La cuestión de saber si una persona puede adoptar a su hijo natural, ha sido vivamente discutida. Únicamente se plantea respecto a las personas cuya filiación es legalmente cierta, puesto que si no ha habido ni reconocimiento ni sentencia, siendo desconocida la filiación, a los ojos del derecho, nada puede impedir que el hijo sea adoptado por su padre o por su madre.

La Corte de Casación se sirvió de un solo argumento que parece sólido: El Código determina las condiciones de la adopción; en ninguna parte ha dicho que el hijo natural no podía ser adoptado

después de haber sido reconocido; los límites impuestos a la capacidad del hijo natural no se refieren a la adopción. Ahora bien, las incapacidades son de derecho estricto: por tanto, la adopción del hijo natural es posible. Puede agregarse, para los que lamentan la desaparición de la legitimación por escrito, que la adopción no confiere derechos hereditarios tan extensos como la legitimación. En 1897, de 95 hijos adoptados, 26 eran naturales de los adoptantes; en 1899, de 73, 13 lo eran, y de éstos, 7 estaban legalmente reconocidos.

#### **ADOPCION PLENA**

a) Requisitos de fondo. Para integrar el consentimiento se necesita únicamente el consentimiento de los adoptantes, no se exige del hijo el de su representante legal, ni el de su familia.

Los adoptantes deben estar casados y no separados de cuerpos. No deben tener ni hijos, ni descendientes legítimos, deben tener 40 años de edad, sin embargo si llevan más de 10 años sin haber tenido hijos, hasta con que uno de ellos tenga 35 años.

El adoptado debe tener menos de 5 años; debe estar abandonado por sus padres o deben haber muerto o ser desconocidos.

b) Requisitos de forma. La legitimación adoptiva es un acto judicial. El tribunal debe proceder obligatoriamente a una investigación sobre las cualidades del adoptante y solicitar el parecer de la persona o la de la institución que haya custodiado al niño. En caso de no observarse lo anterior podrá invocarse la nulidad de la adopción.

La resolución que emita el tribunal es constitutiva, y tiene autenticidad absoluta.

c) Publicidad. Es muy sumaria, consiste en una simple mención al margen del acta de nacimiento.

El hijo pierde todo vinculo con su familia de origen. Sólo subsisten los impedimentos para el matrimonio.

## B. LA ADOPCION EN EL DERECHO ALEMAN<sup>10</sup>

### GENERALIDADES

El carácter que se le da a la adopción en este derecho es el de proporcionar al adoptante un sustitutivo de los descendientes legítimos, una perpetuación de la familia sin poner énfasis en la formación del adoptado.

Esto lo percibimos por la forma en que se tratan de dirimir los intereses contrapuestos de los parientes naturales del adoptado y los nuevos parientes que entran en lugar de aquellos.

Por un lado conserva el adoptado derechos y deberes para con su familia consanguinea como el deber de Alimentos, por otro lado no hace entrar totalmente al adoptado en la familia del adoptante, ilimitando los efectos de la adopción.

---

<sup>10</sup> Cfr. Lehmann, op.cit. págs. 352-363.

## **REGULACION**

Requisitos que deben reunir las personas que desean adoptar.

a) Al tiempo de la conclusión del contrato no debe tener el adoptante ningún descendiente legítimo. Se opone igualmente a la adopción la existencia de hijos de matrimonio nulo equiparados a los legítimos, así como la de hijos legitimados.

b) El adoptante tendrá que haber cumplido los cincuenta años, ya que desde esa edad no cabe esperar que tenga hijos propios, habrá además, de tener dieciocho años más, como mínimo, que el adoptante, ya que en otro caso no puede originarse una verdadera relación paterno filial.

c) Es indiferente el sexo del adoptante. Si está casado necesita el consentimiento de su cónyuge.

d) Un matrimonio puede adoptar en comun a un hijo. Cabe también que un hijo adoptado sea adoptado mas tarde por el cónyuge del adoptante.

e) No es posible la adopción del pupilo por el tutor mientras éste desempeña el cargo. El Tribunal de tutelas no debe dar su aprobación a la adopción del pupilo por el tutor o curador, que cesaran en su encargo, mientras no hayan rendido cuentas.

## **FORMALIDAD**

El contrato de adopción precisa ser confirmado por el Tribunal competente. El contrato entra en vigor con la firmeza de la confirmación; los contratantes estan, sin embargo, vinculados por el contrato desde antes de la confirmación.

## **EFFECTOS DE LA ADOPCION**

1. El hijo adquiere la situación jurídica de hijo legítimo del adoptante, pero no de su cónyuge. a menos que sea adoptado también por éste o que se tratara de su hijo, en cuyo caso obtendrá la situación jurídica de hijo legítimo de los cónyuges.

Los efectos del contrato de adopción, en relación con el adoptante, son los siguientes:

a) El adoptado adquiere parentesco con el adoptante, surgiendo, en consecuencia. un deber recíproco de alimentos como entre padres e hijos legítimos.

El deber de alimentos del adoptante precede al de los parientes naturales del adoptado: la misma norma es aplicable para la obligación de dote.

b) El adoptado adquiere el apellido del adoptante, siéndole lícito añadir a su nuevo apellido el anterior, siempre que ello no esté excluido en el contrato de adopción.

c) Si el adoptado es menor de edad entrará bajo la patria potestad del adoptante en todos sus efectos, es decir, con inclusión de los derechos de administración y disfrute del patrimonio.

e) Corresponde al adoptante, y no a los padres naturales, el derecho a prestar consentimiento para el matrimonio del hijo adoptivo.

f) Por lo que respecta a los parientes naturales del adoptado no se alteran, en principio, los derechos y obligaciones que derivan de la relación de parentesco. Se mantiene, por ejemplo, el recíproco derecho sucesorio.

g) Los padres naturales pierden la patria potestad y la madre ilegítima el derecho y el deber al cuidado de la persona.

h) Subsiste el deber recíproco de alimentos. Sin embargo, al deber de alimentos de los parientes naturales frente al hijo adoptivo y sus descendientes, incluidos en la adopción, precede el deber de alimentos del adoptante.

#### **NULIDAD Y SUPRESION DE LA ADOPCION**

1) La falta de algún requisito legal da lugar a la nulidad de la adopción, a pesar de que haya sido confirmada judicialmente. Según la opinión dominante, ésta no subsana los defectos de la conclusión del contrato.

El contrato de adopción es nulo en caso de simulación y cuando atenta contra las buenas costumbres. Esto se supone cuando la adopción sólo obedece a la finalidad de cambiar el apellido, faltando conscientemente la intención de fundar una relación de carácter familiar.

2) Al lado de la posibilidad de destruir la adopción, con efecto retroactivo, mediante impugnación, admite la ley la posibilidad del contrato de supresión de la adopción, que elimina para el futuro los efectos de la adopción.

a) El contrato de supresión de la adopción se concluirá entre todos aquellos a los que se extienden los efectos de la adopción, es decir, el adoptante o los padres adoptivos, el adoptado y los descendientes.

b) El contrato de supresión de la adopción está sujeto a las mismas normas que el contrato de adopción. No puede, por lo tanto, sujetarse a condición o a términos.

c) La supresión anula los efectos de la adopción para el futuro con la firmeza de la decisión judicial que confirme la supresión.

3) La supresión de la adopción no modifica las relaciones jurídicas entre el hijo adoptivo y sus padres naturales; no renace la patria potestad de éstos, de suerte que el hijo adoptivo estará eventualmente sujeto a tutela.

La relación de adopción se suprime, por ministerio de la ley, cuando el adoptante contrae matrimonio con el adoptado o un descendiente de éste, entre los cónyuges se extingue con ello automáticamente la relación de adopción.

#### C. LA ADOPCION EN EL DERECHO ITALIANO<sup>11</sup>.

##### GENERALIDADES

Un aspecto fundamental de la adopción en el Derecho Italiano es que la relación a que da origen queda circunscrita al adoptante y adoptado, la misma no se comunica al cónyuge y parientes del adoptante, ni a la familia del adoptado. Sólo contempla la adopción semiplena.

##### REGULACION

Requisitos legales para que pueda nacer la relación de adopción.

a) Diferencia de edad. La ley exige una diferencia de edad de al menos dieciocho años entre el adoptante y adoptado reducibles a dieciséis, cuando la adopción se autorice al que ha alcanzado los cincuenta años.

---

<sup>11</sup> Cfr. Messineo Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial, traducción de Santiago Senties Melendo, Editores jurídicos Europa-América, Libro de Edición argentina, 1979. Tomo III, pag. 165.

b) El derecho de que el adoptante haya cumplido los cincuenta años, exceptualmente, bastan los cuarenta.

c) Que el adoptante no tenga descendientes legítimos.

d) Que tanto el adoptante como el adoptado o su representante legal si no ha cumplido los dieciocho años, manifiesten su voluntad de constituir entre si la relación de adopción.

e) Que exista el asentamiento del cónyuge, si lo hay, del adoptante; y el asentamiento del cónyuge y de los progenitores, si viven, del adoptado, aun cuando éste sea mayor de edad.

#### **EFFECTOS**

1. Situación de hijo legítimo.- La legitimidad del adoptado se refiere a una institución legal no a la imitación de la relación natural que existe con hijos habidos de matrimonio porque pueden adoptar solteros o casados. "La legitimidad se refiere a la Ley que sanciona esta nueva relación paterno-filial".

2. La adopción no hace salir al adoptado de su familia consanguinea y patria potestad. La primera parte del artículo 403 del Código Civil determina: "los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural, no se extinguen por la adopción, excepto la patria potestad que será transferida al adoptante". Es decir, subsisten los derechos y obligaciones que se derivan del parentesco, la relación alimenticia y la vocación hereditaria. El principal efecto es la transmisión de la patria potestad.

3. Impedimentos.- A través de la adopción se genera un impedimento que es dirimente, ya que el adoptante no puede contraer matrimonio con el adoptado o sus descendientes en tanto dure el lazo jurídico resultante de la adopción.

4. Alimentos.- La obligación alimentaria nace del parentesco civil que sólo existe entre adoptante y adoptado, sin embargo el adoptante no queda liberado en relación con su familia consanguínea.

5. Bienes.- El adoptante es el administrador de los bienes del adoptado, es además su representante en juicio o fuera de él y le corresponde la mitad del usufructo de los bienes del adoptado.

6. Sucesión.- Entre adoptante y adoptado se genera el derecho a la sucesión legítima. El adoptado hereda como un hijo; pero no hay derecho de sucesión entre adoptado y los parientes del adoptante. Si concurren los padres adoptantes y descendientes del adoptado, los primeros sólo tendrán derecho a alimentos.

Pueden concurrir los adoptantes con ascendientes del adoptado, en cuyo supuesto "la herencia de éste se dividirá por partes iguales entre los adoptantes y los ascendientes. Si concurre el cónyuge del adoptado con los adoptantes, las dos terceras partes de la herencia corresponde al cónyuge y la otra tercera parte a los que hicieren la adopción.

7. Nacionalidad.- La adopción no genera para el adoptado el cambio de nacionalidad.

#### **e) Extinción de la adopción.**

1. Revocación.- La adopción puede ser revocada en los casos expresamente previstos en la Ley; por indignidad del adoptado o adoptante (arts. 306 y 307) o por razones de buenas costumbres a iniciativa del Ministerio Público (art. 308).

2. Nulidad.- Messineo menciona el caso de fraude a la ley cuando se pretende adoptar a un hijo natural incestuoso o adulterino, en tal caso, la adopción puede ser declarada nula. (art. 293)

3. Muerte.- Esta es la causa natural de terminación de casi todas las instituciones del derecho. La muerte del adoptante, o de los adoptantes, en caso de matrimonio, o bien la muerte del adoptado terminan la adopción.

#### **D. LA ADOPCION EN EL DERECHO ESPAÑOL<sup>12</sup>.**

##### **GENERALIDADES**

El Código Español, contrariando la evolución histórica de la adopción, la regula en beneficio casi exclusivo del adoptante, apenas se otorgaba al hijo adoptivo derecho alguno de carácter legal, pues el derecho al nombre y los derechos sucesorios sólo se le reconocerán en el caso de que expresamente se haya pactado.

La Ley de Reforma de 1958 modifica el anterior criterio y establece que entre adoptante y adoptado existirán los mismos deberes y derechos que hay entre padres e hijos.

La legislación española desde 1958 regula los dos tipos de adopción plena y semiplena en tres sectores: la primera relativa a las disposiciones generales, la segunda referente a la adopción plena y la tercera a la adopción menos plena.

Expondremos primeramente los requisitos comunes a las dos formas de adopción para después analizar cada una de ellas.

##### **REGULACION**

###### **A) Requisitos.**

a) Personales.- Personas que pueden adoptar. El artículo 173 del Código Civil español preceptua "Pueden adoptar quiénes se hallan en

---

<sup>12</sup> Cfr. Castán op.cit., págs. 191-195.

