

SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES Y ADOPCIÓN INTERNACIONAL

Directoras:

M^a Dolores Adam Muñoz

Profesora de Derecho Internacional Privado. Universidad de Córdoba

Sandra García Cano

Profesora de Derecho Internacional Privado. Universidad de Córdoba

ÍNDICE

PRESENTACIÓN: por Dr. J.A. Pérez Beviá, <i>Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Córdoba</i>	7
INTRODUCCIÓN: GLOBALIZACIÓN, MULTICULTURALISMO Y PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL MENOR: por Dra. S. García Cano, <i>Profª de Derecho internacional privado de la Universidad de Córdoba</i>	9
I. SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES	31
1. GLOBALIZACIÓN, SECUESTRO INTERNACIONAL DE MENORES Y CONVENIOS DE LUXEMBURGO (1980) Y LA HAYA (1980), por Dr. A. L. Calvo Caravaca, <i>Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Carlos III de Madrid</i> , y Dr. J. Carrascosa González, <i>Prof. Titular de Derecho internacional privado de la Universidad de Murcia</i> ...	33
2. REGULACIÓN AUTÓNOMA DEL PROCEDIMIENTO RELATIVO A LA DEVOLUCIÓN DE MENORES TRASLADADOS ILÍCITAMENTE, por Dra. Mª D. Adam Muñoz, <i>Profª Titular de Derecho internacional privado de la Universidad de Córdoba</i>	51
3. FUNCIONAMIENTO DE LA AUTORIDAD CENTRAL ESPAÑOLA EN LA APLICACIÓN DE LOS CONVENIOS RELATIVOS A LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES, por Dña. E. Pías García, <i>Consejera Técnica de la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional. Ministerio de Justicia</i>	79
4. ASPECTOS PRÁCTICOS DE LA SUSTRACCIÓN INTERPARENTAL DE MENORES, por D. A. Alonso Carvajal, <i>Abogado de la Asociación para la recuperación de niños sacados de su país</i>	81
5. SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS Y EJERCICIO TRANSNACIONAL DE LOS DERECHOS DE VISITA, por Dra. C. González Beilfuss, <i>Profª Titular de Derecho internacional privado de la Universidad de Barcelona</i>	89
6. ASPECTOS PENALES DE LOS DESPLAZAMIENTOS ILÍCITOS DE MENORES, por D. B. Dalibo, <i>Abog. de la Asociación para la recuperación de niños sacados de su país</i>	99

Copyright © 2004

Reservados todos los derechos. No se permite la explotación económica ni la transformación de esta obra sin el consentimiento expreso de los titulares de los derechos de propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 170 y sigs. del Código Penal). El Centro Español de Derechos Reprográficos (www.cedra.org) vela por el respeto de los citados derechos.

García Cano
Ines Adam Muñoz

Edición y Joyas, S.A.
Calle de la Cruz, 6 - 7ª planta
Madrid
itex@interbook.net
www.cedex.es

Tel: 84-7879-865 X

II. ADOPCIÓN INTERNACIONAL

1. ALGUNAS CUESTIONES EN TORNO A LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL, por Dra. S. Adroher Biosca, *Profª Propia Ordinaria de Derecho internacional privado y Directora del Instituto Universitario de la Familia de la Universidad Pontificia de Comillas de Madrid* 137
2. LA INTERVENCIÓN DE LAS AACCC ESPAÑOLAS DE COMUNICACIÓN EN LA APLICACIÓN DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 1993 SOBRE ADOPCIÓN INTERNACIONAL, por D. A. Marina Hernando, *Subdirector General de Infancia y Familia, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* 161
3. EL PAPEL DE LAS ECAIS EN EL PROCESO DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL DENTRO Y FUERA DEL CONVENIO DE LA HAYA. LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL, por D.M. Góngora Bernal, *Presidente de la Entidad Colaboradora de Adopción Internacional «ADECOP»* 169
4. EL CONVENIO DE LA HAYA DE 1993 Y EL PROCEDIMIENTO DE COOPERACIÓN A TRAVÉS DE UNA ENTIDAD COLABORADORA DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL: ESPAÑA Y MÉXICO, por N. González Martín, *Profª Titular del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México* 179
5. PROBLEMAS ACTUALES EN TORNO A LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL. ADOPCIONES ENCUBIERTAS Y TRÁFICO DE NIÑOS, por Dra. M. Herranz Ballesteros, *Profª Ayudante de Derecho internacional privado de la UNED* 213
6. LAS ADOPCIONES FICTICIAS O POR CONVENIENCIA, por Dra. M.P. Diago Diago, *Profª Titular de Derecho internacional privado de la Universidad de Zaragoza* 229

ALGUNAS CUESTIONES EN TORNO A LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL

S. ADROHER BIOSCA

I. DESCRIPCIÓN DEL FENÓMENO. II. REGULACIÓN DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL E INTERCULTURALIDAD. III. EL RIESGO DEL FRACASO Y SU PREVENCIÓN.

I. DESCRIPCIÓN DEL FENÓMENO

I. NOCIÓN Y CAUSAS DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL

La adopción internacional a la que voy a referirme en las páginas siguientes, es aquella en la que un niño residente en un Estado es trasladado a otro en el que residen sus adoptantes con motivo de su adopción¹, si bien ciertamente cabría tomar en consideración un concepto más amplio según el cual una adopción es internacional cada vez que alguno de los elementos de la relación adoptiva es «extranjero».

La adopción internacional ha experimentado en los últimos años en nuestro país un crecimiento exponencial de forma que en 10 años España ha pasado de ser un país que comenzaba a incorporarse a estos peculiares movimientos migratorios, a ser uno de los países receptores más importantes del mundo. Por ello, hoy podemos hablar de que la adopción internacional es un auténtico fenómeno social cuyas causas tienen su origen no sólo en aspectos demográficos y económicos sino también en la política social y legal de los países que intervienen en este proceso.

Este movimiento transfronterizo de menores relativamente reciente en España, se consolidó en los países de nuestro entorno en los años 50, se globalizó y generalizó en los años sesenta². En sus comienzos, el factor detonante fueron diversas guerras que generaron una numerosa población huérfana. La Segunda Guerra Mundial dio lugar a grandes desplazamientos de menores europeos y japoneses a los Estados Unidos o a Suecia; es paradigmático el caso alemán con 489 menores adoptados por familias norteamericanas, escandinavas o del BENELUX en 1950 y 2.628 en 1957³. Años más

¹ Así, el Convenio de La Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional de 29 de mayo de 1993 se considera aplicable cuando «un niño con *residencia habitual* en un Estado contratante ha sido, es o va a ser desplazado a otro Estado contratante, bien después de la 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» (art. 2 del Convenio).

² VAN LOON, H.A. «International cooperation and protection of children with regard to intercountry adoption». *R des C* 1993 VII págs. 229 y ss.

³ TETROG, M.A. «International adoption in West Germany: a private affair». en ALSTEIN, H. SIMON, R. *Intercountry adoption. A multinational perspective*. Praeger, N. York-Connecticut-London 1991 págs 109 y ss.

tarde, las Guerras de Corea y Vietnam generaron importantes flujos adoptivos⁴. Algunos cifran en 200.000 el número de menores vietnamitas salidos de su país con motivo de la guerra; incluso EEUU organizó una operación denominada *Babylift* para evacuar entre 2.000 y 3.000 huérfanos vietnamitas y que generó no pocos problemas humanos y jurídicos por su confusión y precipitación⁵.

Ya en los años 70, estos movimientos de menores respondieron fundamentalmente a las mismas causas «macroeconómicas» o estructurales que ocasionan los movimientos migratorios: desequilibrio demográfico y económico entre el norte y el sur del planeta, desequilibrio que impulsó de manera definitiva estos «peculiares movimientos migratorios»⁶.

Sin embargo, esta explicación inicial debe matizarse; la «ley de la oferta y de la demanda» no explica adecuadamente esta realidad, y en las causas y «flujos» de los movimientos de menores en la adopción internacional, debemos introducir otros tres factores que probablemente hoy sean mucho más determinantes: las políticas de infancia, la legislación diversa de los países de origen y de destino, y las motivaciones personales de los adoptantes. Incluso, deberíamos añadir un cuarto elemento adicional: la incidencia de desastres, epidemias, etc. Si actualmente China es el país del que llegan más niños a España en adopción internacional, ciertamente las causas del aumento espectacular de los flujos adoptivos con China no pueden ser principalmente demográficas (es el país del hijo único) ni económicas. Y precisamente en los días en que se celebraban estas Jornadas se anunciaba la suspensión de las adopciones chinas por la epidemia de la neumonía asiática. Reflexionaré brevemente sobre los tres factores aludidos.

En relación con las políticas de infancia, los países de acogida de estos niños como España suelen ser países con una evolución demográfica caracterizada por un bajo índice de natalidad, pero con sistemas de protección a la infancia que tratan de garantizar la permanencia del niño con su familia de origen en los supuestos de posible riesgo apoyando a la misma a través de los recursos sociales, y en los casos de desamparo ingresando a los menores en centros de protección, y solo «in extremis» privando a los padres de la patria potestad. Por ello, generalmente los menores susceptibles de ser dados en adopción nacional en países como España suelen ser menores con necesidades especiales (con discapacidades o enfermedades, mayores, o grupos de hermanos) si bien recientemente en algunas CCAA están aumentando los menores descendientes de inmigrantes en situación de abandono. En contraste, los países de origen de los niños, con independencia de su demografía, cuentan normalmente con un sistema de protección a la infancia que no fomenta la posibilidad de que el menor permanezca en

⁴ Entre 1953-1981, 38.000 niños coreanos fueron adoptados por familias norteamericanas, y entre 1980 y 1990, han sido adoptados más de 40.000.

⁵ CARBONNEAU, T.E. «Operation babylift: the dilemma surrounding child custody controversies». LILLICH R. (Ed). *The family in international law: some emerging problems—Third sokol colloquium*. 1981 págs. 87 y ss.

⁶ L'origine des enfants adoptés et leur destination traduisent un flux des pays en voie de développement vers les pays industrialisés. Ce flux reflète, en réalité, le déséquilibre démographique et socioéconomique du monde actuel. Or l'adoption internationale ne doit pas devenir une nouvelle forme de l'exploitation de la misère de l'hémisphère sud». STURLESE, B. «Indispensables ajustements». ACCUILLER, 172-3 (1990) págs. 13.

su familia biológica o en su país de origen, y en muchas ocasiones orienta buena parte de sus recursos materiales y humanos en favorecer la adopción internacional como medida de protección (y en algunos casos de financiación)⁷.

