

CAPÍTULO PRIMERO

LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL Y EL CONVENIO DE LA HAYA DE 1993

I. Consideraciones generales primigenias.	1
1. Antecedentes mediatos: concepción de la adopción en la antigüedad	1
2. Antecedentes inmediatos en Europa: especial referencia a España.	8
3. Antecedentes y contexto de México	20
II. La internacionalización de la adopción.	31
1. Marco jurídico internacional de la adopción.	31
2. Nacimiento de la institución	35
3. El contexto actual.	37
A. Causas estructurales: económicas y demográficas. . .	37
B. Causas coyunturales: guerras, desastres naturales, epidemias, etcétera	39
C. Causas políticas: sistemas de protección a la infancia .	39
III. Principios informadores del sistema	41
1. La adopción internacional y el tráfico de menores.	41
2. El concepto del “interés superior del menor”	44
IV. Concepto de adopción internacional	48
V. Especial referencia al Convenio de La Haya de 1993	53
1. Notas preliminares	53
2. Principios que enmarcan la adopción internacional	61
A. Principio de subsidiariedad.	63
B. Principio de cooperación internacional	67
3. Estructura	69

CAPÍTULO PRIMERO

LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL Y EL CONVENIO DE LA HAYA DE 1993

I. CONSIDERACIONES GENERALES PRIMIGENIAS

1. *Antecedentes mediatos: concepción de la adopción en la antigüedad*

La internacionalización de la adopción es un fenómeno reciente si lo comparamos con los datos y fechas de los primeros vestigios a los que la adopción, en sí, se remonta. Así, para poder iniciar el estudio de la figura de la adopción, es conveniente ubicarnos, aunque sea sucintamente, en sus antecedentes más importantes y, con ello, verificar cuáles han sido los cambios que ha sufrido la misma a lo largo de la historia.

La institución de la adopción reviste un gran interés para la sociedad, de hecho, desde épocas remotas ha estado presente en las sociedades organizadas y ha sido regulada por la religión, la costumbre y el derecho.

La primera información documentada sobre la institución a la que nos referimos, la encontramos en el *Código de Hammurabi*,¹ redactado veinte siglos antes de Cristo en Mesopotamia.²

¹ Camy Sánchez-Cañete, B., “La adopción y figuras similares ante la nueva regulación (I)”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, t. XXXII, 1959, p. 43. En cuanto a la evolución de la adopción como institución social véase Loon, J. H. A. van, “Rapport sur l’adoption d’enfants originaires de l’étranger”, *Actes et documents de la dix-septième session, 10 au 29 mai 1993*, t. II: *Adoption-coopération. Conférence de La Haye de Droit International Privé*, The Hague, Netherlands, Permanent Bureau of the Conference, 1994, pp. 26-28.

² Siqueiros, José Luis, “La adopción internacional de menores”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, año 17, núm. 17, 1993, p. 529. Otros antecedentes en torno a la figura se encuentran, tal y como se manifiesta, en Calvo Babío, Flora, *Reconocimiento en España de las adopciones simples realizadas en el extranjero*, Madrid, Dykinson, 2003, pp. 11 y ss.; en la cultura egipcia, hebrea e, incluso, en la de los indios ameri-

En esa época, la adopción era una institución destinada a cubrir las necesidades de aquellos padres que no tenían hijos³ e incluso, como una finalidad secundaria, se proyectaba como protección del adoptado.⁴

Ya en el África preislámica,⁵ tal y como expresa la profesora Calvo Babío, el hecho frecuente de la vinculación de un extraño con la familia se podía hacer de varias maneras, y sus efectos resultaban más o menos extensos según el caso. En ocasiones, se trataba de un pacto de familia⁶ y consistía en una verdadera adopción plena, es decir, se integraba al extraño en la familia de una manera absoluta y definitiva, lo que le aseguraba un tratamiento jurídico idéntico al que gozaban los hijos legítimos.⁷

Posteriormente, con la llegada del islam, el Corán prohíbe crear vínculos de familia artificiales prohibiendo la adopción.⁸ Los versículos 4o. y

canos, destinadas, fundamentalmente, a hacer perdurar el culto a los antepasados en una determinada familia que no había tenido descendencia.

³ Camy Sánchez-Cañete, B., *op. cit.*, nota 1, pp. 43 y 44.

⁴ Milliot, L. y Blanc, F. P., *Introduction à l'étude du droit musulman*, 2a. ed., París, 1987, p. 415; y Kalfat, C., "Les aspirations conflictuelles du droit de l'adoption", *Révue Algérienne des Sciences Juridiques Economiques et Politiques*, vol. XXXII, núm. 1, 1994, pp. 8 y 9. Citado por Calvo Babío, Flora, *op. cit.*, nota 2, p. 12.

⁵ "En la sociedad africana anterior a Mahoma, existía una figura llamada *ta'abeni* o *tabanni* cuya finalidad era la de mantener a la familia fuerte y poderosa, aunque fuese a costa de integrar a extraños. El *tabanni* creaba un verdadero parentesco entre adoptante y adoptado, lo cual situaba a esta adopción como la más avanzada de su época". Calvo Babío, Flora, *op. cit.*, nota 2, p. 12.

⁶ A través de este pacto dos familias se vinculaban entre sí y se comprometían a no declararse la guerra mediante la adopción recíproca de un joven de cada una de las familias, de probada virtud y valentía. Nótese que aquí la adopción tiene el mismo significado que los matrimonios de conveniencia que en la época medieval y moderna de la Europa occidental, el motivo de que aquí se realizasen adopciones de varones y no este tipo de matrimonios se debe a que en la concepción guerrera y militar de la familia de entonces, la mujeres tenían un papel irrelevante, por lo que su "cesión" no significaba compromiso alguno; Millot, L., "L'adoption en droit musulman", en Ancel, M. (dir.), *L'adoption dans les législations modernes*, París, 1958, pp. 319 y 320.

⁷ Pesle, O., *L'adoption en droit musulman*, Tesis policopiada, Argel, 1919, pp. 17-19. Citado por Calvo Babío, Flora, *op. cit.*, nota 2, p. 14. Esta adopción se componía de un solo adoptante, que se denominaba *mouta abena*, y se correspondía generalmente con el jefe del clan o familia y del hijo adoptivo o *ibn* que se desvinculaba de su padre biológico y pasaba a ser parte de la nueva familia.

⁸ No todos los países islámicos prohíben la adopción: en algunos Estados plurilegislativos de base personal, como Egipto o Siria, está permitida la adopción para las comunidades no islámicas. Incluso algunos ordenamientos jurídicos de tradición islámica han regulado la adopción en sus leyes, es el caso de Túnez en su Ley núm. 58-27, de 4 de

5o. de la Sura 33 del texto sagrado disponen que el adoptado ya no puede adquirir por adopción el apellido del adoptante, e incluso el versículo 37 de la misma Sura establece que la adopción no crea ningún vínculo de parentesco que pueda impedir el matrimonio. El origen de tal prohibición es controvertido y parece que se debió al matrimonio que contrajo el profeta Mahoma con Zeyned, anterior esposa de Zayd, hijo adoptivo del profeta, quien la había repudiado previamente. El último de los versículos mencionados, creado *ad hoc*, evitaba la existencia de un impedimento matrimonial, que provocase una infracción por parte del profeta.⁹ Así, el Corán, al no reconocer ningún valor jurídico a la adopción, reformó la institución de una manera radical, aboliéndola; el Corán no prohibió la práctica de la adopción, sino los efectos jurídicos que tenía en la época preislámica.¹⁰

marzo de 1958. Carrillo Carrillo, Beatriz, L., *Adopción internacional y Convenio de La Haya de 29 de mayo 1993*, Granada, Comares, 2003, p. 2.

⁹ Sow Sidibe, A., “L’adoption au Senegal et à l’Afrique francophone”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, núm. 1, 1993, pp. 131 y ss. Citado por Calvo Babío, Flora, *op. cit.*, nota 2, p. 17.

¹⁰ De hecho, se considera que el libro sagrado prohíbe toda imitación de la naturaleza y que se establezca un vínculo de parentesco, pero permite que una persona que tenga hacia otra los sentimientos de un padre hacia su hijo pueda tratarle con igual afecto, tenerle en su compañía y hacerle heredar sus bienes en la porción que heredaría un hijo, siempre y cuando no tenga hijos biológicos. Calvo Babío, Flora, *op. cit.*, nota 2, p. 16; Peral, D., *A Textbook on Muslim Personal Law*, 2a. ed., Londres, 1987, pp. 91 y 92. Como prueba de que la adopción es una institución prohibida en la mayoría de los países musulmanes, y que así se considera en Occidente, el autor relata que los tribunales de inmigración ingleses han denegado en diversas ocasiones la entrada en el Reino Unido de pakistaníes que alegaban haber sido adoptados, en aplicación del derecho pakistaní, por residentes en aquel país; el argumento utilizado es un ejemplo de rotundidad y concisión: “It is well known, that there is no law of adoption in the Muslim world” (como es de todos conocido, no existe la adopción en el mundo musulmán). En España, no se reconoce como adopción a la “kafala” del derecho musulmán y otras instituciones que no crean vínculos de filiación, véase, al respecto, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (RDGRN) 14 mayo 1992, RDGRN, 18 octubre 1993, RDGRN, 13 octubre 1995, RDGRN 1o. febrero 1996, Sentencia Audiencia Provincial, Granada, sec. 4a., 25 de abril de 1995. No obstante, la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), ha estimado que instituciones como la kafala y otras instituciones de prohijamiento de menores que no crean vínculos de filiación entre adoptantes y adoptando, sí pueden surtir ciertos efectos en España, y, para ello, recurre a la conocida tesis de la *calificación por la función* o teoría de la *calificación* o la *caracterización* (creada por Ernst Rabel), véase Rabel, “Das Problem der Qualifikation”, *RabelsZ* 5, 1931, p. 241. Citado por Zweigert, Honrad y Kötz, Hein, *Introducción al derecho comparado*, México, Oxford University Press, 2002, colección Estudios Jurídicos, p. 8, la cual opera, en primer lugar, analizando la función que desarrolla la institución

Sin despreciar los antecedentes mencionados, podemos afirmar, casi con total rotundidad, que donde la institución de la adopción alcanzó su más amplia y completa regulación fue, precisamente, en el derecho romano.¹¹

A efectos prácticos y/o didácticos, nos limitaremos a analizar la adopción desde la época romana, teniendo en cuenta que éstos fueron los creadores de casi todas las figuras del derecho existentes en la actualidad, al menos desde la perspectiva de la tradición jurídica de Occidente,¹² no siendo la excepción la figura de la adopción.

En Roma, la adopción¹³ la encontramos reglamentada con dos vertientes: *adoptio* y *adrogatio* (*arrogatio*):

desconocida (por ejemplo, kafala marroquí), para posteriormente buscar en el derecho español una institución que desarrolle, precisamente, la función que la institución desconocida despliega en el ordenamiento extranjero, al menos “funcionalmente equivalente”, para “calificar” así como un supuesto relativo al hallado en el derecho español a la institución extranjera. “De este modo, la DGRN ha considerado que la kafala del derecho musulmán desarrolla una función similar a la que despliega, en derecho español, el «acogimiento familiar», siempre que recaiga sobre menor de edad. Partiendo de esa consideración como tal «acogimiento familiar» resulta más sencillo constituir, *ex novo*, una adopción plena en España, regida por la ley española, esto es, una «adopción española»”, Calvo Caravaca, Alfonso Luis, “Globalización y adopción internacional”, en Calvo Caravaca, Alfonso Luis *et al.*, *Globalización y derecho*, Madrid, Colex, 2003, p. 42. Rodríguez Benot, Andrés, “La eficacia en España de las adopciones simples constituidas al amparo de un ordenamiento extranjero (una relectura del artículo 9.5 Cc a la luz del Convenio de La Haya de 29 mayo 1993)”, en Calvo Caravaca, Alfonso Luis e Iriarte Ángel, J. L., *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, Colex, 2000, pp.181-202; *id.*, “Adopción y kafala: un análisis de su alcance respectivo en los ordenamientos islámicos y occidentales”, *El derecho internacional y las relaciones internacionales en el mundo mediterráneo, XVII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Madrid, 1999, pp. 195-206; *id.*, “Ley 18/1999, de 18 de mayo, de modificación del artículo 9o., apartado 5o., del Código Civil en materia de adopción internacional”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, 1999-2, pp. 810-818; *id.*, “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”, *Revista General de Derecho*, núm. 667, 2000, pp. 4419-4447.

¹¹ Brioso Díaz, Pilar, *La constitución de la adopción en derecho internacional privado*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, 1990, pp. 17-22.

¹² Berman, Harold J., *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.