**pleno uso de sus derechos civiles y hayan cumplido la edad de treinta y cinco años. El adoptante ha de tener, por lo menos, dieciocho años más que el adoptado".**

Los requisitos básicos son dos: la plena capacidad de obrar y la edad, el de tener treinta y cinco años y llevar dieciocho de diferencia. En el Derecho Español no cabe dispensa de estos requisitos.

No pueden adoptar además de las personas que no cumplan los anteriores requisitos, las que están comprendidas en alguna de las prohibiciones establecidas en la Ley y que son:

1. Los eclesiásticos.- Tiene su fundamento en el deseo de evitar todo tipo de juicios temerarios.

2. A los que tengan descendientes legítimos, ilegítimos o hijos naturales reconocidos.- El fundamento de esta prohibición suele verse, y de hecho de quien tiene descendientes no necesita el consuelo de la adopción, ya en los conflictos que podrían producirse entre los hijos adoptivos y los verdaderos.

3.- Al tutor respecto de su pupilo hasta que le hayan sido aprobados definitivamente sus cuentas.

4.- Al cónyuge, sin consentimiento de su consorte.

**B) Personas que pueden ser adoptadas.-** Para ser adoptado se requiere, con arreglo al artículo 173 del Código Civil Español, ser al menos, dieciocho años más joven que el adoptante. Si el adoptado es menor o incapaz, ha de hacerse constar en el expediente de adopción el consentimiento de las personas que debieran darlo para su matrimonio, y si fuere casado, el de su cónyuge.

**1.- Efectos**

**a) Apellidos.-** El adoptado puede usar los del adoptante como únicos apellidos si la adopción es plena, ya con su apellido familiar, si la adopción es menos plena.

**b) Alimentos.-** Antes de la reforma de 1958, existía un derecho preferente de alimentos para los hijos legítimos, legitimados o reconocidos.

**c) Derechos sucesorios.-** La Ley Española reconoce al adoptado los derechos sucesorios que el adoptante le haya concedido en la escritura de adopción.

#### **Derechos del adoptante**

**1.- Patria Potestad.-** Gozará de todos los derechos derivados de ésta.

**2.- Licencia Matrimonial.-** Corresponde al adoptante la facultad de dar licencia para el matrimonio del adoptado.

**3.- Alimentos.-** Tiene el adoptante el derecho de recibir alimentos del adoptado.

#### **Especialidades de la adopción plena.**

Sólo vale la pena mencionar dos aspectos: en relación a las personas que pueden adoptar los conyuges, deben vivir juntos y tener más de cinco años de matrimonio, en relación a las personas que pueden ser adoptadas, el Código Español dispone que únicamente podrán ser adoptados los abandonados o expósitos que, siendo menores de catorce años, lleven más de tres en tal situación, o siendo mayores de catorce años, fueran prohijados antes de ésta edad por los adoptantes.

## **E. LA ADOPCION EN EL DERECHO ARGENTINO<sup>13</sup>.**

### **GENERALIDADES**

La ley 19.134, promulgada el 21 de julio de 1971 prevee los dos tipos de adopción. En este derecho la institución a estudio participa de los caracteres generales ya mencionados anteriormente pero nos parece una regulación con mejor técnica jurídica.

Dos aspectos a mi parecer hay que mencionar:

1. Tratandose de los menores abandonados para el caso de la adopción plena no basta la exigencia del hecho susceptible de provocar la pérdida de la patria potestad, sino la sentencia que así lo declare puesto que esta sanción no se produce de pleno derecho.

2. La posibilidad de que el tribunal acuerde la adopción simple, no obstante haberse peticionado la adopción plena. El artículo 21 de la ley 19.134 dispone que es facultad privativa del juez o tribunal, cuando sea más conveniente para el menor y concurren circunstancias excepcionales, otorgar la adopción simple. El otorgamiento podrá ser únicamente de oficio y no deberán atenderse a su respecto peticiones de las partes.

Creemos que es una disposición acorde con la lógica, por ejemplo, cuando se solicita la adopción del hijo del cónyuge es obvio que corresponde decretar la adopción simple y no la plena y que en ésta se extinguen los vínculos consanguíneos con su familia de origen.

---

<sup>13</sup> Cfr. Zannoni. Op.cit., pág. 592.

## PRESUPUESTOS SUBSTANCIALES DE AMBAS ESPECIES DE ADOPCION.

a) Adopción de menores.- Dispone el artículo 1º de la Ley 19.134. "La adopción de menores no emancipados podrá tener lugar por resolución judicial, a instancia del adoptante". De ello, se deduce claramente que puede ser adoptado todo menor de veintiún años de edad no emancipado por matrimonio, al tenor de lo dispuesto por el artículo 131 del Código Civil.

b) Adopción del hijo mayor del otro cónyuge. "El adoptante debe ser por lo menos, dieciocho años mayor que el adoptado. Nadie puede ser adoptado por mas de una persona, salvo que los adoptantes sean cónyuges. No se exige esta condición cuando el cónyuge sobreviviente adopta al hijo adoptado de su esposo o esposa", reza el artículo 3º de la Ley 19.134 y que es un complemento del último párrafo del artículo 2º. "Sólo cabe adoptar a personas mayores de esa edad (dieciocho años), cuando lo hace el cónyuge con respecto al hijo adoptivo de su esposa o esposo".

En la exposición de motivos de estos artículos se permitía la adopción de mayores tratándose del hijo adoptivo del cónyuge de quién pretende adoptar.

- No se aludía al hijo de sangre, legítimo o extramatrimonial, pero tal posibilidad se infiere del artículo 6º, en cuanto no se exige que quién pretende adoptar haya tenido al menor bajo su guarda durante el término mínimo de un año cuando se adopta al hijo o hijos de su cónyuge.

c) Adopción del propio hijo extramatrimonial.- También se encontraba prevista la posibilidad de adoptar al propio hijo extramatrimonial. Ello resultaba de la interpretación de los artículos 2º y 6º de la Ley 19.134, en su redacción original, el primero en cuanto no exigía la diferencia de edad mínima (dieciocho años) entre adoptante y adoptado cuando se adoptare al hijo propio,

y el segundo no imponía el término de guarda cuando se adopta al hijo o hijos extramatrimoniales.

La Ley Argentina era decreciente al hacer la distinción de los hijos, sin embargo, subsanó este error en la Ley 23.264, al establecer mediante el nuevo artículo 240 del Código Civil, que la filiación matrimonial y la extramatrimonial producen los mismos efectos, equiparó ambas categorías de hijos, en consecuencia, eliminó las previsiones de la Ley 19.134 que permitía la adopción del hijo extramatrimonial.

Es obvio que si no existe ya la antigua discriminación, carece de objeto la utilización de la adopción como medio para elevar la calidad jurídica de un status filii que es, ahora, idéntica entre el hijo y sus progenitores, sean estos casados o no.

d) Adopción por quienes tienen descendientes. Se admite la adopción por quien tiene descendientes tanto matrimoniales como extramatrimoniales, pero deberán observarse dos disposiciones específicas para el caso.

1.- Se faculta al juez para oír a los descendientes matrimoniales o extramatrimoniales si lo considerase necesario, siendo mayores de ocho años de edad.

Esta facultad, prudentemente asumida por el juzgador, le permitirá reunir una impresión de conjunto sobre la adopción a acordar, detectando como recibirán aquellos a su nuevo hermano adoptivo.

2.- Cuando existiere más de un hijo legítimo, o más de un hijo adoptivo, sólo podrá acordarse la adopción con carácter de excepción, estableciéndose en la sentencia que la acuerde, que beneficia al menor adoptado y no crea perjuicios al núcleo familiar del adoptante.

## **1.- PERSONAS QUE PUEDEN ADOPTAR.**

El artículo 15 de la Ley establece que podrá ser adoptante por adopción plena, cualquiera que fuere su estado civil, toda persona que reuna los requisitos establecidos en las disposiciones de la presente Ley y no se encuentre comprendida en sus impedimentos.

El artículo 15 añade que el viudo o viuda sólo pueden adoptar en esta forma, "cuando la guarda del menor hubiera comenzado durante el matrimonio y el periodo legal -un año- se completará después de la muerte de uno de los cónyuges".

Un aspecto sumamente criticado en la Ley Argentina, es que se admite la adopción por el padre o la madre, separadamente, respecto de quiénes el adoptado será reputado a la vez hijo legítimo de uno de ellos y extraño con respecto al otro.

Evidentemente, los fines de la institución aparecen desnaturalizados en virtud de que si la adopción plena sustituye la filiación de origen, consanguinea, esa sustitución debe alentarse cuando el adoptado se integre como hijo en un ámbito familiar que posibilite el desarrollo de las potencialidades que le fueron negadas por la familia de sangre o que ésta no logró brindarle.

### **CARACTERES GENERALES DE LA ADOPCION PLENA.**

- a) La adopción plena es irrevocable.
- b) Impide, una vez acordada, todo reconocimiento del adoptado por sus progenitores consanguíneos o el ejercicio de reclamación de la filiación.
- c) La patria potestad corresponde al adoptante y si el menor fuese adoptado por los conyuges, su ejercicio corresponde a ambos.

d) El adoptado adquiere, en la familia consanguínea del o los adoptantes, idénticos vínculos de parentesco a los que establece la filiación legítima, por lo tanto, se le aplicarán las normas relacionadas a los impedimentos matrimoniales, vocación hereditaria, transmisión del apellido del adoptante, derecho y obligación alimentaria, etc.

## **2.- PERSONAS QUE PUEDEN SER ADOPTADAS.**

La ley Argentina dispone que sólo podrá otorgarse respecto de los menores.

a) Huérfanos de padre y madre.

b) Que no tengan filiación acreditada.

c) Cuando los padres hubieran perdido la patria potestad sobre el hijo.

d) Cuando lo hubiesen contratado a un establecimiento de beneficencia pública.

e) Por haber sido abandonados en la vía pública.

## **3.- IRREVOCABILIDAD DE LA ADOPCION PLENA.**

El artículo 18 de la Ley 19.134, establece la irrevocabilidad de la adopción plena. Lo cual significa que, aun cuando desaparecieran las motivaciones esenciales que separe la institución, el vínculo jurídico familiar creado por la adopción plena es definitivo, salvo la eventual nulidad que lo afectara.

## **ADOPCION SIMPLE**

### **CARACTERES GENERALES DE LA ADOPCION SIMPLE.**

a) Los derechos y deberes que resultan del parentesco de sangre del adoptado no quedan extinguidos por la adopción, excepto los de la patria potestad que se transfieren al padre adoptivo.

b) El adoptante tendrá la administracion y usufructo de los bienes del adoptado.

c) Revocarán por justos motivos. El inciso a) del artículo 28 de la Ley 19.134, admite la revocacion, como acto unilateral que deja sin efecto la adopción, por haber incurrido el adoptado o el adoptante en indignidad, en los supuestos previstos por el Código Civil para impedir la sucesión y por haberse negado Alimentos sin causa justificada.

### **NULIDAD DE LA ADOPCION**

a) Es nula la adopción otorgada por un incapaz o por quién está impedido por una prohibición expresa en la Ley como el tutor mientras no hayan rendido las cuentas de la tutela.

b) La nulidad será absoluta cuando la adopción acordada afecte en forma sustancial y permanente normas o principios que tutelan el interés de la moral o de la Ley específicamente en el ámbito de las relaciones familiares creadas por la adopción. El Derecho argentino especifica dos supuestos: 1. La edad del adoptado, es decir, que no sea mayor de edad, ya que sólo se admite la adopción de menores, y 2. La diferencia de edad entre adoptante y adoptado que debe ser como mínimo de dieciocho años.

c) Zannoni<sup>14</sup> nos dice que en la Ley 19.134 se ha omitido aludir a la violación de los requisitos formales exigidos por la Ley del acto constitutivo que preveía la anterior Ley y la 13.252. Entenderá que el único requisito formal exigido por la Ley era que la sentencia emanara de juez competente. su falta implicaría la inexistencia de la adopción.

Lo anterior se adecua al concepto emitido por nosotros en el capítulo I. Se trata de un negocio jurídico plurilateral, la voluntad del Estado a través del juez integra el consentimiento, en ausencia de esta voluntad el negocio es inexistente por ser el consentimiento junto con el objeto, elementos esenciales del negocio jurídico.

---

<sup>14</sup> Zannoni. Op.Cít. Tomo II, pág. 592

## CAPITULO III

### LA ADOPCION EN MEXICO

#### A. LA ADOPCION EN LA EPOCA PREHISPANICA

##### 1. LA ADOPCION EN EL DERECHO AZTECA Y EL DERECHO MAYA

En el Derecho Azteca y Maya no encontramos la Adopción propiamente dicha y regulada formalmente. Existía una especie de adopción por comportamiento. Algunas madres atendían a menores que no fueran hijos propios alimentándolos, procuraban su buena salud y se les proporcionaba una educación cuando los padres habían fallecido.

El otro supuesto es el de que un guerrero perecía en una batalla y el Estado se encargaba de formar a los menores que habían quedado sin ascendencia.