En relación con la legislación, la normativa adoptiva tanto de los países de origen como de los de destino—normalmente muy cambiante—explica de manera importante este tipo de flujos migratorios. Un ejemplo enormemente significativo de país sujeto a profundos vaivenes legislativos es Rumania. Durante la dictadura comunista de Ceaucescu, la legislación rumana sobre adopción internacional que databa de 1956 era sumamente restrictiva: cada adopción requería una autorización del presidente de la República y por tanto no se producían adopciones internacionales. Bajo este régimen la política oficial de impedir el control de la natalidad imponiendo sanciones a quienes utilizaran cualquier método e incluso incrementando los impuestos a las familias sin hijos, unida a la pobreza en la que estaba sumida la población, hicieron que en las instituciones de protección de menores, no solo se internaran a los menores abandonados sino a niños cuyos padres no podían económicamente mantener pero que conservaban la custodia de los mismos⁸. La caída de este régimen trajo a esta materia, como a otras muchas en estos países, una liberalización absoluta. La Ley nº 11 de 1 de agosto de 1990 unida a la dramática situación de la infancia rumana, supuso que en un año (1991) casi un tercio de las adopciones internacionales en el mundo lo fueran de menores rumanos⁹ y muchas de estas adopciones se llevaron a cabo sin las garantías debidas. Este descontrol en el procedimiento ha generado un nuevo «cierre de fronteras», exigido en este caso por la legislación de los países de destino como España (el número de adopciones rumanas no reconocidas por no cumplir con los estándares exigidos por el Convenio de La Haya es muy elevado) y formulado como «condición» de entrada en la UE¹⁰. En relación con la legislación de los países de destino, como España, es

⁷ FERRANDIS, A. «La adopción internacional». En LÁZARO GONZÁLEZ, I.E. y MAYORAL NARROS, I. (Coords.) *Jornadas sobre Derecho de menores*. UPCO, Madrid 2003, págs. 206 y ss.

⁸ WATKINS, D. «Romania, overseas adoption and the White paper». *Adoption & fostering* Vol 18 nº 3, 1994 págs. 21-24.

⁹ Vid. al respecto ZUGRAGESCU, A. IACOVESCU, A. «La adopción internacional en Rumania». *Infancia y sociedad* 12 (1991) págs. 112 y ss; HIRZ, C. «L'adoption internationale, un exemple de fonctionnement: La Roumanie». *Actes du séminaire Nathalie—Masse* 25-27 mai 1992, Centre international de l'enfance de Paris, págs. 79 y ss.; DEJ-SI. «Roumanie. L'adoption d'enfants roumains par des étrangers. Rapport d'un groupe d'experts sur la mise en oeuvre de la Convention relative aux droits de l'enfant dans le domaine de l'adoption internationale», avril 1991.

¹⁰ En la Exposición de Motivos de *Informe sobre la solicitud de adhesión de Rumania a la Unión Europea y el estado de las negociaciones — Comisión de Asuntos Exteriores. Derechos Humanos. Seguridad Común y Política de Defensa del Parlamento Europeo*. A5-0259/2001, ponente: NICHOLSON de WINTERBOURNE. Acta de 5 de septiembre de 2001 (edición provisional. www.europarl.eu.int/activities/default_es.htm), cuando se refiere a los Derechos del Niño en Rumania se señala: «(...) 20. La ponente ha descubierto centenares de casos de adopciones internacionales de niños para los que no había aparentemente ninguna prueba de la existencia de una familia adoptiva. Otros han dejado Rumania con documentación falsa pero aceptada por los tribunales. La ponente pudo igualmente constatar graves irregularidades respecto al reducido número de niños declarados en los informes del Gobierno y los miles de niños no identificados oficialmente pero censados por otras instancias de la administración. (...) 22. En consecuencia, la nueva orientación estratégica para la protección, bienestar y cuidados para la infancia en Rumania tiene que respetar plenamente los valores de la Unión Europea, que quedan reflejados tanto en los criterios de Copenhague como en el acervo comunitario, los cuales, a su vez reflejan fielmente la Convención de las Naciones Unidas sobre los

idigmático el caso chino sobre el que insistiré más adelante. Hasta 1997 las adopciones realizadas en China no se reconocían en España por el problema de «calificación» al que me referiré. Ese año se reconoció por vez primera una adopción china, y en 2001, este país es del que han llegado más menores a España.

Finalmente, debe ponderarse necesariamente el elemento «causal» de la decisión adoptante y sus motivaciones. Apenas existen estudios en nuestro país que analicen este factor pero ciertamente la eclosión de la adopción internacional en España, la adopción de determinados países o razas, se explica no sólo por los factores antes aludidos sino también por éste. Es ya un clásico el estudio de Hoksbergen¹¹ sobre motivaciones de los padres adoptivos en el que realiza un análisis de las mismas desde las variaciones socialmente pujantes: si las adopciones que se producen antes de 1970 ordenan a una concepción tradicional de la adopción (como remedio a la infertilidad) en la década de los 70, con la llegada de la «generación protesta» a la edad adoptiva muchos se deciden por la adopción por motivos altruistas o solidarios. El fracaso de muchas adopciones de este tipo ha llevado a la generación postmoderna e individualista de los 90 a una mayor ponderación y depuración de sus motivos que también servicios sociales se han encargado de evaluar a través de la idoneidad.

ERFIL DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL EN ESPAÑA

Como acabo de señalar, la adopción internacional en España es un fenómeno característico de los años 90, década en la que nuestro país ha visto que las adopciones internacionales caían a la mitad, y las internacionales se multiplicaban por 30¹². Por otra parte, se ha dicho que España ya en el 2000 es el tercer país receptor de niños del mundo; ese año del número total de adopciones internacionales en todo el mundo 2 tuvieron como destino España¹³.

chos del Niño. (...) 24. Estimulado por la UE, el nuevo Gobierno ha actuado de manera decisiva. El 2 de junio de 2001, el Primer Ministro publicó un documento innovador, estableciendo claramente un plan de acción con un calendario que, si se aplica plenamente y de manera profesional, modificará radicalmente la posición de los niños expuestos a riesgo. Las nuevas leyes sobre adopción se inscribirán en el marco de una ley sobre infancia promulgada por el Parlamento, pero la reinstalación de la adopción internacional deberá esperar a la creación y al control de toda la capacidad administrativa necesaria, incluyendo los órganos judiciales competentes (como los Juzgados de familia)».

¹¹ HOKSBERGEN, R.A.C. «Generaciones de padres adoptivos. Cambios en las motivaciones para la adopción». *Infancia y Sociedad* 12 (1991) págs 39 y ss.

¹² Pueden consultarse los datos relativos a los años 90 a 95 en un estudio que realicé y en el que se publicaron los primeros datos sobre el número de adopciones internacionales en España así como diversas características de la misma (países de origen de los niños, comunidades autónomas de residencia de los padres...); HERRERO BLOSCA, S. «La adopción internacional: una aproximación general». En RODRIGUEZ TORRENTE, J (Ed) *Adopción y familia: conflictos e implicaciones*. Universidad Pontificia Comillas. Madrid 1998.

¹³ En otros países, como Francia, la evolución ha sido más progresiva en estos años. Así los datos suministrados por la Misión de l'adoption internationale del Ministerio de Asuntos Exteriores francés: www.france.diplomatie.fr/MAI

1989	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002									
935	1.256	1.644	1.946	1.988	2.227	1.723	2.499	2.468	2.956	2.872	2.415	2.764	3.058	3.034	3.667	3.533	3.768	3.597	2.971	3.094	3.551

TABLA 1. ADOPCIÓN NACIONAL/ INTERNACIONAL EN ESPAÑA

	INTERNAS	INTERNACIONALES
1990	2.159	100
1995	1.406	435
2000	872	3062

Fuente: Elaboración propia y - <http://www.mtas.es>

La evolución de los países de origen de los niños ha sido también muy importante. Así, a mediados de los 90, América Latina era el continente del que principalmente provenían los menores adoptados internacionalmente (especialmente de Colombia). En 2001 Europa del Este es el principal continente de origen seguido de Asia. África sigue siendo un continente prácticamente inédito, quizá por las causas que aventuraba en un trabajo anterior¹⁴.

TABLA 2. ADOPCIONES POR CONTINENTES Y AÑOS

CONTINENTE	1997	1998	1999	2000	2001
AMERICA LATINA	631	960	895	905	721
ASIA	214	295	443	686	1.107
EUROPA DEL ESTE	97	216	654	1.439	1.569
AFRICA	0	16	23	32	31
TOTAL	942	1.487	2.006	3.062	3.428

Fuente: Consulados españoles en el extranjero- <http://www.mtas.es>

En otros países, esta distribución es más uniforme, como ocurre en Francia¹⁵.

¹⁴ ABOUJER BLOSCA, S. «Adopción de menores africanos en Europa». En *Derecho internacional y relaciones internacionales en el mundo mediterráneo*. Universitat Illes Balears, APDIRI y Fundación la Caixa. Madrid 1999, pp. 143-154.

Año	AMERICA	EUROPA	ASIA	AFRICA
1998	756	701	1671	649
1999	872	833	1172	715
2000	830	806	568	747
2001	1000	865	426	802
2002	1046	918	697	890
Total	4504	4123	4534	3803

Fuente: Ministerio de asuntos exteriores francés, *cit.*

do a esta nueva realidad con una auténtica «batería» normativa que la pretende regular de forma suficiente, garantizando el interés superior del niño.

En primer lugar, los principios informadores que debe tener en cuenta el jurista se encuentran recogidos de forma expresa en el CNUDN, fundamentalmente en su artículo 21. Por otra parte, las normas de Derecho internacional privado que deben tomarse en consideración tienen como marco fundamental el Convenio de la Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional¹⁸, pero además deben tomarse en consideración diversos protocolos administrativos bilaterales que nos obligan con algunos países, dos convenios bilaterales recientemente firmados con Bolivia y Filipinas, y en el ámbito autónomo el artículo 9.5 del CC y el 22.3 de la LOPI.

En tercer lugar, el Derecho civil y «administrativo» sustantivo de adopción tanto español como del país de origen del niño juega un papel fundamental regulador de estas adopciones. Finalmente, la adopción internacional va a quedar también afectada por otras muchas normas tales como las de nacionalidad y extranjería, la legislación de Registro Civil, la normativa laboral sobre Conciliación de la vida laboral y familiar, la normativa sobre Protección de Datos... normas, todas ellas que deberán tenerse en cuenta para completar el régimen jurídico de esta compleja institución¹⁹.

2. DIVERSAS CONCEPCIONES DEL DERECHO DE FAMILIA Y REGULACIÓN DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL

La regulación de la adopción internacional pone en contacto necesariamente culturas jurídicas y familiares bien distintas, y distantes, lo cual plantea no pocas dificultades y obliga a soluciones imaginativas que pueden alumbrar claves interesantes de interculturalidad. Veamos algunos ejemplos.

