

## INTRODUCCIÓN

El debate sobre los derechos humanos se ha incrementado, cualitativa y cuantitativamente, en los últimos años. Los derechos humanos se han convertido en uno de los parámetros de legitimación más importantes para los gobiernos de muchos Estados; proteger y salvaguardar los derechos de aquellos grupos vulnerables forman parte de las prioridades de un Estado social y democrático de derecho.

En nuestra sociedad, en las sociedades multiculturales que son la mayoría, hay una necesidad urgente por reivindicar medios de protección para salvaguardar las garantías individuales o derechos fundamentales del ser humano y ahí destacamos la necesidad de reivindicar la protección, nunca desmedida, de nuestros menores protagonistas, por el tema que nos ocupa, del cruce de fronteras ante el incremento de las adopciones internacionales.

La orientación moderna, que caracteriza a la adopción en la actualidad, considera a la misma como el sistema de protección por excelencia para el menor carente de familia propia y, además, está avalada por un cuerpo, cada vez mayor, de conocimiento científico que ha demostrado las ventajas que ofrece esta medida para el bienestar e interés del niño desamparado.<sup>1</sup> La doctrina está sintetizada en el principio: “dar una familia al niño que no la tiene”.<sup>2</sup>

El deseo, legítimo y humano, de tener un hijo por parte de una pareja está supeditado al interés superior del menor.

Estos cambios culturales han supuesto una reorientación de la atención y protección a la infancia, asumidas como responsabilidad pública, y objeto, por tanto, de una política global que garantice el bienestar de la pobla-

<sup>1</sup> Asimismo, invocamos al lector a la reflexión sobre los cambios tan notables que se dan en la actualidad, como el que se proyecta ya acerca de la adopción homoparental al constituirse, por ejemplo, en España a través de la Ley 13/2005 de modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo.

<sup>2</sup> Pilotti, Francisco, *Manual de procedimientos para la formación de la familia adoptiva*, Madrid, Instituto Interamericano del Niño, 1990, pp. 23 y ss.

ción infantil, fomentando el desarrollo de sus potencialidades y de sus derechos individuales y sociales.<sup>3</sup>

La noble función social del derecho y de la justicia es, además, dar a cada quien lo que le corresponde y nadie puede negar que es un derecho inalienable el que todo ser humano tenga una familia.<sup>4</sup>

El derecho internacional privado, ante la proliferación de las relaciones privadas internacionales, producto de esa apertura de fronteras y del aumento de intercambios internacionales, económicos y personales, se convierte en un instrumento ineludible en la solución de los problemas provocados por este trasiego transfronterizo.<sup>5</sup>

De esta manera, la cooperación internacional, fundamento y objetivo del derecho internacional privado,<sup>6</sup> se articula en torno a la elaboración de convenios bilaterales o multilaterales que disciplinan los distintos supuestos de tráfico externo.<sup>7</sup>

Son muchos ya los tratados, pactos o convenios internacionales que tienen relación directa con la protección de menores; ello es indicativo, como decimos, de la conciencia internacional, de la preocupación internacional hacia la protección de nuestros menores. No sólo los intereses, a nivel mundial, están volcados en los acuerdos comerciales y/o políticos, sino que aquellas cuestiones privadas, como bien puede ser la adopción in-

<sup>3</sup> Junta de Andalucía, *La atención a la infancia en Andalucía*, Sevilla, Consejería de Asuntos Sociales, Dirección General de Atención al Niño, 1995, p. 7.

<sup>4</sup> González Martín, Nuria, “Convención de La Haya de 29 de mayo de 1993, sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional: el caso México-España”, en González Martín, Nuria y Rodríguez Benot, Andrés (coords.), *Estudios sobre adopción internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 159.

<sup>5</sup> Maestre Casas, Pilar, “Multiculturalidad e internacionalización de valores: incidencia en el sistema español de derecho internacional privado”, en Iriarte Ángel, J. L. y Calvo Caravaca A. L., *Mundialización y familia*, Madrid, Colex, 2001, p. 195.

<sup>6</sup> Aguilar Benítez de Lugo, Mariano, “La cooperación internacional como objetivo del derecho internacional privado”, *Cursos de derecho internacional de Vitoria-Gastéiz*, 1991, pp. 171 y ss.; *id.*, “La cooperación internacional en derecho internacional privado”, *La Cooperación Internacional, XIV Jornadas de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (Vitoria, 26 a 28 de septiembre de 1991)*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 1993, pp. 221 y ss.