#### B. LA ADOPCION EN LA EPOCA COLONIAL

Dentro del parentesco de los indígenas en la época colonial encontramos una figura que se puede relacionar con la adopción y éstos eran los entenados.

"Entenado o entenada, o ondado o ondada, es aquel que le faltó su padre o su madre, y que está en poder de su padrastro o madrastra. El buen entenado o entenada, es humilde, recogido, tiene acatamiento y reverencia; el entenado travieso y bellaco es atrevido y presuntuoso, hacen del grave cuando le mandan, o achacasejes murmurador o detraedor, a todos menosprecia y tiene en poco"<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> De Sahagún Fr. Bernardino. Historia General de las cosas de Nueva España, Octava Edición; México: Editorial Porrúa, 1992, pág. 549.

Suponemos que existía una relación paterno-filial con todos los deberes y derechos como si fuera hijo legítimo sin tener la certeza de su situación en caso de sucesión legítima.

### C. LA ADOPCION EN LA EPOCA INDEPENDIENTE

#### 1. LA ADOPCION EN EL CODIGO CIVIL DE OAXACA DE 1828-1829.

#### CODIGO CIVIL PARA EL GOBIERNO Y EL ESTADO LIBRE DE OAXACA (1828-1829)<sup>16</sup>

La adopción en éste Código está regulada en 20 artículos que incluyen normas de procedimiento.

Empieza por establecer que sólo es permitida a las personas de uno y otro sexo que tengan más de cincuenta años de edad, no tengan descendientes legítimos al momento de adoptar, no estén ordenados in sacris y que por lo menos tengan quince años más que los individuos que se proponen adoptar.

La facultad de adoptar podrá ser ejercida en favor de un individuo, a quién en su minoría de edad y por seis años a lo menos, se le hubiesen dado auxilios no interrumpidos o en favor de alguno que hubiese salvado la vida al adoptante, en un combate o sacandolo de las llamas.

En el segundo caso bastara que el adoptante sea mayor, de más edad que el adoptado, que no tenga descendientes legítimos, y si es persona casada, que su consorte consienta en la adopción.

---

<sup>16</sup> Cfr. Ortiz Urquidí Raúl, Oaxaca, Cuna de la codificación iberoamericana, Primera edición; México: Editorial Porrúa, 1973, págs. 145-147.

En cuanto a los efectos podemos senalar los siguientes:

- a) La adopción conferirá el apellido del adoptante al adoptado.
- b) El adoptado permanecerá en su familia natural y conservará todos los derechos y deberes para con ella, en consecuencia la obligación de darse reciprocamente alimentos continuará vigente.
- c) La obligación de dar alimentos es común y recíproca entre adoptante y adoptado cuando alguno tuviere necesidad de ellos.
- d) El adoptado no adquirirá derecho alguno de suceder sobre los bienes de los parientes del adoptante, pero tendrá los mismos derechos que tendría si fuese hijo de un matrimonio, para heredar al adoptante, aun cuando este tuviere otros hijos.
- e) Si el adoptado muriere sin descendientes legítimos las cosas que le fueran dadas por el adoptante o herederos de este, y que existiesen en la misma especie al tiempo de la muerte del adoptado, volverán al adoptante o a sus descendientes, el resto de sus bienes pertenecerán a sus parientes naturales.

#### **PROCEDIMIENTO**

Como hemos mencionado en este Código están incluidas las normas adjetivas que establecen:

- a) La persona que se proponga a adoptar y la que quiera ser adoptada se presentarán ante el alcalde del domicilio del adoptante, quién recibirá por escrito la declaración del consentimiento del adoptado, este cartel permanecerá fijado por espacio de un mes, y concluido este término el alcalde pondrá a su calce certificación de haberse fijado y lo remitirá al juez de primera instancia del domicilio del adoptante para que se agregue a las diligencias.

b) El juez averiguará si concurren todas las circunstancias de ley en las partes y si la persona que desea adoptar goza de buena reputación.

c) Hecho lo anterior y sin otra forma de proceso el juez pronunciará su sentencia en éstos términos: "Ha lugar o no ha lugar a la adopción".

Los herederos del adoptante si juzgaren que la adopción no es admisible, podrán presentar sus observaciones y documentos al juez.

En el mes siguiente el juez remitirá el expediente íntegro a la primera sala de la corte de justicia.

Este tribunal dos meses después del estudio del expediente pronunciará confirmará o revocará la primera sentencia.

## **2. LA ADOPCION EN EL PROYECTO DE CODIGO CIVIL DE JUSTO SIERRA**

**PROYECTO DE UN CODIGO CIVIL MEXICANO, FORMADO DE ORDEN DEL SUPREMO GOBIERNO POR EL DR. JUSTO SIERRA.**

Este instrumento jurídico no regula la adopción, se limita a establecer los requisitos para que un menor sea considerado hijo legítimo. La filiación de éstos se prueba por la partida de nacimiento, y en su defecto por la posesión constante del estado de hijo legítimo.

La posesión de estado de hijo legítimo se acredita por una reunión de circunstancias que concurren a probarla, tales como el uso constante del apellido del padre con anuencia de éste y el trato que como tal hijo ha recibido de su padre, de su familia y del público.

Los hijos naturales se legitimarán únicamente por el subsiguiente matrimonio de sus padres, y se considerarán iguales a los legítimos para todos los efectos legales.

**3. LA ADOPCION EN EL CODIGO CIVIL DE 1870 Y CODIGO CIVIL DE 1884**

En los Códigos Civiles de 1870 y 1884 no encontramos disposición alguna relativa a la adopción. En el primero, en relación al parentesco el artículo 190 decía que la ley no reconoce más parentesco que los de consanguinidad y afinidad. En lo relativo a los actos del estado civil no se hace mención a un acto de adopción.

Lo anterior se reproduce en el código de 1884 y sólo establece el parentesco en los términos ya señalados.

**4. LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES DE 1917**

La Ley sobre Relaciones familiares tiene todo un capítulo para la adopción, que define como "el acto legal por el cual una persona mayor de edad acepta a un menor como hijo, adquiriendo respecto de él todos los derechos que un padre tiene y contrayendo todas las responsabilidades que el mismo reporta, respecto de la persona de un hijo natural" (Art. 220). Es de destacarse que se consideraba la relación de la adopción semejante a la habida con un hijo natural, y como tal fue calificado, por el artículo 186, todo hijo nacido fuera de matrimonio. Esto contradice a la doctrina general que acepta que la adopción genera una filiación legítima.

En la exposición de motivos se reconoce la novedad de esta reglamentación, y al hacer mención a la patria potestad se señalaba que el establecimiento, que es "novedad entre nosotros, no hace más que reconocer la libertad de afectos y consagrar la libertad de contratación que, para este fin, no sólo tiene un objeto lícito, sino con frecuencia muy noble".

Podía adoptar toda persona mayor de edad y adoptaba libremente a un menor. No se hacía referencia a la edad del adoptante, ni a la edad del adoptado. También podían adoptar hombre y mujer que estuvieren casados. La mujer solo podía adoptar cuando el marido lo permitía, pero éste podría lograr la adopción sin el consentimiento de la mujer, aún cuando carecía del derecho de llevar al hijo adoptivo a vivir en el domicilio conyugal.

En cuanto a los efectos, se estableció que el menor adoptado tendría los mismos derechos y las mismas obligaciones para con la persona o personas que lo adoptaban, como si se tratara de un hijo natural (Art. 229). El padre o padres de un hijo adoptivo tendrían respecto a la persona del menor los mismos derechos y obligaciones que respecto de la persona de los hijos naturales (art. 230). El artículo 231 limitaba los derechos y obligaciones "única y exclusivamente a la persona que la hace y aquella respecto de quién se hace, a menos que al hacer la adopción el adoptante exprese que el adoptado es hijo suyo, pues entonces se considerará como natural reconocido".

Congruente con la exposición de motivos ya mencionada, el artículo 232 señalaba que la adopción voluntaria podría dejarse sin efectos, siempre que así lo solicitara el que la hizo y consintieran en ella todas las personas que consintieron en que se efectuase. Es decir, si de un acto jurídico o contrato se trataba, las mismas partes que lo celebraban lo podían terminar.

De lo expresado se deduce que se trataba de una adopción simple, pues se limitaba la relación jurídica al adoptante y adoptado.

**5. LA ADOPCION EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL**

**a) Personas que pueden adoptar.**

**1. Criterio General.-** En principio puede adoptar cualquier persona que la ley no prohíba, en consecuencia pueden adoptar hombres y mujeres, solteros o cónyuges nacionales o extranjeros.

**2. Parientes consanguíneos.-** No es necesario que entre adoptante y adoptado no exista parentesco. Válidamente puede adoptar un tío a su sobrino, un abuelo a su nieto, un padre a su hijo natural. En nuestra legislación no existe prohibición alguna, sólo deberá observarse el requisito de la edad previsto en la ley.

**3. Tutor y Curador.-** El Código Civil en su artículo 393 permite la adopción del pupilo por su tutor siempre y cuando se hayan aprobado definitivamente las cuentas de la tutela. En relación al curador, no hay prohibición alguna por lo que podrá adoptar siempre que no exista algún interés pendiente.

**4. Concubinos.-** Es preciso analizar la situación desde dos puntos de vista: el primero, si los concubinos en forma conjunta pueden adoptar, y el segundo, si lo pueden hacer individualmente.

Por lo que hace al primer aspecto, no tienen la posibilidad legal de adoptar en virtud de que el concubinato es un hecho jurídico ilícito al que se le reconocen algunos efectos que no satisfacen los requisitos de la adopción, ya que nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo si se trata de cónyuges.

De lo anterior podemos derivar que en forma individual tampoco es posible, por tratarse de una situación irregular y contraria a derecho.

**5. Sacerdotes.-** La legislación mexicana no prohíbe expresamente esta situación y en base al principio "lo que no está prohibido, está permitido", podría considerarse legalmente posible y válida aunque no parece aconsejable por la propia función sacerdotal. Doctrinalmente esta posibilidad es rechazada casi unánimemente con dos argumentos: se estima que viola la obligación del celibato eclesiástico o que puede encubrir un hijo natural.

**6. Extranjero.-** No hay ningún impedimento para que los extranjeros puedan adoptar, pero el artículo 68 de la Ley General de Población, impone al Juez del Registro Civil la comprobación de la legal estancia en el país del extranjero. Al extranjero se le aplican las leyes en los mismos términos que a los nacionales.

**b) Requisitos que deben tener las personas que pueden adoptar.**

Las personas que deseen adoptar, deben reunir las siguientes cualidades:

**1. Pleno ejercicio de sus derechos.-** Es decir, debe tener capacidad de goce y de ejercicio, sin estar comprendido en las limitaciones que establece la Ley <sup>17</sup>.

**2. Medios económicos suficientes.-** La Fracción I del artículo 340 del Código Civil determina en relación a las cualidades del adoptante: Que tiene medios bastante para proveer a la subsistencia y educación del menor o al cuidado y subsistencia del incapacitado, como de hijo propio, según las circunstancias de la persona que trata de adoptar".

**3. Debe ser benéfica para el adoptado.**

---

<sup>17</sup> Artículos 24 y 450 del Código Civil.

4. Que el adoptante sea de buenas costumbres.- Se trata de crear una relación jurídica de filiación por lo que deben exigirse valores morales para garantizar una mejor formación del adoptado.<sup>18</sup>

5. Buena salud.- El artículo 923 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, previene que debe exigirse un certificado médico que lo compruebe.

6. Edad.- Independientemente de la edad del adoptante y adoptado, debe haber entre ambos una diferencia de diecisiete años.

**c) Personas que pueden ser adoptadas.**

1. Hijos extramatrimoniales.- El Código Civil nada previene al respecto, sin embargo, podemos hacer la siguiente consideración: en nuestro Derecho no se hace ninguna distinción entre los hijos en relación a su nacimiento, los hijos habidos de matrimonio o fuera de él tienen los mismos derechos, por lo que sería mejor su reconocimiento o legitimación por el matrimonio de sus padres, toda vez que son irrevocables y se establece un parentesco en relación a toda la familia.

2. Huérfanos.- La patria potestad la ejercen los abuelos y éstos deberán dar su consentimiento. En caso de que no hubiera quién ejerza la patria potestad, opera la tutela.

3. Menores abandonados.- No existe disposición expresa que defina el abandono de menor. Si interpretamos la fracción IV del artículo 444 del Código Civil podemos estimar que se considera abandono de algún menor o incapaz, cuando carezca de persona que le asegure la guarda, alimento y educación, durante un plazo mayor de seis meses.

---

<sup>18</sup> Artículo 390, fracción III.

**4. Hijos cuyos padres hubieran perdido la patria potestad.-** Si la patria potestad la perdieran los padres y hay abuelos, corresponde a éstos otorgar el consentimiento.

**5. Adopción del hijo del cónyuge.-** Esta situación puede presentarse cuando alguno de los cónyuges hubiera tenido un hijo antes de casarse y sólo éste lo hubiera reconocido; o también en caso de divorcio y segundo matrimonio, habiendo hijos del primero.

