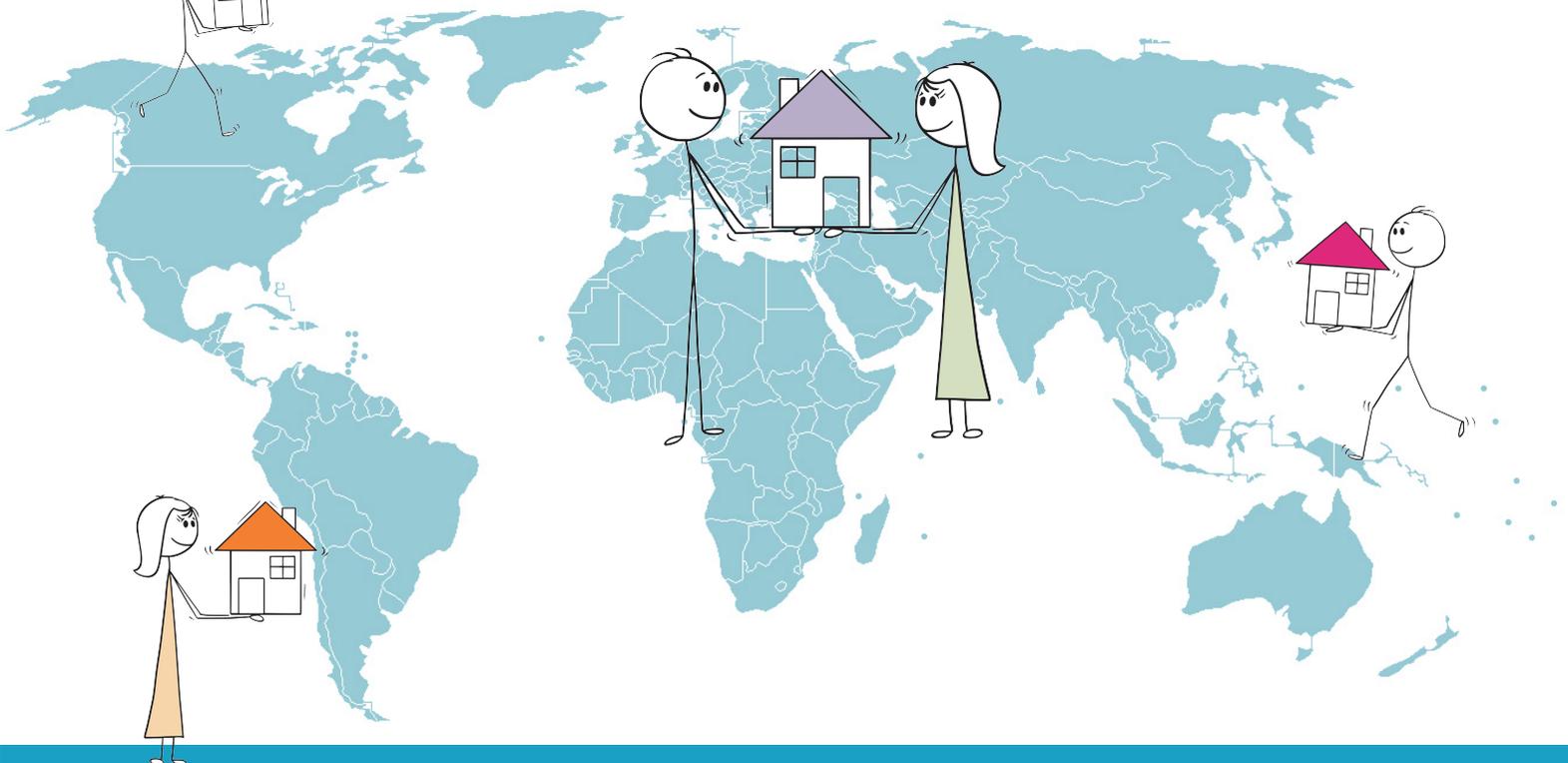




**HCCH**

Connecter Protéger Coopérer Depuis 1893  
Connecting Protecting Cooperating Since 1893

# Residencia habitual y ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional





**NOTA SOBRE LA RESIDENCIA HABITUAL Y  
EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL  
CONVENIO DE LA HAYA DE 1993 RELATIVO  
A LA PROTECCIÓN DEL NIÑO  
Y A LA COOPERACIÓN EN MATERIA DE  
ADOPCIÓN INTERNACIONAL**

Publicado por  
**la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado**  
**Oficina Permanente**  
6b, Churchillplein  
2517 JW La Haya  
Países Bajos

Tel.: +31 70 363 3303  
Fax: +31 70 360 4867  
secretariat@hcch.net  
www.hcch.net

© Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado 2018

Todos los derechos reservados. Ninguna parte de esta publicación puede ser reproducida, almacenada en un sistema de archivo y recuperación de datos ni transmitida por ningún medio, incluidos fotocopiado y grabación, sin el permiso de la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya.

La traducción y edición al español fueron financiadas por la Dirección General de la Infancia, Juventud y Familia de Noruega (Autoridad Central designada en virtud del Convenio de La Haya de 1993).

ISBN 978-94-90265-86-1

Publicado en La Haya, Países Bajos

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	4
A. EL CONCEPTO DE RESIDENCIA HABITUAL.....	7
B. EJEMPLOS DE CASOS.....	11
1. Casos en que la residencia habitual de los futuros padres adoptivos o del niño debería ser clara.....	13
a. Adopción por nacionales del Estado de origen que viven en el Estado de recepción.....	14
b. Adopción por personas que viven en el Estado de origen pero que no son nacionales de dicho Estado.....	16
c. Adopción por nacionales de un tercer Estado (Estado distinto del Estado de origen y del de recepción).....	18
d. Adopciones intrafamiliares.....	20
e. Adopción por personas con nacionalidad del Estado de origen y del de recepción (doble nacionalidad).....	22
f. Adopción de un niño que es nacional de un Estado pero vive en otro Estado.....	24
2. Casos en los que establecer la residencia habitual de los futuros padres adoptivos o del niño es más complejo.....	27
a. Adopciones por personas que viven temporalmente en el Estado de origen o en el Estado de recepción (p. ej.: expatriados, diplomáticos y militares).....	28
b. Adopción por personas cuyas vidas se desarrollan mayormente en un Estado, pero residen en un Estado limítrofe.....	33
c. Adopción por personas cuyo lugar de residencia cambia durante el procedimiento de adopción.....	35
d. La residencia habitual de un niño nacido en un Estado poco tiempo después de la llegada de su madre a ese Estado.....	38
e. Adopción de un niño que vive temporalmente en el Estado de la residencia habitual de los futuros padres adoptivos.....	41
3. Otras cuestiones estrechamente relacionadas a la residencia habitual.....	45
a. Adopción por personas que residen en el Estado de recepción pero que no son nacionales del mismo, y la ley sobre inmigración de dicho Estado autoriza únicamente a sus nacionales a adoptar o a solicitar autorización para que un niño adoptado ingrese al territorio.....	46
C. PRÁCTICAS RECOMENDADAS EN CUANTO A LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 2 DEL CONVENIO, EN ESPECIAL LA INTERPRETACIÓN DEL CRITERIO PARA ESTABLECER LA RESIDENCIA HABITUAL.....	49
1. Prevención: tomar las medidas necesarias para que haya un entendimiento y una aplicación adecuados del ámbito de aplicación del Convenio (art. 2), por ejemplo, por medio de la promoción de un criterio coherente para establecer la residencia habitual.....	51
2. Respuesta: Dar respuesta a casos de incumplimiento de las normas del Convenio en materia de residencia habitual.....	55

## INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

1. El concepto de residencia habitual es esencial para el funcionamiento eficaz del *Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional* (el "Convenio de La Haya de 1993" o el "Convenio"). No obstante, los Estados contratantes señalan que, en la práctica, enfrentan dificultades para determinar cuál es la residencia habitual de los futuros padres adoptivos y de los niños adoptables<sup>2</sup>. La incertidumbre en torno a la residencia habitual de una persona —por ejemplo, a raíz de su mudanza a otro Estado (fenómeno cada vez más común hoy en día<sup>3</sup>)— puede complicar el asunto para determinar si el Convenio de La Haya de 1993 se aplica a una adopción en concreto. Es por ello que este tema fue tratado en las reuniones de 2010 y 2015 de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio<sup>4</sup>.
2. La presente Nota constituye la versión revisada del Documento Preliminar N° 4 sobre "Globalización y movilidad internacional: residencia habitual y ámbito de aplicación del Convenio de 1993", elaborado para la reunión de 2015 de la Comisión Especial. La revisión fue realizada en base a las conversaciones mantenidas en la reunión y los comentarios recibidos posteriormente.

---

Todos los documentos sobre adopción de la Conferencia de La Haya que se mencionan en el presente documento están disponibles en el sitio web < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) >, en la sección "Adopción".

<sup>1</sup> Corresponde un agradecimiento especial a Hans van Loon (antiguo Secretario General) y a William Duncan (antiguo Secretario General Adjunto) por su lectura de las versiones preliminares de este documento y por sus valiosos comentarios.

<sup>2</sup> Véanse las respuestas al "Cuestionario sobre el impacto del Convenio de La Haya de 1993 en la legislación y en las prácticas relativas a la adopción internacional y la protección del niño", elaborado por la Oficina Permanente, Doc. Prel. N° 1 de julio de 2014 a la atención de reunión de junio de 2015 de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del *Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional* (en adelante, "Cuestionario N° 1 de 2014"; y al "Cuestionario sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional", elaborado por la Oficina Permanente, Prel. Doc. N° 2 de 2014 a la atención de la reunión de 2015 de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del *Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional* (en adelante, "Cuestionario N° 2 de 2014").

Efectivamente, ciertos Estados consideran que las cuestiones atinentes a la residencia habitual son de las que plantean los mayores desafíos en cuanto a la implementación y funcionamiento del Convenio de 1993 (Cuestionario N° 1 de 2014, pregunta 17(c); Bulgaria; pregunta 18(c); Bélgica).

<sup>3</sup> Según el informe *Global Expatriates: Size, Segmentation and Forecast for the Worldwide Market*, en 2013, el número de expatriados a nivel mundial aumentó a un total de aproximadamente 50,53 millones de personas; entre 2009 y 2013, la cifra creció a una tasa anual de 2,4%, y se estima que en 2017 el número llegará a 56,84 millones (véase: < [http://finaccord.com/uk/report\\_global-expatriates\\_size-segmentation-and-forecast-for-the-worldwide-market.htm](http://finaccord.com/uk/report_global-expatriates_size-segmentation-and-forecast-for-the-worldwide-market.htm) >). En el informe se afirma que "el número de expatriados aumenta tanto a nivel de la población mundial como de la población de inmigrantes a nivel mundial".

<sup>4</sup> "Conclusiones y Recomendaciones e Informe de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1993 sobre Adopción Internacional (17 a 25 de junio de 2010)", elaborado por la Oficina Permanente, Prel. Doc. N° 4 de marzo de 2011 a la atención de la reunión de 2011 del Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia (en adelante, "Informe de la reunión de 2010 de la Comisión Especial"), párrs. 44 a 46 y "Conclusiones y Recomendaciones adoptadas por la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del *Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional* (17 a 25 de junio de 2010)", C&R N° 13 (en adelante, "C&R de la reunión de 2010 de la CE").

3. El objetivo de esta Nota es promover una interpretación y aplicación apropiadas del artículo 2 del Convenio de La Haya de 1993. Para ello se pretende aclarar a) el ámbito de aplicación<sup>5</sup> del Convenio, y b) el concepto de residencia habitual, para así promover una mayor coherencia entre los Estados contratantes en cuanto a la determinación de la residencia habitual en el contexto de este Convenio, en especial, "unificar la interpretación de los factores que se deben tener en cuenta para determinar la residencia habitual" a los efectos de este Convenio<sup>6</sup>. Conforme a la recomendación emitida en oportunidad de la reunión de 2015 de la Comisión Especial, se espera que la presente Nota desempeñe un papel clave en la capacitación de autoridades u organismos administrativos y judiciales competentes en los Estados contratantes en cuanto a la determinación de la residencia habitual y el ámbito de aplicación del Convenio, así como en cuanto a la sensibilización del público en general sobre cuando una adopción puede ser considerada internacional de conformidad con el Convenio<sup>7</sup>.
4. La Nota está organizada de la siguiente forma:
- En la parte A se presenta el concepto de residencia habitual.
  - La parte B ofrece una serie de ejemplos de casos en los que algunos Estados enfrentaron dificultades para determinar si el Convenio de La Haya de 1993 se aplicaba a una adopción en concreto. La sección 1 de esta parte presenta casos en los que debería ser claro, en virtud del artículo 2, si el Convenio se aplica a una adopción en particular o no. En la sección 2 figuran casos que plantean más dificultades porque la determinación de la residencia habitual de los futuros padres adoptivos o del niño es más compleja<sup>8</sup>.
  - Por último, en la parte C se brindan orientaciones en cuanto a cómo *evitar* que surjan problemas en torno a este tema y si surgen, cómo *resolverlos*.

---

<sup>5</sup> En cuanto al ámbito de aplicación, véase también el art. 2(2) del Convenio que establece un elemento adicional: "[e]l Convenio solo se refiere a las adopciones que establecen un vínculo de filiación". Véase también Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. *Guía de Buenas Prácticas N° 1: La puesta en práctica y el funcionamiento del Convenio de La Haya de 1993 sobre Adopción Internacional*, Bristol. Family Law (Jordan Publishing Limited), 2008, disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya, < www.hcch.net >, en la sección sobre adopción (en adelante, "Guía de Buenas Prácticas N° 1"), sección 8.8.8.

<sup>6</sup> "Conclusiones y Recomendaciones adoptadas por la Reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1993 sobre Adopción Internacional (8 a 12 de junio de 2015)", C&R N° 22(a) (en adelante, "C&R de la reunión de 2015 de la CE"). La información remitida por los Estados en cuanto a sus prácticas en la materia permitió responder a este objetivo.

<sup>7</sup> C&R N° 22(b) y (c) de la reunión de 2015 de la CE.

<sup>8</sup> En algunos casos, estas orientaciones se derivan de las Conclusiones y Recomendaciones de reuniones anteriores de la Comisión Especial u otras acciones establecidas como buenas prácticas.



**A**

**EL CONCEPTO  
DE RESIDENCIA HABITUAL**

5. La residencia habitual es el principal criterio de conexión en todos los Convenios de La Haya modernos relativos a la protección de la infancia<sup>9</sup>. Ninguno contiene una definición de residencia habitual ni enumera criterios específicos que deban considerarse a sus efectos. Sin embargo, se entiende a la residencia habitual como un concepto autónomo determinado por los hechos específicos de cada caso en particular y a la luz de los objetivos del Convenio de La Haya pertinente, y no por las limitaciones de la legislación nacional de cada Estado<sup>10</sup>. Cabe señalar que para determinar la residencia habitual a los efectos de los diferentes Convenios de La Haya pueden tenerse en cuenta diferentes consideraciones.
6. En el caso del Convenio de La Haya de 1993, el concepto de residencia habitual es el único criterio de conexión para determinar si el Convenio es aplicable a una adopción en particular<sup>11</sup>, lo cual ocurre cuando el niño y los futuros padres adoptivos tienen su residencia habitual en Estados contratantes *diferentes*:
- “El Convenio se aplica cuando un niño con residencia habitual en un Estado contratante (“el Estado de origen”) ha sido, es o va a ser desplazado a otro Estado contratante (“el Estado de recepción”), bien después de su adopción en el Estado de origen por cónyuges o por una persona con residencia habitual en el Estado de recepción, bien con la finalidad de realizar tal adopción en el Estado de recepción o en el Estado de origen.”<sup>12</sup>
7. ¿Cómo se determina el lugar de residencia habitual? Como se mencionó anteriormente, el Convenio no contiene normas sobre las condiciones que determinan la residencia habitual<sup>13</sup>. Se trata, en cambio, de una cuestión de hecho que las autoridades administrativas y judiciales deben decidir en cada caso<sup>14</sup>. En la Guía de Buenas Prácticas N° 1 se establece que la “residencia habitual generalmente es considerada como un concepto de hecho que denota al país que se ha convertido en el centro de vida familiar y profesional de un individuo”<sup>15</sup>.
8. Los Estados tienen en cuenta una variedad de factores para determinar la residencia habitual de los futuros padres adoptivos o del niño. En la parte D de la presente Nota figura una lista no exhaustiva de algunos de estos factores con orientaciones sobre su aplicación<sup>16</sup>. El peso que se asigna a cada factor dependerá de las circunstancias particulares de cada caso.