¹³ Como conceptos básicos que nos harán recordar la regulación de la adopción en Roma, tenemos que se entendía por familia o *domus*, en sentido propio, la reunión de personas colocadas bajo la autoridad o la *manus* de un jefe único. La familia comprendía entonces, al paterfamilias, que era el jefe; los descendientes que estaban sometidos a su autoridad paternal y la mujer *in manu*, que tenía una condición análoga de una hija.

a) Por lo que se refiere a la *adoptio*, como adopción propiamente dicha, tenemos que era definida como una institución destinada a crear artificialmente la patria potestad, permitiendo a una persona que no tiene posteridad legítima, hacer ingresar a su familia a un extraño *alieni iuris*, que quedaba sometido a sus potestas como *filius familias*, como hijo o como nieto.¹⁴ Este tipo de adopción sólo se admitía respecto a los ciudadanos varones e impúberes. El procedimiento para constituirse la *adoptio*, se hacía mediante un doble acto:

- Se debía perder la patria potestad anterior, mediante tres emancipaciones o ventas, seguidas de la manumisión las dos primeras y de una *emancipatio* al padre natural, quien perdía con ella la *patria potestas* sobre su hijo.
- El paterfamilias adoptante adquiría la patria potestas a través de *in iure cesio*, entendiendo por este, un procedimiento fingido en el que el adoptante figuraba como actor en la *vindicatio* de la patria potestad y en el que *la addictio* del magistrado constituía su derecho.¹⁵

Posteriormente, con el emperador Justiniano, se declaró que no era necesario realizar todo un procedimiento ficticio, y se estableció que sólo

Entendemos por paterfamilias, al centro de la *domus* romana; quien era dueño de los bienes, señor de los esclavos, patrón de los clientes y titular de los *iura patronatus* sobre los libertos. Tenía la patria potestad sobre los hijos y nietos, un vasto poder sobre la esposa y la nuera mediante la *manus*, inclusive podía imponer la pena de muerte a sus súbditos, mediante el *ius vitae necisque*. El paterfamilias era el único que tenía plena capacidad de goce y de ejercicio, y una plena capacidad procesal. Todos los demás miembros de la *domus* dependían de él y participaban en la vida jurídica romana a través de él (personas *alieni iuris*). El paterfamilias era un ciudadano romano libre y *sui iuris* y contaban con cuatro poderes, sin importar su edad o si tenía descendencia o no. Dichos poderes eran: a) La autoridad del señor sobre los esclavos; b) La *patria potestas*; c) La *manus* y d) El *mancipium*.

La *patria potestas* o paternal, pertenecía al jefe de familia sobre los descendientes que formaban parte de la familia civil, por lo que no podía ejercerse más que por un ciudadano romano, sobre un hijo también ciudadano.

Petit Eugene, *Tratado elemental de derecho romano*, Madrid, Saturnino Calleja, 1995, pp. 95-100; Margadant S., Guillermo F., *Derecho privado romano*, México, Porrúa, 1992, pp. 195 y 196; Iglesias González, Román y Morineau Iduarte, Marta, *Derecho romano*, 4a. ed. (11a. reimpresión), México, Oxford University Press, 2004.

¹⁴ Arias Ramos, J. y Arias Bonet, J., "Derecho romano II. Obligaciones y familia. Sucesiones", *Revista de Derecho Privado*, 18a. ed., 1994, pp. 734 y ss.

¹⁵ Chávez Asencio, Manuel, *La adopción, addenda a la obra La familia en el derecho*, México, Porrúa, 1999, p. 11.

bastaba que ambos paterfamilias otorgaran su consentimiento ante el magistrado y quien iba a ser adoptado no manifestara contradicción.

Como anteriormente se mencionó, mediante este procedimiento el paterfamilias adquiría la patria potestad sobre el *filius familias* de otro ciudadano romano.¹⁶

Aunque no hay claramente una clasificación de la *adoptio*, de las fuentes se deduce la existencia de la *adoptio minus plena* y la *adoptio plena*.¹⁷ Por lo que respecta a esta última, se dice que además de los requisitos generales,¹⁸ era necesario que el adoptante fuera un ascendiente del adoptado, como el caso del abuelo materno o paterno; siempre que éste hubiera emancipado a su hijo y a su nieto. Entre los efectos que producía la *adoptio plena*, encontramos que el adoptante adquiría la patria potestad sobre el adoptado, creándose además derechos sucesorios mutuos, *abintestato*.¹⁹

b) En cuanto a la *adrogatio (arrogatio)*,²⁰ como otra vertiente de la adopción regulada en la antigua Roma, tenemos que se consideraba como tal al acto por medio del cual un paterfamilias adquiría la patria potestad sobre otro paterfamilias; por tanto, se trata de la adopción de un *sui iuris*, que no estaba sometida a ninguna potestad.

¹⁶ Hualde Sánchez, J. J., “De la adopción”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Madrid, 1993, p. 119.

¹⁷ Baviera, Y., *L'adozione speciale*, Roma, 1982, pp. 3 y ss.; Castro Lucini, F., “La nueva regulación legislativa de la adopción (II)”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, t. XLIV, 1971, pp. 829-858.

¹⁸ El adoptante debía tener por lo menos la pubertad plena, es decir, por lo menos 18 años de edad; el adoptante debía tener 18 años más que el adoptado; el adoptante no debía tener hijos legítimos; el adoptante debía ser capaz de ejercer la patria potestad; es decir, sólo podían adoptar las personas *sui iuris*; se requería del consentimiento de ambos paterfamilias y del adoptado, bastando que no hubiera manifestación en contra, para considerar que estaba de acuerdo; por considerarse la *adoptio* como una imitación a la naturaleza, sólo podían adoptar quienes tuvieran la capacidad para engendrar hijos. Margadant S., Guillermo F., *op. cit.*, nota 13, p. 206; Chávez Asencio, M., *op. cit.*, nota 15, p. 13.

¹⁹ Margadant S., Guillermo, *op. cit.*, nota 13, p. 204.

²⁰ Una de las características principales de la *arrogatio*, que tenía carácter eminentemente religioso, era que suponía la extinción total de cualquier vínculo con la familia de origen, mientras que en la *adoptio* este efecto sólo se podía producir cuando el menor era *filius familias*. Véase, asimismo, Operti Badan, D., “L’adoption internationale”, *Récueil des Tours de l’Académie de La Haye de DIPr*, t. 180, 1983-II, pp. 307 y 308; Groffier, E., “Principaux problèmes de l’adoption au Canada, en France et en Belgique”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, t. 26, 1974, pp. 263 y 264; Gutiérrez Alviz, Faustino, *Diccionario de Derecho Romano*, 2a. ed., España, Reus, p. 117.

De hecho, la adrogación como consecuencia de la ley, hacía que una persona *sui iuris* y jefe de una familia, pasara con todos sus miembros a quedar sometido a la potestad de otro.²¹

Por los efectos que producía, el procedimiento que tenía que llevarse a cabo para constituirse estaba lleno de formalidades, pues se trataba de un asunto que afectaba el interés público y, en consecuencia, era necesaria la presencia del pueblo.

La *adrogatio* se realizaba con la intervención y aprobación de los Comicios (por curias) con intervención sacerdotal. Posteriormente, al caer en desuso, se exigió el consentimiento de treinta lictores, y finalmente se decidió que era necesaria la aprobación del emperador, además del consentimiento tanto del adrogante como del adrogado.²²

Tanto la *adoptio* como la *adrogatio* reguladas en Roma tenían dos finalidades primordiales:

- *Religiosa*, para perpetuar el culto doméstico, muy arraigado entre los romanos. El paterfamilias era el sacerdote a cuyo cargo estaban las ceremonias religiosas que no podían interrumpirse, lo que originó la necesidad de un heredero en la familia romana, siendo la adopción el medio para tenerlo, en caso de que no lo hubiera. En el mundo romano, la religión y la existencia de matrimonios sin descendientes hicieron necesaria la institución de la adopción, con la que se lograba la continuidad de la estirpe, que a su vez era necesaria para la continuidad del culto a los antepasados, vital para obtener los beneficios en el más allá,²³ de ahí, que la adopción fuera una fórmula jurídica que permitía, a la persona que no había podido procrear, establecer la relación paterno filial entre adoptante y adoptado.²⁴
- *Político*, evitar la extinción de la familia romana; debido a que ésta ejercía un importante papel político dentro del Estado, por

²¹ Magallón Ibarra, Jorge Mario, “La adopción en la legislación civil mexicana”, en González Martín, Nuria y Rodríguez Benot, Andrés (coords.), *Estudios sobre adopción internacional*, México, UNAM, 2001, p. 49; *id.*, *Instituciones de derecho civil*, t. III: *Derecho de familia*, México, Porrúa, 1988.

²² Floris Margadant, Guillermo, *op. cit.*, nota 13, p. 205.

²³ Camy Sánchez-Cañete, B., *op. cit.*, nota 1, p. 44.

²⁴ *Ibidem*, p. 49. Fustel de Coulanges, *La ciudad antigua. Estudio sobre el culto, el derecho y las instituciones de Grecia y Roma*, México, Porrúa, 1994, pp. 35 y ss.

medio de los comicios de las curias. El paterfamilias y sus descendientes constituían la clase de los patricios y sólo ellos participaban en el gobierno del estado.

De lo anterior se deduce que la adopción romana garantizaba un sucesor al paterfamilias, buscaba la satisfacción del interés del adoptante y del mismo Estado, lejos estaba buscar la satisfacción y beneficio de los adoptados.

2. *Antecedentes inmediatos en Europa: especial referencia a España*

La adopción subsistió en la Edad Media sólo en algunas regiones, tales como España, sur de Francia e Italia,²⁵ sin embargo, cayó en desuso hasta casi desaparecer en el siglo XVI.²⁶

Tal y como expresa Calvo Caravaca, por influencia del derecho privado romano clásico, en el siglo XIX, la adopción se concebía como un instrumento dirigido a asegurar la *sucesión patrimonial* y la continuación del *nombre* de la familia de personas sin descendencia natural. Por ello, la adopción se refería sólo a *mayores de edad*, se exigía su consentimiento y se dejaban inalteradas las relaciones del adoptado con su familia de origen. La adopción no presentaba finalidad asistencial alguna relacionada con la protección de menores.

Por el contrario, en el siglo XX, varios factores, que determinaremos más adelante, hacen que la adopción adquiera nuevos caracteres y pase a

²⁵ Por cuestiones de acotamiento, no abordaremos, en esta ocasión, Italia por lo que sugerimos la lectura de Jayme, Erik, “L’ adozione internazionale. Tendenze e riforme”, *Rivista di Diritto Civile*, 1, 1989, pp. 545-558, en el que se realiza un interesante estudio comparativo italo-alemán.

²⁶ Grisola González, Oly, “La adopción y sus efectos”, *Anuario de Derecho*, Mérida Venezuela, núm. 22, edición extraordinaria, 2000, p. 60. Para un análisis comparado de la adopción, en el contexto actual de las legislaciones de Alemania, Estados Unidos de América, Inglaterra y Gales, Italia, Portugal y Suiza, véase Garrina Gorina, Margarita, *La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen. Un estudio legislativo y jurisprudencial*, Madrid, Aranzadi, 2000, pp. 67-81 y 182-216. Asimismo para un estudio de la legislación actual por países véase *Jurisclasseur de Droit International* o *Jurisclasseur Périodique. La Semaine Juridique*.

ser lo que predominantemente es hoy en el resto de las legislaciones del mundo, es decir, una institución para la protección del menor.²⁷

Por lo que respecta a Europa en general, comentaremos Francia dada su influencia en legislaciones de otros países, y España, en el que nos abocaremos al estudio del Fuero Real y las Partidas por su importancia y claridad, por lo que a la adopción se refiere, hasta finalizar con las leyes que en la actualidad le dan curso legal a la figura de la adopción.

Definitivamente, con la Revolución francesa se inicia el resurgimiento de la adopción dada la influencia neoclásica que condujo a la imitación de costumbres de la antigüedad greco romana. En Francia, en este momento, se proclamaba que la adopción era la forma ideal para que una persona asegurara su descendencia.²⁸

El Código de Napoleón de 1804 marca, realmente, el inicio de la regulación moderna de la adopción,²⁹ quizá dado el interés de Napoleón Bonaparte de asegurar su sucesión.³⁰

Con el Código napoleónico se prohíbe la adopción de menores y sólo se permite la adopción de mayores de edad, configurándose con otros fines que no tenían, precisamente, un significado asistencial y que favorecían, de nuevo, los intereses de los adoptantes.³¹

El Código incluye el título VIII referente a la adopción y en él se consagran diversos principios; entre ellos, el texto expresamente declara a la adopción como una institución filantrópica, destinada a consolidar los ma-

²⁷ Calvo Caravaca, Alfonso Luis, "Globalización y adopción internacional", *cit.*, nota 10, p. 23.

²⁸ Chávez Asencio, Manuel, *op. cit.*, 15, p. 60

²⁹ Loon, J. H. A. van, *op. cit.*, nota 15, p. 27.

³⁰ No obstante, con anterioridad al Código de Napoleón, hubo otros proyectos que regulaban la adopción. De esta manera, encontramos que, en 1792 Rougier de Lavengerie solicitó, a la Asamblea Nacional, que dictase una ley que regulara la adopción. El artículo 4o. de la Constitución francesa de 24 de junio de 1793 concedía la nacionalidad francesa al extranjero que adoptase a un niño francés. Del mismo modo encontramos que, en 1793 hubo un decreto de la Asamblea que establecía, entre otras cuestiones, la adopción de menores, misma que se ratificaba al término de un año después de cumplida la mayoría de edad, si el adoptado no reclamaba, limitándose los efectos entre adoptante y adoptado; y así innumerables proyectos de ley que buscaban regular la adopción hasta llegar a la codificación napoleónica de 1804. Planiol, B., *Traité élémentaire de droit civil*, París, 1911, t. I, p. 949.

³¹ Hualde Sánchez, J. J., *op. cit.*, nota 16, pp. 119 y 122-126.

trimonios estériles y socorrer a los niños pobres, la realidad era otra muy diferente, tal y como referimos.³²

Los requisitos tan rigurosos contemplados en el Código de Napoleón, dentro del que destaca la prohibición de adoptar a menores de edad, el adoptante debía tener 50 años y no tener descendencia, además del hecho de no producir más efectos que la transmisión de un nombre y la posibilidad de nombrarlo como heredero, entre otros, provocaron que no fuera una figura usual entre los franceses. La adopción se configuraba como un contrato.