Tratándose de divorciados vueltos a casar con hijos, existe contradicción en el Código entre el artículo 403, que parece permitir ésta adopción y el artículo 446 del mismo Código, que establece que el nuevo marido no ejercerá la patria potestad sobre los hijos del matrimonio anterior, y el artículo 419, que previene que la patria potestad sobre el hijo adoptivo la ejercerá únicamente la persona que lo adopte, lo que parece excluir al padre o madre consanguíneos que se hubieran casado en segundas nupcias y aceptaron que su nuevo consorte adopte a su hijo.

Esta señalada contradicción hay que resolverla. No se puede aceptar que la haya dentro de un mismo ordenamiento legal. Estimo que debe prevalecer lo dispuesto en la última parte del artículo 403 del Código Civil, por ser una disposición más reciente que las otras ...debemos tomar en cuenta que no en todo caso de divorcio se pierde la patria potestad. En el caso de divorcio por mutuo consentimiento judicial, en cuyo caso ambos padres conservan la patria potestad aun cuando el hijo esté bajo la custodia de alguno de ellos. Por lo contrario, en caso de divorcio , el juez decidirá sobre la pérdida, suspensión o limitación de la patria potestad, según el caso, y en especial a la custodia y cuidado de los hijos.

Para hacer aplicables las tres disposiciones legales, se podría concluir que el adoptante, cónyuge de otro quien tuviere hijos de un primer matrimonio, puede adoptarlos si el otro

progenitor hubiere perdido la patria potestad o se le hubiera suspendido, en cuyo caso prevalece lo dispuesto por el artículo 403 y deja de aplicarse el 446, que rige para todos los otros casos.

**6. Entre consanguíneos.-** En general prevalece el criterio en Doctrina de que no es necesario que el adoptado sea extraño al adoptante.

Una adopción que se verifique entre tío y sobrino parece no tener inconvenientes, sin embargo entre hermanos se antoja impropia en virtud de la relación paterno-filial que genera la adopción.

#### **d) Efectos de la Adopción**

**1. Situación de hijo legítimo.** La legitimidad se refiere a la Ley que sanciona esta nueva relación paterno-filial y no necesariamente a igualarlos con hijos habidos de matrimonio en virtud de que pueden adoptar solteros.

**2. Relación entre adoptante y adoptado.** La relación jurídica se limita al adoptante y adoptado. Sus efectos no se extienden a los otros miembros de la familia, aún cuando pueden verse afectados en el caso de sucesión legítima al haber otro miembro que puede excluirlos o limitarlos en sus aspiraciones hereditarias.

**3. la adopción no hace salir al adoptado de su familia consanguínea.**

**4. Patria Potestad.** A nuestro parecer es el principal efecto de la adopción con el riesgo de que se generen problemas en virtud de que el adoptado mantiene sus relaciones jurídicas con su familia de origen.

**5. Parentesco.** La adopción genera el parentesco civil que es el que nace de la adopción y solo existe entre el adoptante y adoptado de

acuerdo con el artículo 295 del Código Civil para el Distrito Federal.

**6. Impedimentos.** La adopción genera un nuevo impedimento, que es dirimente, toda vez que el adoptante no puede contraer matrimonio con el adoptado o sus descendientes en tanto dure la adopción.

**7. Alimentos.** La obligación de alimentos nace del parentesco y se encuentra reglamentada en el artículo 307 del Código Civil, sin embargo el adoptado no queda liberado en relación con su familia consanguínea.

**8. Apellido.** De acuerdo con el artículo 395 del Código Civil, el adoptante podrá darle nombre y sus apellidos al adoptado, debiéndose hacer las anotaciones correspondientes en acta de adopción.

#### **e) Revocación de la adopción**

En nuestro Derecho se contemplan dos posibilidades para revocar la adopción, la primera cuando las dos partes así lo convengan o bien, por ingratitud del adoptado, ambas situaciones previstas en el artículo 405 del Código Civil para el Distrito Federal.

Respecto a la revocación voluntaria se requieren el consentimiento de ambas partes, del adoptado cuando sea mayor y del adoptante; si el adoptado es menor, deberán oírse a las personas que prestaron su consentimiento para la adopción, y a falta de ellas, al Ministerio Público y el Consejo de Tutelas.

En relación a la revocación por ingratitud se hace referencia a conductas que configuren delitos en contra del adoptante, o por formular denuncia o querrela en contra de éste por algún delito o si se rehusa el adoptado a dar alimentos al adoptante que ha caído en pobreza.

## C A P I T U L O   I V

### LA ADOPCION INTERNACIONAL DE MENORES

#### A. ADOPCION INTERNACIONAL<sup>19</sup>

Como hemos visto, la adopción es una práctica social institucionalizada en la que una persona por su nacimiento no pertenece a una familia pero que a través de un procedimiento adquiere vinculos socialmente calificados de equivalentes con otro grupo familiar.

El aumento de ésta practica en otro país desde finales de la segunda guerra mundial ha devenido en un problema trasnacional o internacional. La oferta y demanda de niños entre países ricos y pobres tiene como marco el hecho de que en países en vías de desarrollo existen muchos niños sin familia y en países industrializados familias sin niños, situación que encuentra solución a nivel internacional.

Sin embargo la situación no es tan fácil, las adopciones internacionales originan problemas juridicos, politicos y socioculturales. Desde el punto de vista legal se aprecia la ausencia de criterios para determinar que legislación es la aplicable: la del país del menor, la del país de los adoptantes del menor o concurrencia de ambas. El problema político tiene un enfoque básicamente migratorio por la diversidad que presenta la población constitutiva de un Estado. El problema sociocultural reside en el lenguaje y raza que sean distintos a los del país de origen del menor.

---

<sup>19</sup> Cfr. Muntarhorn Vitit, Informe presentado a la Comisión de Derechos Humanos en su 48o. periodo de sesiones, Consejo Económico y Social, Naciones Unidas, 22 de enero de 1992, págs.10-29.

Los principales países receptores de niños procedentes de países en vías de desarrollo son: Estados Unidos, Francia, Italia, Alemania, Suecia, países bajos, Reino Unido, Noruega, Dinamarca y Australia. Los países de procedencia más importantes son: Colombia, Corea del Sur, Rumania, Brasil, la India, Perú, Sri Lanka, Tailandia, Guatemala y Filipinas.

Los obstáculos que muchos países tienen en su legislación para los extranjeros han motivado gran número de quejas en el ámbito internacional. A raíz de esto se ha introducido innovaciones que merecen comentario. En América Central y del Sur existe una reglamentación cada vez más compleja. Brasil ha declarado ilegal la adopción, salvo que el menor haya sido registrado como abandonado y en la actualidad se considera que su colocación en una familia sustitutiva extranjera es una medida excepcional.

En la Argentina y Colombia se permite la adopción únicamente cuando exista una decisión judicial de que se trata de un niño abandonado.

Las medidas legislativas tomadas recientemente en Colombia estipulan que las adopciones son ilegales si los niños no provienen de una institución benéfica estatal de agencias de adopción privada que estén autorizadas. En Nicaragua los presuntos adoptantes deben tener residencia permanente en el país.

En 1988 Chile promulgó una nueva ley para castigar el tráfico de adopciones de otro país. En 1990 el Ecuador estableció en una nueva ley las condiciones de la adopción, entre ellas que la adopción en otro país sólo se permitiría en caso de existir acuerdos oficiales con los países receptores o sus autoridades respectivas. En Guatemala se ha propuesto recientemente una nueva ley en materia de adopción mediante la cual se establece una organización central que fiscalice todas las adopciones.

En Asia, Filipinas, Tailandia y Corea del Sur han reglamentado ahora estrictamente la adopción en otro país. El nuevo Código filipino de la familia prohíbe a los extranjeros las adopciones privadas y regula la situación de los niños y jóvenes que viajan solos fuera del país.

En Indonesia el adoptante potencial debe haber estado domiciliado en el territorio nacional y trabajado en él durante por lo menos tres años.

En la India, el Tribunal Supremo, en el asunto Laxmi Pandey contra la Union India, enunció el principio de que las adopciones locales tienen preferencia sobre las adopciones en otro país. En Sri Lanka se ha presentado un proyecto de ley cuya finalidad es limitar las adopciones en otro país a los niños que ya estén en un hogar infantil del Estado y castigar el tráfico de niños con mayor severidad.

Por lo que respecta a Europa, en 1985 y 1988 se promulgaron en Francia sendos decretos por los que se imponían condiciones estrictas a la aprobación oficial de las personas que quisieran adoptar a niños procedentes del extranjero; es necesario un "acuerdo" preliminar del presidente del Consejo General, el jefe del departamento de asistencia social. Ese modelo se ha repetido en Italia, los Países Bajos y Suecia donde la aprobación han de darla las autoridades judiciales o administrativas. En 1991 el Gobierno de Rumania suspendió la adopción en otro país y promulgó nuevas medidas legislativas para regular el procedimiento de adopción en general. La nueva posición es permitir que la adopción local prevalezca y autorizar las adopciones en otro país únicamente cuando las posibilidades locales estén agotadas.

La situación en los Estados Unidos es más difícil a causa del hecho de no existir una ley federal general sobre la materia.

Cuando existe una reglamentación se ha establecido al nivel de Estado federado. Como al parecer la demanda de adopciones en otro país es muy elevada en los Estados Unidos, la falta de armonización entre los enfoques de los diferentes Estados hace resaltar el hecho de que la posibilidad de tratos ilícitos entre adoptantes potenciales e intermediarios no debe nunca descartarse. Sin embargo, incluso a falta de una ley federal sobre las adopciones en otro país, es posible la prevención de los abusos. Ejemplo de ello es el procedimiento que siguen los funcionarios consulares estadounidenses de examinar detenidamente las peticiones de visados para presuntos adoptados en los países de origen con diálogo y una cooperación más estrecha entre los Estados federados y las autoridades en materia de inmigración y las agencias de adopción.

La comunidad internacional está cada vez más preocupada por la cuestión de la adopción, en particular por su transnacionalización y plena comercialización. La Asamblea General de las Naciones Unidas expresó esa preocupación en su resolución 41/85, de 3 de diciembre de 1986, acerca de la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planes nacional e internacional. Respecto de la adopción en otro país, en la Declaración se pide lo siguiente:

- a) Que la adopción en otro país se considere únicamente cuando el menor no pueda ser cuidado adecuadamente en su país de origen y los gobiernos establezcan una política, una legislación y una supervisión eficaz respecto de la protección de los niños que sean adoptados en otros países.
- b) Que se establezcan políticas y promulguen leyes que prohíban el secuestro o cualquier otro acto encaminado a la colocación ilícita de niños.

- c) Que la colocación se efectúe por conducto de las autoridades competentes y en ningún caso tenga como resultado beneficios financieros indebidos para quienes participen en ella.
- d) Que se impida la adopción en otro país antes de que se haya establecido que el niño puede legalmente ser adoptado.
- e) Que se garantice la validez legal de la adopción en los dos países de que se trate y se sopesen debidamente tanto la legislación del Estado de que es nacional el niño como la del Estado de que son nacionales los probables padres adoptivos. A este respecto, se tendrán debidamente en cuenta la formación cultural y religiosa del niño, así como sus intereses.

La iniciativa más reciente en lo concerniente a la formulación de normas concretas sobre la adopción en otro país es la adoptada bajo los auspicios de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, que está redactando un nuevo convenio internacional sobre la adopción en otro país. Algunos de los principales puntos del proyecto son los siguientes:

- a) la prestación de servicios de asesoramiento;
- b) la evaluación de la idoneidad de los padres adoptivos;
- c) la designación de una autoridad central en cada Estado parte que lleve a cabo la coordinación con los demás Estados partes;
- d) la acreditación únicamente de las organizaciones intermediarias que puedan facilitar las garantías necesarias de no perseguir objetivos lucrativos;
- e) el reconocimiento mutuo de las adopciones extranjeras.

En el plano regional, cabe destacar diferentes convenios y declaraciones tales como el Convenio Europeo para la Adopción de Niños, en Europa, y la Convención Interamericana sobre Adopción de Menores, en América.

## **B. TRAFICO INTERNACIONAL DE MENORES**

Para el desarrollo de éste punto nos hemos basado fundamentalmente en el proyecto Convención Interamericana sobre los aspectos penales de la sustracción, retención ilegal y tráfico de menores propuesto por el gobierno de Mexico el 13 de agosto de 1992 ante el Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos.