A) El derecho a la identidad en la adopción internacional²⁰

La concepción de la adopción como medio de protección a la infancia es una realidad nueva que comienza a tener cierto eco en torno a los años setenta con el inicio del cambio de los modelos familiares y de la legislación en torno a la adopción pero que se va abriendo paso muy poco a poco en la conciencia social.

En el pasado, la adopción sólo se concedía a las parejas estériles y se ocultaba el origen adoptivo creando la ficción de una paternidad biológica, de un nuevo nacimiento, para construir una familia tradicional en la que los vínculos de sangre y el peso de la herencia en el desarrollo eran considerados fundamentales. La adopción suponía

¹⁸ Un reciente estudio del mismo es el de GONZÁLEZ MARÍN, N. «Convención de La Haya de 29 de mayo de 1993 sobre protección de menores y la cooperación en materia de adopción internacional: el caso de México-España». En GONZÁLEZ MARTÍN, N. RODRÍGUEZ BENOIT, A. *Estudios sobre adopción internacional*, México 2001, págs. 157 y ss.

¹⁹ Está a punto de ser publicada por TECNOS una legislación básica de la adopción y del acogimiento recogida y anotada por la Dra. Ana MARTÍN BOADO que mostrará la compleja realidad normativa a la que se enfrenta el que trabaja en el tema.

²⁰ Hemos tratado este tema en otro trabajo anterior ADROHER BIOSCA, S. BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, A. *La adopción internacional: una nueva institución*. *Ministerios 2000 (8)*, págs. 251-284.

En relación con los países de los que provienen más niños de la adopción internacional, y centrándonos en el último año con cifras disponibles, éste es el «mapa» resultante:

TABLA 3. ADOPCIONES EN 2001. PAÍSES DE ORIGEN

PAÍS	NUMERO DE ADOPCIONES	PORCENTAJE DEL TOTAL
CHINA	941	27%
FEDERACIÓN RUSA	652	19%
RUMANÍA	373	11%
UCRANIA	356	10%
COLOMBIA	319	9%
BULGARIA	172	5%

fuente. Consulados españoles en el extranjero— <http://www.mtas.es>

China y Rusia aparecen también en primer lugar en las estadísticas de adopción internacional de otros países de destino, si bien otros países de origen tienen una importancia que no está representada en los datos españoles¹⁶.

II. REGULACIÓN DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL E INTERCULTURALIDAD

La regulación de la adopción internacional es quizá una de las más complejas en el Derecho internacional privado contemporáneo¹⁷, complejidad que deriva de muy diversos factores.

I. UN MARCO JURÍDICO COMPLEJO

Por una parte, el marco jurídico con el que tiene que contar el que interviene en estos procesos es complejo y por las diversas fuentes de producción normativa. Si, como acabo de señalar, la década de los noventa ha sido el período en el que la adopción internacional ha irrumpido con fuerza en nuestro país, el legislador ha respondi-

¹⁶ Así en EEUU del total de visados concedidos a huérfanos que entraban en el país en 2002 (20.099), 5.053 fueron para China, 4.939 para Rusia, 2.219 para Guatemala, 1.779 para Corea, 1.106 para Ucrania y 3.16 para Kazakhistán como países más representativos (página web del Departamento de Estado: travel.state.gov/orphan_numbers.html). En Québec, por su parte, los países más representados fueron: China, Haití, Rusia, Corea, Vietnam y Tailandia de un total de 607 adopciones en el año 2000 (<http://www.msss.gov.gu.ca/adoption>). Por su parte en Suecia de un total de 621 niños adoptados en 2001, 116 fueron colombianos, 115 de Corea, 55 chinos, 54 vietnamitas, 53 rusos, 52 bielorusos y 48 de África del Sur, 27 indios, 24 búlgaros y 16 etíopes. (<http://www.adoptocentrum.se/>).

¹⁷ He tratado ampliamente alguno de los aspectos que abordo a continuación en S. ADROHER BIOSCA y V. ASENSIO CORTI, *La adopción internacional*, en I I AZARO GONZÁLEZ (Dir) *Los menores en el Derecho*

l corte necesario y radical no sólo con la familia biológica sino también con los orígenes y la historia previa del niño. Así se consideraba que se protegía al triángulo optivo; los padres de la aceptación de su infertilidad y del temor a perder el amor de hijo por no ser sus padres «reales» o por la posible intrusión de la madre biológica la vida de la familia; también se protegía a las madres biológicas que mantenían en secreto y anonimato un embarazo que por lo general era ilegítimo y causa de marginación social; al niño al no llevar el «estigma» de ser adoptado.

Actualmente todos los estudios son unánimes en poner de relieve lo negativo de la concepción que lleva al adoptado a una baja autoestima y a una confusión en su identidad²¹. Hoy se considera que un elemento fundamental para el bienestar psicológico del niño es el tener acceso a una información completa sobre su condición de adoptado y su historia anterior —adecuada eso sí a su edad y su nivel de comprensión— ofrecida en un ambiente de seguridad, respeto y afecto por lo que es y ha sido— que permita elaborar su identidad sobre un sentimiento de continuidad en el tiempo y a través de los enormes cambios contextuales que vivirá en su proceso de adopción. Es importante, en este sentido, aprender a transmitir a los niños que ya eran personas liosas y deseadas por sus padres adoptivos antes de llegar a su nuevo hogar, que viaon mucho para encontrarlos, que son aceptados y acogidos en todo lo que habían lo antes de ser sus hijos²².

¿Qué especificidades plantea esta problemática en el caso de que la adopción sea er nacional?

Por una parte, la «revelación» de la condición de adoptado en muchas adopciones emacionales es obligada e inevitable por las diferencias étnicas de padres e hijos y la anzada edad de adopción. Por otra, y en ello voy a centrarme, pueden plantearse con:tos jurídicos derivados de las diversas «culturas» adoptivas de los países afectados.

Así, en los países europeos hoy existe un consenso basado en las razones ya apun: las acerca de la importancia de que los hijos conozcan su condición de adoptados ique en ocasiones puedan acceder únicamente a detalles no identificativos de su :ado²³. Ello se traduce en un «derecho» jurídica y registralmente consagrado al ocimiento de los orígenes.

Como contraste, y en relación a las adopciones plenas, la norma en muchos países roamericanos es el secreto absoluto e incluso la destrucción física de las inscripciones nacimiento buscando con ello la desaparición completa del «rastros biológico» del optado. En esos países se cancela el registro original del adoptado practicándose una

nueva inscripción de nacimiento en la que figuran como únicos padres los adoptivos. En ontraste en muchos países iberoamericanos, persiste, junto a la adopción plena, la sim:ple figura que existía en España hasta hace algunos años, respecto de la cual los víncu: los con la familia de origen no se rompen. Estas adopciones han generado problemas de reconocimiento y sin embargo, hay internacionistas como JAYME que postulan su reva: lorización desde la convicción de que una sociedad multicultural como la occidental debe respetar la identidad cultural del individuo, que en este terreno se manifiesta en el derecho al conocimiento del propio origen garantizado en este tipo de adopciones²⁴.

En dos ocasiones en las que la DGRN se ha enfrentado a situaciones de esta índole, ha respaldado la actuación de los Encargados del RC que habían practicado un asiento de nacimiento extrayendo los datos de la filiación biológica del asiento prim: tivo cancelado. La DGRN afirma que «cualquier otra solución comportaría una dife: rencia de trato, contraria a la igualdad constitucional de los españoles ante la ley, res: pecto de las demás adopciones inscritas en el Registro Civil, impediría o, al menos, dificultaría extraordinariamente el derecho del adoptado a conocer su origen y haría im: posible el conocimiento de los impedimentos matrimoniales por parentesco natural que subsisten pese a la ruptura de vínculos jurídicos con la familia anterior»²⁵.

Recientemente, la Instrucción de 15 de febrero de 1999 de la DGRN sobre cons: tancia registral de la adopción (BOE 55 de 2 de marzo) establece la posibilidad de que a petición de los adoptantes, se cancele la inscripción original de nacimiento y se extienda una nueva inscripción «en la que constarán solamente además de los datos de nacimiento y del nacido, las circunstancias personales de los padres adoptivos y la oportuna referencia al matrimonio de estos». Sin embargo, esta Instrucción no impide al adoptado el acceso a sus orígenes ya que si bien de la nueva inscripción podrán expedirse certificaciones literales en favor de cualquier persona, la publicidad del asiento cancelado queda reservada, entre otros, al adoptado mayor de edad²⁶.

Estas diferencias legislativas relativas al secreto en la adopción que existen entre pa: ses, son en el fondo diferencias culturales en la medida en que la protección del anon: imato de madres solteras puede ser una cuestión de «orden público». Por ello, fue im: posible garantizar el derecho del menor a conocer sus orígenes en la Convención de La Haya si bien sí se reconoció en el artículo 16 respecto de la información no identificativa²⁷.

²⁴ JAYME, E. «Diritto di famiglia: società multiculturale e nuovi sviluppi del diritto internazionale privato». *Rivista di Diritto Internazionale privato e processuale* 1993, n° 2 págs. 295 y ss.

²⁵ Resolución de 23 de abril del 93 (Anuario DGRN 1993, pág. 1435 y ss) y, en parecidos términos, Resolución de 31 de diciembre del 94 (BIMJ n° 1736, pág. 97).

²⁶ Ya existe una Resolución en que los adoptantes de dos niñas libanesas solicitan la cancelación del asiento primitivo de nacimiento y adopción y que en el nuevo, conste como lugar de nacimiento de sus hijas la localidad española de residencia de los padres y no el Líbano, de modo que cualquier persona que solicite un certificado no pueda deducir, por el lugar de nacimiento, que las menores son adoptadas. La solicitud es denegada. Resolución de 17 de abril del 2000 (BIMJ n° 1871, págs. 116 y ss). En otra reciente Resolución se considera comprendida esta posibilidad prevista en la Instrucción de 99 a los casos de adoptante soltero (Resolución (1)° de 30 de junio de 2000 (BIMJ n° 1878, págs. 177 y ss).

²⁷ Así, por ejemplo, el artículo 16.1. a, del Convenio de La Haya de 1993 señala como responsabilidad de la Autoridad Central del Estado de origen del niño la preparación de un informe «que contenga información sobre la identidad del niño, su adoptabilidad, su medio social, su evolución personal y familiar, su his-

²¹ KIRK, 1964; MELINA, 1986. Citados por DEMICK, J. y WAPNER, S. (1988). «Open and Closed Adoption: A Developmental Conceptualization». *Family Process*, 27, pág. 230.