<sup>9</sup> También se utiliza en el *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* (en adelante, el “Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción”), el *Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños* (en adelante, el “Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños”), el *Convenio de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia* y el *Protocolo de 23 de noviembre de 2007 sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimentarias*. Para ver el texto completo de estos Convenios, visite el sitio web de la Conferencia de La Haya, <[www.hcch.net](http://www.hcch.net)>, sección “Convenios”.

<sup>10</sup> La interpretación del término a los efectos del Convenio de La Haya de 1993, que debería ser lo más coherente posible en los distintos Estados contratantes, puede diferir de la interpretación que se hace del término en el derecho interno. Véase asimismo: <[www.era-comm.eu/e-learning/Module%201/grounds\\_residence.html](http://www.era-comm.eu/e-learning/Module%201/grounds_residence.html)>.

<sup>11</sup> Véase también la Guía de Buenas Prácticas N° 1 (*op. cit.* nota 5), sección 8.4.1.

<sup>12</sup> Art. 2(1) del Convenio.

<sup>13</sup> G. Parra-Aranguren, “Informe Explicativo del Convenio de La Haya de 1993 sobre Adopción Internacional”, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, *Actas y Documentos de la Decimoséptima Sesión (1993)*, tomo II, *Adopción – cooperación*, p. 559, párr. 78 (en adelante, el “Informe Explicativo”). También disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya, <[www.hcch.net](http://www.hcch.net)>, en la sección “Adopción”, luego “Documentos explicativos”.

<sup>14</sup> Guía de Buenas Prácticas N° 1 (*op. cit.* nota 5), p. 115 (sección 8.4.4.). En este contexto, algunos Estados resaltaron que se trata de un análisis fáctico que se realiza caso por caso (véase el Cuestionario N° 2 de 2014, pregunta 36: Finlandia, Nueva Zelanda y Suecia).

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> Véase, *infra*, párr. 70.

9. ¿Cuándo se determina la residencia habitual del niño y de los futuros padres adoptivos? En el caso del niño, "debe cumplirse [...] la condición de que el niño resida en el Estado de origen cuando las autoridades centrales realicen las funciones prescritas en el artículo 16"<sup>17</sup>. En el caso de los futuros padres adoptivos, "deben tener su residencia habitual en el Estado de recepción cuando presentan una solicitud de adopción"<sup>18</sup>.
10. ¿Es relevante la nacionalidad del niño o de los futuros padres adoptivos para determinar si el Convenio se aplica a una adopción en particular? La residencia habitual (del niño y del/de los adoptante/s) constituye el único criterio de conexión para establecer el ámbito de aplicación del Convenio<sup>19</sup>. Por lo general, la nacionalidad del niño y la de los futuros padres adoptivos no es relevante al momento de determinar si el Convenio se aplica a un caso específico<sup>20</sup>. Según se establece en el Informe Explicativo del Convenio de La Haya de 1993, "[e]l artículo 2 no tiene en cuenta la nacionalidad de las partes para determinar el ámbito de aplicación del Convenio, entre otras razones porque el Estado de la nacionalidad [cuando no es el mismo que el Estado de la residencia habitual] no está en condiciones de cumplir con muchas de las obligaciones impuestas por las reglas del Convenio, como puede ser, especialmente, la preparación de los informes requeridos por los artículos 15 y 16"<sup>21</sup>.

---

<sup>17</sup> Informe Explicativo (*op. cit.* nota 13), párr. 76. Conforme lo dispuesto en el art. 16, la Autoridad Central del Estado de origen debe preparar un informe sobre el niño y su familia, y debe transmitir el informe a la Autoridad Central del Estado de recepción.

<sup>18</sup> *Ibid.* En cuanto a los futuros padres adoptivos que se mudan al exterior durante el procedimiento de adopción internacional, véase *infra* el ejemplo de caso 2.c. Si cambia el Estado de residencia habitual —dependiendo del momento y el estado de avance del expediente—, la Autoridad Central del Estado de recepción puede no estar en condiciones de continuar el procedimiento de evaluación. En ciertos casos, la solicitud o el expediente puede ser transferido a otra Autoridad Central, pero en otros casos (p. ej.: cuando el cambio se produce antes de que comience la evaluación), puede exigirse a los futuros padres adoptivos que presenten una nueva solicitud en su nuevo país de residencia habitual.

<sup>19</sup> Véase también la Guía de Buenas Prácticas N° 1 (*op. cit.* nota 5), sección 8.4.1.

<sup>20</sup> *Ibid.*, párr. 478 e Informe Explicativo (*op. cit.* nota 13), párr. 71.

Sin embargo, cabe señalar que, en algunas instancias, la nacionalidad de una persona puede ser un factor, entre otros elementos, que asiste a las autoridades competentes a determinar la residencia habitual de la persona a los efectos del Convenio (p. ej., si una pareja se mudó recientemente a un Estado y poco tiempo después de la mudanza presenta una solicitud de adopción internacional, el hecho de que sean nacionales de ese Estado, entre otros factores, podría asistir a la autoridad competente a determinar que tienen su residencia habitual en ese Estado).

Asimismo, si bien la nacionalidad o ciudadanía no es pertinente a los efectos de la aplicabilidad del Convenio, sí puede ser considerada en el marco de la idoneidad (o adoptabilidad) a los efectos del Convenio, dado que estas cuestiones corresponden al derecho nacional. En el Informe Explicativo (*op. cit.* nota 13, párr. 71), se establece que "[n]o debería [...] olvidarse que, si bien la nacionalidad de las partes no debe erigirse en un obstáculo para las adopciones internacionales, puede ser uno de los elementos, junto a otras características personales, a tener en cuenta por el Estado de origen y el Estado de recepción antes de aceptar que siga el procedimiento de adopción, de acuerdo con lo que establece el apartado c del artículo 17". Véase también la Guía de Buenas Prácticas N° 1 (*op. cit.* nota 5), secciones 8.4.2 y 8.4.3, sobre la relación entre la nacionalidad y la determinación de si el niño es adoptable, y si los futuros padres adoptivos reúnen las condiciones necesarias para la adopción.

<sup>21</sup> Informe Explicativo (*op. cit.* nota 13), párr. 71.



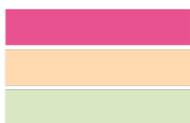
**B**

**EJEMPLOS  
DE CASOS**

11. Los ejemplos que figuran a continuación describen varios escenarios en los que algunos Estados tienen dificultades para determinar si el Convenio de La Haya de 1993 se aplica a una adopción en particular<sup>22</sup>.
12. En los ejemplos que siguen:
- salvo que se indique otra cosa, todos los Estados son Estados *contratantes* del Convenio de 1993;
  - las sugerencias que se formulan en cuanto a la determinación de la residencia habitual están basadas únicamente en los hechos indicados en el ejemplo; y
  - cuando se indica que es probable que se considere que las personas tienen su residencia habitual en un Estado en particular, se presume que esas personas están autorizadas para residir en el territorio de ese Estado legalmente, por un período determinado o de manera permanente<sup>23</sup>.

## Explicaciones

Lo que prevalece es el texto y no las imágenes.



Representa a un Estado que es Parte en el Convenio de La Haya de 1993 y que está implicado en el ejemplo.



La residencia habitual de estas personas está clara. El área del mapa en la que figuran se corresponde con el lugar en el que se encuentran.



La residencia habitual de estas personas no está clara. El área del mapa en la que figuran se corresponde con el lugar en el que se encuentran.



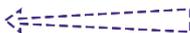
Representa la nacionalidad que posee la persona.



Representa el traslado de país que ocurrirá en razón de la adopción.



Representa un futuro traslado de país.



Representa un traslado de país anterior.

<sup>22</sup> Véase, *supra*, el párr. 4.

<sup>23</sup> En relación con los empleados expatriados u otras personas con permiso para residir legalmente, pero por un período de tiempo definido (en lugar de permanentemente o por tiempo indefinido), véase el ejemplo de caso 2.a.

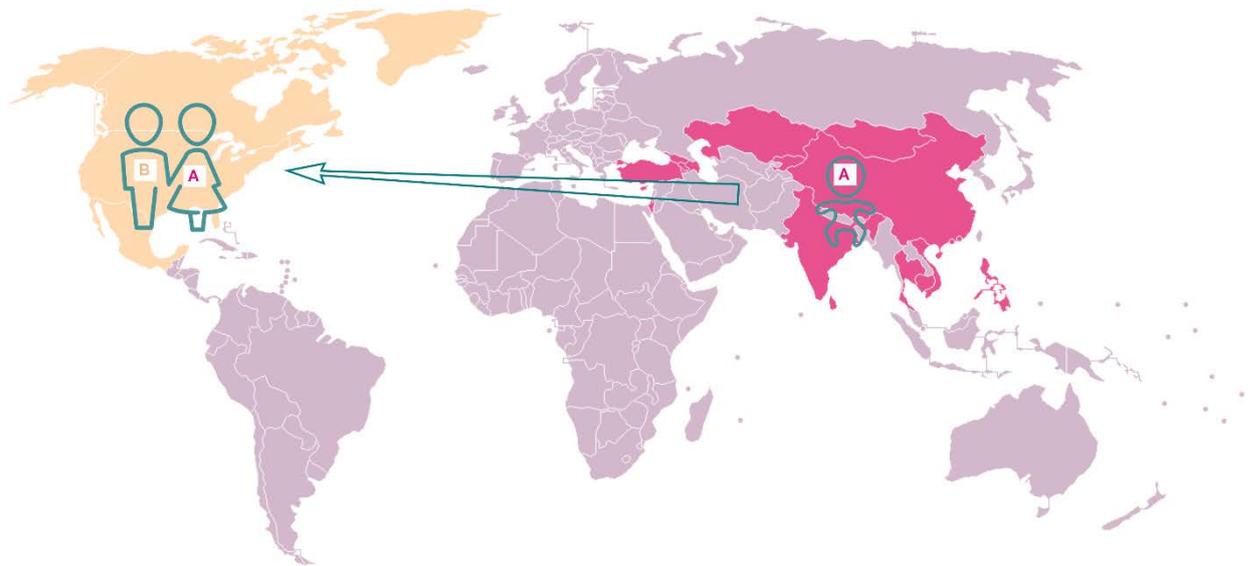
# 1

Casos en que  
la residencia habitual  
de los futuros padres adoptivos o del niño  
debería ser clara

## Futuros padres adoptivos

### a. Adopción por nacionales del Estado de origen que viven en el Estado de recepción<sup>24</sup>

- 1.a. Kim es nacional de un Estado asiático, pero ha vivido en un Estado de América del Norte durante diez años. Trabaja en este último Estado, su marido es nacional del mismo, y tienen intenciones de quedarse allí. Kim se mantiene en contacto con miembros de su familia que viven en el Estado asiático y va de vacaciones cada año. Kim y su marido querrían adoptar a un niño en el Estado asiático.



<sup>24</sup> En el Perfil de País para Estados de origen (en adelante, el "PP para EO de 2014"), se pregunta a los Estados de origen si tratan estas situaciones como adopciones *nacionales* o *internacionales* (véase la pregunta 39(c)). La mayoría de los Estados de origen respondió que, en efecto, esta situación es tratada como una adopción internacional a la que se aplica el Convenio: Albania, Bulgaria, Cabo Verde, Colombia, Ecuador, Filipinas, Haití, Letonia, Lesoto, Lituania, Madagascar, México, Moldavia (aunque ciertos procedimientos pueden permitir que una adopción de estas características sea considerada nacional), Panamá, República Checa, República Dominicana, Rumania y Togo.

13. ¿Dónde tienen su residencia habitual los futuros padres adoptivos? Varios factores indican que posiblemente se considere que Kim (y su marido) tienen su residencia habitual en el Estado de América del Norte, a saber: el tiempo que llevan viviendo en ese Estado; el hecho de que tienen intenciones de seguir viviendo allí; el hecho de que Kim trabaja en el Estado de América del Norte; y el hecho de que tiene lazos personales y sociales fuertes que la vinculan a ese Estado (está casada con un nacional de ese Estado que también reside allí).
14. ¿Qué significa esto en términos de si el Convenio se aplica a la adopción propuesta? Si se establece que la residencia habitual de Kim y su marido está en el Estado de América del Norte, dado que será diferente de la del niño adoptable, estaremos ante una **adopción internacional comprendida en el ámbito de aplicación del Convenio** (art. 2: es decir, una adopción a la que se aplica el Convenio). Por ende, Kim y su marido deberán recurrir a la Autoridad Central del Estado de América del Norte en el que tienen su residencia habitual. La adopción no deberá constituirse como una adopción nacional en el Estado asiático. En la reunión de 2010 de la Comisión Especial, se hizo referencia específicamente a este tipo de situación (adopción por nacionales del Estado de origen con residencia habitual en otro Estado), y se resaltó que a estas adopciones les son aplicables los procedimientos y las salvaguardias previstos en el Convenio<sup>25</sup>.
15. En este caso, la nacionalidad de Kim (y la de su marido) no es relevante para establecer si el Convenio es aplicable a esta adopción<sup>26</sup>.

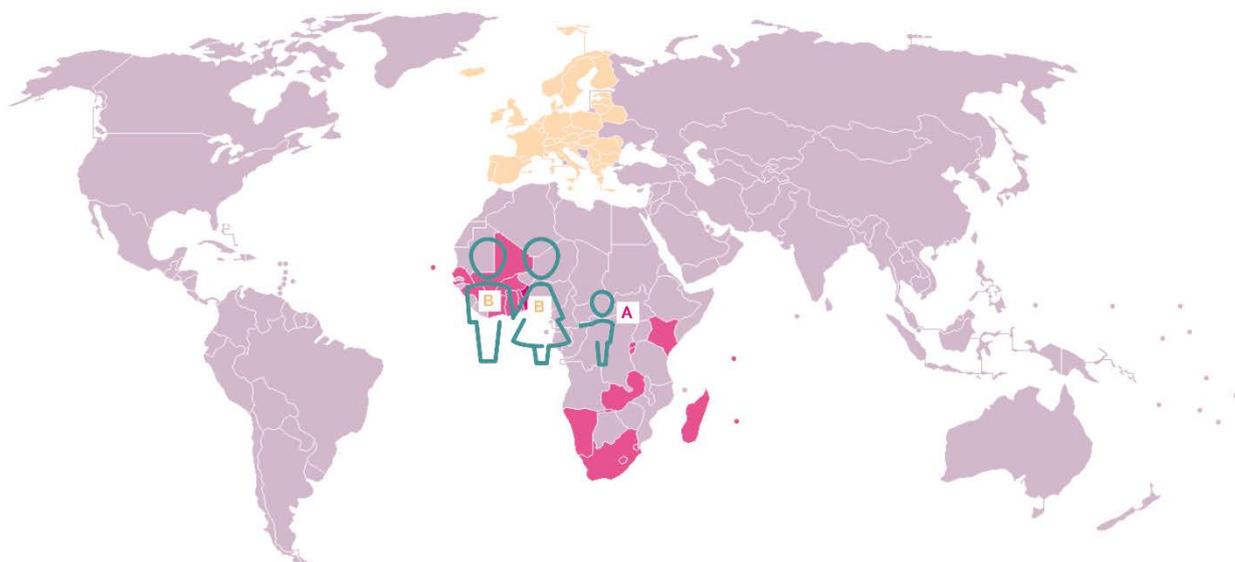
---

<sup>25</sup> C&R N° 11 de la reunión de 2010 de la CE: En la reunión de 2010 de la Comisión Especial "se resaltó que todas las adopciones internacionales comprendidas en el ámbito de aplicación del Convenio según lo dispuesto en el art. 2(1), incluso [...] las adopciones por nacionales del mismo Estado de origen, están sometidas a los procedimientos y salvaguardias del Convenio".

<sup>26</sup> Véase, *supra*, la nota 20 para más información sobre las circunstancias en las que la nacionalidad puede resultar pertinente en un caso de adopción internacional.

b. Adopción por personas que viven en el Estado de origen pero que no son nacionales de dicho Estado

- 1.b. Peter y Mary están casados, tienen nacionalidad europea, trabajan para una empresa internacional en un Estado de África y tienen contratos de trabajo por tiempo indefinido. Han vivido ocho años en el Estado de África y tienen intenciones de quedarse allí en el futuro próximo. Querrían adoptar un niño que viva en el Estado de África en el que residen.



16. ¿Dónde tienen su residencia habitual los futuros padres adoptivos? Posiblemente se considere que Peter y Mary tienen su residencia habitual en el Estado de África por las siguientes razones: el tiempo que han vivido allí; el hecho de que tienen contratos de trabajo por tiempo indefinido en el Estado de África; y su intención de seguir viviendo allí en el futuro próximo.
17. ¿Qué significa esto en términos de si el Convenio se aplica a la adopción propuesta? Si se establece que Peter y Mary tienen su residencia habitual en el Estado de África, dado que el Estado de su residencia habitual coincidirá con el del niño adoptable, estaremos ante una **adopción nacional no comprendida en el ámbito del Convenio** (art. 2: es decir, una adopción a la que el Convenio no es aplicable). Por ende, Peter y Mary deberán recurrir a las autoridades de adopción del Estado de África y solicitar una adopción nacional, conforme a la legislación interna en materia de adopción de ese Estado<sup>27</sup>.
18. En este caso, la nacionalidad de Peter y Mary no es relevante a los efectos de determinar si el Convenio es aplicable a esta adopción<sup>28</sup>.