En el capítulo II bajo el rubro "Definiciones", encontramos los siguientes conceptos:

- a) por "menor" todo ser humano cuya edad sea inferior a dieciocho años salvo, que en virtud del derecho que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad;
- b) por "sustracción internacional de menores", el apoderamiento de un menor y su traslado a otro Estado sin el consentimiento de la persona que deba autorizarlo legalmente, o sin orden de autoridad competente de la residencia habitual del menor;
- c) por "retención ilegal", la negativa para entregar a un menor a la persona a quien le corresponda la guarda y custodia del mismo por resolución judicial de la autoridad competente de la residencia habitual del menor;
- d) por "tráfico internacional de menores", cuando una persona, ilegalmente y con ánimo de lucro o de cualquier otro beneficio para si o para otra persona, asesore,

ofrezca, reciba, traslade, asile, intercambie, anuncie, ayude, retenga o actúe como intermediaria en la obtención, entrega o disposición de uno o más menores desplazándolos fuera del Estado donde tienen su residencia habitual;

- e) por "tráfico internacional organizado de menores", cuando dos o más personas en forma conjunta, eventual o permanente y con ánimo de lucro o de cualquier otro beneficio para sí o para otra persona u organización, lleven a cabo las conductas enunciadas en el inciso d).
- f) por "peligro", para los efectos del Artículo 7, la posibilidad o la inminencia de que se altere la integridad física o psíquica del menor o ambas, o de que se interrumpa el disfrute del derecho que el menor tiene al desarrollarse en su medio familiar o habitual;

El primer comentario que podemos hacer es que la única figura delictiva a considerar debe ser: "Tráfico internacional de menores" sin perjuicio de que cualquier otra conducta se tipifique como secuestro y se presente un concurso de delitos.

La acción consiste en los actos con los cuales un menor es alejado de la Patria Potestad, tutela o custodia, sin el consentimiento del padre que ejerce la patria potestad, o del tutor, o de quien tiene su vigilancia o custodia. También consiste en los actos con los cuales un menor es retenido fuera del lugar a donde debería regresar, contra la voluntad de las personas antes mencionadas; Asimismo, comprende el hecho de despojar de manera contraria a la ley, del derecho de patria potestad a los padres sobre un menor de edad.

Es importante destacar que, muchas legislaciones conservan la figura legal del "emancipado", es evidente que el delito de que

tratamos no se verificará si el menor se encuentra emancipado conforme a la ley interna del Estado donde reside.

En el caso de niños adoptados, los adoptantes para efectos de este delito se consideran como padres legítimos, debido a su ejercicio legal y efectivo de los derechos inherentes a la patria potestad.

Cabe hacer una aclaración de mucha relevancia, en el caso de aquellos menores que no estén bajo ningún régimen de vigilancia o patria potestad, o sea que se encuentren en estado de abandono, declarado o no, también procede la aplicación de los delitos que nos ocupan, por lo menos en la esfera internacional. Ya que el Estado ejerce obligación de protección sobre sus ciudadanos. Muchas legislaciones comprenden en forma específica la obligación del Estado de otorgar cuidado y refugio a los menores en estado de abandono.

Si el menor, se encontrare en circunstancias legales especiales, ya sea por depósito legal o por los padres o por institución gubernamental autorizada, y es sustraído con el consentimiento de tales sujetos o en tales circunstancias legales, su acción es delictiva, ya sea a título de autor o partícipe, dependiendo del papel que jugó en el acto.

El dolo de la acción se presenta al voluntariamente sustraer o retener, sabiendo que se obra sin el consentimiento o contra la voluntad de los que ejercen derechos legítimos sobre el menor.

El error acerca de la edad del menor o sobre la capacidad del incapaz, considerando falsamente que es mayor o que goza de plena facultad de determinación, podría excluir la culpabilidad, lo mismo que el error sobre el consentimiento del padre, tutor, vigilante o custodio.

**C. LA ADOPCION EN LA CONFERENCIA PERMANENTE DE DERECHO INTERNACIONAL DE LA HAYA**

**a) CONVENCION SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCION INTERNACIONAL DE MENORES. (25 DE OCTUBRE DE 1980)**

Esta Convención comienza por precisar su finalidad y la circunscribe a dos aspectos: la restitución inmediata del menor que ha sido trasladado o retenido en forma ilícita en cualquiera de los Estados contratantes y los derechos de custodia que define como el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia. De igual forma se considera el derecho de visita como el de llevar al menor, por un periodo de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual.

La Convención considera ilícito el traslado o la retención de un menor cuando:

- a) se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y
- b) cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

El derecho de custodia puede resultar de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado.

En el capítulo II se preve la "Autoridad Central" para los Estados en que esté vigente mas de un sistema de Derecho, la cual tendrá como función genérica la de promover la colaboración entre las Autoridades competentes de sus respectivos Estados y en particular deberán adoptar las medidas apropiadas que permitan:

- a) localizar al menor trasladado o retenido de manera ilícita;
- b) prevenir que el menor sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas, para lo cual adoptarán o harán que se adopten medidas provisionales;
- c) garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable;
- d) intercambiar información relativa a la situación social del menor, si se estima conveniente;
- e) facilitar información general sobre la legislación de su país relativa a la aplicación del Convenio;
- f) incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de conseguir la restitución del menor y, en su caso, permitir que se regule o se ejerza de manera efectiva el derecho de visita;
- g) conceder o facilitar, según el caso, la obtención de asistencia judicial o jurídica, incluida la participación de un abogado;
- h) garantizar, desde el punto de vista administrativo, la restitución del menor sin peligro, si ello fuese necesario y apropiado;

- i) mantenerse mutuamente informadas sobre la aplicación del presente Convenio y eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos que puedan oponerse a dicha aplicación.

El procedimiento de restitución se iniciará con una solicitud que deberá presentarse ante la Autoridad Central y que deberá incluir lo siguiente:

- a) información relativa a la identidad del solicitante, del menor y de la persona que se alega que ha sustraído o retenido al menor;
- b) la fecha de nacimiento del menor, cuando sea posible obtenerla;
- c) cualquier otro documento pertinente en que se basa el solicitante para reclamar la restitución del menor;
- d) toda la información disponible relativa a la localización del menor y la identidad de la persona con la que se dispone que está el menor;
- e) una copia auténtica de toda decisión o acuerdo pertinentes;
- f) una certificación o declaración jurada expedida por una Autoridad Central o por otra autoridad competente del Estado donde el menor tenga su residencia habitual o por una persona calificada con respecto al derecho vigente en esta materia de dicho Estado.
- g) cualquier otro documento pertinente.

La autoridad central que recibe una solicitud la transmitirá a la Autoridad Central del Estado donde se cree se encuentra el menor y ésta informará a la Autoridad Central requirente al solicitante, determina el artículo 9.

Debemos aludir a la salvedad consignada en el artículo 13 del deber jurídico que tiene un Estado de restituir en forma inmediata al menor. Este supuesto se presenta cuando una persona o institución que se opone a la restitución demuestra que:

- a) la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o
- b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.

La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones.

Al examinar las circunstancias a que se hace referencia en el presente artículo, las autoridades judiciales y administrativas tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor proporcione la Autoridad Central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor.

El artículo 14 parece relevante por el espíritu de protección hacia el menor. Se prescribe que un traslado y retención podrán determinarse ilícitos aun cuando las decisiones judiciales y administrativas del Estado requerido no sean reconocidas en el Estado de la residencia habitual del menor, sin tener que recurrir a procedimientos concretos para probar la vigencia de esa legislación.

El artículo 15 complementa lo anterior al disponer que las autoridades judiciales o administrativas de un Estado contratante, podrán pedir que el solicitante obtenga de las autoridades del Estado de residencia habitual del menor una certificación que acredite que el traslado fue ilícito en términos del artículo 3ro. de la convención en comento.

El Estado requerido podrá negar la restitución si considera que en el Estado solicitante serán violados los derechos humanos y libertades fundamentales del menor (Artículo 20).

El artículo 27 nos dice que si no se han satisfecho las condiciones que la Convención establece o que la solicitud carece de fundamento, una Autoridad Central no estará obligada a aceptar la solicitud, y se deberá hacer una exposición de motivos al solicitante o a la Autoridad Central por cuyo conducto se haya presentado la solicitud.

Lo anterior no excluye que una persona o institución que considere se ha violado el derecho de custodia pueda acudir directamente a las autoridades judiciales o administrativas de un Estado Contratante.

**b) PROYECTO DE CONVENIO RELATIVO A LA PROTECCION DEL NIÑO Y A LA COOPERACION EN MATERIA DE ADOPCION INTERNACIONAL (29 DE MAYO DE 1993).**

Esta Convención se encuentra regulada en siete capítulos: Ambito de aplicación del Convenio, Conclusiones de las Adopciones Internacionales, Autoridades Centrales y Organismos Acreditados, Condiciones de Procedimiento respecto a las Adopciones Internacionales, Reconocimiento y efectos de la adopción, Disposiciones Generales y Clausulas Finales. Pasaremos a hacer su análisis.

De acuerdo con el inciso 1 del artículo 2 "el Convenio es aplicable cuando un niño con residencia habitual en un Estado Contratante (Estado de origen) ha sido, es o va a ser desplazado a otro Estado contratante (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". Las últimas palabras "o en el Estado de origen"; aluden a un supuesto ya contemplado en el mismo artículo.

El inciso 2 de este artículo segundo establece que el Convenio regula adopciones que establecen un vínculo de filiación es decir, una Adopción Plena.

En el siguiente capítulo se establecen las condiciones que el Estado de origen debe observar para que sea procedente la Adopción, pasamos a enunciarlas:

- a) han establecido que el niño es adoptable;
- b) han constatado, después de haber examinado adecuadamente las posibilidades de colocación del niño en su Estado de origen, que una adopción internacional responde al interés superior del niño;
- c) se han asegurado de que:
  - 1) las personas, instituciones y autoridades cuyo consentimiento se requiera para la adopción han sido convenientemente asesoradas y debidamente informadas de las consecuencias de su consentimiento, en particular en relación al mantenimiento o ruptura, en virtud de la adopción, de los vínculos jurídicos entre el niño y su familia de origen,

- 2) han dado su consentimiento libremente, en la forma legalmente prevista y que este consentimiento ha sido dado o constatado por escrito,
  - 3) los consentimientos no se han obtenido mediante pago o compensación de clase alguna y que tales consentimientos no han sido revocados, y
  - 4) el consentimiento de la madre, cuando sea exigido, se ha dado únicamente después del nacimiento del niño; y
- d) se han asegurado, teniendo en cuenta la edad y el grado de madurez del niño, de que,
- 1) ha sido convenientemente asesorado y debidamente informado sobre las consecuencias de la adopción y de su consentimiento a la adopción, cuando éste sea necesario,
  - 2) se han tomado en consideración los deseos y opiniones del niño,
  - 3) el consentimiento del niño a la adopción, cuando sea necesario, ha sido dado libremente, en la forma legalmente prevista y que este consentimiento ha sido dado o constatado por escrito, y
  - 4) el consentimiento no ha sido obtenido mediante pago o compensación de clase alguna.

En el capítulo tercero se establece la figura de la Autoridad Central como una obligación de los Estados Centrales para designarla y dotarla de facultades para dar cumplimiento a las finalidades de la convención, concretamente las siguientes:

- a) reunir, conservar e intercambiar información relativa a la situación del niño y de los futuros padres adoptivos en la medida necesaria para realizar la adopción;
- b) facilitar, seguir y activar el procedimiento de adopción;
- c) promover, en sus respectivos Estados, el desarrollo de servicios de asesoramiento en materia de adopción y para el seguimiento de las adopciones;
- d) intercambiar informes generales de evaluación sobre las experiencias en materia de adopción internacional.
- e) responder, en la medida en que lo permita la ley de su Estado, a las solicitudes de información motivadas respecto a una situación particular de adopción formuladas por otras Autoridades centrales o por autoridades públicas.

Ya en el procedimiento la Autoridad Central deberá observar lo siguiente:

- a) preparará un informe, que contenga información sobre la identidad del niño, su adoptabilidad, su medio social, su evolución personal y familiar, su historia medica y la de su familia, así como sobre sus necesidades particulares;
- b) se asegurará de que se han tenido debidamente en cuenta las condiciones de educación del niño así como su origen étnico, religioso y cultural;
- c) se asegurará de que se han obtenido los consentimientos previstos en el artículo 4, y

- d) constatará si, basándose especialmente en los informes relativos al niño y a los futuros padres adoptivos, la colocación prevista obedece al interés superior del niño.

El artículo 13 de la Convención lo consideramos de una extrema importancia ya que establece que las Autoridades Centrales y organismos acreditados deberán ser comunicados por cada Estado Contratante a la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional privado, esto es, se puede ejercer un control de estos organismos en el cumplimiento de sus obligaciones con estricto apego a los pactos internacionales.

La adopción que se ha verificado de acuerdo con esta Convención surte los siguientes efectos, debe reconocerse:

- a) El vínculo de filiación entre el niño y sus padres adoptivos,
- b) La responsabilidad de los padres adoptivos respecto al hijo.
- c) La ruptura del vínculo de filiación preexistente entre el niño y sus padres, si la adopción produce este efecto en el Estado Contratante en que ha tenido lugar la adopción.

Sin embargo si una adopción que es realizada en el Estado de Origen no tiene por efecto la ruptura del vínculo de filiación, dicha adopción podrá ser convertida en una adopción que produzca tal efecto si la ley del Estado de recepción lo permite y si los consentimientos de las personas, instituciones o autoridades que tengan la patria potestad o custodia del menor, han sido otorgados sin ningún vicio.