Esta situación desfavorable para el adoptado cambia a raíz de la terminación de la Primera Guerra Mundial, dado el número elevado de huérfanos que ésta deja, abandonados en lo familiar y en lo económico. Francia permite la adopción de menores de edad con el fin de acoger a todos aquellos niños que quedaron sin una familia. Estos son algunos de los motivos por los que en 1923 y 1925 se lleva a cabo una reforma permitiendo con ello la adopción de menores.³³

En este contexto se reforma la institución de la adopción y así los requisitos se fueron modificando y flexibilizando, entre algunos de los cambios más importantes tenemos:

- En 1939, se estableció un giro importante con relación a los efectos de la adopción, reglamentando la “legitimación adoptiva” que incorpora al hijo adoptivo como hijo legítimo; por lo que se declaran rotos los lazos entre el hijo y su familia biológica.
- En 1957, se redujo la edad del adoptante a 30 años, si era casado, suprimiéndose este requisito si la mujer estaba impedida para engen-

³² Chávez Asencio, Manuel, *op. cit.*, nota 15, p. 20; Magallón Ibarra, Jorge Mario, “La adopción en la legislación civil mexicana”, *cit.*, nota 21, pp. 52 y 53.

³³ Suprimiéndose, además, la adopción remuneratoria y testamentaria. La adopción remuneratoria era la destinada a premiar actos de arrojo o de valor. Así lo establecía el artículo 345 “para quien hubiera salvado la vida del adoptante”; y la adopción *testamentaria* era, tal y como lo establecía el artículo 366, la única posibilidad de adopción de menores que estuvieran en el caso de que el tutor oficioso, después de cumplidos cinco años de la tutela y en previsión de su muerte, antes de la mayoría de edad del pupilo, lo adoptase en su testamento, siempre que al morir no existiesen hijos legítimos. Martínez Torres Calvo, Claudia Mónica, *La adopción internacional, una figura jurídica para proteger los derechos fundamentales del niño: instrumentos jurídicos internos e internacional que la regulan en México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, campus Acatlán, tesis profesional, 2003.

drar, y de 35 años en caso de solteros; asimismo la existencia de hijos posteriores al acogimiento no impedía la adopción del acogido.

- En 1966, se reduce a dos las clases de adopción, la simple contemplándola como aquella que no rompe con los lazos familiares, y la plena que se funde con los lazos familiares, salvo el caso de los impedimentos matrimoniales. Esta última requería del acogimiento previo con fines de adopción.³⁴

La redacción actual del Código de 1966 ha sido reformada en diversas ocasiones, principalmente, en 1976 (Ley 1179/1976, de 22 de diciembre), 1993 (Ley 22/1993, de 8 de enero) y 1996 (Ley 604/1996, de 5 de julio), artículos 343 a 370.³⁵

Con respecto a España, la primera referencia sobre adopción aparece en el Breviario de Alarico, en donde se regula la *perfilatio*. Mediante ésta, el perfilado quedaba en la situación de hijo, pero sin ingresar en la familia, ya que sólo producía efectos patrimoniales estipulados en el contrato y en consecuencia no atribuía la patria potestad. Se permitía tanto a los hombres como a las mujeres, y no era impedimento la existencia de hijos, asimismo, al ser un acto privado, no se requería la intervención del poder público.³⁶

Posteriormente, en el Fuero Real de 1254, aparece la *perfilatio* con características similares a la figura de la adopción en Roma. Esta se permitía a los hombres y mujeres sin descendientes legítimos y no se adquiría la patria potestad ni parentesco. Sus efectos se reducían a efectos patrimoniales tales como la adquisición de la cuarta parte de la herencia del perfilante.³⁷

Ya en las Partidas surge una verdadera reglamentación de la figura de la adopción y de la adrogación, y era muy denotativo que la adopción en España seguía rigiendo casi en los mismos términos que en la época romana, dada su influencia en las legislaciones de casi toda Europa. Es importante destacar que se consideraba como un contrato y no como un acto de voluntad, por lo cual no fue, al igual que ocurrió en Francia, una figura muy utilizada por los españoles.

³⁴ Chávez Asencio, Manuel, *op. cit.*, nota 15, p. 21.

³⁵ Rubellin-Devichi, Jacqueline (dir.), *Droit de la famille*, París, Dalloz Action, 1996; *id.*, “Premier aperçu de la Loi 604/1996, du 5 juillet 1996”, *JCP*, núm. 29, 1996; citado por Garriga Gorina, Margarita, *op. cit.*, nota 26, p. 68.

³⁶ Chávez Asencio, Manuel, *op. cit.*, nota 15, p. 26.

³⁷ *Idem.* Castán Tobeñas, José, *Derecho civil español, común y foral*, 6a. ed., Madrid, Reus, 1944, t. V, pp. 64 y ss.

La figura de la adopción no acababa de arraigar y seguía en el olvido, de hecho, como relata García Goyena, se pretendió suprimir del proyecto de Código Civil de 1851³⁸ puesto que para sus redactores se trataba de un vestigio romano sin las razones del derecho público que entonces le dieron origen,³⁹ no obstante, se mantuvo porque un vocal de la Comisión codificadora, natural de Andalucía, manifestó que en su tierra se daban algunos casos de ella,⁴⁰ con lo que la regulación de la adopción quedó plasmada en el Código Civil de 1889. Una vez regulada en el Código la adopción, la influencia del Código de Napoleón se hace patente al incluir la adopción semiplena. Se trataba de una institución que no se concebía con finalidad asistencial, sino para satisfacer, una vez más, los intereses del adoptante, por lo que no se rompían los lazos de unión del adoptado con su familia biológica y no atribuía a éste ningún derecho sucesorio en la herencia del adoptante, del que únicamente podía obtener alimentos y usar su apellido (junto con el biológico), siempre que se pactase en la escritura de constitución de la adopción.⁴¹

En el siglo XX, tenemos la novedad que la primera norma de derecho internacional privado español en materia de adopción internacional fue introducida en la reforma del título preliminar del Código Civil (Cc) llevada a cabo por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo.⁴² La redacción original del artículo 9.5 Cc en parte inspirada en el *Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965, sobre Competencia de Autoridades, Ley Aplicable y*

³⁸ Es cierto que tanto en el proyecto de Código Civil de 1836 como en el denominado de Cirilo Álvarez de 1844, se contemplaba su regulación, aunque ello se hacía por razones históricas, puesto que la institución había caído en desuso, Gambón Alix, G., *La adopción*, Barcelona, Bosch, 1960, pp. 23-26. Citado por Calvo Babío, Flora, *op. cit.*, nota 2, p. 18.

³⁹ Lasso Gaité, J. F., *Crónica de la codificación española*, Madrid, t. 4, vol. I, 1970, p. 734.

⁴⁰ García Goyena, F., *Concordancias, motivos y comentarios al Código Civil español*, Madrid, 1852, p. 148. "Es un hecho constante y notorio que la adopción no está en nuestras costumbres, hubo, por tanto, en la Sección una casi unanimidad para pasarla en silencio; pero habiendo hecho presente un vocal andaluz que en su país había algunos casos, aunque raros, de ella, se consintió en dejar ese título con la seguridad de que sería tan rara y extraña en adelante, como lo ha sido hasta ahora, y porque al fin este título no es imperativo, sino permisivo y facultativo, y de una cosa que puede conducir a sentimientos dulces y benéficos".

⁴¹ Gambón Alix, G., *op. cit.*, nota 38, pp. 29-33.

⁴² En cuanto a los antecedentes de la adopción nacional, véase Méndez Pérez, José, *La adopción. Comentarios a la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas con jurisprudencia*, Barcelona, Bosch, 2000, pp. 13 y ss.

Reconocimiento de Decisiones en Materia de Adopción, contenía los criterios de competencia judicial internacional y determinaba el derecho aplicable a la adopción internacional.⁴³

Así, en España, la adopción, en el ámbito interno, es una de las instituciones familiares cuya regulación ha experimentado mayor número de reformas legislativas a lo largo de la vigencia del Código Civil. Sin remontarnos más allá, desde 1987 hasta la fecha, la normativa española reguladora de las adopciones internacionales ha sido reformada por cuatro leyes con una proyección, según una doctrina mayoritaria, que no ha culminado en el objetivo esperado y deseado.

El artículo 9.5 del Código Civil es la disposición reguladora de la adopción internacional y éste ha sido modificado, como decimos, en cuatro ocasiones: *a)* Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción y otras formas de protección de menores;⁴⁴ *b)* Ley 11/1990, de 15 de octubre;⁴⁵ *c)* Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil;⁴⁶ y *d)* Ley 18/1999, de 18 de mayo, de modificación del artículo 9o., apartado 5o., del Código Civil en materia de adopción internacional.⁴⁷

Paralelamente, debe considerarse el artículo 25 de la Ley Orgánica 1/1996, relativo a las facultades de las entidades públicas en materia de adopción internacional.⁴⁸

⁴³ Marín López, A., "Comentario al artículo 9.5", *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Madrid, 1977, p. 461; Aguilar Benítez de Lugo, Mariano, "Comentario al artículo 9.5", *Comentarios a las reformas del Código Civil y Compilaciones forales*, Jaén, 1978, pp. 169 y 170.

⁴⁴ *Boletín Oficial del Estado*, núm. 275, 17 de noviembre de 1987.

⁴⁵ Domínguez Lozano, Pilar, "Constitución de la filiación adoptiva", en González Campos, Julio D. *et al.*, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 6a. ed., Madrid, Eurolex, 1995, colección Estudios Internacionales, pp. 366-375.

⁴⁶ *Boletín Oficial del Estado*, núm. 15, 17 de enero de 1996.

⁴⁷ *Ibidem*, núm. 119, 19 de mayo de 1999.

⁴⁸ No olvidemos que el establecimiento de filiación adoptiva, denominada constitución de la adopción, se fundamenta en la intervención de la autoridad pública (artículo 9.5 Cc en el ámbito internacional y artículo 176.1 Cc, en el ámbito interno). El artículo 25.2 de la Ley Orgánica (LO) 1/1996 es un ejemplo de incorporación de un Convenio por referencia, que extiende más allá de su ámbito de aplicación espacial el Convenio de La Haya de 1993. Es una manera de adoptar las soluciones especializadas de textos internacionales sin obligarse internacionalmente, aunque, aún no ha probado su eficacia y

No hay que olvidar que, por otra parte, ha sido publicada la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.⁴⁹ Aunque formalmente deja a salvo los artículos del Código Civil referentes a la adopción, y también mantiene provisionalmente la vigencia del Libro III de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, por vía de ciertas remisiones y excepciones que contiene su disposición derogatoria, afecta directamente a algunos aspectos procesales de la figura, e incluye, en su artículo 781, una nueva regulación del procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción. La entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil tuvo lugar al año de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*.⁵⁰

En el ámbito internacional, y con relación a la relevancia intrínseca del Convenio de La Haya de 1993, como instrumento convencional comprometido con el contenido del artículo 21 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, por el cual los Estados parte en él que reconozcan o permitan la adopción se obligan a reglamentarla, detalladamente, atendiendo al interés del menor como consideración primordial. El legislador abordó el tema en las dos últimas reformas mencionadas en torno al artículo 9.5 Cc,⁵¹ la Ley Orgánica 1/1996⁵²

es objeto, además, de importantes reticencias por parte de la doctrina. Fernández Rozas, José Carlos y Sánchez Lorenzo, *Sexto, Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 2000, p. 60.

⁴⁹ Véase anexo III. Resumen de la legislación española en materia de adopción.

⁵⁰ Gutiérrez Santiago, Pilar, *Constitución de la adopción: declaraciones relevantes*, Madrid, Aranzadi, 2000, p. 17.

⁵¹ Nosotros no abordaremos, en este momento, los comentarios en torno a las primeras reformas del artículo 9.5 Cc, es decir, a la Ley 21/1987 y Ley 11/1990 comentadas, para ello remitimos a la lectura de 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*, núm. 6, 1987, pp. 897 y ss.; Pérez Álvarez, *La nueva adopción*, Madrid, Civitas, 1989; Gil Martínez, Antonio, *La reforma de la adopción, Ley 21/1987. Comentarios*, Madrid, Dykinson, 1990, pp. 37 y ss.

⁵² *Boletín Oficial del Estado*, núm. 15,17 de enero de 1996. Sobre el tema se puede consultar; González Beilfuss, Cristina, “La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: normas sobre adopción internacional”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 1996-1, pp. 501 y ss.; Borrás Rodríguez, Alegría, “Problemas de derecho internacional privado suscitados por la nueva Ley del Menor”, *Problemas actuales de aplicación del derecho internacional privado por los jueces españoles*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1998, pp. 159 y ss.; Mata Rivas, F., *Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (Legislación estatal, internacional y autonómicas. Jurisprudencia, concordancias y comentarios)*, Madrid, Colex, 1997; Pantoja García, F.,

del 14 de enero, de Protección Jurídica del Menor y la Ley 18/1999,⁵³ del 18 de mayo.

La Ley Orgánica 1/1996 pretende dotar al menor de un estatus jurídico, como consecuencia de las transformaciones sociales y culturales actuales, pero va más allá, incluso, de las mismas previsiones constitucionales (artículo 39 Constitución española) y de la normativa del Código Civil,⁵⁴ con una actitud loable, en principio, tratando siempre de evitar situaciones arriesgadas como, por ejemplo, el desamparo.⁵⁵ Ese manifiesto protagonismo que se le da al menor en dicha Ley Orgánica se proyecta en su máxima considerada que es el “interés superior del menor”,⁵⁶ tema que no es nuevo, para ello, basta examinar todas las reformas del Código Civil desde 1981 para comprobar que siempre ha sido norma obligada para la aplicación del derecho.

La Ley 1/1996 reforma los párrafos 4 y 5 del artículo 9o. Cc; el 4 se refiere a los efectos de la filiación, incluida la adoptiva, los cuales se rigen por la Ley Nacional del Hijo, y, en su defecto, por la Ley de la Residencia Habitual; el párrafo 5 se refiere a los requisitos que deben cumplir las adopciones internacionales constituidas en el extranjero cuando los adoptantes son es-

Algunas notas y comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor y su aplicación práctica, Madrid, 1997; Núñez Muñiz, C., “Algunas consideraciones sobre la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor”, *La Ley*, 1996, d-298; Gullón Ballesteros, Antonio, “Sobre la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor”, *La Ley*, 1, D. 40, 1996, pp. 1690-1693; Espinar Vicente, José María, “La protección del menor y los distintos modelos de familia”, *El matrimonio y las familias en el sistema español de derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 321-380; García Mas, Francisco Javier, “Panorama general de la Ley 1/1996 de 5 de enero de Protección Jurídica del Menor”, *Actualidad Laboral*, España, 3, 1997, pp. marginales 805-842.