<sup>7</sup> Rodríguez Benot, Andrés, “Tráfico externo, derecho de familia y multiculturalidad en el ordenamiento español”, *La multiculturalidad: especial referencia al islam*, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial, 2002, vol. VIII, p. 53.

ternacional, están en el “candelero” y en las “agendas” de nuestros gobernantes.<sup>8</sup>

*El Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, relativo a la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional* (en adelante Convenio de La Haya de 1993) es el primer Convenio internacional especializado en la materia y es, a su vez, un instrumento jurídico de gran relevancia para la ordenación de las prácticas de intervención, asimismo, en el ámbito de la adopción internacional.<sup>9</sup>

Los diferentes países que ya han firmado y ratificado el Convenio de La Haya de 1993<sup>10</sup> manifiestan, con dicho acto, un compromiso con los principios enunciados en su Preámbulo, inspirado, fundamentalmente, en el artículo 21 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989;<sup>11</sup> y, además, sustentan una razón de tipo práctico que reco-

<sup>8</sup> Brena Sesma, Ingrid, “Convención sobre Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional”, *Revista de Derecho Privado*, México, año 6, núm. 18, septiembre-diciembre de 1995, p. 87.

<sup>9</sup> El artículo 2o., párrafo primero, del Convenio de La Haya de 1993, se expresa, con relación a la adopción internacional, de la siguiente manera: “1. La Convención se aplica cuando un niño con residencia habitual en un Estado contratante (“el Estado de origen”) ha sido, es o va a ser desplazado a otro Estado contratante (“el Estado de recepción”), bien después de su adopción en el Estado de origen por cónyuges o por una persona con residencia habitual en el Estado de recepción o en el Estado de origen”. De esta manera se pronuncia una doctrina mayoritaria, que entiende por adopción internacional el acto jurídico que celebran personas con residencia habitual fuera del territorio nacional, independientemente de que sean ciudadanos de otro país o no. Bastará que tenga su residencia habitual fuera del territorio nacional para que se considere adopción internacional. Hay autores que contemplan los diferentes elementos internacionales (nacionalidad, ciudadanía, residencia, etcétera) que pueden estar aparejados a la adopción internacional para calificarla o no como tal; a modo de ejemplo, Bouza Vidal, Nuria, “La nueva Ley 21/1987, de 11 de noviembre, sobre adopción y su proyección en el derecho internacional privado”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1987, p. 921; llega a contabilizar hasta catorce supuestos distintos de adopción internacional autorizadas por autoridad española en España, tomando en cuenta sólo, como elementos internacionales que le dan el carácter de extranjero, la nacionalidad y residencia de adoptante y adoptado.

<sup>10</sup> Véase anexo II. Estado de firmas, ratificaciones y adhesiones al Convenio de La Haya de 1993.

<sup>11</sup> En el artículo se contempla el principio de subsidiariedad, reconociendo el derecho del niño a permanecer, prioritariamente, en su familia de origen o al menos a ser adoptado en su lugar de origen, de no poder ser así, se reconoce, al mismo tiempo, que la adopción internacional puede presentar la ventaja de dar una familia permanente a un niño que no puede encontrar una familia adecuada en su Estado de origen. Sobre el Convenio de Naciones Unidas sobre el Derecho de los Niños de 1989, véase Díaz Barrado, “La Conven-

mienda su aplicación y observancia,<sup>12</sup> todo ello, teniendo en cuenta el interés superior del menor, respetando sus derechos reconocidos internacionalmente.

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

1. La designación de Autoridades Centrales en cada uno de los Estados parte coordinadas entre ellas;
2. El establecimiento de un procedimiento de cooperación;
3. Un mecanismo útil y sencillo de tramitación de los expedientes, y
4. Un sistema de reconocimiento recíproco de decisiones.<sup>13</sup>

ción sobre los Derechos del Niño”, *Estudios jurídicos en conmemoración del X Aniversario de la Facultad de Derecho*, Córdoba, 1991, vol. I; Miralles, P. P., “La ratificación por España de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño”, *Actualidad Civil*, núm. 39, 1991; Mayor del Hoyo, María Victoria, “En torno al tratamiento de la adopción en la Convención de la ONU sobre los Derechos del niño”, *Derecho Internacional Privado y Constitución*, núm. 7, 1995; Borrás Rodríguez, Alegría, “El ‘interés del menor’ como factor de progreso y unificación del derecho internacional privado”, *Revista General de Derecho*, 1989; Rodríguez Benot, “La protección de los menores extranjeros en la Comunidad Autónoma de Andalucía”, en Rodríguez Benot, Andrés y Hornero Méndez, César (eds.), *La protección jurídica del menor en Andalucía. Tres estudios sobre la Ley andaluza de los Derechos y la Atención al Menor*, Granada, Comares, 2000, pp. 108-112.