---

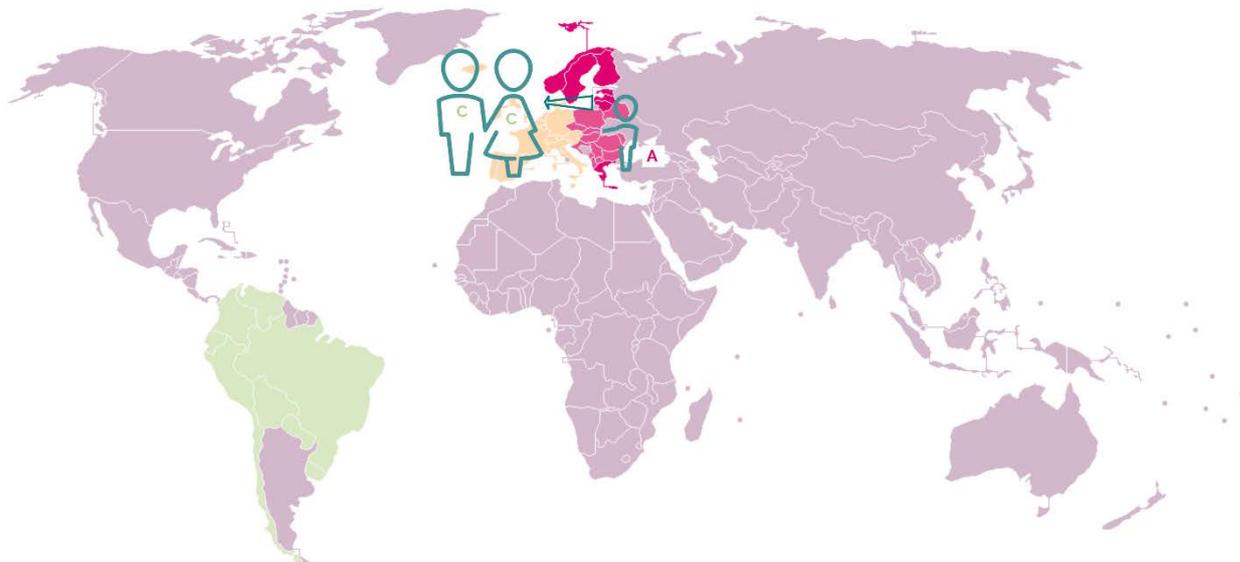
<sup>27</sup> Si en el derecho interno de ese Estado existe una disposición que, para adoptar en estas circunstancias, prohíbe que los futuros padres adoptivos sean de *nacionalidad extranjera*, ello impide la adopción. No obstante, de las respuestas de los Estados al Perfil de País de 2014, se desprende que, al contrario, el derecho interno de numerosos Estados contratantes *permite* que nacionales extranjeros que tengan su residencia habitual en ese Estado puedan adoptar a un niño con residencia habitual en el mismo Estado (en algunos casos esto es condicional a que se reúnan ciertos requisitos): véase el PP para EO de 2014, pregunta 39(a): Albania, Bulgaria, Burkina Faso, Cabo Verde, Chile, China, China (RAE de Hong Kong), China (RAE de Macao), Colombia, Ecuador, Eslovaquia, Estados Unidos de América, Filipinas, Guatemala, Haití, Hungría, Letonia, Lituania, Madagascar, México, Moldova, Panamá, República Checa, República Dominicana, Rumanía y Togo; y el Perfil de País para Estados de recepción de 2014 (en adelante, "PP para ER de 2014"), pregunta 35(b): Alemania, Australia, Bélgica, Canadá (ciertas provincias), China (RAE de Hong Kong), China (RAE de Macao), Dinamarca, Eslovenia, Estados Unidos de América, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Luxemburgo, México, Mónaco, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Panamá, República Checa, República Dominicana, Suecia y Suiza.

Asimismo, en estos casos, los futuros padres adoptivos pueden desear consultar a la/s Autoridad/es Central/es de los Estado/s de su/s nacionalidad/es o del Estado en el que residen de manera permanente para comprobar si considera que tienen su residencia habitual en el Estado de origen y si la adopción debería proceder como adopción nacional.

<sup>28</sup> Véase, *supra*, la nota 20 para más información sobre las circunstancias en las que la nacionalidad puede ser relevante en un caso de adopción internacional.

c. Adopción por nacionales de un tercer Estado (Estado distinto del Estado de origen y del de recepción)

- 1.c. Pablo y Ana son nacionales de un Estado de Sudamérica. Han vivido y trabajado 15 años en un Estado de Europa Occidental, en el que tienen lazos personales y sociales y no tienen intenciones de mudarse a otro Estado. Desean adoptar a un niño que viva en un Estado de Europa del Este.



19. ¿Dónde tienen su residencia habitual los futuros padres adoptivos? Varios factores indican que probablemente se considere que Pablo y Ana tienen su residencia habitual en el Estado de Europa Occidental, a saber: el tiempo que han vivido y trabajado en este Estado, sus fuertes lazos con el mismo y su intención de seguir viviendo allí.
20. ¿Qué significa esto en términos de si el Convenio se aplica a la adopción propuesta? Si se establece que el lugar de la residencia habitual de Pablo y Ana es el Estado de Europa occidental, como su residencia habitual será diferente de la del niño adoptable, estaremos ante una **adopción internacional comprendida en el ámbito de aplicación del Convenio** (art. 2). Por ende, Pablo y Ana deberán recurrir a la Autoridad Central del Estado de Europa Occidental en el que tienen su residencia habitual.
21. En este caso, la nacionalidad de Pablo y Ana no es relevante para determinar si el Convenio es aplicable a la adopción propuesta<sup>29</sup>.
22. Cabe señalar que en este tipo de caso —en el que los futuros padres adoptivos son nacionales de un Estado, tienen residencia habitual en otro Estado, y adoptan a un niño de un tercer Estado— es sumamente importante que las autoridades pertinentes establezcan, antes de la propuesta de adopción, que el niño tendrá derecho a ingresar y tener residencia permanente en el Estado de recepción<sup>30</sup>. En reuniones anteriores de la Comisión Especial se destacó que el niño debe poder conservar o adquirir una nacionalidad, y que la adopción internacional no debe dejarlo apátrida<sup>31</sup>. A este fin, puede ser necesario realizar ciertos trámites en el Estado de la nacionalidad de los futuros padres adoptivos a los efectos de que el niño adquiera esa nacionalidad<sup>32</sup>. Dado que en el presente ejemplo el Estado de la nacionalidad de los futuros padres adoptivos es un Estado contratante del Convenio, cabe señalar, asimismo, que deberá reconocer la adopción una vez que esta haya sido certificada en aplicación del artículo 23 del Convenio.

---

<sup>29</sup> *Ibid.*

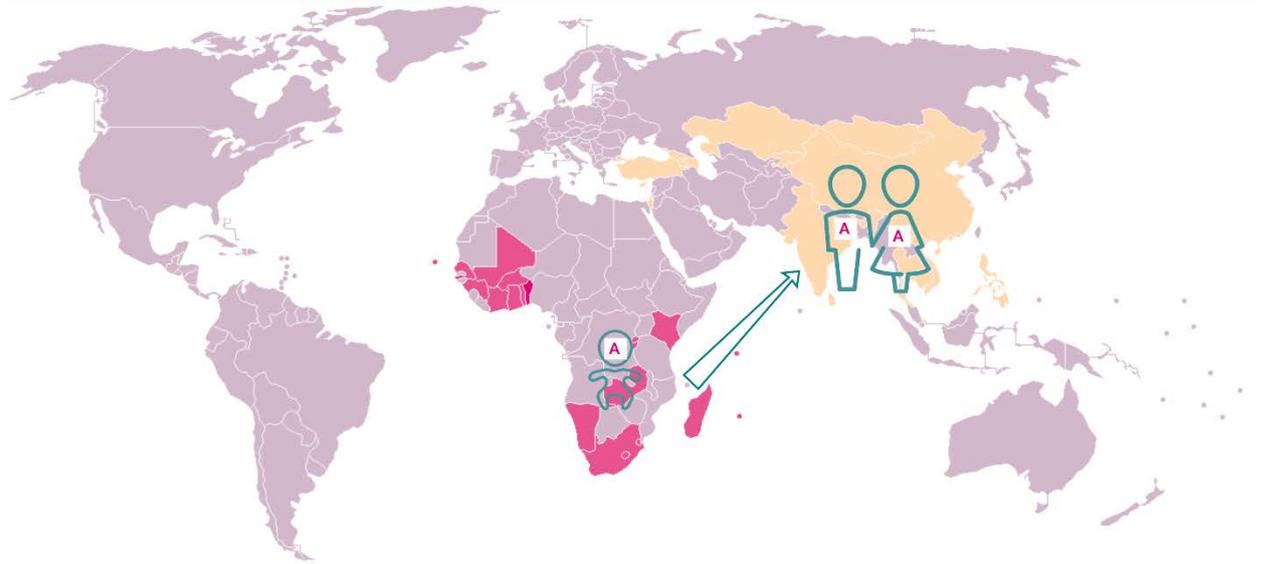
<sup>30</sup> Art. 5(c). Véase la discusión sobre el ejemplo de caso 2.a más abajo en cuanto a la interpretación del art. 5(c) y, en particular, las condiciones que debe reunir el niño para poder residir "permanentemente" en el Estado de recepción.

<sup>31</sup> "Informe y Conclusiones de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del *Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional* (28 de noviembre a 1 de diciembre de 2000)", elaborado por la Oficina Permanente (en adelante, "C&R de la reunión de 2010 de la CE"), C&R N° 20; "Informe y Conclusiones de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del *Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional* (17 a 23 de septiembre de 2005), elaborado por la Oficina Permanente (en adelante, "C&R de la reunión de 2005 de la CE"), C&R N° 17, y C&R N° 19 a 21 de la reunión de 2010 de la CE.

<sup>32</sup> P. ej., puede requerirse ingresar el certificado de nacimiento en el registro civil del Estado de la nacionalidad de los padres (Mónaco, Cuestionario N° 2 de 2014, pregunta 41) o puede requerirse un procedimiento de *exequatur* para la sentencia de adopción (Haiti, Cuestionario N° 2 de 2014, pregunta 41). Véase también Cuestionario N° 2 de 2014, pregunta 41: Bélgica, Colombia, Dinamarca, Noruega, Nueva Zelanda, Perú y República Dominicana.

## d. Adopciones intrafamiliares

- 1.d. Gilbert e Yvette, nacionales de un Estado de África, han vivido en un Estado de Asia durante 12 años. Trabajan y tienen lazos personales y sociales fuertes con ese Estado y no tienen intenciones de mudarse a otro en el futuro próximo. Desean adoptar a su sobrina huérfana de dos años, que tiene su residencia habitual en el Estado de África y que carece de familiares más cercanos que puedan cuidar de ella.



23. ¿Dónde tienen su residencia habitual los futuros padres adoptivos? Posiblemente se considere que Gilbert e Yvette tienen su residencia habitual en el Estado de Asia, en virtud de los siguientes factores: el tiempo vivido en ese Estado, su trabajo en ese Estado, sus fuertes lazos con el mismo y su intención de seguir viviendo allí en el futuro próximo.
24. ¿Qué significa esto en términos de si el Convenio se aplica a la adopción propuesta, por Gilbert e Yvette, de su sobrina? El primer punto que debe señalarse es que el Convenio se aplica a las adopciones intrafamiliares de la misma manera que a las adopciones que no son por parientes<sup>33</sup>. Entonces, si se establece que el Estado de Asia es el lugar de la residencia habitual de Gilbert e Yvette, y el de su sobrina el de África, **el Convenio será aplicable**, dado que Gilbert e Yvette tienen una residencia habitual distinta de la de su sobrina (art. 2). Por ello, Gilbert e Yvette deberán recurrir a la Autoridad Central del Estado de Asia en el que tienen su residencia habitual. La adopción no deberá constituirse como adopción nacional en el Estado de África (véase el ejemplo 1.a)<sup>34</sup>.
25. En este caso, la nacionalidad de Gilbert e Yvette no es relevante para determinar si el Convenio es aplicable a la adopción propuesta<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> Guía de Buenas Prácticas N° 1 (*op. cit.* nota 5), sección 8.6.4. Véase también la C&R N° 11 de la reunión de 2010 de la CE, en la que se señala que "todas las adopciones internacionales comprendidas en el ámbito de aplicación del Convenio según lo dispuesto en el art. 2(1), incluso [...] las adopciones intrafamiliares, están sometidas a los procedimientos y salvaguardias del Convenio". Sin embargo, corresponde que cada Estado defina qué constituye una adopción "intrafamiliar" o "por parientes" a los efectos de su propio derecho.

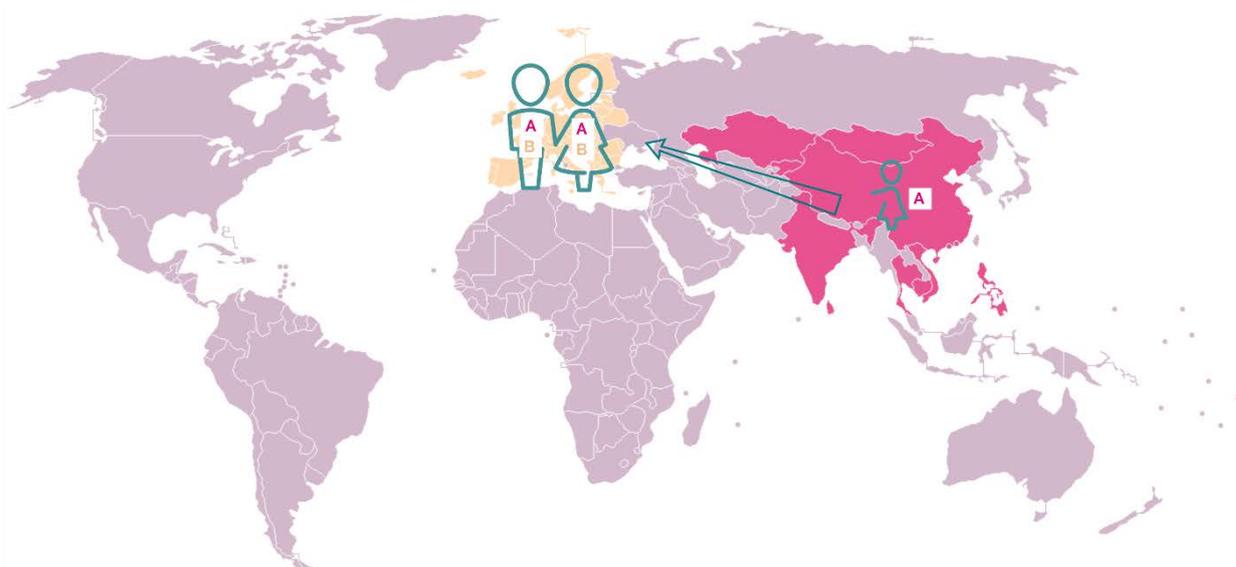
Véase también la C&R N° 32 de la reunión de 2015 de la CE, que establece orientaciones útiles sobre cómo deben abordarse las adopciones intrafamiliares de acuerdo con el Convenio: "Con respecto a la adopción intrafamiliar, la CE: a. recuerda que las adopciones intrafamiliares están comprendidas en el ámbito de aplicación del Convenio; b. resalta la necesidad de garantizar el respeto de las salvaguardias del Convenio, en particular, en el asesoramiento y en la preparación de los futuros padres adoptivos; c. reconoce que el procedimiento de asignación podría adaptarse a las características específicas de la adopción intrafamiliar; d. recomienda evaluar la motivación de cada una de las partes para determinar si el niño realmente necesita esa adopción; e. reconoce que es necesario evaluar la situación particular de cada niño en lugar de asumir de forma automática que, ya sea una solución de acogimiento a nivel nacional o un acogimiento intrafamiliar, es lo más conveniente según el interés superior del niño."

<sup>34</sup> Véase *supra*, párr. 14.

<sup>35</sup> Véase *supra*, nota 20 para más información sobre las circunstancias en las que la nacionalidad puede ser relevante en un caso de adopción internacional.

e. Adopción por personas con nacionalidad del Estado de origen y del de recepción (doble nacionalidad)<sup>36</sup>

- 1.e. Julia y su marido son nacionales de un Estado de Asia y de un Estado europeo. Han vivido y trabajado en el Estado europeo siete años y no tienen intenciones de mudarse a otro Estado. Sin embargo, tienen lazos familiares importantes en el Estado de Asia, al que viajan todos los años para visitar a sus parientes. Planean una visita al Estado de Asia con el propósito de adoptar a un niño que viva allí y regresar al Estado europeo donde residen.