⁵³ Véase Rodríguez Benot, Andrés, “Ley 18/1999...”, *cit.*, nota 10, pp. 810-818; *id.*, “La eficacia en España de las adopciones simples...”, *cit.*, nota 10, pp. 184 y 185; Carrascosa González, J., “Comentario al artículo 9.5 Cc”, en Pasquau Liaño, M. (dir.), *Jurisprudencia civil comentada*, Granada, Comares, 2000, t. I, p. 154; Aguilar Benítez de Lugo, Mariano *et al.*, *Lecciones de derecho civil internacional*, Madrid, Tecnos, pp. 180 y ss.

⁵⁴ Hay autores que consideran que hubiera sido mucho mejor realizar la correspondiente reforma en el articulado del Código Civil en lugar de que junto a él haya una legislación paralela que incide sobre las mismas materias. Rodríguez Benot, Andrés, “La eficacia en España...”, *cit.*, nota 10, pp. 184 y ss.

⁵⁵ Así como se instituyó con la figura del acogimiento introducida por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre.

⁵⁶ Se manifiesta en la Exposición de motivos, en los artículos 2.1; 11.2 a); 172.4.

pañoles, e introduce la exigencia adicional, relativa a la necesaria declaración, por parte de las entidades públicas españolas, sobre la idoneidad de todo adoptante español y domiciliado en España al tiempo de la adopción para que sea válida una adopción internacional constituida en el extranjero.

A través de esta nueva normativa, vemos cómo la naturaleza jurídica de la adopción se aproxima, de *lege data* plenamente al derecho público, no estando hoy lejana la posibilidad, de *lege ferenda*, de una adopción administrativa pura a tenor del Convenio de La Haya de 1993.⁵⁷ Así, tenemos que, en la adopción internacional, a través de la declaración de idoneidad de la entidad pública, requisito necesario, como acabamos de ver, por exigencias del artículo 9.5 Cc para reconocer en España a cualquier adopción constituida en el extranjero, le da ese carácter publicista a la adopción, *versus* a la postura clásica anterior.

Tenemos, entonces, que el requisito de la declaración de idoneidad es uno de los aspectos más trascendentales de la Ley 1/1996, por cuanto implica que en realidad la adopción internacional es configurada como una institución no exclusivamente de derecho internacional privado, sino de derecho nacional, ya que la adopción constituida en el extranjero, por su competente autoridad y de conformidad a la ley del adoptando, dependerá para su reconocimiento del requisito de la declaración de idoneidad del adoptante por parte de la entidad pública concreta respecto de los países que hayan ratificado dicho convenio, habrá de ser previa la fase judicial de la adopción, artículo 17. d) Convenio de La Haya de 1993. Por el contrario, fuera del Convenio de La Haya de 1993 o de otros convenios internacionales aplicables, el artículo 9.5 del Cc no obliga a una declaración de idoneidad previa.⁵⁸

En España, la Ley 1/1996 regula en el artículo 25 la adopción internacional, tal y como mencionamos, otorgando un papel primordial a la entidad pública, aunque con ciertas limitaciones en sus competencias, pues el propio precepto requiere el cumplimiento de una serie de requisitos para

⁵⁷ Rodríguez Benot, Andrés, “La eficacia en España...”, *cit.*, nota 10; García Cano, Sandra, “Globalización, multiculturalismo y protección internacional del menor (Evolución y futuro de los instrumentos jurídicos internacionales relativos a la protección del menor)”, en Adam Muñoz, María Dolores y García Cano, Sandra (dirs.), *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Madrid, Colex, 2004, pp. 9 y ss.

⁵⁸ Melendo Martínez, Mariano Pablo, “Una perspectiva crítica de la adopción internacional (Algunas cuestiones en torno a la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero)”, *Ilustre Colegio Notarial de Granada*, p. 976.

que la misma pueda ser acreditada. El mismo artículo 25 establece cuáles son las funciones que debe acometer esta entidad pública,⁵⁹ y del apartado c) del artículo 25, asimismo, se deduce que la entidad pública puede acreditar funciones de mediación a otras entidades con el fin de facilitar y agilizar la adopción internacional.⁶⁰ Cuando las entidades de mediación no cumplan o infrinjan las condiciones que motivaron su concesión, la entidad pública puede retirarle su autorización.⁶¹

Otra cuestión que quisiéramos apuntar es la posibilidad de recurso, en la vía administrativa, de la declaración negativa de idoneidad.⁶² La Ley 1/1996 otorga una gran importancia a las declaraciones de idoneidad emitidas, en todo caso, por las entidades públicas, artículo 25.b, declaraciones que han de ser cuando menos susceptibles de reclamación previa ante la

⁵⁹ Tales como: a) La recepción y tramitación de las solicitudes, ya sea directamente o a través de entidades debidamente acreditadas; b) La expedición, en todo caso, de los certificados de idoneidad y, cuando lo exija el país de origen del adoptando, la expedición del compromiso de seguimiento; d) La acreditación, control, inspección y la elaboración de directrices de actuación de las entidades que realicen funciones de mediación en su ámbito territorial.

⁶⁰ Estas entidades de mediación deberán: a) ser una entidad sin ánimo de lucro e inscrita en el registro correspondiente; b) tener por finalidad en sus estatutos la protección del menor; c) disponer de los medios materiales y equipos pluridisciplinarios necesarios para el desarrollo de las funciones encomendadas; d) Estar dirigidas y administradas por personas cualificadas por su integridad moral y por su formación en el ámbito de la adopción internacional. Además, tendrán como funciones: a) Informar y asesorar a los interesados en materia de adopción internacional; b) Intervenir en la tramitación de expedientes de adopción ante las autoridades competentes, tanto españolas como extranjeras; c) Asesorar y apoyar a los solicitantes de adopción en los trámites y gestiones que deben realizar en España y en el extranjero. Véase anexo V. Disposiciones del Convenio de La Haya de 1993 relativas a las funciones de las ECAIs.

⁶¹ Pous de la Flor, Ma. Paz, "Adopción internacional", en Lasarte Álvarez, Carlos *et al.*, *Curso sobre la protección jurídica del menor*, Madrid, Colex, 2000, pp. 86 y 87.

⁶² Melendo Martínez, Mariano-Pablo, *op. cit.*, nota 58, p. 977. Véase la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 5 de marzo de 2003 que reconoce la idoneidad de los enfermos de sida para la adopción internacional. *Diario La Ley*, año XXIV, núm. 5886, miércoles 5 de noviembre de 2003 (<http://www.laley.net>). Magistrado señor Saiz Leñero. Contra la Resolución de la Consejería de Sanidad, Consumo y Servicios Sociales del Gobierno de Cantabria, de 31 de octubre de 2001 por la que se denegó a los demandantes la idoneidad precisa para la adopción internacional pretendida por ellos. Fallo: "Que desestimado el recurso de apelación interpuesto contra ella, debemos confirmar y confirmamos la Sentencia de 30 de mayo de 2002, dictada por el JPI núm. 2 de Santander, en los autos de juicio verbal, sobre oposición a resolución administrativa en materia de protección de menores".

propia autoridad administrativa que dicte la resolución de idoneidad, y, una vez intentada aquélla, debe quedar siempre abierta la correspondiente vía jurisdiccional civil (disposición adicional primera de la Ley 1/1996).⁶³

Por su parte, en cuanto a la segunda reforma que comentaremos, la Ley 18/1999 de 18 de mayo, es la última reforma, por el momento, y ha venido a modificar el apartado 5 del artículo 9o. del Cc mediante la adición de un párrafo final.

Se introduce el nuevo párrafo VI del artículo 9.5 Cc con la finalidad de favorecer la validez en España de las adopciones constituidas en el extranjero, por adoptantes españoles, que no gozan de total identidad con la regulación española de la misma.⁶⁴ En concreto, sólo se refiere a los supuestos en los que la diferencia entre la adopción constituida en el extranjero y la adopción regulada por el ordenamiento español sea la atribución, por la ley extranjera, de un derecho de revocación de la adopción del adoptante durante la minoría de edad del hijo adoptivo.⁶⁵ En estos casos, el artículo 9.5, párrafo VI, posibilita el reconocimiento de la adopción en España si se re-

⁶³ Otra cuestión es el supuesto concreto en el que no se puede negar la idoneidad para adoptar en un determinado país ya que de otro modo se vulneraría el artículo 9.5 Cc que no entra a distinguir, y, como sabemos, si la ley no distingue, tampoco debe distinguir el intérprete, mermándose además la libertad de los adoptantes para decidir, por múltiples razones (afectivas, de proximidad geográfica, etcétera) donde quieren adoptar a sus futuros hijos. Melendo Martínez, M. P., *op. cit.*, nota 58, p. 982. De hecho, ya hay reformas en el sentido de que el Estudio de Valoración de Idoneidad, que generalmente es realizado por el Turno de Intervención Profesional para la Adopción Internacional (TIPAIs), resuelve la idoneidad o no idoneidad de modo genérico, sin hacer mención al país, y es la Autoridad Central del país de recepción, Dirección General de Infancia y Familia en el caso concreto de Andalucía, la que al emitir el Certificado de Idoneidad específica en dicho documento el país concreto al que irá el expediente de adopción internacional, según la voluntad expresada por los solicitantes, v. gr. Decreto 282/2002, de 12 de noviembre de Acogimiento Familiar y Adopción (*Boletín Oficial de la Junta de Andalucía*, núm. 137, 23 de noviembre).

⁶⁴ Rocha García, Ernesto de la, *Los menores de edad en el derecho español*, Granada, Comares, 2000, p. 58. La adopción en España es irrevocable mientras que la adopción extranjera es revocable a solicitud del adoptante durante la minoría de edad del hijo adoptivo, y para salvar esta diferencia por la Ley 18/1999 de 18 de mayo se añade un párrafo final (VI) al apartado 5 del artículo 9o. del Código Civil que preceptúa que “la atribución por la ley extranjera de un derecho de revocación de la adopción no impedirá el reconocimiento de ésta si se renuncia a tal derecho en documento público o por comparecencia ante el Encargado del Registro Civil”.

⁶⁵ Exposición de motivos de la Ley 18/1999, de 18 de mayo.

nuncia a tal derecho en documento público o por comparecencia ante el juez encargado del Registro Civil.⁶⁶

Parece que el paso siguiente debería ser la reforma de la normativa autónoma española relativa a la adopción internacional. En ese sentido, las Comunidades Autónomas han ido asumiendo a partir de 1987, por distintas vías, y en virtud de su competencia en materia de protección o asistencia social,⁶⁷ la regulación de los requisitos de idoneidad de los adoptantes, las condiciones de acreditación y control de las Entidades Colaboradoras en la Adopción Internacional, así como su actuación, y el funcionamiento de los entes públicos autonómicos competentes en materia de adopción.⁶⁸

Y, por último, para completar el panorama normativo español, en materia de adopción internacional, también debemos resaltar los convenios bilaterales relativos al reconocimiento de resoluciones que incorporan los actos de jurisdicción voluntaria en su ámbito de aplicación y los protocolos o acuerdos bilaterales en materia de adopción internacional firmados por España con aquellos países con los que se mantiene una estre-

⁶⁶ Rodríguez Benot, Andrés, “Ley 18/1999...”, *cit.*, nota 10, pp. 814-818, apunta la problemática que ha añadido, a la secuencia de reformas legislativas del artículo 9.5 Cc, la línea jurisprudencial seguida, en cuanto al reconocimiento en España de determinadas adopciones constituidas al amparo de un ordenamiento extranjero, las Resoluciones de la Dirección General del Registro y Notariado y que justifica, sobradamente, la necesidad de la reforma 18/1999, pero que no ha sabido aprovechar ya que no “ofrece una regulación atenta a los intereses en presencia”. Véase, asimismo, Iriarte Ángel, J. L., “Adopción internacional. Últimas tendencias en el ordenamiento español”, en Calvo Caravaca, A. L. e Iriarte Ángel, J. L. (eds.), *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, Colex, 2000, pp. 119 y ss.; Gutiérrez Santiago, Pilar, *op. cit.*, nota 50.

⁶⁷ Como ya tendremos oportunidad de comentar en el capítulo segundo, la Constitución española en su artículo 148.1.20 posibilita a las Comunidades Autónomas que asuman, según sus Estatutos de Autonomía, competencias legislativas en materia de asistencia social. Véase Hernández Ibáñez, *La situación jurídica del menor en el marco de las leyes de las Comunidades Autónomas*, Madrid, Dykinson, 1998; Girón López, “Estudio comparado de la normativa autonómica en materia de protección de menores”, *Protección jurídica del menor*, Granada, Comares, 1997, pp. 29-45; Sevilla Bujalance, J. L., “El papel de las entidades públicas de protección de menores tras la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero”, *Boletín de Información Ministerio de Justicia*, núm. 1794, 1997, pp. 5-17. Véase anexo III. Resumen de la legislación española en materia de adopción; y en concreto el resumen de la legislación autonómica.

⁶⁸ La normativa de las Comunidades Autónomas es muy extensa, destacan las leyes autonómicas relativas a la protección de la infancia, los decretos de desarrollo, así como los decretos de habilitación para la mediación en adopción internacional. Remitimos al capítulo segundo, donde se encontrará la información al respecto.

cha relación en la materia y que serán objeto de un análisis pormenorizado en el capítulo tercero.