²² En los últimos años han sido publicados en España algunos libros divulgativos de testimonios de res adoptivos que transmiten muy bien desde su propia experiencia y camino recorrido la construcción na familia adoptiva: CERNUDA, P. SÁENZ-DÍEZ, M. *Los hijos más deseados. Un libro útil para recorrer camino hacia la adopción*. Ed. El País Aguilar, Madrid 1999; ANGULO, J. REGULÓN, J.A. *Hijos del corazón. Guía útil para padres adoptivos*. Ed. *Vivir Mejor*. Madrid 2001; PARRONDO, L. *Adoptar: otra forma de padres*. Ed. Diagonal, Madrid 2001.

²³ CHARLESWORTH, S. «Ensuring the rights of children in intercountry adoption: australian attitudes to sss to adoption information». EISELAAR, J. SARCEVIC (Eds). *Parenthood in modern society*. Kluwer academic publishers. Holanda 1993, págs. 252.

Sin embargo, esta exigencia, quizá un tanto rígida en la consideración de los «mínimos» para que la adopción sea reconocible, ha comenzado a sufrir modulaciones en la doctrina más reciente de la DGRN, especialmente respecto de tres países asiáticos, China, Nepal y Vietnam.

En estos casos, las diferencias pueden cifrarse en algunas características determinadas de la legislación familiar asiática; así, por ejemplo, la ley china permite revocar la adopción por mutuo acuerdo en el caso de que el adoptado sea mayor de edad y las relaciones entre padres e hijos estén deterioradas, supuesto basado en la obligación jurídica de convivencia inexistente en España. Pues bien, la primera Resolución que permitió el reconocimiento de las adopciones chinas fue la de 29 de mayo de 1997 a partir de la cual se produjo el boom de las adopciones en este país. En ella, la DGRN hace una lectura de la citada ley para analizar su compatibilidad con la concepción española de la adopción en la que no se busca la absoluta identidad sino la «suficiente correspondencia»³².

Una vez que se había dado luz verde a las adopciones chinas, surge el problema con las nepalíes dado que la ley nepalí basándose en el derecho exclusivo que tienen los hijos varones de heredar a sus padres y la correlativa obligación que tienen de prestación de alimentos respecto de ellos, establece la posibilidad de revocación unilateral de los padres frente a sus hijos varones adoptivos ingratos. Esto generó en 1998 diversas resoluciones en las que no se reconocían en ningún caso las adopciones de niños nepalíes por esta razón³³, doctrina modificada en posteriores Resoluciones en las que

namientos iberoamericanos). En GONZÁLEZ MARTÍN, N. RODRÍGUEZ BENOIT, A. *Estudios sobre adopción internacional*, México 2001, págs. 365 y ss. En este trabajo el profesor sevillano plantea una lectura del artículo 9.5 del CC a la luz del Convenio de La Haya que permitiría la conversión de las adopciones simples en plenas en atención al favor filii o al principio del superior interés del menor que está en juego en estos casos.

³² Anuario DGRN 1997, págs. 1776 y ss). «Es cierto que el artículo 26 de la misma Ley china prevé también que, si las relaciones entre los padres adoptivos y su hijo adoptivo mayor de edad se deterioran hasta el punto de que la convivencia en la misma casa deviniere imposible, podrán dar por concluida su relación adoptiva de común acuerdo, pero el caso es que esta previsión parece partir de una obligación de convivencia entre mayores de edad que no se acompaña en modo alguno con la plena libertad e independencia en el cumplimiento de la mayoría de edad otorga a los hijos en España, por lo que el supuesto difícilmente podría darse estando la familia adoptiva domiciliada en nuestro país».

³³ Así se establece en catorce Resoluciones dictadas el 30 de octubre de 1997 (Anuario DGRN 1997 págs. 2278-2343). En ellas, con independencia de alguna particularidad especial se reitera el siguiente argumento: «Del conocimiento que ha tenido esa Dirección General de la legislación reguladora de la adopción en Nepal, resulta que faculta a los padres para revocar la adopción por su sola voluntad en los casos de no proporcionar el hijo adoptivo a los padres adoptantes comida y vestido, desfilparar el dinero, ocasionarles malos tratos y abandonarles. Ciertamente algunas de estas causas solamente podrán resultar efectivas una vez que el adoptado tenga cierta capacidad económica y por ende, haya alcanzado la mayoría de edad. Pero no es menos cierto que la posibilidad de causar malos tratos, desfilparar el dinero o abandonar a sus padres es perfectamente posible antes de llegar a ella. Debe tenerse en cuenta a la hora de valorar la correspondencia de efectos, cual es el espíritu que emana de las normas o de las instituciones que se comparan para comprobar su adecuación a la ley española; y es evidente que la adopción nepalí establece supuestos de revocación en los casos antes mencionados y lo que es más grave, atribuye facultad de revocación a la sola voluntad de los padres sin intervención alguna de la autoridad judicial o de la que constituyó la adopción».

El problema de la calificación

El artículo 9.5 del CC señala, como una de las condiciones para el reconocimiento en España de una adopción realizada en el extranjero lo siguiente: «No será reconocida en España como adopción la constituida en el extranjero por adoptante española si los efectos de aquella no se corresponden con los previstos por la legislación española».

En virtud de esta exigencia introducida por la LOPJM, el Encargado del registro deberá «calificar» la adopción extranjera para comprobar que reúne los requisitos mínimos reconocibles por la legislación española para que pueda constar en el RC español como adopción. Dichos requisitos son la ruptura de vínculos con la familia de origen, equiparación en los efectos a una filiación natural e irrevocabilidad de la adopción³⁴.

Esta equivalencia de instituciones que ya venía exigiéndose con anterioridad a la mencionada reforma³⁵, ha venido manifestándose en una negación de reconocimiento a instituciones tales como la kafala islámica³⁶ y la adopción simple existente en diversos países como Paraguay, México, República Dominicana o Guatemala³⁷.

na médica y la de su familia así como sobre sus necesidades particulares». El párrafo 2 de dicho artículo impone a dicha autoridad informar de determinados extremos al Estado de recepción «procurando no revelar identidad de la madre y del padre, si en el Estado de origen no puede divulgarse su identidad».

³⁴ «En esta delicada labor de comparación entre una adopción extranjera y la adopción regulada por CC hay que partir de la base de que los efectos de una y otra han de «corresponderse» para que la primera sea reconocida en España como tal adopción y esa expresión, puesto que es casi impensable que exista absoluta identidad en los efectos de una y otra, ha de interpretarse en el sentido fundamental de que adopción suponga, durante la menor edad del adoptado, la integración plena de éste en la familia adoptiva, sin injerencias de la familia de origen y considerando al adoptado a todos los efectos como un hijo y naturalidad del adoptante o adoptantes» (Resolución (1ª) DGRN de 9 de junio de 1997 (Anuario DGRN, págs. 1817 y ss.).

³⁵ Así se señala en la Resolución (2ª) de 23 de agosto de 1997 (Anuario DGRN págs. 1973 y ss.): «Ya antes de que fuera publicada tal norma (Ley Orgánica 1/1996) el resultado venía a ser el mismo (necesidad de equivalencia) — como había señalado doctrina reiterada de esta Dirección — por aplicación del artículo 12.1 del CC».

³⁶ La kafala es una institución de protección de menores existente en algunos países islámicos en los que por lo general no existe la adopción por estar prohibida en el Corán. La DGRN ha considerado desde siempre que no es inscribible como adopción ni siquiera «transformable» en adopción por la vía de la prestación posterior de consentimientos admitida en el sistema anterior de Derecho internacional privado. Puesto en verse por todas las consideraciones formuladas por Resolución de 14 de mayo de 1992 (Anuario DGRN, págs. 4417 y ss) en las que se hace un análisis de la kafala y sus efectos jurídicos: «a la vista de las informaciones obtenidas sobre la legislación marroquí hay que concluir que la adopción constituida ante las autoridades marroquíes competentes no guarda ningún punto de contacto con la adopción reconocida en el ordenamiento español. No supone vínculo de filiación ni de parentesco entre los interesados; no implica alteración en el estado civil de éstos y sólo alcanza a establecer una obligación personal por la que el patrimonio que se hace cargo de un menor ha de atender a sus necesidades y manutención». Dos muy interesantes artículos sobre esta singular institución son de RODRÍGUEZ BENOIT, A. «Adopción y kafala: un análisis de su alcance respectivo en los ordenamientos islámicos y occidentales». *Derecho internacional y relaciones internacionales en el mundo mediterráneo. Actas de las XVII Jornadas de la Asociación Española de profesores de Derecho internacional y relaciones internacionales*. Madrid 1999; «El reconocimiento de las medidas de protección del menor en un entorno multicultural — un estudio comparado de la eficacia extraterritorial de la adopción y de la kafala». *RGD 667* (abril 2000), págs. 1 y ss.

³⁷ Puede verse al respecto el reciente estudio de RODRÍGUEZ BENOIT, A. «La eficacia extraterritorial de

niño para una familia. Debe destacarse que la CNUDN señala que «los Estados parte que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán que el interés superior del niño sea la consideración primordial». Es el único precepto de la Convención en el que dicho principio no se considera como «una consideración primordial» sino como la principal³⁷.

Si bien inicialmente dicho principio no debería recibir interpretaciones diversas o contradictorias, existen algunos supuestos en los que la traducción concreta de dicho principio es compleja. Voy a referirme, a modo de ejemplo, a dos situaciones.

A) El superior interés del niño y las adopciones claudicantes

El principio del superior interés del niño debe traducirse primariamente en reconocer en su favor un estatuto jurídico estable de manera equivalente por los países más relacionados con él, a saber, su país de origen y su país de destino. En definitiva; el superior interés del menor supone, entre otras cosas, que deben evitarse las adopciones claudicantes, válidas en un país, normalmente el de los adoptantes y nulas o con distintos efectos en otro, precisamente el país de origen del niño. La armonía internacional de soluciones, verdadera utopía del Derecho internacional privado moderno cobra aquí toda su fuerza. Este interés fue uno de los principios guía en la elaboración de la Convención de La Haya. Se trata, como es de sobra conocido, de un Convenio de cooperación de autoridades que prevé que, en atención al superior interés del niño, en las adopciones internacionales existan garantías procedimentales que eviten el tráfico de menores y aseguren el reconocimiento recíproco de las adopciones constituidas en uno de los Estados parte. Basa su funcionamiento en el establecimiento de Autoridades Centrales en cada uno de los Estados parte que cooperan y median entre ellas para garantizar el buen éxito de la adopción. A través de un procedimiento establecido se garantiza, salvo contradicción con el orden público, el reconocimiento automático de la adopción realizada en otro país miembro.