<sup>36</sup>

Véase también el Informe y C&R de la reunión de 2005 de la CE, *supra*, nota 31, párr. 135.

26. ¿Dónde tienen su residencia habitual los futuros padres adoptivos? Si bien tienen doble nacionalidad y mantienen lazos con el Estado de Asia, varios factores indican que se consideraría que Julia y su marido tienen su residencia habitual en el Estado europeo, a saber: el tiempo que han vivido en ese Estado, el hecho de que trabajan y que tienen intenciones de seguir viviendo allí.
27. ¿Qué significa esto en términos de si el Convenio se aplica a la adopción propuesta? Si se establece que el lugar de residencia habitual de Julia y su marido es el Estado europeo, dado que su Estado de residencia habitual sería diferente del Estado del niño adoptable, estaríamos ante una **adopción internacional comprendida en el ámbito de aplicación del Convenio** (art. 2). Por ende, Julia y su marido deberían recurrir a la Autoridad Central del Estado europeo en el que tienen su residencia habitual. La adopción no debería constituirse como adopción nacional en el Estado de Asia.
28. En este caso, la doble nacionalidad de Julia y su marido no es relevante para determinar si el Convenio se aplica a esta adopción<sup>37</sup>.

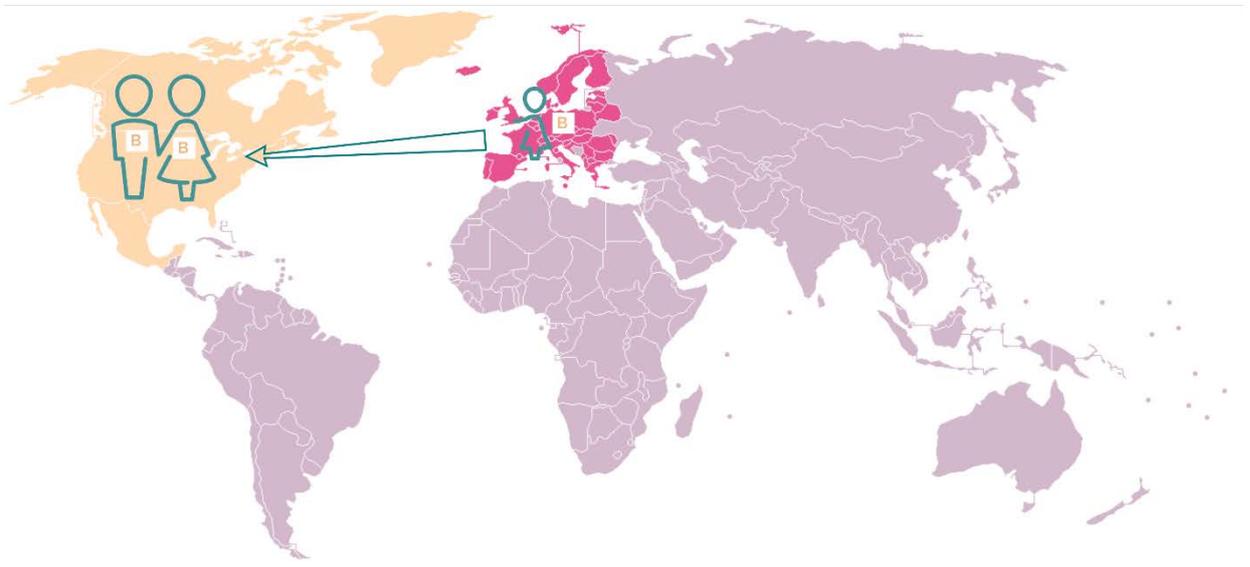
---

<sup>37</sup> Véase *supra*, nota 20 para más información sobre las circunstancias en las que la nacionalidad puede ser relevante en un caso de adopción internacional.

## Niños

### f. Adopción de un niño que es nacional de un Estado pero vive en otro Estado

- 1.f. Fleur es una niña con nacionalidad de un Estado americano, Estado en que nació y del que son nacionales sus padres. Sin embargo, cuando tenía seis meses, sus padres se mudaron con ella a un Estado europeo para instalarse allí por tiempo indefinido. Su madre falleció cuando Fleur tenía dos años. Ahora Fleur tiene nueve años y su padre ha fallecido recientemente. Su tía del lado paterno y su marido, que tienen su residencia habitual en el Estado americano, quieren adoptarla.



29. ¿Dónde tiene Fleur su residencia habitual? Sobre la base de que ha vivido la mayor parte de su vida (ocho años y medio) en el Estado europeo y que allí es donde se encuentra el centro de su vida familiar y social, es probable que se determine que su residencia habitual está en ese Estado. Ello independientemente de que no sea nacional de dicho Estado.
30. Si se establece, según el Convenio de La Haya de 1993, que la residencia habitual de Fleur está en el Estado europeo, dicho Estado será el Estado de origen y, por ende, el encargado de recibir la solicitud de adopción internacional que se presente. El Estado americano, donde la tía del lado paterno y su marido tienen su residencia habitual, será el Estado de recepción, encargado de transmitir la solicitud de adopción internacional al Estado europeo. Como se mencionó más arriba, si bien la solicitud es presentada por miembros de la familia extendida de Fleur, los procedimientos y salvaguardias del Convenio serán igualmente aplicables<sup>38</sup>.
31. En este caso, la nacionalidad de Fleur no resulta relevante para determinar el ámbito de aplicación del Convenio, sino que el principal criterio de conexión es su residencia habitual<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> Véase *supra* párr. 24 y nota 33 sobre adopciones internacionales intrafamiliares.

<sup>39</sup> Véase *supra*, nota 20 para más información sobre las circunstancias en las que la nacionalidad puede ser relevante en un caso de adopción internacional.



# 2

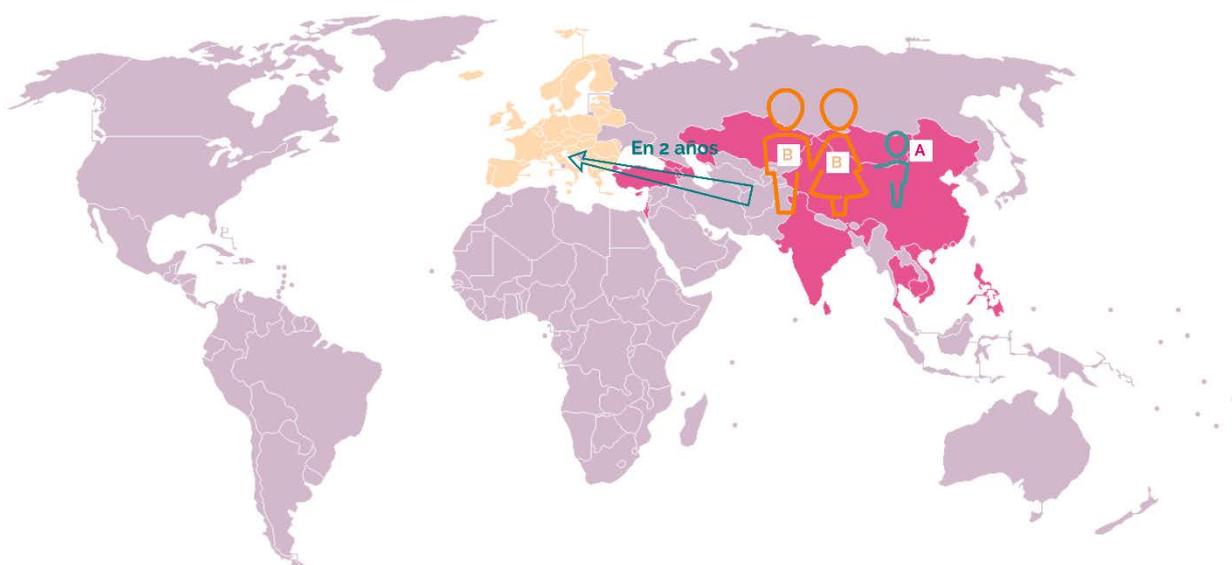
Casos en los que  
establecer la residencia habitual  
de los futuros padres adoptivos o del niño  
es más complejo

## Futuros padres adoptivos<sup>40</sup>

- a. Adopciones por personas que viven temporalmente en el Estado de origen o en el Estado de recepción (p. ej.: expatriados, diplomáticos y militares)<sup>41</sup>

### Con residencia temporal en el Estado de origen:

- 2.a. Marc y Brigitte son nacionales de un Estado europeo y trabajan en un Estado asiático. Tienen contratos de trabajo por tiempo determinado de dos años, y una de las condiciones de contratación es que deben regresar a trabajar al Estado europeo cuando terminen sus contratos. Desean adoptar a un niño que viva en el Estado asiático.

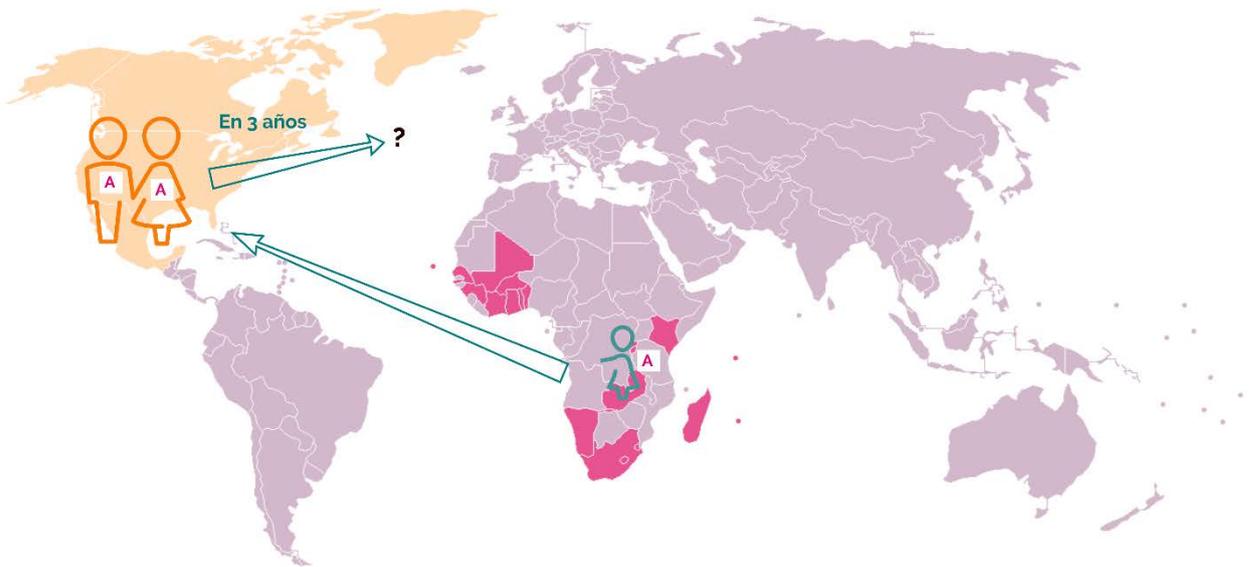


<sup>40</sup> Pueden presentarse dificultades particulares cuando ni el Estado de origen ni el de recepción es considerado el Estado de la residencia habitual de los futuros padres adoptivos (Cuestionario N° 2 de 2014, pregunta 40(a): Alemania, Andorra, Bélgica, Canadá (Ontario, Quebec), Chile, Eslovenia, Filipinas, Finlandia, Francia, Haití, Irlanda, Lesoto, Mónaco, Noruega, Suecia y Turquía), o cuando tanto el Estado de origen como el de recepción se considera el Estado de la residencia habitual de los futuros padres adoptivos (Cuestionario N° 2 de 2014, pregunta 40(b): Alemania, Armenia, Bélgica, Burkina Faso, Canadá (Ontario, Quebec), Chile, Dinamarca, Eslovenia, Estados Unidos de América, Finlandia, Francia, Haití, Noruega, Nueva Zelanda, República Dominicana y Suecia).

<sup>41</sup> Guía de Buenas Prácticas N° 1 (*op. cit.* nota 5), sección 8.4.1.1 y C&R N° 135 de la reunión de 2005 de la CE. Algunas situaciones problemáticas en cuanto a una residencia temporal son, por ejemplo: extranjeros que entran a un Estado por trabajos de duración determinada (Cuestionario N° 2 de 2014, pregunta 37: Alemania y Perú); los frecuentes cambios de residencia de los diplomáticos (Cuestionario N° 2 de 2014, pregunta 37: Alemania, Burkina Faso y Perú) o personal militar (Cuestionario N° 2 de 2014, pregunta 37: Alemania); personas que residen en un lugar por un tiempo determinado pero ese período es susceptible de extensión, p. ej., por un contrato de trabajo (Cuestionario N° 2 de 2014, pregunta 37: Alemania). Con respecto a los riesgos inherentes a este tipo de adopciones, véase al artículo del Boletín Mensual del SSI N° 210 de marzo de 2017, "Responder a los riesgos inherentes a las adopciones por expatriados".

Con residencia temporal en el Estado de recepción<sup>42</sup>:

- 2.a. Koffi y Safia son nacionales de un Estado africano. Viven temporalmente en un Estado americano, desde hace un año. Koffi tiene un contrato de trabajo de duración indefinida con una empresa internacional, la cual tiene planeado moverlos a otro Estado en tres años. Esperan que, en el futuro, de vez en cuando, van a vivir por períodos de un par de años en el Estado de su nacionalidad, al que van de visita periódicamente y donde tienen propiedades. Desean adoptar a un niño que viva en el Estado africano.



<sup>42</sup> Este Estado es considerado el Estado de recepción en el ejemplo porque se trata del Estado en el que Koffi y Safia viven actualmente, al cual querían llevar al niño que adopten. Sin embargo, la determinación definitiva de si se trata del Estado de recepción a los efectos de la adopción internacional conforme al Convenio de La Haya de 1993 dependerá, al fin y al cabo, de la determinación de su residencia habitual.

32. ¿Dónde tienen su residencia habitual los futuros padres adoptivos? La determinación de la residencia habitual de estas parejas es compleja. Los Estados pueden considerar, entre otros, los siguientes factores:
- el tiempo que cada pareja lleva viviendo en ese Estado<sup>43</sup>;
  - sus intenciones con respecto a su residencia en ese Estado (p. ej.: ¿Cuánto piensan quedarse? ¿Tienen un contrato de trabajo confirmado? ¿Qué visión tienen de su residencia? ¿Tienen intenciones de regresar a su país de origen al término de sus contratos de trabajo?);
  - el objeto y las razones de su residencia en el Estado, y las condiciones a las que puede estar vinculada su residencia;
  - sus lazos personales, sociales, culturales y económicos con ese Estado; y
  - los lazos que mantienen con su Estado de origen (p. ej., si siguen teniendo bienes inmuebles allí).
33. ¿De qué manera deben proceder los Estados involucrados en estos casos? La Autoridad Central del Estado ante la que se presentan los futuros padres adoptivos deberá asesorarles sobre su situación particular antes de dar trámite a la solicitud de adopción<sup>44</sup>. Asimismo, en la reunión de 2015 de la Comisión Especial se recomendó que "la Autoridad Central involucrada consulte, con celeridad, con las Autoridades Centrales de los otros Estados contratantes involucrados antes de asesorar a los futuros padres adoptivos o de comunicarles su decisión"<sup>45</sup>.
34. Si se establece que el Convenio es aplicable en estos casos —es decir, si la decisión sobre la residencia habitual implica que la adopción sea constituida como *internacional* según el artículo 2 del Convenio—, entonces, antes de dar trámite a la solicitud, las Autoridades Centrales pertinentes deberán verificar cuidadosamente que se reúnan todos los requisitos del Convenio a la luz de las circunstancias más inusuales del caso. Por ejemplo, deberán cerciorarse de que se pueda realizar el informe psico-social o informe equivalente (art. 15) de manera adecuada, teniendo en cuenta el carácter y la duración de la residencia de la pareja en el Estado de recepción.
35. Asimismo, deberá verificarse que la pareja reúna las condiciones requeridas para la adopción internacional de ambos Estados, lo cual puede implicar que tengan que permanecer en el mismo Estado hasta que se complete el procedimiento de adopción internacional. En efecto, si fuera probable que la pareja se mude durante el procedimiento de adopción internacional o poco después, y si ello estuviera permitido en ambos Estados, las Autoridades Centrales pertinentes deberán discutir el tema para tomar las medidas necesarias a los efectos de la transmisión del expediente y para que el nuevo Estado de residencia habitual adopte las medidas necesarias de seguimiento (véase más información en el ejemplo 2.c más abajo sobre mudanzas durante el transcurso del procedimiento de adopción internacional).