3. *Antecedentes y contexto de México*

El derecho azteca estructuró instituciones y conceptos, como el parentesco, la familia, el matrimonio, la filiación, todo ello regulado en armonía con la estratificación social y la concepción religiosa, política y económica del pueblo.⁶⁹

En cuanto a los antecedentes de la adopción en México, en el derecho de los aztecas no encontramos ninguna figura semejante a la adopción; quizá por la regulación tan específica de los vínculos familiares de consanguinidad, colateral y por afinidad, además de no estar regulado el parentesco civil como vía artificial para crear vínculos familiares. Igualmente, podemos encontrar otro motivo de la ausencia de la adopción entre los aztecas, dada la aceptación de la poligamia a la clase noble o guerrera, además de la existencia de la mancebía que podía tener varias finalidades entre las que destacamos que: a) se trataba de una unión sexual cuyo fin primordial era tener hijos, y b) se consideraba como una forma de poligamia.⁷⁰

Así, al ser aceptada la poligamia y estar contemplada la mancebía, se tenía la posibilidad, en principio, de tener cuantos hijos se quisieran, por lo que no era necesario crear vínculos familiares ficticios a través de la adopción, como ocurrió en la época romana, es decir, para perpetuar el culto religioso y asegurarse un sucesor.

En el derecho azteca se señala que la filiación la establece el matrimonio monogámico y poligámico, y los derechos adquiridos por los hijos son iguales, sin importar de qué tipo de relación nacieron. La sucesión más común, entre los aztecas, era por sangre y línea recta de padres a hijos y dentro de los hijos: a) el hijo mayor habido de la mujer principal; b) si el mayor no era considerado digno, cualquiera de los otros; c) a falta de ellos los nietos de hijos, etcétera.⁷¹

⁶⁹ Gayosso y Navarrete, Mercedes, “Causas que determinan la ausencia de la adopción en el derecho azteca”, *Boletín Informativo del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, Veracruz, UNAM, t. I., núm. 20, enero-junio de 1987, p. 118.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 127.

⁷¹ *Ibidem*, p. 132.

Fue con la llegada de los españoles cuando se introdujo, en México, la figura de la adopción. La institución no tuvo acogida y fue ignorada en los ordenamientos que rigieron durante la Colonia, a saber, las leyes españolas vigentes en la Nueva España, las leyes dictadas para las colonias de España en América y las leyes expedidas para la Nueva España; no obstante, en la práctica se hizo posible la existencia de la misma aplicando supletoriamente la legislación española.⁷² Así, en el México colonial se aplicaron los distintos textos legales vigentes en España, es decir, las Partidas y la Novísima Recopilación, en materia de adopción de menores abandonados.

La adopción se reguló bajo el nombre de prohijamiento, cuyo propósito era el que una persona pudiera dejar a alguien que herede sus bienes recibiendo como hijo a un extraño. A pesar de que tanto las Partidas como la Novísima Recopilación estuvieron vigentes hasta la codificación de 1870, la adopción fue practicada con poca frecuencia.

Por otro lado, la influencia del Código napoleónico también llegó a México, pero el Decreto 6855, por el cual se publicó el Código Civil de 1870, para el Distrito Federal y Territorios Federales, mismo que deroga la legislación anterior, no reguló la figura de la adopción.

Así, encontramos que en su artículo 190 se establecía “la ley no reconoce más parentescos que los de consanguinidad y afinidad”. Corroboraba lo anterior el capítulo cuarto del mismo ordenamiento, respecto de las actas del estado civil, regulándose únicamente las de nacimiento, reconocimiento de hijos naturales, de las actas de la tutela, de las de emancipación, de matrimonio y defunción.⁷³

Es importante señalar que en leyes anteriores, tales como la Ley Orgánica del Registro Civil de 1859 y la Ley del Registro del Estado Civil en el Imperio de 1865, en sus artículos 1o. y 2o., respectivamente, se establecía, de igual manera, que “El Registro Civil hará constar lo relativo al estado civil de los habitantes, en cuanto hace a su nacimiento, adopción...”.⁷⁴ Con ello, observamos que al menos por lo que hace a las actas del estado civil,

⁷² Margadant S., Guillermo F., *Introducción a la historia del derecho mexicano*, México, Porrúa-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1976, p. 36.

⁷³ Baqueiro Rojas, Edgard, “El derecho de familia en el Código Civil de 1870”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México*, México, t. XXI, núms. 83 y 84, julio-diciembre de 1971, pp. 391 y ss.

⁷⁴ Magallón Ibarra, Jorge Mario, *El matrimonio*, México, Editorial Mexicana, 1965, p. 168.

se contemplaba la adopción, pero no había una ley que regulara específicamente la figura.

De la misma manera, en la exposición de motivos del mencionado Código Civil de 1870, se señalan algunas causas por las cuales los legisladores no vieron la necesidad de contemplar la figura de la adopción dentro del cuerpo del Código Civil en estudio, señalándose:

La adopción entre nosotros ha sido sólo un principio teórico; y si alguna vez se ha practicado, acaso habrá sido para realizar los males que quedan bosquejados. La comisión cree que los mexicanos pueden hacer el bien durante su vida y después de su muerte, sin necesidad de contraer esas relaciones artificiales que sin llenar cumplidamente el lugar de las de la naturaleza, abren la puerta a disgustos de todo género, puede ser causa aun de crímenes, que es necesario evitar y siembran ordinariamente el más completo desacuerdo en la familia...⁷⁵

El Código Civil de 1870 en ningún momento buscó proteger los derechos de los niños, mediante la figura de la adopción, sin embargo, tampoco la reguló como un medio para dar hijos a aquellos matrimonios que por diversas razones no los tenían, como muchas legislaciones de la época lo hicieron.

El Código Civil de 1884, por su parte, continuó con los lineamientos establecidos en el Código Civil de 1870 y tampoco reguló la figura de la adopción. Del mismo modo que el anterior Código, éste en su artículo 181 establecía: “la ley no reconoce más parentesco que el de consanguinidad y de afinidad”.

El 9 de abril de 1917 se expide la Ley sobre Relaciones Familiares, la cual deroga el anterior Código Civil de 1884. Mediante esta Ley, México posee, por primera vez, una regulación de la figura de la adopción.

No obstante, la Ley sobre Relaciones Familiares no contempla la adopción como un medio de parentesco, tal y como se manifiesta en su artículo 32 al señalar que: “la ley no reconoce más parentescos que el de consanguinidad y afinidad”, pero sí regula la figura de la adopción.

Así, en el capítulo decimotercero relativo a la adopción, se definía a ésta como: “El acto legal por el cual una persona mayor de edad, acepta a un menor como hijo, adquiriendo respecto de él todos los derechos que un pa-

⁷⁵ Baqueiro Rojas, Edgard, *op. cit.*, nota 73; citado por Saldaña Pérez Jesús “Adopción en el Código Civil para el Distrito Federal”, en González Martín, Nuria y Rodríguez Benot, Andrés (coords.), *Estudios sobre adopción internacional*, México, UNAM, 2001, p. 4.

dre tiene y contrayendo todas las responsabilidades que el mismo reporta, respecto de la persona de un hijo natural”.

Dentro de los requisitos que esta Ley exigía para llevarse a cabo la adopción, tenemos los siguientes: *a)* el adoptante debía ser mayor de edad; *b)* el hombre y la mujer podían adoptar libremente, siempre que no estuvieran unidos a otro por legítimo matrimonio; en caso de estarlo, se requería el consentimiento de ambos ; *c)* si la mujer casada quería adoptar, requería el consentimiento de su marido; éste si podía adoptar sin consentimiento de la esposa; sin embargo, no podía llevar al hijo adoptivo al domicilio conyugal; *d)* se requería el consentimiento del menor, si tenía más de 12 años; en caso de ser menor se requería el consentimiento de quien ejercía la patria potestad, del tutor, del juez del lugar de residencia del menor, según fuera el caso.

Los efectos que producía la adopción eran: *a)* el adoptado tenía los mismos derechos y las mismas obligaciones como si se tratara de un hijo natural; *b)* el adoptante tenía los mismos derechos y obligaciones respecto del menor adoptado, que los que se tienen respecto del hijo natural; *c)* los efectos se limitaban exclusivamente entre adoptado y adoptante, salvo el caso de adopción de hijo natural, reconocido como tal por los adoptantes; *d)* la adopción voluntaria era revocable, salvo el caso de la adopción de hijos naturales. Para revocar la adopción, se requería el consentimiento de todos aquellos que lo habían otorgado para efectuarla.

La adopción regulada en esta Ley podríamos equipararla a la adopción simple, ya que sus efectos sólo se limitaban a los adoptantes o adoptante y el adoptado, aunque no se señalaba si se rompía con los lazos familiares anteriores o se mantenían, inclusive no generaba el parentesco, como ya señalamos anteriormente.

La adopción fue regulada de forma muy somera, incluso hay quienes piensan que sólo fue contemplada como un medio para el reconocimiento de hijos nacidos fuera del matrimonio, ya que como se desprende de varios artículos, el adoptado se equiparaba a un hijo natural, siendo éstos los nacidos fuera del matrimonio, tal y como lo establecía el artículo 186: “Todo hijo nacido fuera de matrimonio, es natural”.

Esta Ley regula la adopción, a semejanza de lo que establecía el Código de Napoleón, con un sentido privatista que consagra más libertad de contratación que la protección de los menores.⁷⁶

⁷⁶ Brena Sesma, Ingrid, “Algunas reflexiones sobre los antecedentes de la adopción”, *Revista de Derecho Privado*, México, año 9, núm. 27, septiembre-diciembre de 1998, p. 44.

Posteriormente, el 3 de enero de 1928, se expide el Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, con entrada en vigor a partir del 1o. de octubre de 1932.

Dicho ordenamiento contempla la figura de la adopción dentro del título séptimo “De la paternidad y la filiación”, en su capítulo quinto. Su texto original sólo regulaba la adopción simple y así se deducía lo siguiente: *a)* Los derechos y las obligaciones del parentesco natural no se extinguen, sufren modalidades; *b)* La patria potestad se transfiere a los adoptantes; *c)* El parentesco que surge es el civil; *d)* La filiación adoptiva simple se añade a la filiación biológica; *e)* La vocación hereditaria es recíproca, pero se restringe al adoptante y adoptado; *f)* En materia de alimentos conserva sus derechos, pero sólo de manera subsidiaria; *g)* Subsisten los impedimentos para contraer matrimonio con sus parientes, pero se extiende al adoptante, mientras subsista el vínculo, y *h)* Es revocable, es impugnabile. Sus efectos no son definitivos.⁷⁷

Si avanzamos en el tiempo y ahora comparamos las modificaciones realizadas al texto original del Código Civil de 1928, mediante reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 17 de enero de 1970, vemos la trascendencia que implicó dicha reforma para el avance de la figura de la adopción en México.

La reforma de 1970 logra un gran avance en la figura de la adopción en México, y va en la dirección siguiente: *a)* disminuye la edad de 40 años a los 30, y posteriormente a los 25; *b)* se elimina el requisito de que el o los adoptantes no tengan descendientes; *c)* se solicita, expresamente, que el/los adoptante/s acrediten que tienen medios bastantes para proveer la subsistencia del menor; *d)* que la adopción es benéfica para el adoptado y la posibilidad de adoptar a más de un menor; *e)* el adoptante podrá darle nombre y sus apellidos al adoptado, haciéndose las anotaciones correspondientes en el acta de adopción; *f)* la posibilidad de adoptar a la persona que hubiere acogido al menor durante seis meses; *g)* cuando el ministerio público o tutor no consienten la adopción, deberán expresar la causa en que se funden y el juez calificará tomando en cuenta el interés del menor o incapacitado; *h)* la patria potestad se confiere al adoptante, salvo que en su caso esté casado con alguno de los progenitores porque entonces se ejercerá por ambos cónyuges.

⁷⁷ Saldaña Pérez, Jesús, *op. cit.*, nota 75, pp. 6 y 7.

Con estas reformas se logra cambiar la visión de la adopción, o sea, dar hijos a quienes no los podían tener, protegiendo siempre al menor e incapacitado.⁷⁸

La siguiente gran reforma se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* de 28 de mayo de 1998, y corresponde al decreto por el que se reforma y adiciona al Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.

Después de muchos años sin sufrir modificaciones, el Código Civil en materia de adopción es objeto de una gran reforma, logrando con ello una revisión completa de la figura de la adopción.

Entre los puntos importantes que destacamos de esta reforma, encontramos que la adopción puede ser simple o plena, con excepción de la adopción internacional que siempre requiere ser plena. Con la reforma, se agrega la sección tercera del capítulo V “De la adopción plena”, así como la sección cuarta “De la adopción internacional”, con ello, se logra unificar el derecho de conformidad con los tratados internacionales que han sido suscritos y ratificados por México; nos referimos, concretamente, al Convenio de La Haya de 1993, objeto del presente estudio, asimismo, se regula la posibilidad de convertir las adopciones simples en plenas, reuniendo los requisitos que la misma ley exige.

Por otra parte, en mayo del 2000, se implementan nuevamente una serie de reformas en materia de adopción, *Diario Oficial de la Federación* de 1o. de junio de 2000, eliminándose con ellas la adopción simple y la conversión de ésta en plena, quedando en consecuencia en el Distrito Federal como única posibilidad la adopción plena,⁷⁹ con sus modalidades: adopción por extranjeros y adopción internacional.⁸⁰

Por último, en el 2004 se vuelven a realizar una serie de reformas, *Gaceta Oficial del Distrito Federal* de 9 de junio de 2004, Decreto por el que se

⁷⁸ Vázquez Pando, Fernando Alejandro, *Régimen jurídico de la adopción internacional de menores. Derechos de la niñez*, México, UNAM, Instituto Investigaciones Jurídicas, 1990, pp. 235 y ss.

⁷⁹ Hay una doctrina muy numerosa que apela a lo desafortunado de esta reforma en el que no se deja abierta la posibilidad de que, en ciertos supuestos, sea benéfico para el menor constituir una adopción simple, Brena Sesma, Ingrid, *op. cit.*, nota 76. Con referencia a la misma autora, destacamos su último trabajo en materia de adopción, por lo tanto, véase *id.*, *Las adopciones en México y algo más*, México, UNAM, Instituto Investigaciones Jurídicas, 2005 (en prensa).