La adopción internacional puede constituirse en el país de origen del niño, pero también en su país de destino, en nuestro caso, en España y ante el juez español. Pues el Código civil determina que dicho juez debe aplicar el Derecho español en cuanto a los requisitos, si bien «a petición del adoptante o del Ministerio Fiscal, el Juez en interés del adoptado, podrá exigir además los consentimientos, audiencias o autorizaciones requeridas por la Ley nacional o por la Ley de la residencia habitual del adoptante o del adoptado» (art. 9.5). Es evidente que la intervención de otras leyes junto con la española persigue evitar adopciones claudicantes, es decir válidas en España pero nulas o inexistentes en el país de origen del niño. Sin embargo, los autores son en ocasiones críticos con esta aplicación cumulativa de ambas leyes, la *lex fori* y la nacional del adoptando, cuando dicha aplicación no persiga el favor *adoptionis*, dado que las diversas concepciones familiares subyacentes pueden finalmente impedir

scriben adopciones de niñas nepalíes dado que la revocación solo es posible respecto de hijos varones; para que finalmente en otras posteriores se considere dicha opción contraria al principio de igualdad admitiéndose también la inscripción de niños³⁴.

Fras esta experiencia previa respecto de adopciones asiáticas, primeramente no se debe olvidar y posteriormente sí en atención a un análisis funcional de equivalencia de instituciones superador de comparaciones miopes al contexto cultural, la primación en la que se aborda el reconocimiento de una adopción vietnamita, la cual lo estima en contra del criterio del Consol español. Las afirmaciones en las que se fundamenta la adopción española y la vietnamita se analizan desde los aspectos de protección del menor prescindiendo de una minuciosidad inútil, son generalmente significativas³⁵.

Como puede observarse, la modulación y flexibilidad está abriéndose paso sobre en relación a la cuestión de la revocación de la adopción³⁶. Para impedir que en futuro se siguieran dando paradojas como las apuntadas, por Ley 18/1999, de 18 de mayo, se añadió un último párrafo al artículo 9.5 del CC en los siguientes términos: «atribución por la ley extranjera de un derecho de revocación de la adopción no tendrá el reconocimiento de ésta si se renuncia a tal derecho en documento público o comparecencia ante el Encargado del RC».

A COMPLEJA TRADUCCIÓN DEL PRINCIPIO DEL SUPERIOR INTERÉS DEL NIÑO EN LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL

El principal principio informador en todo el proceso de una adopción internacional que debe guiar tanto a la Administración (entendida en sentido amplio; jueces, fiscales, entidades públicas...) como a las entidades privadas y a los adoptantes es el superior interés del niño» recogido en diversas normas como criterio orientador, tanto a nivel internacional como estatal. Este principio se traduce fundamentalmente en la búsqueda de la familia para un niño, más que de un

³⁴ Entre otras, Resolución DGRN de 5 de febrero de 1998 (BIMJ nº 1827-8, págs. 156 y ss.); Resolución (1ª) de 14 de febrero de 1998 (BIMJ nº 1827-8, págs. 182 y ss.); Resolución (2ª) de 14 de febrero de 1998 (BIMJ nº 1827-8, págs. 185 y ss.); Resolución (3ª) de 14 de febrero de 1998 (BIMJ nº 1827-8, págs. 187 y ss.); Resolución de 25 de marzo de 1998 (Anuario DGRN 1998 págs. 2409 y ss.); Resolución DGRN de abril de 1998 (1ª) (Anuario DGRN 1998 págs. 2502); Resolución (1ª) de 21 de mayo de 1998 (BIMJ nº 1838, págs. 105 y ss.).

³⁵ Resolución de 30 de marzo de 1999 (BIMJ nº 1856 págs. 122 y ss.). «Es evidente, no obstante, que lo casi impensable que entre una adopción española y una extranjera exista absoluta identidad en los hechos de una y otra, ha de bastar que estos se correspondan, por lo que esta expresión ha de interpretarse en el sentido fundamental de que la adopción suponga, durante la menor edad del adoptado, la intervención plena de éste en la familia adoptiva, sin injerencias de la familia de origen y considerando al adoptado a todos los efectos como un hijo por naturaleza del adoptante o adoptantes». En este mismo sentido, Resolución de 6 de mayo de 1999 (BIMJ nº 1857, págs. 139), de 1 de junio de 1999 (BIMJ nº 1857, págs. 208); Resolución de 1 de junio de 1999 (BIMJ nº 1857, págs. 208 y ss.); Resolución (2ª) de 6 de mayo de 1999 (BIMJ nº 1874, págs. 104 y ss.).

³⁶ Un documentado estudio sobre el particular es el de DRAGO DIAGO, M.P. «Revocable international adoption and ethnic law». *Common Yearbook on International Law*. Vol VI 1998, págs. 79 y ss.

³⁷ Un reciente estudio sobre el particular es el de BRENA SESMA, I. «El interés del menor en las adopciones internacionales», GONZALEZ MARTIN, N. RODRIGUEZ BENOT, A. *Estudios sobre adopción internacional*. México 2001, págs. 79 y ss.

que la adopción llegue a constituirse, y eso no siempre es compatible con el interés superior del menor³⁸.

En España, esta norma será de aplicación relevante en todos aquellos casos de adopciones extranjeras no reconocidas o de menores que entran en España bajo otra figura jurídica de protección (vgr, kafala, tutela hindú...) o sencillamente en los casos de menores extranjeros declarados en abandono en nuestro territorio. Si esta norma se aplicara estrictamente, estos menores serían inadaptables. Esto es lo que precisamente ha ocurrido en otros países en los que el interés por garantizar que la adopción sería reconocida en el país de origen del niño ha dado lugar a una imposibilidad de constitución de la adopción de niños de determinadas procedencias basada en las diferencias de culturas jurídicas familiares.

Como he tenido ocasión de analizar en otro lugar³⁹, en Derecho francés existía una norma de origen jurisprudencial parecida a la nuestra según la cual la ley nacional del adoptante debe regir las condiciones y los efectos de la adopción, mientras que la ley nacional del adoptado será de aplicación en lo referido a su consentimiento o al de sus representantes. Esta segunda remisión ha dado lugar a un cierto número de decisiones judiciales referidas a menores de origen magrebí cuya adopción se solicitaba ante juez francés, el cual en aplicación estricta de la citada norma podía negar la adopción dado que dicha institución está prohibida en el país de origen del niño. El 11 de junio de 1992, la Cour d'Appel de Limoges no admitió el consentimiento que la madre biológica de Youssef, menor marroquí, había dado en Marruecos como suficiente para constituir una adopción plena en Francia en favor de dos súbditos franceses que se habían dirigido a dicho país y tras constituir una kafala se habían instalado con el niño en Francia⁴⁰. La Cour de Cassation matizaba dos años más tarde y en relación a este mismo caso que dicho consentimiento hubiera sido eficaz con independencia de la prohibición contenida en el Derecho marroquí si la madre hubiera consentido cono-

ciendo los efectos de la adopción plena en Francia, abriendo de esta manera una puerta a la adopción de menores magrebíes⁴¹.

Si en este caso de un menor magrebí (con madre biológica conocida) trasladado a Francia para ser adoptado la propia Cour de Cassation se pronunciaba en el sentido señalado, dicho Tribunal un año más tarde se ratificaba en dicha jurisprudencia en relación a un caso de un menor marroquí huérfano y declarado en desamparo en territorio francés⁴². Esta jurisprudencia es indudablemente audaz por cuanto la razón de ser de otorgar competencia a la ley del niño para regir el consentimiento para la adopción, es evitar que se cree en Francia un vínculo que puede ser negado en el país de origen, es decir una adopción claudicante. Sin embargo, este interés pierde fuerza en los casos en que la familia biológica no exista o los vínculos con el país de origen sean escasos o inexistentes⁴³.

El debate jurisprudencial se trasladó a finales del siglo XX y principios del siglo XXI a la arena política y legislativa. El 16 de febrero de 1999 el Ministro de Justicia francés publicaba una circular que volvía a la ortodoxia manciana apostando de manera ciega por una armonía de soluciones, o en caso contrario, por la inadaptableidad del menor: «l'adoption n'est pas possible lorsque la loi personnelle de l'enfant l'interdit»⁴⁴. La circular fuertemente contestada ha sido corregida por la Ley de 6 de febrero de 2001 relativa a la adopción internacional. En ella, recogiendo la jurisprudencia citada del tribunal de casación, excluye la posibilidad de adoptar menores cuya ley nacional prohíba la adopción (normalmente marroquíes o argelinos) salvo que, nacidos y residentes habitualmente en Francia puedan adquirir la nacionalidad francesa por filiación. Por otra parte, somete los efectos de la adopción constituida en Francia a la ley francesa para evitar la inseguridad jurídica y desigualdad en los diversos estatutos jurídicos de los menores adoptados en territorio francés⁴⁵.

³⁸ GONZÁLEZ CAMPOS, J.D. «Filiación y alimentos» en *VVAA Derecho Internacional privado. Parte especial*. EUROLLEX. Madrid 1995, págs. 369-70 ha señalado: «No obstante también se ha indicado que su justificación es discutible dada la finalidad de integración familiar del adoptado y es indudable que el cúmulo de la ley española y otra u otras leyes extranjeras puede ser contrario en ocasiones al interés del menor por impedir la adopción esa o esas leyes aun permitiéndolo la española... En este mismo sentido se pronuncian otras profesoras españolas: Esta norma «Permite establecer un equilibrio entre los objetivos de política legislativa internos e internacionales. El reconocimiento internacional de la adopción no debe concebirse como un fin en sí mismo sino que debe conjugarse con el «interés del menor». (BOUZA VIDAL, N. «La nueva ley 21/1987 de 11 de noviembre sobre adopción y su proyección en el Derecho internacional privado». *RGLJ* 1987-II, pág. 920) «No parece de recibo que una ley extranjera pueda impedir la adopción cuando ésta constituya un acto favorable al menor». (RODRÍGUEZ MATEOS, P. «La nueva orientación de la adopción internacional en *La Ley* 21/1987 de 11 de noviembre. *La ley* 1988 (4), pág. 785).