---

<sup>43</sup> En el caso de las estancias de corta duración, una de las dificultades consiste en determinar en qué momento cambia el lugar de residencia habitual (Cuestionario N° 2 de 2014, pregunta 37: Suecia).

<sup>44</sup> C&R N° 13 de la reunión de 2010 de la CE. Para un ejemplo de una buena práctica al respecto, véase el artículo de Quebec en el Boletín Mensual N° 210 del SSI de marzo de 2017 (*op. cit.* nota 41), titulado "Quebec: gestión de las adopciones por expatriados" (p. 6).

<sup>45</sup> C&R N° 23 de la reunión de 2015 de la CE. En cuanto a los casos en que los Estados contratantes implicados no llegan a un acuerdo sobre cuál es la residencia habitual de los futuros padres adoptivos, véase *infra* el párr. 74.

36. Además, en el ejemplo de Koffi y Safia, si se establece que la pareja tiene su residencia habitual en el Estado americano, de manera que la adopción solicitada sea una adopción internacional comprendida en el ámbito del Convenio de La Haya de 1993, una vez más, antes de dar trámite a la solicitud, el Estado americano (Estado de recepción) deberá verificar cuidadosamente si en el caso se cumple la condición del artículo 5(c) del Convenio —es decir, las autoridades competentes deberán constatar que el niño "ha sido o será autorizado a entrar y residir permanentemente" en el Estado de recepción<sup>46</sup>—. Esto puede suscitar un problema dado que la legislación en materia migratoria de algunos Estados de recepción únicamente permite a los niños permanecer en el Estado de recepción si los futuros padres adoptivos —*que no son ni nacionales ni tienen residencia permanente en el Estado*— están autorizados.
37. No hay mención explícita de este tema en el Informe Explicativo del Convenio. Sin embargo, algunos Estados han adquirido la práctica de constatar que las autoridades competentes del Estado de recepción verifiquen si el niño ha sido o será autorizado a entrar y residir en ese Estado por el período de tiempo que lo estén los futuros padres adoptivos<sup>47</sup>, y si estos últimos han tomado las medidas necesarias para que el niño pueda adquirir la nacionalidad de al menos uno de ellos<sup>48</sup>. Si bien esta práctica no responde a la condición del artículo 5(c), pretende garantizar que el niño podrá residir permanentemente con al menos uno de los padres adoptivos luego de partir del Estado de recepción. En la práctica, los Estados involucrados colaboran dentro de sus posibilidades para asistir a los futuros padres adoptivos. Esta colaboración consiste en una buena práctica consolidada desde hace tiempo, de conformidad con el Convenio.
38. Este tipo de casos, es decir, casos que implican una mudanza internacional pasada, presente o futura de los futuros padres adoptivos, pueden derivar en la elusión, intencional o no intencional, de las normas del Convenio. Al respecto, las autoridades deben tener en cuenta dos puntos esenciales:
- En estos casos resulta muy importante que los profesionales que pueden tener contacto directo con los futuros padres adoptivos (p. ej.: embajadas, autoridades migratorias, organismos acreditados para la adopción), tengan una formación sobre el Convenio de La Haya de 1993 en general y, en particular, sobre la cuestión de qué constituye una adopción internacional conforme al artículo 2 y el significado de la residencia habitual a los efectos del Convenio de La Haya de 1993.

---

<sup>46</sup> Guía de Buenas Prácticas N° 1 (*op. cit.* nota 5), párr. 483.

En numerosos casos de adopción internacional, los futuros padres adoptivos viven ya sea en el Estado de su nacionalidad o tienen residencia permanente en otro Estado. En estos escenarios, el art. 5(c) no debería plantear ningún problema. En este caso en particular, el desafío consiste en que los futuros padres adoptivos no son ni nacionales del Estado de recepción ni tienen residencia permanente allí.

<sup>47</sup> P. ej., Bélgica.

<sup>48</sup> Véanse C&R N° 19 a 21 de la reunión de 2010 de la CE, donde se recomienda otorgar al niño, de manera automática, la nacionalidad de uno de los padres adoptivos o del Estado de recepción, y que ese Estado de recepción colabore en la tramitación de las formalidades necesarias para que el niño adquiriera esa nacionalidad. En la C&R N° 21 se indica claramente que debe considerarse si el niño puede adquirir la nacionalidad al momento de determinar si la adopción internacional puede tramitarse conforme al Convenio. Véanse también C&R N° 20 de la reunión de 2000 de la CE; C&R N° 17 de la reunión de 2005 de la CE.

- Las Autoridades Centrales deben ser conscientes de que algunas personas se mudan a un Estado contratante con intenciones deliberadas de evadir la aplicación del Convenio de La Haya de 1993 a su adopción, para así poder adoptar por medio de una adopción *nacional* en ese Estado. La Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la venta y la explotación sexual de niños resalta este riesgo y preocupación<sup>49</sup>. Para evitar que esto ocurra, la Comisión Especial invitó a que, cuando los Estados contratantes evalúan las solicitudes de futuros padres adoptivos con respecto a adopciones *nacionales*, consideren con mucho cuidado las circunstancias de su presencia (o la del niño) en el Estado<sup>50</sup>.

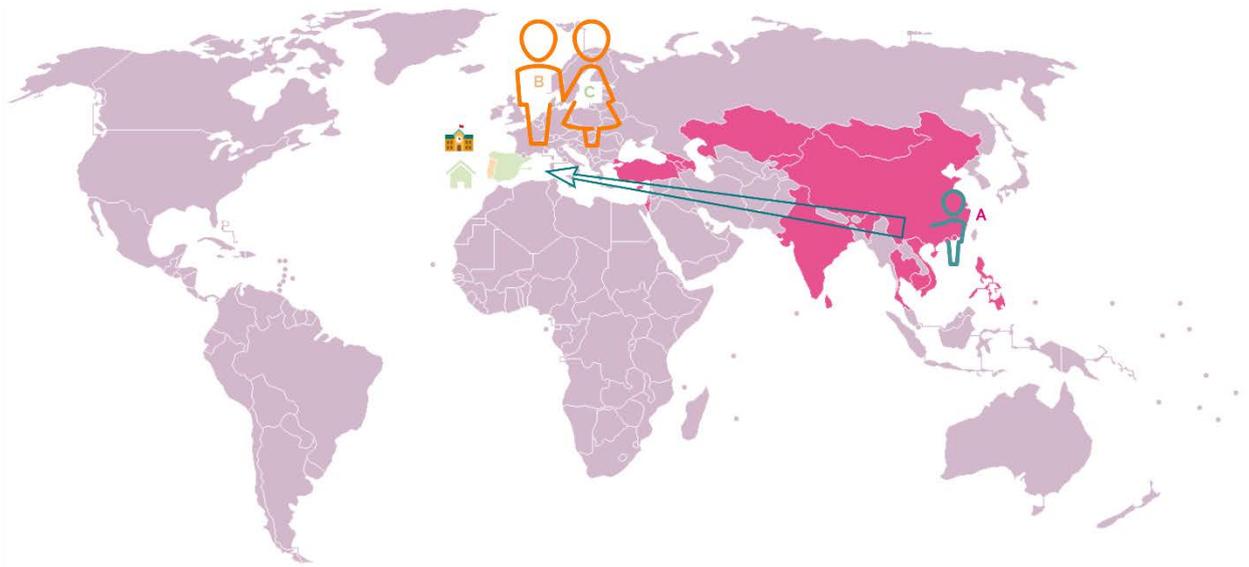
---

<sup>49</sup> Véase el párr. 49 del Informe Anual de la Relatora Especial (A/HRC/34/55, con fecha del 22 de diciembre de 2016), disponible en < <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Children/Pages/AnnualReports.aspx> >.

<sup>50</sup> C&R N° 24 de la reunión de 2015 de la CE.

b. Adopción por personas cuyas vidas se desarrollan mayormente en un Estado, pero residen en un Estado limítrofe

- 2.b. Lucy es nacional del Estado europeo C y su marido, Thomas, es nacional del Estado europeo B, que comparte frontera con el Estado C. Viven en el Estado C cerca de la frontera con el Estado B. Ambos se trasladan al Estado B para trabajar y sus hijos asisten a la escuela allí también. Todos sus parientes viven en el Estado B. Desean adoptar un niño de un Estado asiático.



39. La pregunta clave en este ejemplo es cuál de los dos Estados, el B o el C, debe considerarse el Estado de recepción. En otras palabras, ¿dónde tienen su residencia habitual los futuros padres adoptivos? Pueden tenerse en cuenta varios factores para establecer cuál es la residencia habitual de Lucy y Thomas, a saber:
- el tiempo que la familia lleva viviendo en el Estado C (es decir, dónde se encuentra su casa y cuánto tiempo han vivido allí);
  - si piensan seguir viviendo allí;
  - si los trabajos de Lucy y Thomas en el Estado B son a largo plazo;
  - cuánto tiempo llevan los niños yendo a la escuela en el Estado B y si la intención es que sigan asistiendo allí;
  - dónde se encuentra el centro de su vida social y familiar; y
  - todo otro lazo de la familia con el Estado B o el Estado C.
40. No obstante, en ese caso, las autoridades de los Estados B y C pueden tener dificultades para establecer la residencia habitual de la pareja ya que su casa se encuentra en el Estado C, pero el centro de sus actividades (p. ej., trabajo, escuela, familia) parece encontrarse en el Estado B.
41. En vista de lo que precede, ¿cómo deben proceder los Estados involucrados en estos casos? Antes de brindar asesoramiento o comunicar una decisión sobre la residencia habitual a los futuros padres adoptivos, las Autoridades Centrales de los Estados B y C deben ponerse en contacto para tratar el tema cuanto antes<sup>51</sup>. En particular, antes de que se dé trámite a la solicitud, pueden ponerse en contacto para discutir cuál es la mejor manera de llevar adelante una adopción internacional con arreglo al Convenio en estas circunstancias desde una perspectiva práctica, por ejemplo:
- cuál es la mejor manera de elaborar el informe psico-social de la familia u otro informe equivalente, en vista de que el hogar familiar se encuentra en el Estado C, y el centro de sus actividades en el Estado B. Es importante señalar que un organismo acreditado para la adopción de un Estado puede no tener la facultad de realizar el trabajo necesario en otro Estado. Esto debe verificarse y las Autoridades Centrales deben garantizar que el informe psico-social pueda realizarse de manera adecuada;
  - el Estado que se determine como Estado de recepción tendrá que constatar que el niño será autorizado a "entrar y residir permanentemente" en dicho Estado (art. 5(c)); y
  - establecer si el niño podrá adquirir la nacionalidad, sea del Estado B o C, o de ambos<sup>52</sup>.
42. Las Autoridades Centrales deben asesorar a los futuros padres adoptivos sobre su situación particular antes de dar trámite a la solicitud<sup>53</sup>.

---

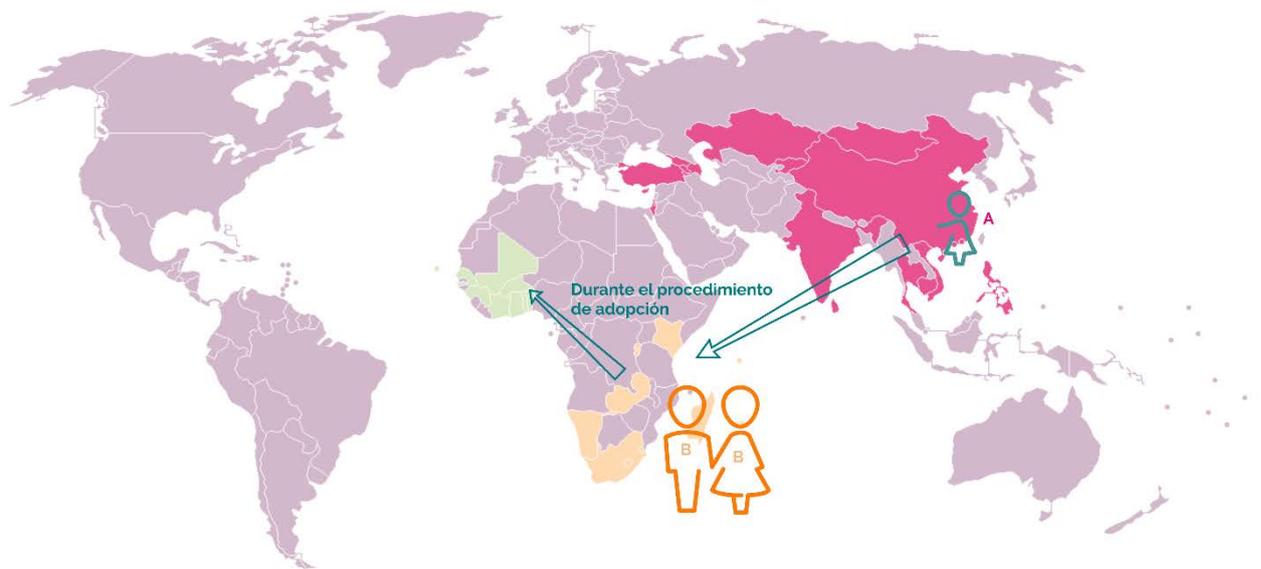
<sup>51</sup> C&R N° 23 de la reunión de 2015 de la CE. Este tipo de problema fue señalado en las respuestas de Alemania y Mónaco al Cuestionario N° 2 de 2014, pregunta 37.

<sup>52</sup> Véanse C&R N° 20 de la reunión de 2000 de la CE; C&R N° 17 de la reunión de 2005 de la CE y C&R N° 19 a 21 de la reunión de 2010 de la CE.

<sup>53</sup> C&R N° 13 de la reunión de 2010 de la CE.

### c. Adopción por personas cuyo lugar de residencia cambia durante el procedimiento de adopción

- 2.c. Jean y Marie viven y trabajan en un Estado africano (Estado B), del que son nacionales y donde han vivido toda su vida. Quieren adoptar en Asia. Luego de presentar su solicitud ante la Autoridad Central del Estado africano B, y mientras el procedimiento de adopción está en trámite, se mudan al Estado africano C.



43. ¿Dónde tienen su residencia habitual los futuros padres adoptivos? Al momento de la presentación de la solicitud de adopción internacional, las autoridades del Estado B establecen que Jean y Marie tienen su residencia habitual en el Estado B<sup>54</sup>. Sin embargo, al instalarse en el Estado africano C, se plantean dos preguntas: (1) ¿dónde tienen su residencia habitual ahora? (es decir, ¿ya no tienen su residencia habitual en el Estado africano B, sino en el Estado africano C?); y (2) a nivel práctico, ¿el procedimiento de adopción puede proceder independientemente de la mudanza? Y en caso afirmativo, ¿de qué manera<sup>55</sup>?
44. Para responder a la primera pregunta, dado que el establecimiento de la residencia habitual tiene consecuencias tanto para el Estado B como para el C, convendría que las Autoridades Centrales de ambos Estados se consulten de inmediato sobre este tema antes de asesorar o comunicar una decisión a los futuros padres adoptivos<sup>56</sup>. Los factores que figuran a continuación pueden considerarse a los efectos de establecer si la residencia habitual de la pareja ha cambiado:
- el objeto de la mudanza (es decir, ¿por qué se instalan en otro país?);
  - sus intenciones con respecto a su residencia en el Estado C y las condiciones que determinen su permanencia en ese Estado (es decir, ¿cuánto tiempo piensan quedarse? ¿Se trata de una mudanza por tiempo indefinido o temporaria y ello en función de algún permiso de trabajo o residencia?);
  - los lazos que mantengan con el Estado B (p. ej.: lazos laborales, sociales, familiares y económicos); y
  - todo otro lazo con el Estado B o C.
45. En cuanto a la segunda pregunta, el procedimiento que debe seguirse en dichos casos dependerá de las circunstancias de cada caso en particular. Un factor clave que debe tenerse en cuenta es en **qué instancia se encuentra el procedimiento de adopción al momento de la mudanza** de los (futuros) padres adoptivos<sup>57</sup>. La colaboración (art. 7) y la coordinación entre las Autoridades Centrales pertinentes será esencial para encontrar la mejor solución para cada caso<sup>58</sup>. Será particularmente importante garantizar que el niño será autorizado a entrar y residir permanentemente en el Estado de recepción<sup>59</sup>.

<sup>54</sup> Dado que se dio trámite a la solicitud; véase el art. 14 del Convenio y *supra*, párr. 9. No obstante, cabe señalar que, *si al momento de la presentación de la solicitud de adopción internacional*, Jean y Marie ya tenían intenciones claras de mudarse al Estado B de manera inminente, el Estado A probablemente habría llegado a una decisión diferente con respecto a su lugar de residencia habitual.