⁸⁰ En este mismo capítulo, en el epígrafe referido al concepto de adopción internacional ampliamos los comentarios al respecto.

reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal y del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, y *Gaceta Oficial del Distrito Federal* de 6 de septiembre de 2004, Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal, el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y del nuevo Código Penal para el Distrito Federal en materia de guarda, custodia y derecho de convivencia de los menores sujetos a patria potestad. Ambas reformas son de vital importancia, pero sólo haremos referencia a la primera de ellas citadas, ya que parte de su articulado reformado hace referencia directa a la adopción, tema central del presente trabajo, la segunda reforma se la remitimos al lector en cuanto tiene interés con respecto, como dice su Decreto, en materia de guarda, custodia y derecho de convivencia de los mejores sujetos a patria potestad.

Como decimos, con respecto a la primera reforma mencionada de 2004, el Decreto en su artículo 1o. expresa que se reforman los artículos 84, 133, 307, 399, 401, 410-A, 410-E, 443, 444 y se deroga el artículo 410-B del Código Civil del Distrito Federal. De esta manera, destacamos que se incluye, por primera vez, esa celeridad necesaria para que el proceso de adopción no se quede atorado en trámites burocráticos y de ahí, según el artículo 84, se expresa que una vez dictada la resolución judicial definitiva que autorice la adopción (sin especificar si es nacional o internacional), el juez, dentro del término de tres días, remitirá copia certificada de las diligencias al juez del Registro Civil que corresponda, a fin de que, con la comparecencia del adoptante, se levante el acta correspondiente. Asimismo, destacamos que el artículo 399 reformado expresa que el procedimiento para tramitar la adopción será fijado en el Código de Procedimientos Civiles. Con respecto al resto de los artículos reformados en el Código Civil no hay gran diferencia con relación a lo hasta ahora regulado, nos referimos a que queda, por ejemplo, de igual manera la definición, no muy acertada, de adopción internacional y adopción por extranjeros, tal y como comentaremos en el epígrafe IV, “Concepto de adopción internacional”, de este mismo capítulo primero.

En el mismo Decreto, en su artículo 2o., asimismo se expresa que se reforman los artículos 430, 431, 432, 433, 434, 435, 644, 923 y 924, y se adiciona el artículo 901 bis del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal.

Los artículos reformados se encuentran dentro del título séptimo “De los juicios especiales y de las vías de apremio” y concretamente dentro del capítulo I “De la pérdida de la patria potestad de menores acogidos por una institución pública o privada de asistencia social”. Con respecto a la adopción, se refiere específicamente el artículo 901 bis, el cual expresa que

...la institución pública o privada, de asistencia social que reciba a un menor para ser dado en adopción, podrá presentar por escrito, solicitud ante Juez Familiar haciendo de su conocimiento esta circunstancia, acompañando a dicha solicitud el acta de nacimiento del menor. El juez ordenará la comparencia del representante legal de la institución y de la persona o las personas que ejerzan la patria potestad, con la intervención del Ministerio Público. Ratificada, por las partes dicha solicitud, se declarará de oficio la terminación de la patria potestad y la tutela del menor quedará a cargo de la Institución.

Por otra parte, el siguiente artículo que queremos comentar de dicha reforma, es el artículo 923, el cual relaciona, de manera exhaustiva, todos aquellos requisitos que se deben acreditar para adoptar, según el artículo 390 del Código Civil, y así se debe observar lo siguiente:

I. Que en la promoción inicial se manifieste si es adopción nacional o internacional, además de los datos referentes al menor o incapaz que se pretenda adoptar, los datos de quienes ejerzan sobre el menor la patria potestad o tutela o de la persona o institución de asistencia social pública o privada que lo haya recibido, así como certificados médicos de buena salud tanto del menor como de los promoventes; con respecto a los estudios socioeconómicos y psicológicos exigidos en una adopción, éstos deberán realizarse por el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, o por quien éste autorice, siempre que se trate de profesionistas que acrediten tener título profesional y tener como mínimo dos años de experiencia en la atención de menores y personas susceptibles de adoptar. Este requisito en especial va en sintonía con la práctica internacional, ya que estos estudios deben ser realizados exclusivamente por la autoridad central en materia de adopción, en este caso, el Sistema DIF Nacional o, en su caso, en aquellos profesionales en quien delegue el propio Sistema DIF Nacional, de esta manera, no sólo se le dará credibilidad, sino celeridad a la tramitación de dichos estudios, al disponer de profesionales acreditados para realizar dicha tarea, tal y como veremos en la práctica mediadora con respecto a España y México, que analizamos en el siguiente capítulo.

El mismo inciso del artículo 923 amplía las dependencias en quien se podrá delegar la realización de dichos estudios para la adopción nacional, y así expresa que también los podrán realizar la Secretaría de Salud, el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal, el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal y la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. Definitivamente, todas las instituciones enumeradas tienen la capacidad para realizar este tipo de estudios, sólo esperamos que haya la suficiente comunicación entre ellas y el Sistema DIF Nacional para tener homogeneidad en los criterios y evitar la discrecionalidad, y así tener una capacidad de respuesta correcta y viable y no dar lugar a usuarios quejosos.

II. Cuando el menor hubiere sido acogido por una institución de asistencia social pública o privada, el presunto adoptante o la institución exhibirá, según sea el caso, constancia oficial del tiempo de exposición, la sentencia ejecutoriada que haya decretado la terminación de la patria potestad o, en su defecto, como consecuencia del abandono, la sentencia ejecutoriada que haya decretado la pérdida de este derecho.

III. Si hubieran transcurrido menos de los tres meses de la exposición, se decretará la guarda y custodia provisional de quien se pretende adoptar con el o los presuntos adoptantes, entre tanto se consuma dicho plazo.

IV. Si no se conociera el nombre de los padres o no hubiere sido acogido por institución de asistencia social pública o privada, se decretará la custodia con el presunto adoptante, por el término de tres meses para los mismos efectos. En el supuesto de que el menor haya sido entregado a dichas instituciones por quienes ejerzan en él la patria potestad, para promover su adopción, no se requerirá que transcurra el plazo de tres meses mencionado.

V. Tratándose de extranjeros con residencia en el país, deberán acreditar su solvencia moral y económica con las constancias correspondientes, sin necesidad de presentar testigos. En cambio, los extranjeros con residencia en otro país deberán acreditar su solvencia moral y económica y presentar certificado de idoneidad expedidos por la autoridad competente de su país de origen que acredite que el o los solicitantes son considerados aptos para adoptar; constancia de que el menor que se pretende adoptar ha sido autorizado para entrar y residir permanentemente en dicho Estado; deberán, durante el procedimiento, acreditar su legal estancia en el país y la autorización de la Secretaría de Gobernación para llevar a cabo una adopción. En este segundo supuesto, hablamos de una adopción internacional y es más que plausible, por primera vez, que se soliciten exactamente los documen-

tos exigidos de acuerdo con el Convenio de La Haya de 1993, objeto de este trabajo, y que no se mencione ni se solicite⁸¹ la presentación de testigos que constaten ni la solvencia moral ni la económica de los promoventes. Hasta la fecha, de manera cotidiana, se solicitaba prueba testifical en la adopción internacional, prestándose ello a una prueba testifical falsa, ante la dificultad de encontrar testigos que conozcan a los adoptantes. Podemos hablar de buena fe al buscar testigos que accedan a manifestar lo solicitado, pero al fin y al cabo, testigos falsos que con el afán de ayudar en la solicitud de adopción internacional se prestaban para cumplir con los requisitos solicitados en los juzgados.

Obviamente, la documentación exigida en este inciso presentada por los solicitantes extranjeros debe venir en idioma español o en su defecto deberá acompañarse de traducción oficial, además de estar apostillada o legalizada por el cónsul mexicano del país que proceda.

VI. En el auto admisorio que le recaiga a la solicitud inicial de adopción, el juez señalará fecha para la audiencia, la que se deberá desahogar dentro de los diez días siguientes al mismo. Si nos centramos en la adopción internacional, este requisito procedimental es de vital importancia, porque respetando los plazos establecidos en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal podemos dar esa celeridad tan necesaria para aquellas personas que se desplazan de su país de origen con el objetivo de una adopción y que necesitan regresar en un tiempo prudente para volver a sus actividades laborales, fundamentalmente, sin el riesgo de perder sus trabajos. El proceso debe ser todo lo largo que necesiten nuestra instituciones, pero no se debe dejar a la discrecionalidad de los secretarios de acuerdos, por ejemplo, y que éstos agenden sin ser sensibles a la situación de los promoventes, alargándose innecesariamente todo el procedimiento de una adopción nacional y aún más una adopción internacional.

Por último, con respecto a los artículos reformados en comento, tenemos el 924 que expresa que una vez “rendidas las constancias que se exigen en el artículo anterior y obtenido el consentimiento de las personas que deban darlo, conforme al Código Civil, el Juez de lo Familiar resolverá

⁸¹ El texto reformado introduce una partícula: “En cambio...” que en principio puede inducir a una discusión interpretativa, en el sentido de que se solicitan expresamente testigos en caso de una adopción internacional —extranjeros con residencia en otro país—. La acreditación a la que se refiere el inciso en comento, en cuanto a su solvencia moral y económica la consideramos acreditada al presentar el certificado de idoneidad expedido por la autoridad competente de su país de origen.

dentro del tercer día, lo que proceda sobre la adopción”. De nuevo vemos el debido cuidado que se le debe dar a un procedimiento de esta categoría.

Cambiando de escenario, en el ámbito internacional, México participa como miembro de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado a partir del 18 de marzo de 1986. México, a la fecha, forma parte de cinco tratados emanados de este organismo, entre los que se encuentra el Convenio de La Haya de 1993, promulgado el 24 de octubre de 1994. Fue el primer país en ratificar el Convenio de La Haya de 1993. Asimismo, dentro del ámbito regional, México es Estado miembro de las Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado (CIDIPs), firmante de la Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Adopción de Menores, firmada en La Paz, Bolivia, el 24 de mayo de 1984 (CIDIP- III), en la cual se establece un procedimiento mediante el cual el juez debe, sin grandes formalidades, determinar las calidades de los adoptantes y la compatibilidad del adoptado para otorgar la adopción.⁸² La Convención prevé la posibilidad que una vez otorgada la adopción se pueda llevar a cabo un procedimiento de verificación durante un año para que el juez conozca las condiciones de la adopción del menor.⁸³

La ley aplicable para el procedimiento y la decisión para la adopción debe ser la ley del lugar de residencia del menor y una vez otorgada la adopción será la ley del domicilio de los adoptantes.

Subrayar que la Convención prevé la adopción plena, cuestión que motivó a la reforma mexicana de 1998 en el mismo sentido. Asimismo, destacar que la convención ha influido en la recepción de la figura de la adopción internacional en México, a través de las reformas de 2000 y 2004 en el Código Civil del Distrito Federal.

⁸² Rodríguez Mateos, Pilar, *La adopción internacional*, Oviedo, Servicio de publicaciones de la Universidad de Oviedo, 1988, pp. 14-16; Parra-Aranguren, Gonzalo, “La Tercera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-III, La Paz, 1985)”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, núm. 33, 1984-85, pp. 9 y ss.

⁸³ Péreznieto Castro, Leonel, “Algunos aspectos del derecho familiar en México y otros países de latinoamérica”, en Calvo Caravaca, Alfonso-Luis y Castellanos Ruiz, Esperanza (dirs.), *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 11 y ss.

II. LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LA ADOPCIÓN

1. *Marco jurídico internacional de la adopción*

Hasta este momento, hemos visto que las medidas internacionales para la protección a la infancia fueron prácticamente inexistentes hasta el siglo XX.

La defensa y promoción de los derechos de la niñez fue una labor iniciada, en el ámbito universal, por la Sociedad de Naciones, predecesora de la Organización de Naciones Unidas, que dio pie a la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Sociedad de Naciones el 26 de septiembre de 1924; la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948; la Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959; o los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos (artículo 24) y de Derechos Económicos y Sociales (artículo 10.3), ambos de 19 de diciembre de 1966.

Todos estos textos tienen un denominador común y es su carácter programático, es decir, no tienen efectos jurídicos vinculantes, no obstante, los diferentes Estados que lo han ratificado siempre le han otorgado un alcance hermenéutico superior, como, por ejemplo, España en su carta magna, artículo 10.2.⁸⁴

Añadir, por otra parte, que tenemos con la *Declaración de la Organización de Naciones Unidas de 3 de diciembre de 1986, sobre los Principios Sociales y Jurídicos Aplicables a la Protección y Bienestar de los Niños*, dirigida sobre todo a las prácticas en materia de adopción y de colocación familiar tanto nacional como internacional, la recopilación más representativa de un consenso internacional sobre los principios y las normas que deben orientar la práctica de la adopción.

A su vez, y dentro del mismo ámbito universal, tenemos el Convenio sobre los Derechos del Niño, adoptado el 20 de noviembre de 1989 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el que sus reglas sí tienen

⁸⁴ El artículo 10.2 de la Constitución española enuncia: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las materias ratificados por España”.

carácter jurídico vinculante y en el que se promueve la cooperación internacional⁸⁵ a través de un conjunto de normas universalmente aceptadas para el bienestar de la infancia, que en sus artículos 20 y 21 establece disposiciones específicas para la adopción nacional e internacional.⁸⁶ El Convenio de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño positiviza las pautas marcadas por la Declaración de 1959 y vincula a los Estados parte en él, a pesar de su número y sus diferencias sociales, culturales y económicas.⁸⁷

La Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño de 1989 aparece como el primer instrumento verdaderamente universal sobre este tema.⁸⁸ En ella se plantean una serie de directrices o principios, en materia de adopción, como son:

⁸⁵ 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; Rodríguez Mateos, Pilar, “La protección jurídica del menor en la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989”, *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 2, 1992, p. 9, enuncia que “La Convención de 1989 culmina un proceso de positividad de los derechos del niño, genéricamente iniciado a través de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, y constituye un claro ejemplo de la tendencia bipolar control/cooperación, es decir, de la consolidación de una protección cualificada a través de mecanismos de control de la actuación de las autoridades nacionales y, sobre todo, a través de mecanismos de cooperación entre tales autoridades nacionales”. Véase, asimismo, Borrás Rodríguez, Alegría, “La adopción de niños procedentes del extranjero: el futuro Convenio de La Haya”, *Infancia y Sociedad. Revista de Estudios*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, núm. 12, noviembre-diciembre de 1991.