³⁹ APROBHER BIOSCA, S. «Adopción de menores africanos en Europa». *Op. cit.*

⁴⁰ «En l'absence de toute autre précision sur la notion d'adoption à laquelle il est fait référence dans ces deux actes, les conditions dans lesquelles ils ont été établis au Maroc... obligent à considérer qu'il s'agit d'une adoption selon la loi marocaine». *Revue critique de Droit international privé* (RCDIPr) 1993 pág. 438 y ss. con comentario de Poisson-Docrou, E.) En este mismo sentido, sentencia de la Cour d'Appel de Dijon de 12 marzo de 1993- (RCDIPr) 1994 pág. 82) en la que un matrimonio marroquí residente en Francia que ha constituido en Marruecos una kafala respecto de una menor marroquí, pretenden adoptarla en

⁴¹ RCDIPr 1994 pág. 654 y ss. Sin embargo, en el comentario Murr Watt, H. se pregunta: «S'il est relevé qu'aucun élément du dossier en démontre l'existence d'un consentement plus étendu que celui qu'autorisait la loi marocaine, il faut bien constater que seuls étaient versés les actes constitutifs de la «kafala» dressés par des notaires marocains et homologués par le tribunal. Or il est clair que même si la mère naturelle avait accepté d'abandonner définitivement l'enfant entre les mains du gardien, de tels actes ne pouvaient exprimer un tel consentement dont l'objet est précisément interdit par la *lex auctoritatis*.»

⁴² «Deux époux français peuvent procéder à l'adoption d'un enfant dont la loi personnelle ne connaît pas ou prohibe cette institution à la condition qu'indépendamment des dispositions de cette loi le représentant du mineur ait donné son consentement en pleine connaissance des effets attachés par la loi française à l'adoption». Cour de Cassation 10 mai 1995. *Revue critique Dalloz*. Sirey 1996 n° 27 pág. 240 con el comentario de ANNE BOTTIAU. También en RCDIPr 1995 pág. 547 con comentario de Murr-Watt, H.

⁴³ Murr-Watt, H. «L'adoption d'enfants étrangers». *Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales*. Colloque du laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé. Université de Lille II. LGDJ 1993 pág. 156.

⁴⁴ Ver el texto en RCDIPr 88 (3) 1999, págs. 586 y ss y una crítica a la misma de Horatia Murr Watt «Vers l'inadaptable de l'enfant étranger de statut personnel prohibitif? A propos de la circulaire du 16 février 1999 relative à l'adoption internationale». RCDIPr 88 (3) 1999, págs. 469 y ss.

⁴⁵ El texto de esta ley se publicó en la RCDIPr 90 (2) de 2001 págs. 377 y ss. y un comentario a la misma es el de PAUL LAGARDE: «La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale: une opportu-

Quizá esta doctrina del país vecino pudiera ser iluminadora para nosotros toda vez que puede ser oportuno distinguir los casos de menores magrebíes abandonados en España del de menores «kafalados» en Marruecos y posteriormente adoptados en nuestro país. Quizá el *favor adaptionis*, y por tanto las cautelas hacia aplicaciones cumulativas que dificulten la colocación en una familia a un menor en estos casos, no sean similares a las de un menor desplazado a España con este motivo.

B) El interés del adoptado y el paso del tiempo

Como vengo señalando, el interés superior del menor en la adopción internacional, tiene determinadas traducciones concretas como la lucha contra el tráfico de niños, la cooperación de autoridades, etc. Sin embargo, es un hecho que algunas adopciones, particularmente las denominadas independientes, enmascaran en ocasiones auténticas compras o tráfico de menores. ¿Cuál debe ser la reacción del ordenamiento jurídico ante ellas? ¿Qué sucede si el reconocimiento se solicita cuando el menor lleva dos años, por ejemplo, integrado en la nueva familia adoptiva? ¿En qué se traduce en estos casos su superior interés? Soy de la opinión de que sin una política de fronteras efectiva, y por tanto sin el control y sanción de estas situaciones cuando los «adoptantes» pretenden acceder al territorio español, toda reacción posterior, sobre todo si es muy posterior, puede vulnerar el principio del superior interés del niño.

El paso del tiempo es un factor decisivo en la interpretación del interés superior del menor, no solo en las adopciones internacionales, sino también en otras situaciones en las que la protección internacional del menor está en juego, como los supuestos de sustracción internacional analizados en el marco de estas Jornadas, y así se refleja en diversos preceptos del Convenio de la Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. El tiempo corre en contra cuando de un menor se trata por su capacidad de integración en el nuevo medio y en el nuevo marco familiar; de ahí que un control de las fronteras para impedir entradas de menores adoptados sin garantías o salidas o entradas de menores presuntamente sustraídos sea, lamentablemente, el aspecto en el que debe hacerse un mayor hincapié.

Es bien conocido que el procedimiento de adopción internacional tiene hoy en el Convenio de la Haya el marco principal de referencia. Las autoridades centrales del Estado de recepción comprueban, entre otras cosas, la idoneidad y aptitud de los adoptantes, las autoridades centrales del Estado de origen del niño determinan su adoptabilidad, garantizando siempre la subsidiariedad de la adopción internacional, a través de un informe que debe contener su identidad, adoptabilidad, medio social, evolución personal y familiar, historia médica personal y familiar. La Autoridad deberá también asegurarse de que se han tenido en cuenta las condiciones de educación, étnicas, religiosas y culturales del menor y de que los consentimientos necesarios de personas, autoridades o instituciones se han dado en la forma legalmente correcta (que no ha existido compensación económica, que la madre ha dado el consentimiento después del nacimiento del niño, que el consentimiento es libre y por escrito, y que se conocen las consecuencias del mismo). Posteriormente se produce la preasignación del niño de acuerdo con el perfil de los adoptantes.

Tras esta inicial preasignación del niño por parte de la Autoridad Central de su país, de la que es informada la Autoridad Central del Estado de residencia de los adoptantes, la primera sólo confiará al niño a los futuros padres adoptivos si estos han manifestado su acuerdo, la Autoridad Central del Estado de recepción ha aprobado tal decisión si así lo requiere alguna de las leyes de los respectivos Estados, las Autoridades Centrales acuerdan que se siga el procedimiento de adopción y se ha constatado la idoneidad de los padres y la autorización de que el niño salga del país de origen y pueda entrar y residir permanentemente en el país de destino. Idoneidad, adoptabilidad y «matching» o asignación (siempre por parte de las administraciones de ambos Estados) son los tres grandes momentos en la adopción internacional según el esquema del Convenio que asume como propio la legislación española también en relación con las adopciones no convencionales⁴⁶.

Sin embargo, es posible que algunos adoptantes puedan acudir directamente a las autoridades del país de origen del niño y constituyan una adopción al margen del procedimiento explicado. En algunos países de origen no exigen que los adoptantes acudan con un certificado de idoneidad expedido por sus propias autoridades (y por tanto dicha idoneidad, si es exigible, puede ser declarada en dicho país por un gabinete psicológico, por ejemplo); otras muchas veces la adoptabilidad del menor (que supone todo lo que hemos mencionado antes respecto al principio de subsidiariedad, consentimiento materno después del parto y libre, etc.) no está adornada de las garantías necesarias; finalmente, la asignación no siempre es realizada por la Administración; en ocasiones son los intermediarios, los directores de los orfanatos, o incluso los propios padres los que eligen a su hijo. Si bien la adoptabilidad y la asignación dependen básicamente del Derecho del país de origen del niño ¿cabe el reconocimiento en España de adopciones en las que la entidad pública española no ha declarado la idoneidad de los adoptantes?

En la reforma del 9.5 operada por la LOPJM se introdujo la «idoneidad» como condición de reconocimiento en los siguientes términos: «*Tampoco lo será (reconocida como adopción) mientras la entidad pública competente no haya declarado la idoneidad del adoptante si este fuera español y estuviera domiciliado en España al tiempo de la adopción*»⁴⁷. Este nuevo requisito que ha hecho ya denegar la inscripción de diversas adopciones internacionales en las que el mismo no concurre⁴⁸, responde como se señala en la propia Exposición de Motivos de la LOPJM, a la adaptación de nuestra legislación tanto al CNUDN como a la Convención de La Haya. Se trata de un requisito de gran importancia que pretende evitar adopciones fracasadas, a pesar de que, con poca fortuna, la DGRN lo ha calificado como «requisito formal fácilmente subsanable»⁴⁹.

⁴⁶ Creo muy interesantes las consideraciones que se realizan justamente sobre estos tres momentos en el documento del SSI titulado «*Derechos del niño y adopción internacional. Marco ético y orientaciones para la práctica*». MTAS Materiales de trabajo nº 73, Madrid 2001.

⁴⁷ La falta de declaración de idoneidad como «impedimento» para proceder a la inscripción se apuntó, por ejemplo, en la Resolución de la DGRN de 6 de marzo de 1997 (BIMJ nº 1823, págs. 90).

⁴⁸ Así, por ejemplo, Resolución (2ª) de 19 de septiembre de 1998 (BIMJ nº 1846, págs. 126 y ss).

⁴⁹ Así se ha señalado en las Resoluciones (1ª), (2ª) y (3ª) de 16 de febrero de 1998 (BIMJ nº 1829, págs. 2283 y ss; Resolución DGRN de 18 de abril de 1998 ya citada y Resolución (1ª) de 21 de mayo de 1998 (BIMJ nº 1838, págs. 105 y ss).

El principal problema a que ha dado lugar esta nueva condición es la necesidad de determinar si los adoptantes deben haber sido declarados idóneos *ex ante* la constitución de la adopción, o pueden serlo *ex post* a dicha constitución pero obviamente antes de la inscripción en el registro, es decir en los casos de adopciones independientes. La cuestión reviste bastante trascendencia práctica y se puso de manifiesto nada más entrar en vigor la Ley y en relación con los casos transitorios. Al margen de estos casos ya resueltos, la cuestión doctrinalmente debatida es: ¿Puede admitirse inscripción cuando el certificado de idoneidad se ha emitido con posterioridad a la institución de la adopción? Lamentablemente en el régimen general y según lo dispuesto en la Ley, la respuesta debe ser afirmativa⁵⁰, a pesar de que evidentemente este fue el propósito del legislador español, y no es una solución compatible con el superior interés del niño⁵¹. Ello supone que generalmente dicho certificado se concederá, ya que las autoridades competentes se encuentran ante el hecho consumado del niño ya en España, y justamente su superior interés no aconseja, salvo casos muy graves, retirarlo de la guarda de quienes lo han traído a nuestro país⁵². Quizá para evitar estas situaciones, los criterios para la actuación consular en materia de adopción internacional de 1996, intentan evitar que esta hipótesis pueda plantearse por la vía de política de visados⁵³.

Sin embargo, en el caso de adopciones de menores procedentes de países que han ratificado el Convenio de La Haya, es evidente que no cabe la expedición del certificado de idoneidad *ex post* a efectos de reconocimiento. El Convenio, como veíamos, establece un procedimiento de reconocimiento automático (a salvo la contrariedad con orden público del foro) pero obviamente las adopciones deben haber tenido lugar de acuerdo con el procedimiento convencional, y tal y como se expuso sucintamente, el «impulso» parte del Estado de residencia de los adoptantes con la emisión del certificado de idoneidad.