<sup>12</sup> La intervención de un número cada vez mayor de países que participan en la tramitación de estas adopciones procedentes de distintas culturas y por tanto con concepciones diferentes de la institución de la adopción, hacen de este Convenio un instrumento de gran valor para desarrollar un sistema de cooperación en el ámbito de la adopción internacional.

España, como Estado de recepción, tramitó en el 2001 un total de 3.428 adopciones, de las cuales correspondían a: China, 941; Rusia, 652; Colombia, 319; Rumania, 373; Ucrania, 356; Bulgaria, 172; India, 129; México, 92 y así hasta completar la cifra mencionada con una diversidad de países de origen de los menores (Fuente: Consulados españoles en el extranjero. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, [www.mtas.es](http://www.mtas.es)).

<sup>13</sup> Por cuestiones de acotamiento a la presente investigación, no abordaremos las cuestiones referentes a los efectos y reconocimientos de las adopciones internacionales. Si el lector desea abundar en el tema sugerimos la lectura de Calvo Babío, Flora, *Reconocimiento en España de las adopciones simples realizadas en el extranjero*, Madrid, Dykinson, 2003, p. 463; Ballesteros de los Ríos, M., “Reconocimiento de efectos en España a las adopciones constituidas ante la competente autoridad extranjera”, *Aranzadi Civil*, núm. 6, junio de 1999, pp. 13-33; Espinar Vicente, “La adopción de menores constituida en el extranjero y el reconocimiento de la patria potestad en España (Algunas re-

Nosotros, en esta ocasión, nos vamos a centrar en los tres primeros principios enunciados relativos a las Autoridades Centrales y en concreto a la incorporación ex novo de la posible delegación de competencias de las Autoridades Centrales en organismos privados, debidamente acreditados por los respectivos países miembros, como veremos más adelante; de otra parte, en este trabajo, también, abundaremos en torno al procedimiento de cooperación, como mecanismo útil y sencillo de tramitación de expedientes, y en concreto y en relación con el punto anterior, también nos centraremos en el papel que desempeñan como mediadoras las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional (en adelante ECAIs); para ello tomaremos la referencia práctica que mantienen, hoy por hoy, España y México, como Estados de recepción y de origen de los menores, respectivamente.

Por otra parte, queremos subrayar que si bien el Convenio de La Haya de 1993, sólo se aplica entre países que lo han ratificado, sus principios inspiran las relaciones con los organismos competentes de otros Estados e inspiran también los Protocolos de carácter institucional que España está firmando con otros países para la coordinación de la tramitación de las adopciones internacionales.<sup>14</sup>

Con todas estas premisas y en consecuencia con ellas, creímos conveniente estructurar la presente investigación en cuatro capítulos.

En el capítulo primero, “La adopción internacional y el Convenio de La Haya de 1993”, se pretende presentar un panorama introductorio de la adopción internacional, y, para ello, se realiza un recorrido que comienza, de forma breve, por aquellos antecedentes históricos de la institución de la adopción con la única intención de ubicarnos en el objeto y pretensión de la misma desde sus orígenes y contrastarla con la institución actual; posteriormente, reduciremos el panorama de la adopción al contexto hispano y

flexiones en torno a la heterodoxa doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado)”, *Aranzadi Civil*, núm. 32, 8-14 de septiembre de 1997, margs. 757-771, además de la bibliohemerografía que se hará referencia, en torno al tema, a lo largo de este trabajo.

<sup>14</sup> Nos referimos a los protocolos o acuerdos que nacen con una clara vocación de nivelar los desequilibrios demográficos y socioeconómicos del mundo actual. La administración española ha suscrito Protocolos o Acuerdos en materia de Adopción Internacional con Rumania, de 2 de abril de 1993; Perú, de 21 de noviembre de 1994; Colombia, de 13 de noviembre de 1995; Ecuador, de 18 de marzo de 1997; Bolivia, de 29 de octubre de 2001, *Boletín Oficial del Estado (BOE)*, núm. 304, de 20 de diciembre de 2001 (este último Convenio de Bolivia, sustituye a dos acuerdos anteriores de 5 de abril de 1995 y de 21 de mayo de 1997), y Filipinas, de 12 de noviembre de 2002, *BOE*, núm. 21, de 24 de enero de 2003.

mexicano con el objeto de ir perfilando la viabilidad de la interacción entre ambos sistemas jurídicos. Continúa el capítulo con el fenómeno dado de la internacionalización actual de la adopción; prosigue con los principios informadores del sistema, nos referimos al tráfico de menores, el interés superior del menor y de manera breve hablamos de la “publicación” de la adopción internacional como mecanismo útil y necesario para la seguridad jurídica del proceso; se avanza y se propone un concepto explícito de adopción internacional con todas las observaciones anteriores vertidas en él; y el capítulo culmina con la exposición del Convenio de La Haya de 1993, pero sólo deteniéndonos en aquellos aspectos que resultan torales para la comprensión de los siguientes capítulos.