Del capítulo, Disposiciones Generales, ameritan comentario dos artículos, el 28 en el que se establece la posibilidad de que un menor sea desplazado al Estado de recepción antes de la adopción.

Esto nos parece muy peligroso, ya que se pretende evitar el tráfico de menores disfrazado de adopciones, trasladar a un menor para que sea adoptado en otro Estado es dar facilidades para cometer éste ilícito, se trata de establecer una cooperación internacional que garantice el completo bienestar del menor, además, ¿bajo que título sería trasladado?

Finalmente se establece en el artículo 40 la prohibición de formular reservas al Convenio. Ignoramos cual es el motivo de cancelar esta posibilidad a los Estados Contratantes. Quizá sea por los conflictos que pudieran suscitarse al formular un Estado una reserva sobre las atribuciones de una autoridad Central o por la supervisión y evaluación que pudiesen tener las Embajadas y consulados sobre el desarrollo de los menores, en todo caso imperaría el principio de reciprocidad, no percibimos el obstáculo que representa incluir la reserva en la Convención.

**D. CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE CONFLICTOS DE LEYES EN MATERIA DE ADOPCION DE MENORES. (24 DE MAYO DE 1984)**

Este apartado nos parece de especial importancia porque veremos que sucede cuando hay contradicción entre un tratado y una disposición constitucional y cual debe prevalecer.

Comentaremos la Convención y después reflexionaremos sobre la inconstitucionalidad de celebrar un tratado en materias para las que no se tienen facultades.

## 1. ASPECTOS GENERALES

La exposición de la Convención nos obliga a plantear su ámbito material de aplicación. En síntesis, podemos decir que rige, la adopción plena internacional de menores.

Lo anterior requiere aclarar: qué es la adopción plena, y cuando una adopción es internacional. Para lo primero nos remitimos a lo expresado en el inciso D del capítulo I; en cuanto a lo segundo, el artículo primero de la convención determina que es internacional cuando el domicilio del adoptante y la residencia habitual del adoptado se encuentran en Estados diversos.

La regulación de la adopción internacional de menores en la convención comprende normas materiales y conflictuales<sup>20</sup>, por ello debe diferenciarse entre los aspectos sustantivos y los relacionados a la competencia.

Desarrollaremos brevemente los primeros en cinco apartados: Constitución de la adopción, efectos, derechos y obligaciones conexos entre adoptante y adoptado, conversión de la adopción simple en plena y la anulación de la adopción.

## 2. CONSTITUCION DE LA ADOPCION

La Convención sigue principalmente el método conflictual por lo que se refiere a los aspectos sustantivos, de los cuales deben diferenciarse tres:

- a) La capacidad, consentimiento y demás requisitos para ser adoptado, así como el procedimiento y las formalidades

---

<sup>20</sup> La norma conflictual es la norma indicadora de la disposición competente o aplicable ante un conflicto de leyes y la norma material o sustantiva es la que establece la conducta a seguir en la situación concreta. La norma sustantiva aplicable viene a ser la elegida por la norma conflictual entre aquellas normas sustantivas que coincidirían en la pretensión de regir una sola situación concreta.

extrínsecas se rigen por la Ley del lugar de residencia habitual del menor.

- b) La capacidad, edad, estado civil, consentimiento del cónyuge y demás requisitos para adoptar, se rigen distributivamente por la Ley del domicilio del adoptante o adoptantes. Sin embargo, si tales requisitos fueran manifiestamente inferiores a los señalados por la Ley de la residencia habitual del menor, seguirá ésta; y
- c) Los requisitos de publicidad y registro se rigen por la Ley del lugar donde deban cumplirse.

Asimismo, la Convención establece dos disposiciones que prevén normas materiales en cuanto a la constitución del vínculo, mismos que se transcriben:

**ARTICULO 7º** Se garantizará el secreto de la adopción cuando correspondiere. No obstante, cuando ello fuere posible, se comunicarán a quien legalmente proceda los antecedentes clínicos del menor y de los progenitores si se los conociere, sin mencionar sus nombres ni otros datos que permitan su identificación.

**ARTICULO 8º** En las adopciones regidas por esta Convención, las autoridades que otorgarán la adopción podrán exigir que el adoptante (o adoptantes) acredite su aptitud física, moral, psicológica y económica, a través de instituciones públicas o privadas del menor. Estas instituciones deberán estar expresamente autorizadas por algún Estado u organismo internacional.

Las instituciones que acreditan las aptitudes referidas se comprometerán a informar a la autoridad otorgante de la adopción acerca de las condiciones en que se ha desarrollado la adopción, durante el lapso de un año. Para este efecto la autoridad otorgante

comunicará a la institución acreditante, el otorgamiento de la adopción.

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

### **3. EFECTOS**

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

- a) La adopción es irrevocable.
- b) Se rompen los vínculos del adoptado con su familia de origen, aunque subsisten los vínculos para contraer matrimonio.
- c) Las relaciones entre adoptante y adoptado se rigen por la Ley aplicable a las relaciones entre adoptante y su familia legítima; y
- d) La adopción surte efectos de pleno derecho en los Estados partes.

### **4. RELACIONES ENTRE ADOPTANTE O ADOPTANTES Y ADOPTADO**

La Convención regula en forma diferente la adopción plena y otras formas de adopción, pues en el primer supuesto se regula por la ley que rige las relaciones entre el adoptante o adoptantes con su familia legítima, en tanto en el segundo, las relaciones entre el adoptado y el o los adoptantes se rigen por la ley del domicilio del adoptante o adoptantes, mientras que las relaciones del

adoptado con su familia de origen se rigen por la ley de la residencia habitual del adoptado al momento de llevarse a cabo la adopción.

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

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

##### **5. CONVERSION DE LA ADOPCION**

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

Por lo que se refiere a la competencia, se establece la concurrente a elección del actor, de las autoridades del Estado de residencia habitual del adoptado al momento de la adopción, las del

Estado donde tenga domicilio el adoptante y las del Estado donde tenga domicilio el adoptado cuando este lo tuviese propio.

#### **6. ANULACION**

La anulación de la adopción se rige por la ley de su otorgamiento. Pero la Convención establece además dos normas materiales: la primera según la cual la anulación sólo será decretada judicialmente, y la segunda conforme a la que debe velarse por los intereses del menor en los términos del artículo 19 de la misma convención, según el cual:

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

Por lo que se refiere a la competencia, se establece únicamente la de los jueces del Estado de la residencia habitual del adoptado al momento del otorgamiento de la adopción.

#### **a) PROYECTO DE LEY FEDERAL DE ADOPCION INTERNACIONAL**

Esta iniciativa de 1988 plantea una normatividad acorde con la Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de adopción de menores con el propósito de dar una mejor aplicación a dicha convención. Brevemente expondremos algunos aspectos que regula la iniciativa.

El capítulo I del proyecto de ley establece la naturaleza federal de la adopción internacional y dispone que rige en toda la República, situación que nos parece incongruente y que será analizada al hacer el estudio constitucional de esta iniciativa. El artículo 2do. establece la supletoriedad del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, y en materia procesal se establece la supletoriedad de los códigos de procedimientos civiles locales.

El capítulo II determina que la adopción es internacional cuando el o los adoptantes tienen su residencia habitual en el extranjero y el menor adoptado en México, el criterio que se sigue es el del domicilio y no precisamente el de la nacionalidad.

Los artículos 5o. y 6o. señalan los requisitos que aseguren al adoptado el tratamiento y protección iguales que asisten a los menores en el Estado de Destino y, algo muy importante, la posibilidad de que el servicio exterior mexicano realice una función de supervisión.

En la iniciativa se considera indispensable el reconocimiento del sistema de adopción plena que permite la incorporación completa del adoptado en la familia del adoptante ya que el menor perderá contacto con su familia por su emigración a otro país.

El artículo 8o. precisa los medios para determinar la identidad del menor y en el 9o. se enumeran las personas e instituciones que deban consentir con la adopción y se incorporará al director de la institución de asistencia pública en que estuviere internado un menor expósito o abandonado y al funcionario competente de la institución oficial que tenga a su cargo la protección de los menores.

En cuanto a las normas adjetivas es juez competente para conocer de una adopción internacional el juez del domicilio habitual del menor o de ubicación de la institución de asistencia en que se encuentre internado.

Finalmente el capítulo IV se dedica a las sanciones y conductas que deben ser consideradas delictivas a efecto de prevenir el tráfico ilegal de menores.

## **b) ESTUDIO CONSTITUCIONAL DE LA ADOPCION INTERNACIONAL**

En este apartado analizaremos la violación a la autonomía de las entidades federativas al celebrar el poder ejecutivo federal tratados en materias para las cuales no tiene facultades.

Para ello es necesario hacer un breve análisis del federalismo, su naturaleza jurídica y como se instrumenta a la luz del artículo 124 constitucional.

### **EL SISTEMA FEDERAL**

Entendemos por Sistema Federal una distribución de competencias entre órganos de poder.

Nos adherimos a la tesis de Kelsen quién distingue tres elementos en el sistema federal: a) la constitución que establece la unidad del orden jurídico total; b) el orden jurídico federal y c) el orden jurídico de las entidades federativas.

"El Estado Federal, o comunidad jurídica total, está pues constituido por la federación, que es una comunidad jurídica central, y los Estados miembros, que forman una variedad de comunidades jurídicas locales. La teoría tradicional identifica erróneamente a la federación con el Estado Federal total."<sup>21</sup>

De lo anterior se desprende que la Constitución personifica al Estado Federal y que entre la federación y las entidades federativas existe coordinación y no subordinación.

---

<sup>21</sup> Kelsen Hans, Teoría General del Derecho y del Estado, Segunda Edición; Mexico: editado por la Universidad Nacional Autónoma de México, 1988, pag. 37.

La Constitución hace el reparto de competencias y distribuye facultades entre dos ámbitos materiales de validez del orden jurídico.

Jorge Carpizo<sup>22</sup> enumera una serie de principios respecto al problema de la competencia en el Estado Federal que se pueden enumerar de la forma siguiente:

1. Facultades atribuidas a la federación.
2. Facultades atribuidas a las entidades federativas.
3. Facultades prohibidas a la federación.
4. Facultades prohibidas a las entidades federativas.
5. Facultades coincidentes.
6. Facultades coexistentes.
7. facultades de auxilio.
8. Facultades que emanan de la jurisprudencia.

**1. Primera regla.** Las facultades atribuidas a la federación, lo que ésta puede realizar consignadas en forma expresa.

**2. Segunda regla.** Las facultades atribuidas a las entidades federativas. De acuerdo con el artículo 124 constitucional lo que no le corresponde a la federación es facultad de las entidades federativas salvo las prohibiciones que la constitución establece para los estados miembros.

**3. Tercera regla.** Facultades prohibidas a la federación. Resulta oneroso aparentemente este principio y que si no la otorga se le esta negando a la federación pero se establece por claridad y por su importancia. Por ejemplo: el segundo párrafo del artículo 130 constitucional que dice: "El Congreso no puede dictar leyes estableciendo o prohibiendo cualquier religión".

---

<sup>22</sup> Carpizo Jorge, La Constitución Mexicana de 1917, Séptima Edición; México, Editado por la Universidad Nacional Autónoma de México, el Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1986, pág. 252.

**4. Cuarta regla.** facultades prohibidas a las entidades federativas. Estas pueden ser de dos clases: las absolutas y las relativas. Las absolutas se refieren a los actos que nunca podrán hacer las entidades federativas. Las relativas, en los casos que otorguen su consentimiento el Congreso si podrá realizar determinados actos los Estados.

**5. Quinta regla.** Facultades coincidentes: son aquellas que, tanto la federación como las entidades federativas pueden realizar por disposición constitucional.

**6. Sexta regla.** Las facultades coexistentes son aquellas que una parte de la misma facultad compete a la federación y la otra a las entidades federativas.

**7. Séptima regla.** Las facultades de auxilio son aquellas en que una autoridad ayuda o auxilia a otra por disposición constitucional.

**8. Octava regla.** Criterios jurisprudenciales.

## **EL SISTEMA FEDERAL MEXICANO**

### **Antecedentes**

Derrocado el efimero imperio de Agustín de Iturbide por el Plan de Casa Mata del 1ro. de febrero de 1823, el primer Congreso Constituyente reinstalado, y ante la visible segregación de algunas provincias que exigían el establecimiento del sistema federal, emitió con fecha 12 de junio del mismo año, un decreto llamado "voto del Congreso", por el cual protestó el régimen federalista, mismo que se configuró plenamente poco después, mediante el segundo Congreso Constituyente, en la propia ciudad de México, que expidió el Acta Constitutiva de la Federación Mexicana el 31 de enero de 1824, y en la cual como indica Tena Ramírez, aparecieron por primera vez, de hecho y de derecho los Estados de la República

(artículo 5o. y 7o. de la misma), y que así, en lugar de que los Estados hubieran dado el Acta, el Acta engendró a los Estados.