Curiosamente, sin embargo, ha habido países parte del Convenio de la Haya como Alemania que en algún momento han hecho caso omiso del mencionado instrumento autorizando adopciones sin el certificado de idoneidad, lo cual ha dado lugar a adopciones «claudicantes»⁵⁴.

⁵⁰ Así lo reconoce expresamente la Resolución (3ª) de 25 de junio de 1999 (BIMJ nº 1858 págs. 128 y ss).

⁵¹ Así se señala en un interesantísimo estudio de AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. y B. CAMPUZANO DÍAZ. («El certificado de idoneidad para las adopciones internacionales desde la perspectiva del Derecho internacional privado español»: BIMJ nº 1888, págs. 5 y ss. Y el mismo trabajo en GONZÁLEZ MARTÍN, N. RODRÍGUEZ BENOIT, A. *Estudios sobre adopción internacional*, México 2001). Estos autores documentan sobradamente cómo esta interpretación planeó en los debates parlamentarios, y cita diversa doctrina crítica con esta solución.

⁵² GONZÁLEZ BELLFUS, «La Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de protección jurídica del menor, de modificación parcial del CC y de la LEC: normas sobre adopción internacional», REDJ XLVIII (1996) I, fig. 504.

⁵³ M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. y CAMPUZANO DÍAZ, B. *Ibid.*, págs. 842-3 exponen con detalle este argumento. *Vid.* también al respecto M.A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, «Algunos aspectos del derecho de extranjería en la adopción internacional». En N. GONZÁLEZ MARTÍN, A. RODRÍGUEZ BENOIT, *Estudios sobre adopción internacional*, México 2001.

⁵⁴ En este sentido en la Resolución de 29 de noviembre de 1996 ya citada (BIMJ nº 1808, págs. 62) «...la colaboración (entre autoridades de los distintos países) es el eje al que responde el Convenio de la

Al comienzo de este epígrafe, señalaba como los tres elementos esenciales del proceso de la adopción el de la idoneidad (al que me he referido) pero también los de la adaptabilidad y la asignación. En relación a estos dos últimos, considero que la posible oposición con el orden público español de una adopción constituida en el extranjero debería tener en estas dos cuestiones su concreción más evidente pues en ellos los derechos fundamentales del niño pueden ser vulnerados de manera importante⁵⁵.

a) En relación con la adaptabilidad ha apuntado recientemente Antonio FERRANDIS algunas prácticas de países que las convierten en ilegítimas (presión, compra, engaño o incentivo para el abandono de menores⁵⁶) y señala, que salvo que se trate de situaciones generalizadas (en cuyo caso se paralizan las adopciones con los países de origen, como ha ocurrido con Rumanía), son difíciles de detectar. Efectivamente; al encargado del RC español (Consular o Central) difícilmente le van a constar estos extremos en los documentos que los adoptantes aportan para el reconocimiento pero particularmente cuando el reconocimiento se solicita en el Consulado, la proximidad con la realidad local puede aportar al Cónsul suficientes elementos de juicio para llegar a la convicción de que la adoptabilidad se ha dado con las suficientes garantías. Estos datos o elementos de la realidad pueden muy bien conocerse y así quiero destacar la encomiable labor realizada en este sentido en los años 90 por el entonces Cónsul español en Rumanía Don Félix Fernández-Shaw.

Algunas concreciones de esta adoptabilidad deberían ser las siguientes:

- Declaración legal de abandono previa al inicio del procedimiento de adopción; antes de iniciarse el procedimiento de adopción y de manera independiente a los trámites que lo configuran, el menor ha debido ser declarado legalmente en situación de abandono, y en situación de ser adoptado a través de un auto judicial o resolución administrativa que cada país define según sus parámetros culturales y legislativos.
- Consentimiento de los padres o responsables del menor para la adopción. Comprobación que dicho consentimiento se ha producido después del nacimiento y sin que medie presión, engaño o incentivo.
- Informe del menor declarado adoptable que incluya los motivos por los que se propone una adopción (y especialmente una internacional garantizando la subsidiariedad); informaciones psicosociales completas; informe médico completo; vida actual, hábitos...

Haya de 1993 por lo que es llamativo que Rumania, para quien entró en vigor el Convenio el 1 de mayo de 1995, haya prescindido del mismo en estas adopciones constituidas en agosto de 1995». En idénticos términos se expresan las Resoluciones de 17 de enero de 1997 (BIMJ nº 1814, págs. 137 y ss), (1ª) de 22 de enero de 1998 (BIMJ nº 1826, págs. 125 y ss), (2ª) de 22 de enero de 1998 (BIMJ nº 1826, págs. 128 y ss) y (3ª) de 22 de enero de 1998 (BIMJ nº 1826, págs. 131 y ss).

⁵⁵ Llama la atención que el único caso en el que se ha denegado el reconocimiento por esta vía es la Resolución de la DGRN de 22 de junio de 1991 (*Anuario DGRN* 1991, págs. 1233) en la que se considera contrario al orden público español la adopción en Suiza de un niño por sus abuelos maternos por contravenir la prohibición expresa del artículo 175.3.1 del CC.

⁵⁶ FERRANDIS, A. *op. cit.* págs. 207.

b) La asignación de un niño a unos padres es un proceso en el que tiene también un protagonismo esencial la entidad pública de protección de menores. De esta manera se evita que los padres, o sus representantes, elijan al niño concibiendo esta medida de protección justamente en sentido inverso a como se debe: la búsqueda de una familia para un menor que carece de ella⁵⁷. Este protagonismo de las entidades públicas está consagrado además en el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 sobre protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional como garantía de que el interés superior del niño es el principio motor en la adopción.

Sin embargo, no siempre son las autoridades las responsables de la asignación; puede ocurrir que sean los propios hogares los que realizan las asignaciones como ocurre en Ucrania, país que no acepta la intermediación de las entidades sin ánimo de lucro, y en el que la dirección del hogar informa a los adoptantes de los menores que hay en el hogar con las características deseadas para que ellos elijan. En Bulgaria, es el representante de la ECAI o el abogado que representa a los solicitantes de adopción, el que al conocer todos los orfanatos localiza a los menores adoptables y hace la propuesta de asignación a los padres, siempre y cuando, la dirección del orfanato acepte a la futura familia adoptiva. En algunos estados de Brasil, el representante de la familia una vez ha localizado a un menor que cumple las expectativas de la familia solicitante lo comunica al organismo público para que éste compruebe si existe una familia brasileña que desee adoptarlo nacionalmente y si no es así el menor será asignado por el organismo público a los solicitantes de adopción internacional. De todos son conocidas determinadas páginas WEB de agencias estadounidenses de adopción que incluyen un «catálogo» de niños disponibles, con fotografías, características (edad, origen, temperamento, cuestiones médicas...) e incluso en algunas ocasiones el precio⁵⁸.

A mi juicio, estas asignaciones «privadas» serán motivo suficiente para negar su reconocimiento en España por vulneración del orden público.

III. EL RIESGO DEL FRACASO Y SU PREVENCIÓN

La adopción internacional es una figura jurídica que trata de dar un entorno familiar a un menor en situación de desamparo otorgándole los mismos derechos que tendría un hijo biológico de la familia que adopta al menor. Si el objetivo del procedimiento de adopción (sea nacional e internacional) es integrar al menor en una familia, en ocasiones dicha integración no llega a realizarse y el vínculo paterno-filial fracasa, situación que específicamente se ha previsto en el Convenio de La Haya.

Debe tenerse en cuenta que si bien «adoptions, like marriages are not always successful»⁵⁹ y por tanto siempre existirá un porcentaje de adopciones fracasadas, el sufrimiento que se produce por estos fracasos es incomparable al sufrimiento que se deri-

va de una ruptura matrimonial. Y si la adopción es internacional, los sentimientos de pérdida de todos los referentes de su existencia que experimenta el niño son especialmente dramáticos y traumáticos⁶⁰.

Más allá de la tragedia personal del menor que es abandonado por segunda (o tercera) vez, y en esta ocasión en un país extranjero, el ordenamiento jurídico reacciona de la siguiente manera: retirada de la patria potestad a la familia adoptiva, asunción de la tutela por parte de la entidad pública autonómica, ingreso del menor en un centro de protección y derecho a una pensión de alimentos por parte de sus padres adoptivos hasta su mayoría de edad. El menor, por tanto, se encontrará a partir de ese momento en situación de desamparo, y por tanto, y con suerte, podrá ser acogido por una familia o adoptado, siguiendo los procedimientos de acogimiento o adopción nacional establecidos en nuestro sistema de protección. En estos casos, y si el Convenio de La Haya es aplicable, deberá informarse previamente a la Autoridad Central del Estado de origen del menor. La adopción internacional, al igual que la nacional, es irrevocable una vez que ha sido constituida legalmente. Los países de origen de los niños no pueden en estos casos, reclamar a los menores e ingresarlos en sus centros a la espera de otra adopción internacional, si bien el Convenio de La Haya prevé como último recurso en estos casos, si en el país de recepción no se ha podido dar en adopción o acogimiento, «asegurar el retorno del niño al Estado de origen si así lo exige su interés».

En los Servicios sociales de las diversas Comunidades Autónomas ya se está percibiendo una alerta por el número de menores procedentes de adopciones internacionales fracasadas que pueden acabar en el sistema de protección español, sin que quepa en estos casos adoptar medidas de apoyo a su familia para paliar la situación de riesgo, y por tanto teniendo como única alternativa el cuidado residencial.

Acaba de llevarse a cabo una investigación pionera sobre este particular en el Instituto Universitario de la Familia de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid que dirige, en relación con las adopciones truncadas en la CAM⁶¹. En el periodo 97-99 es una tasa del 1,50%, pero en relación con los adoptados mayores de 6 años la tasa es del 6,7%. Sin embargo, falta una perspectiva temporal suficiente para poder valorar la ruptura en su justa medida toda vez que por la experiencia de otros países, es importante esperar a la adolescencia y a la mayoría de edad en su caso para considerar cerradas las posibilidades de fracaso. Ciertamente pueden detectarse determinadas variables del niño, tales como su edad y sus problemas de conducta que suelen aparecer claramente relacionadas con los índices de ruptura; sin embargo es importante resaltar cómo las variables de la familia adoptiva y las expectativas y recursos de ésta frente a la conducta y vida del menor están constantemente en la base de las relaciones encontradas y podríamos afirmar que son las definitivas.

⁶⁰ «For children adopted from other countries and other ethnic backgrounds, disruption of this relationship is difficult to conceptualise, since this loss is in effect loss of their whole existence. It renders them a stranger in the world in which they find themselves as well as in the world from which they came». *Ibid.* pag. 20

⁶¹ *Informe de la Dirección General de la Familia y Adopción de la Comunidad de Madrid*.