<sup>55</sup> Véase, p. ej., Informe Explicativo, *supra*, nota 13, párr. 187, donde se establece que si la mudanza ocurre cuando el procedimiento de adopción internacional está en curso, resulta inevitable que el Estado contratante al que se trasladaron los futuros padres adoptivos sea "considerado Estado de recepción" a los efectos del art. 5(c) (es decir, a los efectos de determinar si "el niño ha sido o será autorizado a entrar y residir permanentemente en dicho Estado").

<sup>56</sup> C&R N° 23 de la reunión de 2015 de la CE.

<sup>57</sup> Este factor fue mencionado por Países Bajos en el Cuestionario N° 2 de 2014, pregunta 39. Países Bajos indicó que dependiendo de la instancia en que se encuentre el procedimiento de adopción, se aplicarán distintas condiciones a la prosecución del trámite.

<sup>58</sup> Véase la Guía de Buenas Prácticas N° 1 (*op. cit.* nota 5), sección 8.4.1.1 y J.H.A. van Loon, "International Co-operation and Protection of Children with regard to Intercountry Adoption", *Recueil des cours de l'Académie de droit international privé*, La Haya, 1993-VII(244), párr. 204(2). Con respecto a las consultas entre Autoridades Centrales en estas situaciones, véase, p. ej., Cuestionario N° 2 de 2014, pregunta 39; Andorra, Bélgica, Bulgaria, República Dominicana, Francia, Mónaco, Noruega y Vietnam. Para ciertos Estados, si los futuros padres adoptivos se mudan de ese Estado, el procedimiento de adopción internacional no puede continuar (Cuestionario N° 2 de 2014, pregunta 39; Finlandia, Luxemburgo, Países Bajos) o no puede continuar si se mudan a un Estado no contratante (Cuestionario N° 2 de 2014, pregunta 39; Guinea y Perú). Uno de los Estados informa con antelación a los futuros padres adoptivos de que instalarse en otro Estado durante el procedimiento de adopción puede ocasionar dificultades (Cuestionario N° 2 de 2014, pregunta 39; Suecia).

<sup>59</sup> Art. 5(c) del Convenio.

46. En este ejemplo, se presume que Jean y Marie no tenían ningún conocimiento ni información sobre su futura mudanza al momento de la presentación de la solicitud de adopción internacional<sup>60</sup>. No obstante, convendría que las Autoridades Centrales del Estado de recepción preguntaran a los futuros padres adoptivos, de manera sistemática, si prevén instalarse en otro Estado, y les advirtieran de los desafíos que esto puede suponer, antes de dar trámite a la adopción internacional<sup>61</sup>. De esta manera pueden discutirse cuestiones en torno a una posible mudanza antes de que comience el procedimiento de adopción internacional, también con el Estado de origen. Si algunas cuestiones no pueden resolverse, se puede informar de ello a los futuros padres adoptivos en esa instancia temprana en lugar de más adelante en el procedimiento.

---

<sup>60</sup> Véase la nota 54 *supra* sobre el impacto que puede tener en la determinación de la residencia habitual que los futuros padres adoptivos ya sepan que se mudarán al momento de la presentación de la solicitud inicial. Véase también el párr. 73.

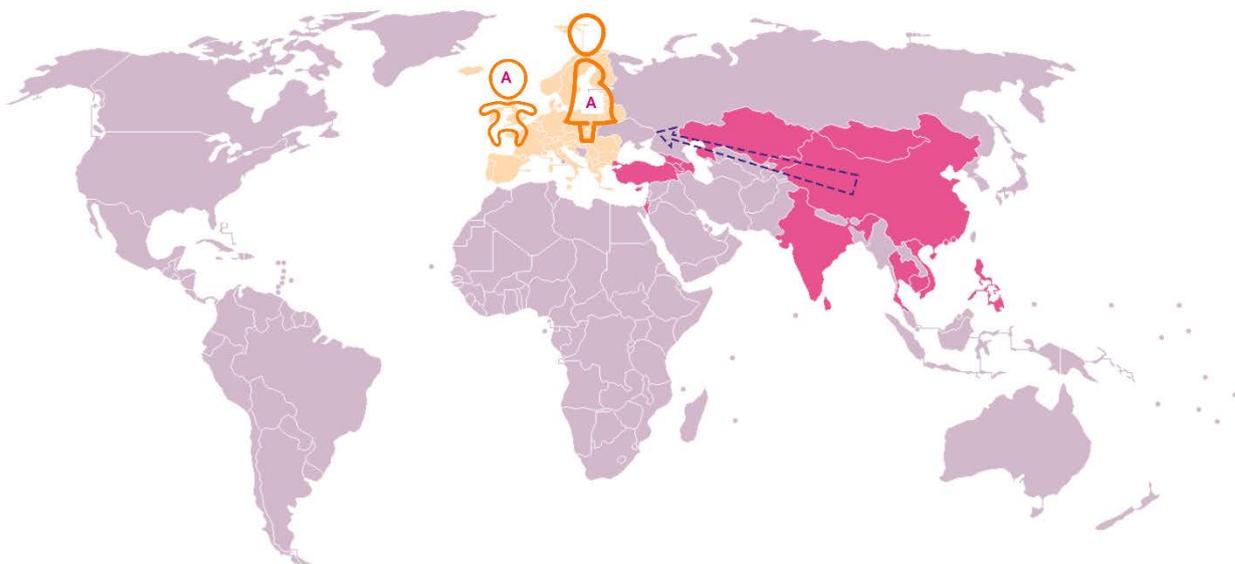
<sup>61</sup> En especial si ya sea que su Estado o el Estado de origen pertinente no permite la continuación del procedimiento de adopción internacional cuando hay una mudanza mientras el procedimiento está en trámite. Véase también la nota 58 *supra*.

## El niño

47. En casos regulados por el Convenio de La Haya de 1993, la determinación de la residencia habitual del niño plantea menos dificultades que en cuanto a la de los futuros padres adoptivos<sup>62</sup>. Sin embargo, los siguientes dos ejemplos se han dado en la práctica, por lo que en esta sección se ofrecen algunas orientaciones muy generales sobre cómo afrontar estas situaciones.

### d. La residencia habitual de un niño nacido<sup>63</sup> en un Estado poco tiempo después de la llegada de su madre a ese Estado

- 2.d. Lisa tiene 20 años<sup>64</sup> y es nacional de un Estado asiático. Vivió toda su vida en ese Estado hasta que, hace unos meses, estando embarazada de siete meses, se mudó a un Estado europeo. Su hija nació en el Estado europeo hace unos días. Recientemente, Lisa inició el procedimiento para confiar a su hija en adopción en el Estado europeo.



<sup>62</sup> Esto se explica por la obvia razón de que es mucho más probable que los futuros padres adoptivos se trasladen e instalen en otro Estado que los niños adoptables. Esta circunstancia se diferencia de lo que ocurre con algunos de los otros Convenios de La Haya modernos relativos a la protección de la infancia, por ejemplo, el Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Niños y el Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños, en los cuales la residencia habitual del niño es el elemento fundamental. Como se mencionó en el párr. 5 más arriba, dado que la residencia habitual es un concepto fáctico, pueden tenerse en cuenta diferentes consideraciones a la hora de determinar la residencia habitual del niño a los efectos del Convenio de 1993.

<sup>63</sup> Cabe recordar que el art. 4(c)(4) del Convenio dispone que la madre biológica puede dar su consentimiento con respecto a la adopción de su hijo únicamente después del nacimiento del niño. Véase también el Informe Explicativo (*op. cit.* nota 13), párrs. 153-154.

<sup>64</sup> Es importante tener en cuenta que a veces, en casos como este, la madre puede tener menos de 18 años, es decir que ella misma puede ser considerada un niño conforme al Convenio de La Haya de 1996 (véase su art. 2). En casos de estas características, debe considerarse si se requiere adoptar medidas de protección con respecto a la madre y a su hijo.

48. La decisión de la madre (Lisa) de renunciar a la patria potestad casi inmediatamente después de llegar a otro país suscita cuestionamientos en cuanto a si el viaje podría haber sido planeado para evadir el procedimiento que establece el Convenio. Este tipo de caso también podría ser un caso de trata de personas, y podría derivar en la venta de un niño en contravención del derecho internacional y del derecho interno de un Estado<sup>65</sup>. Es sabido que los traficantes captan a mujeres embarazadas y las convencen para que viajen al exterior como "turistas" y, que una vez que estén en el otro Estado, renuncien a su bebe a cambio de dinero. A menudo los traficantes organizan la colocación del niño por nacer con antelación<sup>66</sup>. Es por ello que cuando la autoridad competente del Estado de nacimiento del niño recibe información de situaciones en las que un progenitor tiene intenciones de renunciar a la patria potestad a su llegada al país, siempre deberían verificarse, cuidadosa y exhaustivamente, las circunstancias que llevaron al progenitor a trasladarse.
49. Si se constata que se trata de un caso de trata de personas, la autoridad competente del Estado en el que se encuentra el niño deberá tomar, con carácter de urgencia y con arreglo a la legislación nacional, todas las medidas necesarias para proteger al niño (y a su madre)<sup>67</sup>. Independientemente de que se establezca que se trata de un caso de trata de personas o no, no debería iniciarse un procedimiento de adopción hasta no haber investigado el caso de forma adecuada y exhaustiva, de manera de poder elaborar un plan de cuidado para el niño que le sea adecuado y conveniente a largo plazo<sup>68</sup>.
50. De acuerdo con el principio de subsidiariedad, el Estado competente deberá evaluar todas las opciones a largo plazo para el niño, por ejemplo: permanecer con su madre biológica (en este caso, esta última deberá recibir asesoramiento), que lo críe un pariente o que se adopte una modalidad alternativa de cuidado, por ejemplo, acogimiento familiar o que sea dado en adopción. A los efectos de esta investigación, puede requerirse colaboración y consulta con cualquier otro Estado con el que el niño y la madre biológica tengan una conexión (p. ej., un Estado donde tengan un pariente).

---

<sup>65</sup> Véase la definición de "trata de personas" del art. 3 del *Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*. En este Protocolo de las Naciones Unidas se establece que "cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito en su derecho interno las conductas enunciadas en el artículo 3 [...] cuando se cometan intencionalmente" (art. 5). En cuanto a la venta de niños, véase el art. 35 de la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño* de 20 de noviembre de 1989 (en adelante, "CDN") que establece que "los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma", así como el *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*, que complementa a la CDN, que dispone que "los Estados Partes prohibirán la venta de niños" (art. 1) y que cada Estado Parte adoptará las medidas necesarias para que "inducir indebidamente, en calidad de intermediario, a alguien para que preste su consentimiento para la adopción de un niño en violación de los instrumentos jurídicos internacionales aplicables en materia de adopción" quede comprendido en la legislación penal del Estado, tanto si se ha cometido dentro como fuera de sus fronteras (art. 3). Asimismo, el art. 3(4) establece que "los Estados Partes adoptarán, cuando proceda, disposiciones que permitan hacer efectiva la responsabilidad de personas jurídicas por delitos" y el art. 3(5), que "los Estados Partes adoptarán todas las disposiciones legales y administrativas pertinentes para que todas las personas que intervengan en la adopción de un niño actúen de conformidad con los instrumentos jurídicos internacionales aplicables". En el preámbulo de este *Protocolo Facultativo* se hace referencia al Convenio de La Haya de 1993 y al Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños (así como al Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Niños).

<sup>66</sup> Luego, se da trabajo a las madres de manera ilegal en el Estado al que se trasladan (es decir, sin la visa o permiso de trabajo necesario), lo cual las expone a un mayor riesgo.

<sup>67</sup> Si el Estado en el que se encuentra el niño es Parte en el Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños, tendrá competencia para adoptar las medidas urgentes que sean necesarias de conformidad con el art. 11 de ese Convenio (así como medidas de carácter provisional previstas en el art. 12).

<sup>68</sup> Si al menos uno de los Estados implicados en el caso es Parte en el Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños, las disposiciones de este Convenio se aplicarán, y deberán aplicarse, al caso con respecto a dichos Estados (esto es, en términos de qué Estado tiene competencia para adoptar las medidas de protección (distintas de la adopción), el reconocimiento y la ejecución de estas medidas en el otro Estado y disposiciones en materia de colaboración, etc.). Véase, además, Oficina Permanente, *Manual Práctico sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños*, La Haya, 2014, párr. 13.61 y sig.

Es importante que las autoridades de todos los Estados involucrados colaboren según sea necesario y se mantengan en contacto para que se respete el interés superior del niño y se llegue a la mejor solución a largo plazo para su cuidado.

Si finalmente se establece que la adopción es la solución que mejor atiende al interés superior del niño en el largo plazo<sup>69</sup>, ¿será una adopción nacional o internacional?

51. Suponiendo que las autoridades competentes establezcan que el caso se debe considerar una adopción, la cuestión de si será una adopción nacional o internacional a la que se aplica el Convenio de La Haya de 1993 dependerá de dónde se considera que tienen su residencia habitual (1) el niño y (2) los futuros padres adoptivos.
52. No es fácil determinar la residencia habitual del niño en este ejemplo ya que nació en el Estado europeo cuando su madre llevaba muy poco tiempo viviendo allí y las circunstancias de su residencia se desconocen (p. ej., se desconoce su situación inmigratoria y sus intenciones con respecto a su residencia). En algunos casos, los factores que considerar para establecer la residencia habitual del niño en estas circunstancias pueden comprender:
  - el Estado en que nació el niño;
  - el Estado o Estados en que el niño ha vivido desde su nacimiento;
  - el Estado en que el niño vive actualmente y desde hace cuánto tiempo;
  - si el niño reside legalmente en dicho Estado (es decir, si tiene una situación regular) y si su residencia está asociada a ciertas condiciones<sup>70</sup>;
  - las razones por las que el niño vive en dicho Estado y, en su caso, las razones de la mudanza de la familia a ese Estado;
  - las relaciones sociales y familiares del niño en el Estado en el que reside actualmente y en otros Estados;
  - los lazos del niño a su entorno social y familiar, en el Estado que sea;
  - el Estado en donde viven actualmente sus padres biológicos y donde tienen su residencia habitual (pueden ser distintos Estados);
  - las intenciones de los padres biológicos en lo atinente a su propia residencia; y
  - todo otro lazo que el niño o sus padres biológicos tengan con otros Estados.
53. Otro de los factores que puede ser relevante a la hora de determinar la residencia habitual del niño en este caso es su/s nacionalidad/es y la/s de sus padres biológicos<sup>71</sup>.
54. Si los futuros padres adoptivos seleccionados para el niño tienen su residencia habitual en el *mismo* Estado que el niño, se trata de una adopción nacional a la que, por ende, no se aplica el Convenio de La Haya de 1993 (art. 2). En cambio, si tienen su residencia habitual en *distintos* Estados, será una adopción internacional a la que deberán aplicarse los procedimientos y salvaguardias previstos en el Convenio<sup>72</sup>. Este también será el caso si los futuros padres adoptivos son parientes o miembros de la familia del niño.

---

<sup>69</sup> Independientemente de que se determine que se trata de un caso de trata de niños o no.

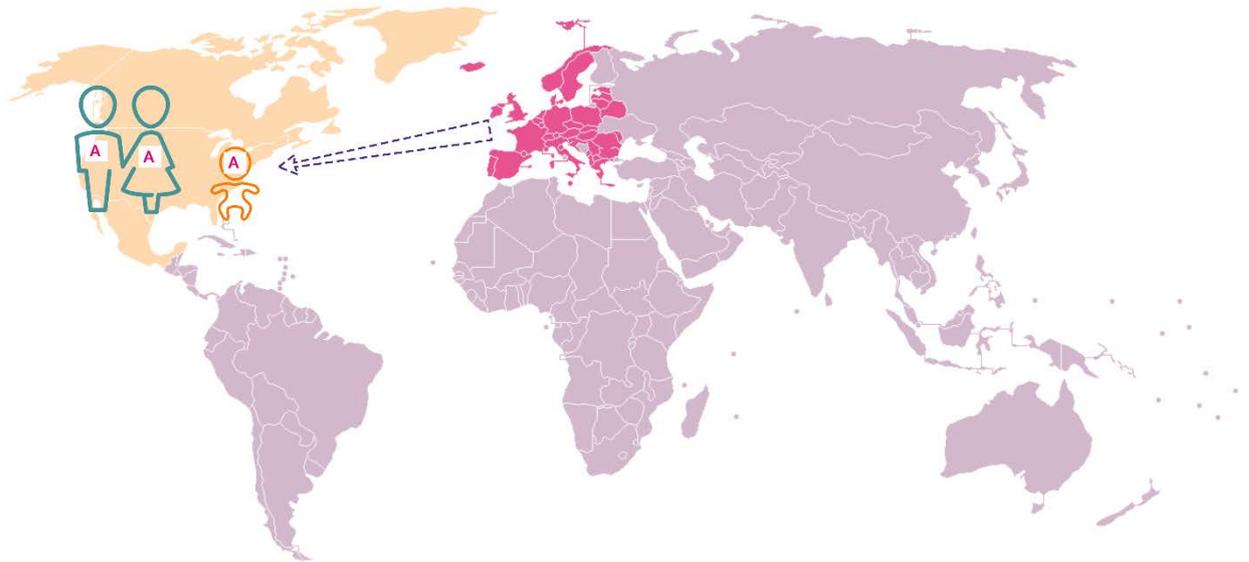
<sup>70</sup> En algunos Estados, el niño puede adquirir la nacionalidad del Estado por el hecho de haber nacido en su territorio.