El Acta Constitutiva y de reformas, aprobada por el Congreso Extraordinario Constituyente de los Estados Unidos Mexicanos el 18 de mayo de 1847, en sus artículos 20 y 21, ordenó que sobre los objetos sometidos al Poder de la Unión ningún Estado tuviese otros derechos que los expresamente fijados en la Constitución y que los poderes federales derivaban todos de ella y debían limitarse estrictamente sólo al ejercicio de las facultades que expresamente les concedía.

El Estatuto Organico Provisional de la República Mexicana, expedido por el Presidente sustituto Ignacio Comonfort en el Palacio Nacional de México, el 15 de mayo de 1856, con fundamento en el Plan de Ayutla el 1ro. de marzo de 1854, reformado en Acapulco el día 11 siguiente, en su precepto número 81 dispuso que todas las facultades que no fueran señaladas expresamente a los gobiernos de los Estados y territorios en dicho Estatuto, serían ejercidas por el Primer Mandatario del país conforme al artículo 3ro. del mencionado Plan de Ayutla.

La Constitución sancionada por el Congreso Constituyente el 5 de febrero de 1857 y promulgada el día 12 siguiente en su precepto 117 prescribió exactamente el texto constitucional que hoy presenta al artículo 124 asimismo fue expuesto, bajo el número 123, en el mensaje y proyecto de Constitución de Don Venustiano Carranza, ante la Asamblea Constituyente de Querétaro el 1ro. de diciembre de 1916.

El artículo 124 de nuestra Constitución no ha sufrido modificación alguna hasta la fecha; durante la sesión ordinaria del 25 de enero de 1917, celebrada por el Congreso Constituyente en el entonces Teatro Iturbide, hoy de la República, en la ciudad de Querétaro, fue aprobado por 148 votos contra 6.

## **Situación actual**

Sentadas ya éstas premisas históricas, apreciamos brevemente el artículo en cuestión:

Se encuentra dentro del título séptimo de la Constitución, relativo a las "Previsiones Generales", y determina:

**ARTICULO 124** "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales se entienden reservadas a los Estados".

Su importancia consiste en que es uno de los principios básicos de nuestro sistema político nacional, instituido en el artículo 40 constitucional y por el cual recordamos que es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuesta de estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, pero unidos en una federación, establecida según los principios de nuestra Ley suprema. Para que dicha unidad política opere sin quebrantos, es necesario que tanto la federación como los Estados tengan bien delimitada su esfera de acción y competencia, es a esta finalidad que responde el artículo 124 en comentario, pues conviene aclarar que dentro de un mismo ámbito espacial o territorio rigen ordenes jurídicos diversos, el de la Federación o Nacional, y el de cada uno de los Estados.

Las facultades a que se refiere el precepto se consideran jurídicamente de dos categorías: las explícitas y las implícitas: Felipe Tena Ramírez, manifiesta que las facultades explícitas son las conferidas por la Constitución a cualquiera de los Poderes Federales, concreta y determinadamente en alguna materia y están contenidas en los artículos 50 al 114, mismos que establecen la creación, organización y funcionamiento de los órganos federales,

señalando sus atribuciones exclusivas a cada uno de ellos; por ejemplo, entre las del Ejecutivo Federal sobresalen las cuestiones referentes a las relaciones internacionales; a la creación, estructuración y distribución de las fuerzas armadas de tierra, mar y aire; a la política de comercio exterior; a las finanzas y crédito público; a la acuñación y circulación de moneda y a la fijación de su valor en relación con la moneda extranjera, también todo lo referente sobre productos del subsuelo, tales como la minería, el petróleo, los hidrocarburos, etcétera.

Por cuanto a las facultades llamadas implícitas, son aquellas que el Congreso de la Unión puede concederse a sí mismo o bien a los otros dos poderes federales. El Ejecutivo y el Judicial, como medio indispensable para ejercitar algunas de las facultades explícitas, de acuerdo con el artículo 73 constitucional fracción XXX.

Esta es una puerta de escape para los poderes federales en el ejercicio de facultades que deben pertenecer a los Estados. El otorgamiento de una facultad implícita solo puede justificarse cuando se reúnen los siguientes requisitos:

- a) La existencia de una facultad explícita, que por sí sola no podría ejercerse.
- b) La relación de medio necesario respecto al fin, entre la facultad implícita y el ejercicio de la facultad explícita, de suerte que sin la primera no podría alcanzarse el uso de la segunda.
- c) El reconocimiento del Congreso de la Unión de la necesidad de la facultad implícita y su otorgamiento por el mismo Congreso al Poder que la necesite.

La facultad implícita no es autónoma, existe una relación causal con la facultad explícita por lo que su interpretación no debe ir más allá para actualizar una facultad explícita.

De los argumentos expuestos podemos concluir que el Estado Federal Mexicano es una forma creada por la Constitución, una distribución de competencias cuya esfera de acción esta delimitada por las facultades que se les otorgan.

Con lo anterior se demuestra que el Ejecutivo Federal no puede celebrar tratados internacionales en materias que, desde el punto de vista de la distribución de competencias, caen en el ámbito reservado a los Estados de la Federación. Esta afirmación la reforzamos con el texto del artículo 133 constitucional que dispone:

"Esta Constitución y las leyes del Congreso de la Unión que emanan de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los Estados."

Es decir, los tratados deben celebrarse respetando los lineamientos constitucionales.

Este punto de vista lo podemos sustentar con un criterio de Derecho Internacional.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969 en su artículo 27 establece:

"Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un Tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46".

#### Artículo 46

"1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifestada y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.

2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fé."

Es decir, el principio General es que un Estado es responsable de sus compromisos internacionales, excepción hecha, de un Tratado que afecte una norma fundamental, como lo son las Constitucionales.

El 27 de octubre de 1988 se presentó ante la Cámara de Senadores la iniciativa de Ley de Adopción internacional, que comentamos en el inciso anterior, y el 29 de noviembre del mismo año pasó a primera lectura.

No tenemos ningún registro sobre su discusión y aprobación por lo que presumimos quedo "congelada" hasta darle una solución jurídica que no vulnere la autonomía de las Entidades Federativas.

Hemos expuesto el carácter inconstitucional que tiene un tratado celebrado en divergencia con la Ley Suprema, y creemos que existe solución en el Derecho Positivo Mexicano. En el siguiente

inciso se hará un breve análisis de una Convención sobre adopciones transfronterizas donde se contempla "La cláusula Federal", institución que permite el respeto a los ordenes jurídicos de las entidades federativas al celebrar el ejecutivo federal un tratado internacional.

**E. PROYECTO DE CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE TRAFICO INTERNACIONAL DE MENORES. (Preparado por el grupo de expertos reunido en Oaxtepec, Morelos, México 13 al 17 de octubre de 1993.)**

A este documento se le pueden hacer varias observaciones. Primero, en cuanto al método seguido. Se encuentra estructurado en cuatro capítulos:

- I. Normas Generales.
- II. Aspectos Penales.
- III. Aspectos Civiles.
- IV. Disposiciones Generales y finales.

En el capítulo primero se fijan los objetivos, prevenir y sancionar el tráfico internacional de menores y regular los aspectos civiles y penales del mismo, y la obligación de los Estados contratantes de establecer garantías para la protección del menor, instaurar un sistema de cooperación internacional que asegure el respeto de dichas garantías.

Lo criticable de esta primera parte es que si bien un tratado debe contemplar en forma general un determinado problema por la dificultad de prever todos los supuestos, es demasiado ambiguo porque ¿qué debe entenderse por "establecer garantías"? ¿que garantías pueden ser que no se encuentren ya contempladas en un orden jurídico de un Estado determinado? y en su caso ¿cómo se evaluaría el cumplimiento de esas garantías? ¿se haría un Estado acreedor a algún tipo de sancion internacional?

El "concepto de sistema de cooperación" nos parece más adecuado porque si bien es enunciativo puede precisarse en las facultades que los Estados parte acuerden en la Autoridad Central.

El inciso c) del artículo 1ro. determina: "Asegurar la pronta restitución del menor víctima del tráfico internacional, así como los demás efectos civiles y penales previstos en esta convención".

La pronta restitución debe ser considerada como un objetivo para desglosarse en ese "sistema de cooperación" al través de la Autoridad Central y por lo que se refiere a ésta institución el convenio es parco y deficiente al mencionar en forma muy genérica su función en el artículo 11.

Por otra parte, no hay congruencia de este inciso con los títulos de los capítulos, ya que no se regulan aspectos civiles y penales, sino que se alude a otras situaciones como lo señalaremos más adelante.

En el artículo 2 se define el tráfico internacional de menores como "el traslado con fines ilícitos de un menor a un Estado distinto de aquel en el cual tiene su residencia habitual, cualquiera que sea el propósito, ya sea con ánimo de lucro o de cualquier otro beneficio para sí o para cualquier otra persona, grupo de personas u organización".

El concepto nos parece bueno porque describe una conducta como acreedora de pena independientemente del ánimo con que se produjera simplemente que sea ilícita.

Lo censurable insistimos, es el método, hubiese sido más lógico primero conceptualizar, segundo, establecer objetivos y tercero instrumentar las instituciones jurídicas para prevenir y sancionar una conducta lesiva.

En el artículo se establece la obligación de que cada Estado parte notifique a la secretaria general de organización de los Estados Americanos la designación de una o más Autoridades Centrales y la procuración de la debida cooperación entre las autoridades internas.

El capítulo segundo, Aspectos penales, en el artículo 5to., enuncia el compromiso de los Estados parte para prevenir y sancionar el tráfico internacional de menores, pero nada más pues enseguida en el artículo 6to. establece el intercambio de información legislativa, diligencias judiciales, estadísticas y medidas necesarias para eliminar cualquier obstáculo en el intercambio de esta información sin tener nada que ver con "aspectos penales".

En el artículo 7o. se establecen las bases de "jurisdicción". Empezamos porque el término es erróneo ya que jurisdicción proviene de Juris-dicere, decir el derecho, facultad del estado para pronunciar y aplicar la ley. El término correcto es el de competencia, facultad de un órgano judicial para conocer de un negocio jurídico.

Las bases a nuestro juicio, están bien consideradas. Conoce del tráfico internacional de menores:

- a) El Estado que primero haya iniciado judicialmente la investigación.
- b) El Estado donde tuviere residencia el menor al momento de iniciarse el tráfico ¿cuál es ese momento?
- c) Cuando quien haya intervenido en el tráfico se encuentre en el término de ese Estado.

En el Capítulo III, Aspectos Civiles, se regula, ahora si, la competencia para conocer de la solicitud de restitución de menores

y señala que lo son las autoridades del Estado parte de residencia habitual del menor, o las del Estado Parte donde se presume que el menor se encuentra retenido y será tramitada por las Autoridades Centrales y quiénes asegurarán el cuidado, custodia y guarda provisional del menor.

La solicitud deberá ser promovida por los titulares que establezca la ley de residencia habitual del menor y dentro de los ciento veinte días de producido el traslado o retención ilícita del menor. Sin perjuicio de lo anterior las autoridades de un Estado donde el menor fuere retenido podrán ordenar en cualquier momento la restitución del menor.

El artículo 14 parece muy bueno por su congruencia y mejor técnica en su diseño. Provee la acción de anular la adopción cuando tuvieren su origen en el tráfico internacional y serán competentes los tribunales del Estado en que se constituyó la adopción. Es, básicamente, el único aspecto civil regulado en éste capítulo.

Finalmente deseamos destacar que este documento preve la reserva, únicamente por lo que se refiere a los aspectos penales.

**F. CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE TRAFICO INTERNACIONAL DE MENORES. (México, 18 de marzo de 1994)**

Pocas son realmente las observaciones que se puedan hacer a éste instrumento. bien porque algunas criticas ya no tengan objeto o bien seamos repetitivos, en relacion al proyecto antes comentado. Sin embargo, haremos algunas consideraciones:

Por lo que respecta al Capítulo Primero, Normas Generales, dos artículos nos parecen interesantes, el cuarto, en el que se contempla la posibilidad de que un Estado no Parte de la Convención coopere en la medida de lo posible con un Estado Parte en la prevención y sanción del tráfico internacional de menores, algo que

nos parece declarativo, porque, repetimos, un sistema de cooperación que tenga como base un tratado le da carácter de obligatoriedad y esa cooperación está mejor garantizada con una Autoridad Central que controle la salida de menores, en todo caso es mejor promover ésta Convención para que el mayor número de Estados la suscriba.

El otro aspecto interesante e innovador es el artículo sexto, el que estipula el carácter confidencial que deben tener los procedimientos de aplicación de este tratado y que deben observar los Estados Parte.

Por lo que se refiere al Capítulo Segundo, Aspectos Penales, se establece el compromiso de intercambio de información judicial y administrativa y se enuncia el propósito de adoptar medidas que faciliten la aplicación de este instrumento internacional.