⁵⁷ Puede verse en relación con la asignación АДОПЦИЯ БИОСКА, S. y АСНУГО КРУЗ, V. «La adopción internacional» en LÁZARO GONZÁLEZ, I. (Dir) *Los menores en el Derecho español*. Madrid 2002.

⁵⁸ A modo de ejemplo puede consultarse la página. <http://www.rainbowkids.com>.

Esta conclusión contrastada científicamente, me lleva a hacer algunas consideraciones sobre algunas claves para la integración sana de la relación adoptiva.

En el proceso de adopción internacional juegan un papel clave los agentes mediadores que pueden ser organismos públicos, entidades privadas sin ánimo de lucro, etc. Toda su actuación debe estar presidida por la exigencia de velar y garantizar los derechos de los menores que van a ser adoptados. El importante papel que juegan, y su necesidad en muchos casos, ha llevado a la doctrina extranjera a plantearse los aspectos «contractuales» de la adopción internacional —aspectos silenciados en la legislación pero muy presentes en la práctica⁶²—, en el marco de relación entre los agentes mediadores y los solicitantes de adopción.

Cuando se habla de mediación en adopción internacional hacemos referencia, por un lado, a las tareas de intermediación que se inician desde la obtención del certificado de idoneidad y que consisten en recabar la documentación necesaria, legalizarla, traducirla tanto en España como en el país de origen así como tramitar las posibles comunicaciones que se hagan a la familia adoptante desde los organismos competentes para la completa formalización del expediente y su culminación; pero, al mismo tiempo, se está haciendo referencia a la necesidad de que esos mismos agentes mediadores —públicos o privados— apoyen, preparen y acompañen el proceso adoptivo en sus aspectos psico-sociales. Veamos algunos de sus momentos más importantes.

Cuando una familia se plantea la posibilidad de adoptar a un menor lo primero que busca es información sobre qué hacer, qué requisitos ha de cumplir, a qué país puede acudir, cuánto dinero le va a costar... Los adoptantes muchas veces obtienen esta información a través de canales informales de comunicación como son otras familias que han adoptado, profesionales independientes, asociaciones de familias adoptivas o de protección a la infancia... Sin embargo, lo habitual será acudir a las autoridades competentes en materia de adopción⁶³, es decir, el organismo competente en materia de protección de menores de la Comunidad Autónoma donde residan, competente para informar y posteriormente tramitar tanto en los casos de adopción nacional como internacional⁶⁴.

⁶² MORENO, A. «Aspects contractuels de l'adoption internationale», *RCDIP* 90 (2) avril-juin 2001, págs. 301 y ss.

⁶³ Si bien en las diferentes normativas autonómicas y nacionales esa facultad informativa es asignada a los organismos públicos con competencias en materia de protección de menores, la reciente Ley gallega 9/2000 de 7 de enero (DOGA 6 de marzo de 2000) amplía esa competencia de información a las ECAIs. «La Dirección General de Familia, las delegaciones provinciales o las entidades colaboradoras debidamente habilitadas informarán sobre la tramitación necesaria para proceder a la adopción internacional y sobre los requisitos específicos exigidos en los diferentes países». (art. 89.1).

⁶⁴ Este criterio competencial se recoge en algunas de las normas autonómicas de protección de menores citadas anteriormente como es el caso de la Ley canaria 1/1997 en su artículo 73 o la de Castilla La Mancha 3/1999 en su artículo 56 a) o la cántabra 7/1999 en su artículo 75, por poner algunos ejemplos. El Convenio de La Haya señala genéricamente que «Las personas con residencia habitual en un Estado contratante que deseen adoptar un niño cuya residencia habitual esté en otro Estado contratante, deberán dirigirse a la Autoridad Central del Estado de su residencia habitual.» (Art.14). En el caso de un Estado descentralizado como el nuestro que además ha designado como autoridades centrales las de las diversas CCAA el criterio de la residencia va a ser por tanto el decisivo para determinar la competencia.

En estos organismos se informa a los futuros solicitantes de adopción internacional de cuál es el objetivo último de una adopción y de la necesidad de seguir un procedimiento para velar por el interés superior del menor. A su vez se les informa sobre cuáles son los requisitos necesarios, en qué consiste el proceso de selección y la obtención del certificado de idoneidad, qué entidades mediadoras están acreditadas para actuar en el territorio de su comunidad autónoma y con qué países, cuáles son las ventajas de tramitar la adopción a través de una ECAI, cuáles son los riesgos que se corren cuando se tramita a través de una gestoría privada o de manera independiente, cuáles son los inconvenientes de acudir a países que no han ratificado el Convenio de La Haya, cuál es el sentido de aceptar y buscar el apoyo de técnicos y profesionales durante el período de espera y posteriormente en la fase postadoptiva.

El certificado de idoneidad, expedido siempre por los organismos públicos competentes en materia de protección de menores, debe valorar una serie de requisitos objetivos y subjetivos:

Dentro de los criterios objetivos (la edad, la residencia...) deben tenerse en cuenta los previstos por el Derecho español para todo tipo de adopción (nacional o internacional) y los previstos por el Derecho de origen del país del menor. La concurrencia de estos últimos explica en muchos casos la decisión de las familias de adoptar en uno u otro país y a los técnicos les obliga a conocer con precisión el estado del Derecho comparado en cada momento⁶⁵; por ello el certificado de idoneidad precisará de manera expresa que esa declaración de idoneidad lo es sólo para adoptar en un país concreto⁶⁶.

Sucede algo similar con los criterios subjetivos, que si bien en parte coinciden con los de la adopción nacional (circunstancias sociales, personales, económicas...) difieren en aquellas circunstancias que afectan a los aspectos interculturales e internacionales de esta adopción. Esta peculiaridad exige a los solicitantes una formación previa diferente, y les obliga a tener en cuenta en su motivación aspectos raciales, étnicos, culturales... que requieren tolerancia, respeto y comprensión hacia una realidad distinta. Y es que cuando en el ámbito de la adopción se habla de motivaciones, se está aludiendo a aquellas que son manifestadas y aquellas otras que están latentes. Las motivaciones manifiestas son más claras y fáciles de expresar por los propios solicitantes de adopción: el deseo de tener un hijo, ofrecer su familia a otro niño... en cambio, las que están latentes son las que aflorarán en las entrevistas. Esas motivaciones, latentes

⁶⁵ Así por ejemplo, si en España el CC recoge como requisito para adoptar haber cumplido los 25 años, no ocurre igual en China donde las personas solteras deberán haber cumplido 30 años para poder adoptar. En el requisito referido al estado civil, en España sea cual sea el estado civil de la persona ésta tendrá las mismas posibilidades para adoptar y en cambio, en Perú tener un estado civil u otro implica adoptar niños más pequeños que si se está casado o niños más mayores si se es soltero. Finalmente, son pocas las legislaciones de los países de origen que permiten la adopción a parejas de hecho como es el caso de Ecuador que sí la contempla.

⁶⁶ En alguna norma autonómica se señala esta especificidad del certificado de manera expresa. Es el caso del Decreto 2/1997 de 7 de enero (DOGC 17 de enero de 1997) catalán cuyo artículo 112 señala: «El certificado de idoneidad emitido por la Dirección General de Atención a la Infancia, y la valoración psico-social, serán válidos única y exclusivamente para el país para el cual se haya solicitado».

y manifestar, dibujar un perfil del solicitante en la adopción internacional diferente al de la adopción nacional⁶⁷.

La diversa precisión de los requisitos subjetivos a tener en cuenta por parte de las diversas CCAA parece aconsejar la elaboración de un protocolo que garantice una cierta homogeneidad en las valoraciones, que además no realizan únicamente las entidades públicas, sino también en ocasiones éstas se apoyan en acuerdos con Colegios profesionales de psicólogos y trabajadores sociales; esta diversidad está dando lugar a diversos porcentajes de idoneidades y no idoneidades según la CCAA de la que se trate, lo cual en una materia delicada como es ésta, aconsejaría una mayor coordinación.

Por otra parte, está la cuestión de la preparación preadoptiva. Tampoco es uniforme la manera de abordarla en las diversas CCAA. En algunas lo asume la administración bien directamente (a través de las sesiones informativas que van más allá de lo informativo) o bien a través de entidades conveniadas específicamente para ello (como ocurre en la Comunidad de Madrid). En otras CCAA la administración ha «contratado» a una empresa de trabajo temporal para llevar a cabo esta tarea bajo su supervisión; por último esta preparación es competencia en algunos lugares de las ECAIS⁶⁸.

Este panorama en lo relativo a la información, preparación e idoneidad, plantea sin embargo diversos interrogantes. Por una parte, el verdadero filtro debería ser una preparación preadoptiva rigurosa en el marco de la cual muchas familias pueden desistir de su pretensión inicial al verse confrontadas con la realidad a la que se enfrentan y para la que quizá no estén preparados. Por otra parte, cabe plantearse si con una adecuada preparación podría salvarse una inicial idoneidad de algunos adoptantes. Finalmente, la gran apuesta de futuro es el seguimiento post-adoptivo. Muchos de los problemas que la adopción y en general las relaciones paternofiliales plantean pueden tener su respuesta en una adecuada ayuda post-adoptiva. Quizá esta deba ser una inversión en la que no se deberían escatimar las administraciones autonómicas toda vez que prevendría en muchos casos el riesgo del fracaso.

⁶⁷ SÁRREGO MORILLO, J.L. *Guía de la adopción internacional*. TECNOS, Madrid 2000, págs. 40-2, recoge el «protocolo» de informe de idoneidad de la Junta de Andalucía, en el que se recogen desde aspectos de historia, composición y funcionamiento de la familia, sus apoyos sociales, sus capacidades educativas, las expectativas respecto de la adopción, y la comprensión del papel de adoptantes (aceptación de las diferencias, revelación de la adopción...).

⁶⁸ Ver al respecto los *Materiales aportados a las Jornadas interautonómicas sobre preparación de solicitantes de adopción internacional* 1998. MTAS Materiales de trabajo nº 58, junio 2000. En relación con la preparación preadoptiva, puede verse también DUMMERKEN, A. «El programa de adopción-información en los Países Bajos». MTAS, Materiales de trabajo nº 51, tomo II, 1999, «Situación y perspectiva de futuro de los programas de información, preparación y valoración de solicitantes de adopción internacional»; CRESPO, T. LEGAZ, E.M. MESAQUER, A. *Materiales para la preparación de solicitantes de adopción internacional*. Concejalía de Bienestar Social. Generalidad de Valencia, 1990. D.L. 1/1990. T. ASESOR. D. EMERSON. T. FERRER.