Los capítulos segundo y tercero tratan dos temas independientes entre sí pero que conectan con el fin prioritario del Convenio de La Haya de 1993 que es la cooperación entre Estados en materia de adopción internacional.

Así, el capítulo segundo, “El Convenio de La Haya de 1993 y la práctica mediadora de la adopción internacional”, versa exclusivamente sobre las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional, como mediadoras de la adopción internacional y se presenta a las mismas desde su definición hasta su régimen de control, inspección y sanción, para conectar de inmediato con el proceso puntual de adopción internacional entre España y México a través de una ECAI.<sup>15</sup> Pensamos que es una buena forma de enlazar la teoría con la práctica; aprovechamos la experiencia personal sobre el tema para tratar de poner en equilibrio las demandas y/o necesidades de ambos Estados en el procedimiento de la adopción internacional; entendemos que es un documento útil tanto para los que nos dedicamos a la enseñanza e investigación como para aquella persona que pretende tramitar una adopción internacional, a través de una ECAI, con México.

El capítulo tercero, “La política convencional bilateral española en materia de adopción internacional: análisis crítico”, parte de la premisa común de esta investigación que es la inquietud, por parte de los Estados involucrados en la adopción internacional, de dar un sustento jurídico de seguridad, transparencia y cooperación en la materia. Con tal fin se analizan los diferentes acuerdos bilaterales firmados por España con seis países de origen de los menores y se da la consecuente perspectiva crítica.

<sup>15</sup> Véase anexo VI. Esquema del procedimiento a seguir para una adopción internacional en México, y anexo VII. Expediente completo de adopción internacional con México.

A partir de ahí, conectamos con el capítulo cuarto “Propuesta de Acuerdo Bilateral en Materia de Adopción Internacional entre España y México”, en el que se presenta el “estado del arte” en el contexto mexicano y una vez analizadas las “luces” y las “sombras” de la práctica convencional bilateral en materia de adopción internacional, nos abocamos a la tarea de proponer un borrador de acuerdo bilateral en materia de adopción internacional entre España y México, tratando de soslayar todas aquellas trabas, imprecisiones e incongruencias que desde un asiento ministerial, quizás, no se puedan visualizar.

Este trabajo queda así a disposición de aquellos que tengan la facultad de activar la protección real, de hecho y de derecho, de nuestros menores.

Para finalizar, comentar que secciones del presente trabajo forman parte de la investigación que realicé durante mi estancia sabática en España, para la cual se obtuvo el apoyo de la Dirección General de Asuntos del personal Académico (DGAPA) de la UNAM, dentro del Programa de Apoyos para la Superación del Personal Académico (PASPA), con el proyecto titulado “Protocolo en materia de adopción internacional entre México y España”. Ya, para concluir, no nos resta más que expresar un cordial agradecimiento, desde estas páginas introductorias, a las autoridades del DIF Nacional que siempre apoyaron este trabajo proporcionando todo tipo de datos y documentos que con su autorización empleamos en este libro; y en particular a su directora general, señora Ana Teresa Aranda Orozco, la cual tuvo la deferencia, entre otras, de presentar el *Seminario-Taller: Modelo de ordenamiento de adopción de menores del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia*, que se celebró el 16 de mayo de 2002, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, de la Universidad Nacional Autónoma de México. Asimismo hacemos extensiva nuestra gratitud al subdirector general de Asistencia e Integración Social, doctor Carlos Pérez López; al director de Asistencia Jurídica, licenciado Samuel Martínez Aceves, y particularmente a la doctora Yolanda García Alatríste, licenciada Diana de Jesús Pacheco y al licenciado Arturo Cornejo.

Podríamos seguir con una lista numerosa e interminable de agradecimientos por el apoyo incondicional, asimismo, para la elaboración de este trabajo, en el cual fue invaluable el entusiasmo del doctor Diego Valadés, director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, quien me facilitó el camino apoyándome en el año sabático y en comisión de servicio, asimismo a mis amigos y colegas de la Universidad de Sevilla, doctor Mariano Aguilar Benítez de Lugo, Beatriz Campuzano, Elena Cano, María

de los Ángeles Rodríguez, Manuel Gómez del Castillo y a la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, muy especialmente a su vicerrector de Asuntos Institucionales e Internacionales, amigo y excelente docente, doctor Andrés Rodríguez Benot, así como a los profesores María Serrano y César Hornero.