Sin embargo, no se hace referencia específica a algo que podría servir de base para que los Estados Parte en sus legislaciones internas incorporen el delito de tráfico internacional de menores. Podemos considerar como lineamientos que establecieran qué conducta se va a considerar como acreedora de pena, excluyentes de responsabilidad penal, atenuantes y agravantes los que la propia Convención nos da en su artículo 2, que transcribo:

"Tráfico Internacional de Menores" significa la sustracción, el traslado o la retención, o la tentativa de sustracción, traslado o retención, de un menor con propósitos y medios ilícitos.

"Propósitos ilícitos" incluyen, entre otros, prostitución, explotación sexual, servidumbre o cualquier otro propósito ilícito, ya sea en el Estado de residencia habitual del menor o en el Estado Parte en el que el menor se halle localizado.

"Medios ilícitos" incluyen, entre otros, secuestro, consentimiento fraudulento o forzado, la entrega o recepción de pagos o beneficios ilícitos con el fin de lograr el consentimiento de los padres, las personas o la institución a cuyo cargo se halla el menor, o cualquier otro medio ilícito ya sea en el Estado de residencia habitual del menor o en el Estado Parte en el que el menor se encuentre."

Es decir, tenemos elementos para integrar un delito a partir de la misma definición que podríamos considerar, inicialmente, como un tipo. Así que la crítica podemos enderezarla en la metodología que se siguió al exponer las prevenciones del tráfico ilícito de menores.

El artículo 9 establece la competencia y dispone que conocerán los tribunales de:

"a) El Estado Parte donde tuvo lugar la conducta ilícita.

b) El Estado Parte de residencia habitual del menor.

c) El Estado Parte en el que se hallare el presunto y el delincuente si éste no fuere extraditado; y

d) El Estado Parte en el que se hallare el menor víctima de dicho tráfico."

Lo anterior lo tenemos complementado con el artículo 10 que preve el supuesto de que un Estado Parte sujete la extradición a la existencia de un tratado, en este caso podrá considerarse a la convención como la base jurídica para concederla.

Por lo que hace al tercer capítulo, Aspectos Civiles, deseamos reproducir todo lo manifestado por nuestra parte en el proyecto en

lo relativo a la restitución del menor cuando media una solicitud y el papel de la Autoridad Central.

El artículo 18 en su primera parte determina que "las adopciones y otras instituciones afines constituidas en un Estado Parte serán susceptibles de anulación cuando su origen o fin fuere el tráfico internacional de menores".

Lo que nos llama la atención es lo de "instituciones afines" que podrían encubrir el tráfico ilícito de menores porque se deja abierta la puerta para que no solamente con la institución de la Adopción, sino que con otra conducta similar le sea aplicable la convención, de ésta manera se reduce la posibilidad de defraudar a la ley de un Estado.

El artículo 21 establece que la autoridad competente podrá ordenar que el particular u organización que intervenga en el tráfico internacional de menores pague los gastos de localización y restitución. Los titulares de la acción o la autoridad competente podrán entablar acción civil por daños y perjuicios, a menos que éstos hubiesen sido fijados en un procedimiento penal o en un procedimiento de restitución conforme a la convención.

Por último queremos referirnos a un aspecto del Capítulo IV, Clausulas finales, que nos parece de especial importancia porque sigue un criterio totalmente opuesto al del Proyecto.

El artículo 31 permite que un Estado Parte formule reservas al momento de firmar, ratificar o adherirse a la Convención, siempre que verse sobre disposiciones específicas y no sean incompatibles con el objeto y fines de la misma.

## CONCLUSIONES

1. La institución de la adopción tal como se encuentra regulada actualmente impide que gran cantidad de huérfanos o niños abandonados encuentren un núcleo familiar que permita un cabal desarrollo de sus facultades, la normatividad vigente anula un vínculo de filiación entre adoptante y adoptado y aleja a un sector importante de la población de condiciones de bienestar que son accesibles con disposiciones legales adecuadas a las necesidades y requerimientos sociales. Por lo que se debe incorporar al Código Civil del Distrito Federal y demás entidades federativas la adopción plena o legitimación adoptiva.

Sin embargo, la institución de la adopción plena no excluye a la semiplena. Ambas pueden coexistir, toda vez que sus propósitos son diversos. La adopción simple o semiplena se aplicaría a niños mayores de seis años o incapaces pero implementando un procedimiento para lograr la conversión de la adopción simple en legitimación adoptiva.

2. Es conveniente instaurar un procedimiento administrativo a cargo del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia con el objeto de facilitar el trámite de la adopción. Esto nos parece lógico porque dicha institución tiene el control de las casas de asistencia para menores desamparados. El DIF constatará que los requisitos establecidos en el Código Civil han sido cubiertos y el expediente será turnado al juez de lo familiar competente para su homologación y éste a su vez lo remitirá al Juez del Registro Civil del lugar para que se inscriba a resolución en el acta correspondiente.

3. Cualquier Convención sobre Adopción y Tráfico de Menores deberá contener los siguientes aspectos:

- a) El compromiso de adoptar medidas eficaces para evitar el tráfico de menores;
- b) Tipificar en sus legislaciones y conforme a su derecho interno, el delito de tráfico internacional de menores, cualquiera que sea su forma y modalidades;
- c) Cooperar en la práctica de pruebas en la investigación que se realice en otro Estado respecto al Tráfico de menores;
- d) Intercambiar información sobre legislación, procedimientos judiciales y administrativos, estadísticas y datos sobre organizaciones delictivas dedicadas al tráfico de menores; y
- e) Compromiso de adoptar las medidas legislativas que fueren necesarias para hacer efectiva la responsabilidad civil derivada del tráfico de menores.

En cuanto a la tipificación del tráfico de menores como delito debe dejarse a cada Estado la facultad de determinar la sanción, las agravantes, atenuantes y eximentes de responsabilidad, la prescripción y todo lo relativo a la reparación de los perjuicios materiales y morales causados por el hecho punible.

Se pueden establecer normas que permitan el juzgamiento de los responsables del delito de tráfico de menores en cualesquiera de los Estados Parte. Las normas sobre jurisdicción internacional podrían incluir la cláusula de juzgamiento por las autoridades del Estado respectivo en caso de que no proceda la extradición.

La cooperación entre los Estados se llevaría a cabo a través de la Autoridad Central que cada Estado establezca para que se encargue de todos los trámites concernientes al tráfico internacional de menores.

La devolución del menor al Estado de residencia habitual se puede realizar por conducto de las Autoridades Federales de los Estados respectivos. En cuanto al procedimiento se puede pactar que será el que en cada caso determinen las Autoridades Centrales a fin de que sea expedito, breve y tenga en cuenta el interés superior del menor y la necesidad de que sea adecuadamente protegido. Esto evita crear un nuevo procedimiento y agiliza la tramitación de la devolución del menor.

4. No puede presentarse conflicto entre un artículo constitucional y un tratado. Esta afirmación la sustentamos en dos argumentos:

- a) Uno, de derecho interno. En el orden jurídico mexicano hay supremacía de la Constitución que se encuentra en el primer grado o en el punto más alto de la pirámide jurídica y en el segundo grado las leyes constitucionales y los tratados y en un tercer grado coexisten el derecho federal y el derecho local. El problema que se plantea es el de la competencia pues la Constitución otorga facultades expresas a la federación y reserva todas las demás al orden jurídico de las entidades federativas a la luz del artículo 124 de nuestra Carta magna. Si el Poder Ejecutivo Federal no tiene concedida una facultad expresa para celebrar un tratado en materia de adopción, dicho tratado puede ser impugnado a través del juicio de amparo, con fundamento en el artículo 103 constitucional.
- b) Otro, de Derecho Internacional. De acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el

principio general es que un Estado no podrá invocar disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado a menos que afecte una norma fundamental, como lo es la constitucional.

Al tenor de estas disposiciones podemos concluir que el Ejecutivo Federal no puede celebrar tratados en materias para las que no tiene facultades expresas y que el propio Derecho Internacional respeta la legislación fundamental de un Estado cuando éste celebra tratados.

6. La Autoridad Central juega un doble papel, tratándose de un Estado Federal, porque en éste hay unidades territoriales con sistemas jurídicos diferentes y puede darse el supuesto de que un tratado no se adecue al derecho local de una entidad federativa por lo que el ámbito territorial de aplicación de un tratado en un Estado puede ser parcial, un Estado Federal puede estipular qué regiones quedan comprendidas en el tratado. De ésta manera una entidad federativa, a través de la Autoridad Central, puede declarar que en su territorio se puede aplicar un tratado.

## B I B L I O G R A F I A   G E N E R A L

- 1.- Arellano García, Carlos. Derecho Internacional Privado. Décima Edición., Editorial Porrúa, S.A., México, 1992.
- 2.- Burgoa Orihuela, Ignacio. Derecho Constitucional Mexicano. Séptima Edición. Editorial Porrúa, S.A., México, 1989.
- 3.- Carpizo, Jorge. Estudios Constitucionales. Tercera Edición aumentada. Editorial Porrúa, S.A. y Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1991.
- 4.- Carpizo, Jorge. La Constitución Mexicana de 1917. Séptima Edición, México. Editado por la Universidad Nacional Autónoma de México, el Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1986.
- 5.- Castán Tobeñas, José, Derecho Civil Español, Común y Foral. Séptima Edición, Madrid, Editorial. Volumen II.
- 6.- Kelsen, Hans. Teoría General del Derecho y del Estado. México. Editado por la Universidad Nacional Autónoma de México, 1988.
- 7.- Lehmann, Heinrich, Tratado de Derecho Civil. Traducción de la Segunda edición alemana de Jose Ma. Navas, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1953. Volumen IV.
- 8.- Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil. Quinta edición, México D.F. Editorial Porrúa, 1982.
- 9.- Iglesias, Juan. Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado. Sexta Edición. Editorial Ariel. Barcelona-Caracas. México, 1972.
- 10.- Margadant S., Guillermo F. Derecho Romano. Duodécima Edición., Editorial Esfinge, S.A., México, 1983.

- 11.- Mazeaud, Henri, y León y Jean Mazeaud, Lecciones de Derecho Civil, traducción de Luis Alcalá Zamora y Castillo de la Primera edición, Buenos Aires, Ediciones jurídicas Europa-América, 1959. Volumen III.
- 12.- Messineo, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Traducción de Santiago Senties Melendo, Editores jurídicos Europa-América. Libro de Edición Argentina, 1979. Tomo III.
- 13.- Ortiz Urquidi, Raúl. Derecho Civil. Parte General. Tercera edición. Editorial Porrúa, S.A., México, 1986.
- 14.- Ortiz Urquidi, Raúl. Oaxaca, Cuna de la Codificación Iberoamericana. Primera edición. México, Editorial Porrúa, 1973.
- 15.- Petit, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano, Traducción de la Novena Edición Francesa. Editorial Epoca S.A., México, 1977.
- 16.- Planiol, Marcel, y Georges Ripert. Tratado Elemental de Derecho Civil. Traducción por José M. Cajica Jr. Segunda Edición, México. Cardenas Editor y distribuidor, 1991. Volumen II.
- 17.- Sahagún, Fr. Bernardino De. Historia general de las cosas de Nueva España. Octava Edición, México. Editorial Porrúa, 1992.
- 18.- Tena Ramirez, Felipe. Derecho Constitucional Mexicano. Vigésima Segunda Edición. Editorial Porrúa, S.A., México, 1987.
- 19.- Trabucchi, Alberto. Instituciones de Derecho Civil. Traducción de la decimoquinta edición italiana por Luis Martínez Calcerrada Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1967.

- 20.- Varios autores. Derechos de la Niñez. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie a: Estudios Doctrinales, número 126. México, 1990.
- 21.- Zanoni, Eduardo A. Derecho Civil, Derecho de Familia. 2da. edición, Buenos Aires. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Yepalma, 1989.

#### ORDENAMIENTOS JURIDICOS CONSULTADOS

- 1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- 2.- Código Civil para el Gobierno y el Estado libre y soberano de Oaxaca. (1828-1829)
- 3.- Proyecto de Código Civil de Justo Sierra.
- 4.- Código Civil de 1879
- 5.- Código Civil de 1864
- 6.- Ley sobre Relaciones Familiares de 1917.
- 7.- Código Civil para el Distrito Federal en materia común, y para toda la República en materia Federal.
- 8.- Código de procedimientos civiles para el Distrito Federal.
- 9.- Proyecto de Ley Federal de Adopción Internacional.

#### CONVENCIONES INTERNACIONALES E INTERAMERICANAS

- 1.- Convención sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. (25 de octubre de 1980)

- 2.- Convención Interamericana sobre conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores. (24 de mayo de 1984)
- 3.- Proyecto de Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores. (México, del 13 al 17 de octubre de 1993)
- 4.- Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores. (México, 18 de marzo de 1994)

DIARIOS INFORMATIVOS CONSULTADOS

- 1.- El Día. Artículo Victor Carlos Garcia Moreno, publicado el 7 de abril de 1994, bajo el título "tráfico internacional de menores, de nuevo".