⁸⁶ Véase anexo IV. Documentos sobre pautas éticas.

⁸⁷ Rodríguez Benot, Andrés, “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)”, *Revista General de Derecho*, núm. 667, abril de 2000, pp. 4419-4447; *id.*, “Tráfico externo, derecho de familia y multiculturalidad en el ordenamiento español”, *La multiculturalidad: especial referencia al islam*, Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial, VIII-2002, pp. 17-88; Jayme, E., “Diritto di famiglia: società multiculturali e nuovi sviluppi del diritto internazionale privato”, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, núm. 2, 1993, pp. 295 y ss. Carrillo Salcedo, Juan Antonio, “Procedimiento para la protección de los derechos de los menores en el ámbito de las Naciones Unidas”, en Verdugo, Miguel Ángel y Soler-Sala, Víctor (eds.), *La Convención de los Derechos del Niño hacia el siglo XXI*, Salamanca, Ediciones Universidad Salamanca, 1996, pp. 93-98.

⁸⁸ 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, pp. 135-165. Véase, asimismo, nota de pie de página 4.

- a) Contemplar la adopción como una de las formas de protección a la infancia. La adopción se concibe como un medio para darle un hogar a un niño privado del suyo propio y no a la inversa.
- b) Recoge el carácter subsidiario de la adopción internacional en su artículo 21.b, promoviendo, las autoridades competentes, la adopción del niño en su país de origen.
- c) Asimismo, el artículo 20.3 expresa la necesidad de una cierta continuidad en la educación del menor, así como el respeto a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.
- d) Fundamentalmente, promueve una cooperación internacional, con el fin, una vez más, de luchar contra el tráfico que se desarrolla en torno, fundamentalmente, a las adopciones independientes.⁸⁹

Por último, en este breve recorrido planteado, y como convenio que específicamente regula la adopción internacional, tenemos el multicitado Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, al que venimos denominando Convenio de La Haya de 1993.

La Convención de La Haya de 1993, que comentamos, se inspiró en los precedentes de acuerdos informales en la Conferencia de La Haya y en las directivas de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Niños para tratar de establecer un equilibrio entre la salvaguarda de la vida cultural del menor, manteniendo su propia personalidad, y la necesidad de su inserción en un hogar. Asimismo, las pautas volcadas en los acuerdos informales de la Conferencia de La Haya, indican que cada Estado deberá tomar, prioritariamente, las medidas necesarias para mantener al niño en su familia de origen.

Por todo ello, como decimos, el 29 de mayo de 1993 se concluyó en La Haya, Países Bajos, la Convención elaborada bajo los auspicios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en su XVII sesión.⁹⁰

Firmaron el Acta Final de la Convención, 36 países miembros y 30 países no miembros que fueron invitados a participar en la Conferencia diplo-

⁸⁹ Montané Merinero, María Jesús y García Gómez, María Elena, “La adopción internacional en España”, *Infancia y Sociedad. Revista de Estudios*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, noviembre-diciembre de 1991, p. 20.

⁹⁰ Véase la página web de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, <http://www.hcch.net>.

mática. La totalidad de ellos firmó el Acta Final que contenía el texto definitivo. El instrumento quedó abierto a la firma de los Estados participantes el mismo día.⁹¹

Con todos y cada uno de los Convenios citados, se inició un desarrollo normativo internacional que progresivamente se ha ido ratificando e incorporando al marco legal de los diferentes Estados.⁹²

En esta evolución del marco jurídico de la adopción internacional, en el ámbito regional no queremos dejar de mencionar y destacar el esfuerzo realizado en pro de la delimitación, promoción y protección de los derechos de los menores, a través de las Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado (CIDIPs).⁹³

⁹¹ España ratificó el Convenio de La Haya de 1993, el 11 de julio de 1995, y el instrumento de ratificación se publicó en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 182, de 10. de agosto de 1995, con entrada en vigor el 10. de noviembre de 1995, fue el sexto país en ratificar, pero el primero como Estado de recepción de menores. Por su parte, el Convenio fue aprobado por el gobierno mexicano, a través de la Cámara de Senadores del H. Congreso de la Unión el 22 de junio de 1994, firmada por el plenipotenciario de los Estados Unidos Mexicanos, debidamente autorizado *ad referendum*, según decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de julio de 1993, ratificada por México el 14 de septiembre de 1994 y el decreto de promulgación de la misma se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* de 24 de octubre de 1994. México fue el primer país en ratificar el Convenio de La Haya de 1993.

⁹² No olvidemos que la adopción internacional es un fenómeno que comienza después de la Segunda Guerra Mundial con los primeros desplazamientos importantes de menores europeos, japoneses y chinos a los Estados Unidos de América o a Suecia. Años más tarde y tras las guerras de Vietnam y Corea, miles de niños asiáticos fueron adoptados e integrados en familias norteamericanas y europeas. Es el inicio y despliegue de la interacción de diferentes ordenamientos jurídicos en conexión, o al menos, así debiera haber sido.

⁹³ Siqueiros, José Luis, “La Conferencia de La Haya y la perspectiva latinoamericana”, *Boletín de la Facultad de Derecho. UNED*, segunda época, núm. 16, 2000, pp. 203-224; *id.*, “La cooperación judicial internacional. Expectativas para el siglo XXI”, *Revista Mexicana de Derecho Privado*, México, número especial, 2000, pp. 139-153, en especial las páginas 151-153; *id.*, “La Convención relativa a la Protección de Menores y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 23, 1994, pp. 313 y ss.; Miralles Sangro, P. P., “La protección jurídica internacional de los menores en el ámbito de la CIDIP”, *España y la codificación internacional del derecho internacional privado*, Madrid, 1991, pp. 325-337; Fernández Arroyo, Diego P., *La codificación del derecho internacional privado en América latina. Ámbitos de producción jurídica y orientaciones metodológicas*, Madrid, Beramar, 1994, colección Estudios Internacionales (VI), p. 445.

En este tenor, en la década de los ochenta, la necesidad de contar con normas y acuerdos internacionales en materia de adopción internacional provocó la firma de distintos convenios entre los que destacamos, la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores, firmado en la Paz, Bolivia, en 1984, durante la Tercera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional (CIDIP III),⁹⁴ en donde se señalan las reglas para resolver los conflictos de leyes, requisitos para la adopción, la aplicabilidad de las leyes en los casos de adopción plena y adopción simple y la competencia del juzgador que ha de decidir sobre la adopción. También se firmó la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, aprobada en México el 18 de marzo de 1994 (CIDIP-V).⁹⁵

2. *Nacimiento de la institución*

La adopción hasta casi la mitad del siglo XX, tal y como acabamos de exponer, era una institución de escaso movimiento debido, fundamentalmente, a su carácter tabú, rodeada de una atmósfera de secreto que silenciaba los orígenes del adoptado y en las que lo fundamental eran los intereses de los padres adoptivos. Dominaba la actitud de rechazo a la diferencia, y jamás hubiese sido aceptado socialmente a un adoptado étnica o racialmente diferente.⁹⁶

El cambio se dio tras la Segunda Guerra Mundial en el que las adopciones entre países se convirtieron en un fenómeno a nivel mundial, dadas las secuelas de disolución familiar, tal y como demuestra la experiencia en Alemania, Corea, Indochina, Vietnam y la ex Yugoslavia, entre otros.⁹⁷

⁹⁴ Véase Contreras Vaca, Francisco, “Derecho Internacional privado”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, Porrúa-Instituto Investigaciones Jurídicas, 2002, vol. IX, pp. 644 y ss.

⁹⁵ Véase anexo I. Resumen de documentos jurídicos de ámbito universal y regional relativos a la protección del menor.

⁹⁶ En aquella época, las adopciones escaseaban y las que se producían se enfocaban a satisfacer los deseos de paternidad de matrimonios estériles que no habían podido tener hijos y que sólo adoptaban, normalmente, niños muy pequeños de su misma raza y del mismo país. Hoksbergen, R. A. C., “Generaciones de padres adoptivos. Cambios en las motivaciones para la adopción”, *Infancia y Sociedad*, núm. 12, 1991, p. 37; Operti-Badan, *op. cit.*, nota 20, pp. 316-319; citado por Calvo Babío, Flora, *op. cit.*, nota 2, p. 19.

⁹⁷ Wilde, Zulema D., *La adopción nacional e internacional*, Buenos Aires, Abelardo-Perrot, 1996, p. 25.

Se concibió a la adopción internacional como una respuesta humanitaria a una situación de emergencia y crisis, se encontraron hogares permanentes para niños sin familia que vivían en países devastados por la guerra.⁹⁸ En los años setenta y ochenta, el panorama comenzó a transformarse radicalmente y la adopción internacional, la adopción transnacional, intercultural e interracial, adquirió un carácter de fenómeno mundial.

La transformación se da desde el punto de vista jurídico y social. En el campo social, cultural y económico, en los países de economía desarrollada, al cambio contribuyó el control preventivo de los embarazos, la no estigmatización de las madres solteras, la planificación familiar, etcétera.

Todos 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 garantiza el bienestar de la población infantil, fomentando el desarrollo de sus potencialidades y de sus derechos individuales y sociales.⁹⁹

Los condicionantes de los países desarrollados se sumaron con los propios de los Estados del tercer mundo en los que la pobreza y la tasa altísima de natalidad y abandono de niños propiciaban una cantidad de niños adoptables.

En las últimas décadas del siglo XX, y ante situaciones como las descritas, surgió el convencimiento de que la sociedad tiene la obligación de velar por los derechos de los menores, el reconocimiento social del niño como persona y, por tanto, sujeto de derechos;¹⁰⁰ así como buscar las mejores formas para asegurar su desarrollo integral, especialmente, en aquellos casos en el que el niño no se encuentra bajo el amparo del núcleo familiar.

De hecho, la evolución y desarrollo de los derechos de la infancia se corresponde con el nivel de desarrollo alcanzado en la sociedad en lo referente a los derechos humanos y derechos sociales.

⁹⁸ Cárdenas Miranda, Elva Leonor, “Adopción internacional”, en González Martín, Nuria y Rodríguez Benot, Andrés (coords.), *Estudios sobre adopción internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, pp. 27 y ss.

⁹⁹ 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, pp. 158 y 159.

¹⁰⁰ Espinar Vicente, José María, *op. cit.*, nota 52, pp. 361 y ss., al referirse a la adopción como medida protectora del menor.

3. *El contexto actual*

Cuando nos referimos a la adopción internacional que se da en la actualidad, siempre lo hacemos invocando el carácter de fenómeno social,¹⁰¹ de situación atípica, quizás motivado por aquellos orígenes en los que la adopción no tenía razón de ser si no fuera por la necesidad de proseguir y perpetuar la estirpe familiar o por cuestiones sucesorias, entre otras.¹⁰² Nos encontramos ante una nueva situación que marca el paso de una “forma de perpetuación de la familia... a un sistema de protección”.¹⁰³

Atendiendo a la adopción internacional, los motivos por los que un menor puede encontrarse en una situación de desprotección, de desamparo, abandono y, por tanto, susceptible de darse en adopción internacional son diversos, entre ellos tenemos:¹⁰⁴

A. *Causas estructurales: económicas y demográficas*

La pobreza de aquellos países que se encuentran en vías de desarrollo provoca, en el nivel familiar, situaciones no deseadas que desembocan en el abandono de los niños; niños éstos reclamados en aquellos países desarrollados con una baja natalidad¹⁰⁵ debida, entre otros factores, como co-

¹⁰¹ Loon, J. H. A. van, *op. cit.*, nota 1, pp. 22-56; *id.*, “International Co-operation and Protection of Children with Regard to Inter-country Adoption”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, 1993-VII, pp. 214 y ss.; Jametti Greiner Monique y Bucher, Andreas, “La dix-septième session de la Conférence de La Haye de Droit International Privé”, *Revue Suisse de Droit International et de Droit Européen*, 10, febrero de 1994, pp. 55-102.

¹⁰² González Martín, Nuria, “Adopción internacional”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, Porrúa-UNAM, 2005 (en prensa).

¹⁰³ Roca E., *Familia y cambio social*, Madrid, Civitas, 1999, p. 255. Citado por Guzmán Zapater, Mónica, “Adopción internacional: ¿cuánto queda del derecho internacional privado clásico?”, en Calvo Caravaca, Alfonso Luis e Iriarte Ángel, J. L. (eds.), *Mundialización y familia*, Madrid, Colex, 2001, p. 83.

¹⁰⁴ Adroher Biosca, Salomé, “Algunas cuestiones en torno a la adopción internacional”, en Adam Muñoz, María Dolores y García Cano, Sandra (dirs.), *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Madrid, Colex, 2004, pp. 137-160.