<sup>71</sup> Véase *supra* nota 20.

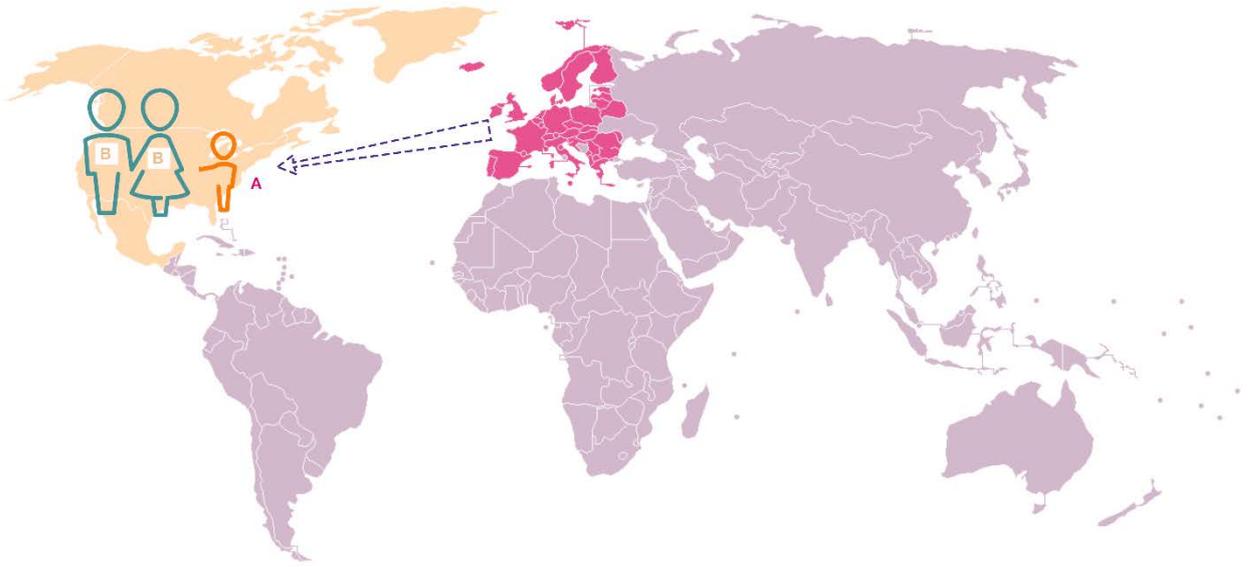
<sup>72</sup> Suponiendo, como en los ejemplos anteriores (véase *supra*, párr. 12), que ambos Estados son Parte en el Convenio de 1993.

e. Adopción de un niño que vive temporalmente en el Estado de la residencia habitual de los futuros padres adoptivos

- 2.e. Ana tiene tres años, es nacional de un Estado europeo y se encuentra bajo la custodia de sus padres. Sin embargo, lleva 11 meses viviendo en un Estado americano con un visado de duración determinada para recibir un tratamiento médico que no está disponible en el Estado europeo. Ha estado viviendo con sus tíos, también nacionales del Estado europeo, que viven y trabajan en el Estado americano desde hace 12 años con intenciones de quedarse allí. Cuando Ana viajó al Estado americano, la duración de su estancia era incierta y no había ninguna intención de adopción. Los padres de Ana fallecen repentinamente y sus tíos quieren adoptarla ya que no tiene más familiares en el Estado europeo.



- 2.e. George, de 11 años, es nacional de un Estado europeo y ha vivido en un Estado americano con un visado de estudiante durante dos años, el cual se vence en tres años. Ha estado viviendo con una pareja amiga de sus padres, nacionales del Estado americano. Los padres de George quieren confiárselo en adopción a esta pareja. La pareja quiere adoptar a George y él también quiere que ellos lo adopten.



55. El primer punto que debe señalarse con respecto a estos dos casos es que la intención original era que los niños fueran recibidos como "huéspedes" en el Estado americano, y no que fueran adoptados. En consecuencia, estos niños están en una situación bastante similar —aunque con diferencias significativas— a la de los niños enviados al extranjero para ser cuidados temporariamente y luego sus familias de acogida desean adoptarlos. Como se explica en el Guía de Buenas Prácticas N° 1, estos casos plantean "interrogantes legales y éticos importantes", ya que generan un posible "vacío por el que evadir las normas del Convenio" y pueden exponer al niño a un "importante riesgo de daño"<sup>73</sup>.
56. En consecuencia, una de las preocupaciones más importantes es constatar si estos niños realmente necesitan ser adoptados o no, y si la adopción sería la solución que mejor atiende a sus necesidades. En el caso de Ana, dado que sus padres han fallecido y que ahora es huérfana, podría argumentarse que necesita ser adoptada y que la adopción sería la solución que mejor se ajusta a sus necesidades. En cambio, la necesidad de adopción de George no está clara en absoluto (p. ej., porque sus padres están vivos, porque el propósito original de su traslado al Estado americano era que estudiara en dicho Estado, y porque al momento del traslado no había ningún indicio de que sus padres querrían que fuera adoptado o que se quedara allí indefinidamente). El análisis que figura a continuación sobre la residencia habitual y el procedimiento de adopción solo es aplicable si se determina al inicio que el niño necesita ser adoptado y que la adopción es la solución que mejor atiende a su interés superior.
57. Si finalmente se determina que el niño debe ser adoptado, y para que la adopción proceda, debe garantizarse que todos los procedimientos y principios del Convenio puedan ser y sean respetados<sup>74</sup>. Para ello deben considerarse las siguientes cuestiones con especial atención<sup>75</sup>:
- el Estado de origen debe constatar la adoptabilidad del niño<sup>76</sup> (art. 4(a)) y debe aplicarse el principio de subsidiariedad (art. 4(b))<sup>77</sup>;
  - debe determinarse si los futuros padres adoptivos reúnen las condiciones necesarias y son idóneos para adoptar (art. 5(a)). Estos fueron inicialmente elegidos por los padres para recibir al niño como huésped, por lo que hasta este momento no hubo intervención profesional en su elección, ni mucho menos asignación por parte de un profesional<sup>78</sup>;
  - el informe psico-social y el informe sobre el niño deben prepararse de manera adecuada (arts. 15 y 16); y
  - debe prepararse y asesorarse al niño y a los futuros padres adoptivos de manera adecuada (lo cual puede resultar difícil dado que en estos casos el niño ya vive con la familia).

---

<sup>73</sup> Guía de Buenas Prácticas N° 1 (*op. cit.* nota 5), sección 8.8.g, párr. 561.

<sup>74</sup> Esto también es aplicable cuando la familia de acogida tiene un parentesco con el niño. Con respecto a las adopciones por familiares (o adopciones "intrafamiliares"), véase también la Guía de Buenas Prácticas N° 1 (*op. cit.* nota 5), sección 8.6.4. Véase, además, la C&R N° 32 de la reunión de 2015 de la Comisión Especial.

<sup>75</sup> Las normas que figuran en este punto fueron extraídas del Convenio de 1993; sin embargo, sería conveniente que las adopciones nacionales también respetaran estos principios.

<sup>76</sup> La determinación del "Estado de origen" dependerá de la determinación de la residencia habitual del niño; véase, al respecto, el párr. 59 más abajo.

<sup>77</sup> Con respecto a las adopciones intrafamiliares (en el caso de Ana), véase la C&R N° 32 de la reunión de 2015 de la CE.

<sup>78</sup> Con respecto a las adopciones intrafamiliares, véase la C&R N° 32(c) de la reunión de 2015 de la CE, en la que se "reconoce que el procedimiento de asignación podría adaptarse a las características específicas de la adopción intrafamiliar".

58. Para determinar si estos ejemplos implican una adopción internacional a la que se aplica el Convenio, es necesario establecer la residencia habitual de los niños a los efectos del artículo 2 del Convenio. En vista de las circunstancias de los casos —que los niños vivieron en el Estado americano por algunos meses o años—, establecer la residencia habitual puede plantear dificultades, por lo que sería útil que las Autoridades Centrales concernidas se comunicaran de inmediato para discutir el tema. Algunos de los factores que pueden considerarse en cada caso son:
- el período de tiempo que el niño lleva viviendo en el Estado americano;
  - el propósito de su presencia en dicho Estado (es decir, la razón original por la que se trasladó allí) y las condiciones a las que se asocia su residencia;
  - las relaciones sociales y familiares del niño en ese Estado y en todo otro Estado, entre ellos el de su nacionalidad.
59. En estos casos, si se determina que el niño tiene su residencia habitual en el Estado europeo del que es nacional, la adopción propuesta será una adopción *internacional* en virtud del Convenio (ya que los futuros padres adoptivos tienen su residencia habitual en un Estado distinto: el Estado americano). En cambio, si se determina que el Estado de la residencia habitual del niño es el Estado americano, la adopción será *nacional*, y por ello no se le aplicará el Convenio. En ambos casos, para determinar esta cuestión, puede ser útil que las autoridades tengan en cuenta la conclusión y recomendación de la reunión de 2015 de la Comisión Especial por la que se invitó a los Estados contratantes —al momento de examinar las solicitudes de adopción nacional— a considerar cuidadosamente las circunstancias de la presencia del niño en el Estado, para constatar que el niño no haya sido trasladado con ánimo de evadir las disposiciones del Convenio<sup>79</sup>.
60. También ha de señalarse que, sin importar cuál sea el Estado donde se determine que el niño tiene su residencia habitual en estos casos —y, por ende, sin importar si se trata de una adopción internacional o nacional—, las autoridades competentes deberán tener en cuenta cuestiones migratorias que pueden influir en la decisión de si dar trámite a la adopción. En vista de ello, antes de permitir la prosecución del procedimiento de adopción, las autoridades competentes del Estado americano también pueden necesitar constatar que la propuesta de adopción no suponga simplemente un medio de evadir los procesos de inmigración que podrían aplicarse si pretendieran inmigrar al Estado americano sin que medie una adopción.

---

<sup>79</sup>

C&amp;R N° 24 de la reunión de 2015 de la CE.

# 3

Otras cuestiones  
estrechamente relacionadas  
a la residencia habitual

## Casos que no versan sobre cuestiones de residencia habitual sino sobre el derecho interno que establece que la nacionalidad es un criterio a los efectos de la inmigración o adopción de un niño

- a. Adopción por personas que residen en el Estado de recepción pero que no son nacionales del mismo, y la ley sobre inmigración de dicho Estado autoriza únicamente a sus nacionales a adoptar o a solicitar autorización para que un niño adoptado ingrese al territorio

Chen y su mujer, nacionales de un Estado asiático, han vivido por más de diez años en un Estado americano. Las autoridades de este último consideran que tienen su residencia habitual allí. La pareja desea adoptar un niño que viva en el Estado asiático. No obstante, la ley sobre inmigración del Estado americano solo permite a sus nacionales solicitar el derecho a ingresar y residir en su territorio para un niño adoptado<sup>80</sup> (es decir, el derecho a inmigrar).

Rachel y su marido, nacionales de un Estado europeo, han vivido por más de 15 años en un Estado americano. Las autoridades de este último consideran que tienen su residencia habitual allí. La pareja desea adoptar un niño que viva en un Estado africano. No obstante, la ley del Estado americano solo permite a sus nacionales adoptar un niño a nivel internacional.

61. ¿El Convenio se aplica a estas adopciones? Dado que las parejas tienen su residencia habitual en el Estado americano y desean adoptar a un niño con residencia habitual en otro Estado, estamos frente a **adopciones internacionales a las que se aplica el Convenio** (art. 2). Sin embargo, si bien el Convenio dispone que las adopciones comprendidas en su ámbito de aplicación solo pueden tener lugar si el Estado de recepción ha constatado que el niño será autorizado a entrar y residir permanentemente en dicho Estado (art. 5(c)), la ley en materia de inmigración del Estado de recepción es la que determina quién puede ingresar y residir en su territorio y en qué condiciones. Asimismo, el Convenio no prevé requisitos de aptitud que deban reunir los solicitantes de una adopción internacional: esta cuestión corresponde al derecho interno<sup>81</sup>.

---

<sup>80</sup> O para adoptar un niño.

<sup>81</sup> Véase el art. 5 y la Guía de Buenas Prácticas N° 1 (*op. cit.* nota 5), sección 8.4.3.

62. En consecuencia, el hecho de que el derecho *interno* del Estado americano exija que los futuros padres adoptivos sean nacionales de ese Estado para solicitar la inmigración del niño adoptado o para adoptar a nivel internacional, constituye un obstáculo para las solicitudes de adopción de ambas parejas.
63. Sin embargo, las respuestas al Perfil de País de 2014 indican que numerosos Estados no imponen restricciones inmigratorias o criterios que deban reunirse para la adopción en lo atinente a la nacionalidad. Por tanto, numerosos Estados autorizan a futuros padres adoptivos con nacionalidades de terceros países y con residencia habitual<sup>82</sup> en su territorio, a solicitar la inmigración de un niño adoptado en otro Estado contratante o la adopción de un niño que reside en otro Estado contratante<sup>83</sup>.

---

<sup>82</sup> Se entiende que (conforme surge de algunas de las respuestas a los Perfiles de País) se requiere que los futuros padres adoptivos tengan su residencia habitual, de manera legal, en el Estado de recepción para estar habilitados a adoptar a nivel internacional (es decir que, en principio, las personas que carezcan de una condición de inmigración legal no estarán habilitadas a adoptar a nivel internacional). Véase también el párr. 12.

<sup>83</sup> P. ej., véase el PP ER de 2014, pregunta 35(a): Alemania, Australia, Bélgica, China (RAE de Hong Kong), Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Luxemburgo, México, Mónaco, Noruega, Países Bajos, Panamá, República Checa, Suecia y Suiza.

Véase también el PP EO de 2014, pregunta 39(b) para los Estados de origen (esta pregunta refiere a futuros padres adoptivos de nacionalidad extranjera, con residencia habitual en el Estado de origen, que desean adoptar a un niño de otro Estado contratante en el Convenio de La Haya de 1993): Albania, Bulgaria, Cabo Verde, Chile, China, China (RAE de Hong Kong), China (RAE de Macao), Ecuador, Eslovaquia, Filipinas, Hungría, Lituania, Moldova, Panamá, República Checa, República Dominicana y Rumania.





**PRÁCTICAS RECOMENDADAS EN CUANTO A  
LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 2 DEL  
CONVENIO, EN ESPECIAL LA  
INTERPRETACIÓN DEL CRITERIO PARA  
ESTABLECER LA RESIDENCIA HABITUAL**



# 1

Prevención:  
tomar las medidas necesarias para que  
haya un entendimiento y una aplicación adecuados del  
ámbito de aplicación  
del Convenio (art. 2), por ejemplo,  
por medio de la promoción de  
un criterio coherente para establecer  
la residencia habitual

64. Esta sección contiene orientaciones para *prevenir* la aplicación incorrecta del Convenio, tomando las medidas necesarias para que haya un entendimiento y una aplicación adecuados de su ámbito de aplicación (art. 2), por ejemplo, por medio de la promoción un criterio coherente para establecer la residencia habitual.
65. Para determinar si el ámbito de aplicación se aplica de manera correcta, es esencial que los Estados contratantes tomen las medidas necesarias para que sus leyes y procedimientos de implementación sean conformes al artículo 2 del Convenio. El concepto de adopción internacional (y, por ende, también el de adopción nacional) debe definirse claramente en la legislación, de conformidad con el artículo 2. La *residencia habitual*, por tanto, debe identificarse como único factor de conexión pertinente.
66. Luego de instaurar leyes y procedimientos de implementación de manera correcta, otro punto importante es tomar medidas para que las autoridades u organismos competentes que deban aplicar esas leyes reciban educación y capacitación y comprendan las condiciones del artículo 2, en especial el concepto de residencia habitual a los efectos del Convenio de La Haya de 1993<sup>84</sup>. A este respecto, es necesario que comprendan la diferencia entre residencia habitual y nacionalidad, y la diferencia entre residencia habitual y simple residencia. Los Estados contratantes también deberían fomentar una mayor conciencia sobre qué califica de adopción internacional según el Convenio<sup>85</sup>, y se debería animar a los futuros padres adoptivos a que soliciten asesoramiento a las Autoridades Centrales pertinentes cuando no están seguros<sup>86</sup>.
67. Para evitar que el artículo 2 del Convenio sea eludido *deliberadamente*, los Estados contratantes deben prestar especial atención a las personas que se mudan a Estados contratantes, o trasladan a niños fuera de Estados contratantes, con el propósito de llevar a cabo una adopción *nacional* en otro Estado contratante. Por ello, la Comisión Especial ha invitado a los Estados contratantes, cuando evalúan las solicitudes de adopción nacional, a examinar con atención las circunstancias de la presencia de los futuros padres adoptivos o del niño en el Estado<sup>87</sup>.

### Promoción de un criterio coherente para establecer la residencia habitual

68. Para garantizar una correcta aplicación del artículo 2 es esencial velar por un entendimiento e interpretación del concepto de residencia habitual lo más coherente posible en los distintos Estados contratantes. Corresponde a la autoridad nacional pertinente establecer la residencia habitual de cada parte, teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada caso, pero en el marco del Convenio de La Haya de 1993 y sus objetivos, y no del derecho interno<sup>88</sup>.
69. Para examinar los factores pertinentes ha de tenerse en cuenta que:
- ninguno de los factores por sí solo es determinante;
  - deben sopesarse los distintos factores y, según las circunstancias particulares del caso, no siempre se adjudicará el mismo peso a cada uno a los efectos de establecer la residencia habitual; y

---

<sup>84</sup> C&R N° 22 de la reunión de 2015 de la CE.

<sup>85</sup> *Ibid.*

<sup>86</sup> Véase, asimismo, el Boletín Mensual del SSI N° 210 de marzo de 2017 (*op. cit.* nota 41).

<sup>87</sup> C&R N° 24 de la reunión de 2015 de la CE.

<sup>88</sup> Véase nota 10 *supra*.

- cuando el tiempo vivido en el país es relativamente corto, ha de prestarse más atención.
70. Para establecer si los futuros padres adoptivos, o en algunos casos el niño, tienen su residencia habitual a los efectos del Convenio en un Estado en particular, puede considerarse la siguiente lista no exhaustiva de factores (en la medida en que sean pertinentes al caso en concreto)<sup>89</sup>:
- **cuánto tiempo** llevan viviendo en el Estado<sup>90</sup>;
  - las **condiciones de su estancia** en el Estado (p. ej., en algunos casos, si tienen una situación de inmigración regular, un permiso de residencia o de trabajo apropiado);
  - las **razones por las que se instalaron** en el Estado;
  - sus **intenciones**<sup>91</sup> en cuanto a su residencia (p. ej., cuánto tiempo piensan vivir allí);
  - su lugar de **trabajo**<sup>92</sup> o donde tengan el centro principal de sus actividades profesionales<sup>93</sup>;
  - sus **lazos** con el Estado<sup>94</sup>, a saber, personales, sociales, culturales y económicos (p. ej., relaciones sociales y familiares, el lugar donde el niño asiste a la escuela, conocimientos de idiomas);
  - **todo otro tipo de lazos** con el Estado en el que viven (p. ej., intereses económicos, propiedad de bienes muebles o inmuebles<sup>95</sup>, conexiones fiscales<sup>96</sup>, seguro social, cuentas bancarias)<sup>97</sup>; y
  - toda otra conexión pertinente con otros Estados.
71. Con respecto a los niños, cabe señalar que cuanto menor sea el niño, más dependerá de sus padres la determinación de su residencia habitual. Además, es importante prestar atención cuando se establece la residencia habitual de un niño en un Estado distinto de la de sus padres biológicos.
72. En casos difíciles en que los factores de conexión apuntan a dos Estados de recepción que igualmente podrían ser considerados el lugar de la residencia habitual de los futuros padres adoptivos, podría recordarse el informe de la reunión del año 2000 de la Comisión Especial, donde se señala que "para establecer si los futuros adoptantes

<sup>89</sup> Véase también *supra*, párr. 8.

<sup>90</sup> Algunos Estados impusieron un requisito con respecto a la duración mínima de la residencia de una persona para poder adoptar a nivel internacional. Véanse, por ejemplo, las respuestas al Cuestionario N° 2 de 2014, pregunta 36: p. ej., México (6 meses), India (1 año), Chipre y Perú (2 años), Moldavia (3 años), Burkina Faso y Haití (5 años), y Mónaco y Turquía (al menos 6 meses por año). Si bien los Estados pueden establecer requisitos de duración mínima de la residencia para estar habilitado a adoptar a nivel internacional conforme al Convenio (ya que esto corresponde al derecho interno de los Estados de conformidad con el Convenio), la residencia habitual es un concepto fáctico y autónomo que debe interpretarse desde la perspectiva de los objetivos del Convenio y no teniendo en cuenta los límites que establece el derecho interno (como se indicó en los párrs. 5 a 10 *supra*).

<sup>91</sup> Cuestionario N° 2 de 2014, pregunta 36: p. ej., Bulgaria, Canadá (Quebec), Lituania, Noruega y Turquía.

<sup>92</sup> Cuestionario N° 2 de 2014, pregunta 36 p. ej., Alemania, Burkina Faso, Canadá (Ontario), Colombia, Finlandia, Guinea y Perú.

<sup>93</sup> En la presente Nota, el término "centro principal de las actividades profesionales" hace referencia al principal lugar de trabajo de la persona y se utiliza para el caso en que la persona trabaje en varios lugares. Cuestionario N° 2, pregunta 36: p. ej., Eslovenia, Filipinas, Lituania, Mónaco y Turquía.

<sup>94</sup> Cuestionario N° 2 de 2014, pregunta 36: p. ej., Alemania, Eslovenia, España, Finlandia, Irlanda, Lituania, Portugal.

<sup>95</sup> Cuestionario N° 2 de 2014, pregunta 36: p. ej., Canadá (Ontario, Quebec), Dinamarca, Noruega y Turquía.

<sup>96</sup> Cuestionario N° 2 de 2014, pregunta 36: p. ej., Dinamarca y Francia. Al respecto, véase la Guía de Buenas Prácticas N° 1 (*op. cit.* nota 5), sección 8.4.4, sobre la determinación de la residencia habitual y la relevancia de la adquisición de un determinado estatus de residente para fines tributarios.

<sup>97</sup> Un Estado mencionó que, para evitar abusos, la residencia habitual de una persona, o su "centro de vida real", se determina de manera independiente, y que factores como un lugar de residencia registrado que no se utiliza en la vida diaria no tendrán ningún efecto en esta determinación. Véase el Cuestionario N° 2 de 2014, pregunta 36: Alemania. Véase, además, la Guía de Buenas Prácticas N° 1 (*op. cit.* nota 5), sección 8.4.4 sobre la determinación de la residencia habitual y posibles abusos.

tienen residencia habitual en un Estado contratante en particular, las autoridades de ese Estado deben tener en cuenta los objetivos del Convenio, en particular si estarían en condiciones, desde un punto de vista práctico, de cumplir las obligaciones del artículo 5 y, en particular, determinar la idoneidad de los futuros adoptantes<sup>98</sup>.

73. En el caso de que el Estado de residencia habitual de los futuros padres adoptivos no esté definido, la Autoridad Central a la que hayan recurrido debe asesorarlos sobre su situación antes de que presenten una solicitud de adopción<sup>99</sup>. Debe también consultar lo más rápido posible con las Autoridades Centrales de otros Estados contratantes pertinentes antes de asesorar o comunicar su decisión a los futuros padres adoptivos<sup>100</sup>. Como demuestran los ejemplos de casos presentados más arriba, en numerosas ocasiones, las consultas entre Autoridades Centrales de distintos Estados resultan de utilidad<sup>101</sup>. Es importante resolver estas cuestiones para que las partes y, en particular, el niño, puedan beneficiarse de la protección del Convenio cuando este es aplicable.
74. En algunos casos, los Estados concernidos pueden llegar a conclusiones diferentes en cuanto a la residencia habitual de los futuros padres adoptivos o del niño. Las respuestas de los Estados al Cuestionario N° 2 de 2014 revelan que algunos Estados tienen dificultades en ciertos casos porque (1) *ninguno* de los Estados involucrados (es decir, ni el Estado de origen ni el de recepción) considera que los futuros padres adoptivos tienen su residencia habitual en sus respectivos territorios, o (2) porque *ambos* Estados estiman que los futuros padres adoptivos tienen su residencia habitual en sus respectivos territorios<sup>102</sup>.
75. Estos casos ilustran la importancia de aplicar las Conclusiones y Recomendaciones de la Comisión Especial<sup>103</sup>, y de que las Autoridades Centrales se consulten entre sí lo más rápido posible antes de asesorar o comunicar una decisión a los futuros padres adoptivos y, en todo caso, antes de dar trámite a una solicitud de adopción. En particular, un Estado no debería dar trámite a una adopción ignorando este conflicto en la determinación de la residencia habitual. Ahora bien, los Estados tampoco deberían desentenderse de toda responsabilidad y dejar a los futuros padres adoptivos en una suerte de limbo, ya que esto entraña el riesgo de que recurran a canales ilegales<sup>104</sup>. En la medida de lo posible, la consulta rápida entre las Autoridades Centrales involucradas debería derivar en un acuerdo sobre la residencia habitual de los futuros padres adoptivos (o del niño), que luego pueda ser comunicado a los futuros padres adoptivos, y que así se autorice la prosecución (o no) del caso en consecuencia.

---

<sup>98</sup> Informe de la reunión de 2000 de la CE, párr. 95.

<sup>99</sup> Esto comprende viajes de los futuros padres adoptivos al Estado de origen a los fines de la adopción internacional. Para más información sobre estos viajes, véase la Guía de Buenas Prácticas N° 1 (*op. cit.* nota 5), sección 7.4.10.

<sup>100</sup> C&R N° 13 de la reunión de 2010 de la CE y C&R N° 23 de la reunión de 2015 de la CE. Cabe señalar también que la obligación de colaboración entre Autoridades Centrales prevista en el art. 7 del Convenio no es delegable (art. 22).

<sup>101</sup> Esto fue mencionado por Bélgica en el Cuestionario N° 1 de 2014, pregunta 10(b).

<sup>102</sup> Véase nota 40 *supra*.

<sup>103</sup> C&R N° 23 de la reunión de 2015 de la CE, y C&R N° 13 de la reunión de 2010 de la CE.

<sup>104</sup> Véase el Boletín Mensual del SSI N° 210 de marzo de 2017 (*op. cit.* nota 41).

# 2

Respuesta:  
Dar respuesta a casos de incumplimiento  
de las normas  
del Convenio en materia de  
residencia habitual

76. En esta sección se sugieren varias buenas prácticas que puedan ser útiles para *dar respuesta* a casos de incumplimiento del Convenio. En ciertos escenarios, los Estados contratantes pueden enfrentar situaciones en las que no se ha aplicado el Convenio a una adopción en particular, cuando debería haberse aplicado, en razón de una mala interpretación del concepto de residencia habitual: es decir, situaciones en las que se ha tratado a la adopción como *nacional* por error, cuando de hecho se trataba de una adopción *internacional* a la que debería haberse aplicado el Convenio. En estos casos debe aplicarse el artículo 33 del Convenio:

"Toda Autoridad competente que constate que no se ha respetado o que existe un riesgo manifiesto de que no sea respetada alguna de las disposiciones del Convenio, informará inmediatamente a la Autoridad Central de su Estado. Dicha Autoridad Central tendrá la responsabilidad de asegurar que se toman las medidas adecuadas."

77. En la reunión de 2010, la Comisión Especial recomendó que "cuando una adopción comprendida en el ámbito del Convenio ha sido tramitada en un Estado contratante como una adopción a la que no se aplica el Convenio, se recomienda encarecidamente a las Autoridades Centrales involucradas colaborar para abordar la situación de una manera que respete los procedimientos y salvaguardias previstos en el Convenio, y para evitar que estas situaciones se repitan"<sup>105</sup>.
78. Asimismo, la Guía de Buenas Prácticas N° 1 ofrece orientaciones útiles para abordar este tipo de situaciones en las que no se cumple con el Convenio<sup>106</sup>. Se señala que, en esas circunstancias, las autoridades del Estado que dicta la decisión de adopción no estarán en condiciones de certificar, según lo dispuesto en el artículo 23, que la adopción ha sido constituida conforme al Convenio. En consecuencia, la adopción no será reconocida automáticamente en otros Estados contratantes de conformidad con lo dispuesto en el Convenio (art. 23(1))<sup>107</sup>. En efecto, las salvaguardias establecidas en el Convenio habrán sido eludidas.
79. ¿Es posible rectificar esos casos de incumplimiento del Convenio relativos a la residencia habitual? Primero, cabe destacar que este tipo de acción no debe emprenderse más que únicamente en casos excepcionales, después de haber considerado debidamente las circunstancias particulares de cada caso, y si ello permite a los Estados adoptar medidas para evitar la recurrencia de estos problemas. Sin embargo, la colaboración entre los dos Estados involucrados para discutir el tema<sup>108</sup> y llegar a una solución pragmática parece corresponderse, en general, con el espíritu del Convenio de La Haya de 1993 y atender al interés superior del niño en cuestión (véase también la *Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño*). Estos Estados podrían desear "salvar" los errores cometidos intentando hacer lo que se debería haber hecho si las disposiciones del Convenio hubieran sido respetadas<sup>109</sup>. De esta manera, luego de considerar debidamente los principios y salvaguardas

---

<sup>105</sup> C&R N° 12 de la reunión de 2010 de la CE (el subrayado es nuestro).

<sup>106</sup> Véase la Guía de Buenas Prácticas N° 1 (*op. cit.* nota 5), sección 8.7.2 (pero cabe señalar que en la sección 8.7.2, la situación fáctica es algo distinta de las descritas más arriba en la parte C, secciones 1 y 2, en las que el Estado de recepción llevó a cabo una adopción nacional por error luego de un período de acogimiento de prueba en ese Estado).

Véase también la publicación del SSI "Responding to illegal adoption: a professional handbook" disponible en <[http://www.iss-ssi.org/images/News/Illegal\\_Adoption\\_ISS\\_Professional\\_Handbook.pdf](http://www.iss-ssi.org/images/News/Illegal_Adoption_ISS_Professional_Handbook.pdf)>.

<sup>107</sup> Para consultar las respuestas de los Estados en estas circunstancias, véase el PP ER de 2014, pregunta 35(c): Bélgica, Dinamarca, Finlandia y Nueva Zelanda. En algunos Estados puede ser necesario un nuevo proceso de adopción (PP ER de 2014, pregunta 35(c): Luxemburgo, Nueva Zelanda, Suecia y Suiza).

<sup>108</sup> Véase, por ejemplo, PP ER de 2014, pregunta 35(c): Francia y Noruega.

<sup>109</sup> Para ver ejemplos de este enfoque, véase PP ER de 2014, pregunta 35(c): Australia, Canadá (Columbia Británica, Manitoba y Ontario) y Luxemburgo.

generales<sup>110</sup> del Convenio, los Estados involucrados podrían acordar que se reunieron los requisitos del artículo 17(c) retroactivamente para que las autoridades competentes puedan otorgar el certificado referido en el artículo 23(1) del Convenio. Las condiciones que deberían reunirse comprenden, entre otras:

- que el Estado de origen pueda constatar las condiciones previstas en el artículo 4 del Convenio;
- que el Estado de recepción pueda verificar que se hayan respetado las disposiciones del artículo 5; y
- que ambos Estados puedan llegar a un acuerdo en cuanto a intercambiar los informes requeridos según los artículos 15 y 16.

80. La rectificación de estos casos no debería considerarse una solución conducente a facilitar el cumplimiento del Convenio. Los Estados contratantes tienen una obligación legal de respetar el Convenio y aplicar las salvaguardas que este establece. Estas medidas de rectificación deberían considerarse esfuerzos excepcionales para proteger el interés superior del niño.

---

<sup>110</sup> Conviene hacer hincapié en que el enfoque que se sugiere aquí está dirigido a tratar casos de incumplimiento del Convenio referidos a sus normas relativas a la residencia habitual, y no a los casos de incumplimiento más generales, en particular cuando están en cuestión sus principios fundamentales (p. ej., ausencia de consentimiento, beneficios económicos indebidos, trata de personas).

## HCCH - Oficina Permanente

Churchillplein 6b  
2517 JW La Haya  
Países Bajos

☎ : +31 70 363 3303  
📠 : +31 70 360 4867  
secretariat@hcch.net  
www.hcch.net



Hague Conference on Private International Law - Conférence de La Haye de droit international  
secretariat@hcch.net | www.hcch.net

Regional Office for Asia and the Pacific (ROAP) - Bureau régional pour l'Asie et le Pacifique (BRAP)

Regional Office for Latin America and the Caribbean (ROLAC) - Bureau régional pour l'Amérique latine et les Caraïbes (BRALC)