¹⁰⁵ Durán Ayago nos da unas cifras que marcan pauta para la reflexión, “según la última actualización de la ONU de las previsiones de población en el año 2050, España es uno de los países que más envejecerá, pasándose de los 40 millones de habitantes actuales a unos 31,2 millones, lo que supondrá una caída de la población del 21,8%. La tendencia al envejecimiento es común en todos los países desarrollados, que dentro de 50 años apenas mantendrán la población actual de 1200 millones, mientras que el total de

mentamos, al alto nivel económico y al cambio sociocultural que propició una buena planificación familiar, un control preventivo de los embarazos e incluso a través del movimiento de liberalización de la mujer, que ha permitido que ésta pueda decidir, ahora más que nunca, si quiere o no tener un hijo, sin ser por ello estigmatizada, señalada.¹⁰⁶

Vemos, entonces, el factor demográfico como un apéndice de la pobreza. Los países de origen de los menores sujetos de la adopción internacional, son países con una alta natalidad en donde los niños se encuentran en situación de riesgo.¹⁰⁷

habitantes del planeta pasará de 6000 a 9300". Datos publicados en *El País*, España, edición nacional de 28 de febrero de 2001, pp. 28 y 29. Citado por Durán Ayago, Antonia, "El papel de las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional", en Calvo Caravaca, Alfonso Luis e Iriarte Ángel, J. L. (eds.), *Mundialización y familia*, Madrid, Colex, 2001, p. 326.

En cuanto al traslado de menores de los países en vías de desarrollo a los países desarrollados, veáse la reflexión de una "adopción singular" que nos hace Trillat, B., "Une migration singulière: la adoption internationale", *Actes du Séminaire Natalie-Masse*, 25-27 mai 1992, Centre International de l'Enfance de Paris, pp. 15 y ss.

¹⁰⁶ Soriago Morillo, José Luis, *Guía de la adopción internacional*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 19.

¹⁰⁷ Por un lado, podemos vislumbrar *factores de riesgo en los niños* como los siguientes: niños no deseados por sus padres; niños nacidos de una unión anterior rechazados por el nuevo cónyuge; niños que han estado separados por sus padres, sobre todo en los primeros años de vida; niños que presentan algún déficit (ya sea psíquico, físico o sensorial); niños que padezcan algún tipo de enfermedad crónica; niños con problemas de conducta, hiperactivos, etcétera.

Otros *factores de riesgo pero ahora en la familia* serían: familias desestructuradas (por separación, abandono, muerte...); familias monoparentales con cargas económicas y responsabilidades familiares no compartidas; conflictividad de la familia (alcoholismo, drogadicción, delincuencia, prostitución...); presencia de enfermedades crónicas en la familia; presencia de enfermedades mentales; inestabilidad emocional de la familia; falta de competencia y habilidades sociales de los padres para la crianza y educación de sus hijos; excesivo número de hijos, o hijos no queridos; falta de recursos económicos y culturales para hacer frente a las necesidades básicas de la familia; inmadurez, familias muy jóvenes (madres adolescentes); aislamiento social, falta de relaciones sociales y redes de apoyo; historia personal de maltrato o abandono infantil. Y, por último, *factores de riesgo del contexto*: insuficiencia de recursos; falta de vivienda; hacinamiento y deficientes condiciones de habitabilidad; inmigración o cambios de residencia; internamientos prolongados y/o repetidos (hospitalización, encarcelamiento, etcétera). Véase Junta de Andalucía, *La atención a la infancia en Andalucía*, Sevilla, Consejería de Trabajo y Asuntos Sociales, Dirección General de Atención al Niño, 1995, pp. 24 y 25. Gervilla Castillo, Ángeles, *Familia y sociedad: menores en situación de riesgo*, Madrid, Dykinson, 2000.

B. *Causas coyunturales: guerras, desastres naturales, epidemias, etcétera*

Diferente al supuesto de extrema pobreza, son los casos de guerra con su secuela de disolución familiar; así, tenemos la experiencia, a la que ya hicimos referencia, en Alemania, Corea, Indochina, Vietnam y la ex Yugoslavia, entre otros; asimismo, la correlación entre desastres naturales y epidemias con la adopción internacional también es un hecho demostrable.¹⁰⁸

C. *Causas políticas: sistemas de protección a la infancia*

Un panorama de derecho comparado nos pone de manifiesto un dato innegable, como es la diversidad en las concepciones de la protección del menor, diversidad derivada, a su vez, de una disparidad cultural.¹⁰⁹

Tenemos países como Rumania, Rusia, China, Colombia, Ucrania, India, Bulgaria y Perú reconocidos como países de origen de los menores adoptados internacionalmente que no tienen índices demográficos exagerados (algunos sí lo tienen, es cierto, como es el caso de la República Popular China), pero que sus sistemas de protección a la infancia no fomentan la posibilidad de que el menor permanezca en su familia biológica o en su país de origen, y orienta buena parte de sus recursos materiales y humanos en fomentar la adopción internacional como medida de protección.¹¹⁰

Tal y como expresamos en la introducción y reiteramos textualmente, con los datos señalados, como causas que “propician” la adopción internacional, tenemos que la orientación moderna, que caracteriza a la adopción en la actualidad, considera la adopción como un sistema de protección por excelencia para el menor carente de familia propia,¹¹¹ y, además, está ava-

¹⁰⁸ Tras el terremoto en la India en enero del 2001, 7000 niños quedaron sin familia. En uno de los últimos de los desastres naturales, también un terremoto ahora en Argelia en mayo de 2003, se desconocen las cifras oficiales de niños desamparados, así como en el pacífico con el fenómeno del tsunami de diciembre de 2004.

¹⁰⁹ Rodríguez Benot, Andrés, *op. cit.*, nota 85, p. 120.

¹¹⁰ Adroher Biosca, Salomé, “Menores privados de su medio familiar”, en Lázaro González, Isabel (coord.), *Los menores en el derecho español*, Madrid, Tecnos, p. 409.

¹¹¹ La familia se configura como el instrumento social idóneo para la formación y el desarrollo personal del menor, en la medida en que no sólo es un medio de transmisión de valores y de pautas de conducta, sino que constituye el núcleo humano en el que el menor puede cubrir más ampliamente sus necesidades afectivas. No obstante, también la

lada por un cuerpo de conocimiento científico que ha demostrado las ventajas que ofrece esta medida para el bienestar e interés del niño desamparado. La doctrina está sintetizada en el principio: “dar una familia al niño que no la tiene”.¹¹²

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

El Estado social fija, tal y como se manifestó, desde la introducción de esta obra, como uno de sus objetivos, la defensa de la infancia, de este modo, la adopción pasa a ser considerada como una institución para la protección del menor, una institución que debe constituirse en beneficio del menor. Nace así la “adopción legitimante”, y se suprime todo ligamen con la familia de origen del adoptado.¹¹³

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.¹¹⁴

Si aterrizamos, dado el tema de estudio, en torno a las relaciones hispano-mexicanas, vemos que en España, el fenómeno ha nacido “tardíamente” con respecto a otros países de recepción de los menores, y se ha ido incrementando año por año a partir de los noventa.¹¹⁵

México, por su parte, como país emisor, se encuentra en una situación tal que promueve, como subsidiaria, la adopción internacional, también

familia se erige en ocasiones como elemento perturbador en el desarrollo del menor, generando actuaciones que menoscaban y lesionan los derechos de éste. De ahí que la sociedad no pueda permanecer impasible ante este tipo de situaciones, instando la puesta en práctica de los mecanismos necesarios para velar por los derechos del menor. Decreto 282/2002, de 12 de noviembre de Acogimiento Familiar y Adopción (*Boletín Oficial de la Junta de Andalucía*, núm. 135, 19 de noviembre. Corrección de errores, *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía*, núm. 137, 23 de noviembre).

¹¹² Pilotti, Francisco, *Manual de procedimientos para la formación de la familia adoptiva*, Madrid, Instituto Interamericano del Niño, 1990, pp. 23 y ss.

¹¹³ Calvo Caravaca, Alfonso Luis, *op. cit.*, nota 10, p. 24.

¹¹⁴ González Martín, Nuria, *op. cit.*, nota 99, p. 159.

¹¹⁵ Mientras la adopción nacional descendía en número y, no debido al cambio de deseos de los adoptantes, sino por una mera cuestión de la realidad, puesto que el número de niños españoles, o que se encuentran en territorio nacional susceptibles de ser adoptados, es mucho menor que las solicitudes de adopción, situación que ha dado lugar a que en diversas Comunidades Autónomas se hayan promulgado disposiciones por las que se establecen que, con motivo de la larga lista de espera para la adopción nacional, no se admitirán más solicitudes para ésta. Calvo Babío, Flora, *op. cit.*, nota 2, p. 24.

fundamentalmente en los noventa, poniendo sus mejores esperanzas en la protección del menor invocada desde el Convenio de La Haya de 1993.

III. PRINCIPIOS INFORMADORES DEL SISTEMA

1. *La adopción internacional y el tráfico de menores*

Tras la adopción internacional, según Orejudo Prieto de los Mozos, se esconde, en muchas ocasiones, la pretensión de los adoptantes de traficar, en un sentido u otro,¹¹⁶ con los menores.¹¹⁷ Sin lugar a dudas, la adopción internacional implica riesgos para la persona del menor cuando se realiza de manera fraudulenta.

En la mente de los legisladores que dieron curso al Convenio de La Haya de 1993, puede ser que hubiera la inquietud de evitar cualquier disposición que pudiera dar curso al negocio, tan lucrativo, del tráfico de menores¹¹⁸ y que, por ello, el procedimiento en sí de la adopción internacional sea un elenco de disposiciones que controlan, quizás, en exceso, el manejo de la adopción internacional.¹¹⁹

Dentro de los instrumentos jurídicos internacionales, de ámbito regional, encontramos que la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, CIDIP-V, aprobada en México el 18 de marzo de 1994,

¹¹⁶ Al decir “en un sentido u otro”, nos referimos no sólo a la posibilidad de traficar con menores con el fin de entegarlos a redes de pedofilia, prostitución y mendicidad, o la venta de los órganos, sino también hacemos referencia a la práctica que lleva a ciertas parejas, deseadas de tener hijos, a prescindir de los procedimientos que las autoridades más cercanas les ofrecen, incurriendo, igualmente, al ilícito.

¹¹⁷ Orejudo Prieto de los Mozos, P., “El certificado de idoneidad de los adoptantes en el marco de la prevención del tráfico internacional de menores (con especial referencia a las adopciones rumanas)”, *Aranzadi Civil*, núm. 12, octubre de 1998; Siqueiros, José Luis, “La adopción internacional de menores”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, año 17, núm. 17, 1993, pp. 531 y ss.

¹¹⁸ De hecho, la doctrina estudia el tema exponiendo, fundamentalmente, el tráfico de niños como condicionante de la evolución del marco jurídico de la adopción internacional, Cuartero Rubio, María Victoria, “Adopción internacional y tráfico de niños”, *Boletín de Información Ministerio de Justicia*, núm. 1840, 1o. de marzo de 1999, pp. 407 y ss.

¹¹⁹ El interés del menor en no ser objeto de tráfico no debe primar sobre el interés en ser integrado cuanto antes en una familia en la que pueda desarrollarse como niño, como ser humano. El *favor negotii* debe sacrificarse, en términos generales, al *favor filii*; véase el interesante artículo de Orejudo Prieto de los Mozos, P., *op. cit.*, nota 117, pp. 24 y ss., en el apartado que se refiere a la adopción internacional y el tráfico internacional de menores.

define el tráfico de menores como: la sustracción, el traslado, la retención o la tentativa de sustracción, traslado o retención, de un menor con propósitos ilícitos (prostitución, explotación sexual, servidumbre, o cualquier otro, ya sea en el Estado de residencia del menor o en el Estado al que sea trasladado) o por medios ilícitos (secuestro, consentimiento fraudulento o forzado, entrega o recepción de pagos o beneficios con el fin de lograr el consentimiento de los padres, las personas o la institución a cuyo cargo se halla el menor, o cualquier otro, ya sea en el Estado de residencia del menor o en el Estado al que haya sido trasladado).

Por desgracia, el panorama descrito en la citada Convención no se da sólo en aquellos países en vías de desarrollo, sino en aquellos otros que se consideran defensores a ultranza de los derechos humanos y las garantías individuales, países, éstos, de destino de los niños objeto del tráfico.

Pérez Vera critica, precisamente, en la Convención Interamericana de 1994, la ausencia de soluciones para los problemas derivados de la división países ricos-pobres que es, con seguridad, el tráfico de niños.¹²⁰

El problema radica, realmente, en la ausencia de mecanismos que sancionen este tipo de conductas, no sólo en el nivel interno, sino desde el nivel internacional, quizá, a través de un Tribunal Penal Internacional que se ocupe de la resolución de estos problemas estableciendo un sistema eficaz de protección y de sanción penal.¹²¹

Los tratados y convenios internacionales en la materia se limitan a enunciar principios acerca de la prevención y sanción, determinando la obligación de todos los Estados de instaurar un sistema que consagre dichos principios, adoptando las disposiciones de tipo legal y/o administrativo que sean necesarias.¹²²

El tráfico de niños, como componente actual de los problemas de la adopción internacional, puede contemplarse como argumento que desplaza el centro de gravedad de la solución hacia el principio de cooperación.¹²³

¹²⁰ Pérez Vera, Elisa, "El menor en los convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLV, 1993, p. 112.

¹²¹ Uhiá Alonso, Josefa Ma., "Problemática de tipo legal derivada de la adopción internacional", *La Ley*, 16 de febrero de 1998, D. 46, p. 1960.

¹²² *Idem*. Véase anexo IV. Documentos sobre pautas éticas.

¹²³ Cuartero Rubio, Ma. Victoria, *op. cit.*, nota 118, p. 409; Orejudo Prieto de los Mozos, P., *op. cit.*, nota 117, pp.19 y ss.

El papel que desempeñan como mediadoras las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional (ECAIs) en este terreno es importante dada la proliferación de las adopciones internacionales en los últimos tiempos. La regulación de estas ECAIs tanto a través de la normativa nacional como autonómica,¹²⁴ tiene como fin supervisar las verdaderas intenciones de los adoptantes con respecto al adoptado, la falta de compensación económica o pago por la adopción del menor,¹²⁵ la llegada del menor al país de origen de los adoptantes o la realización de un seguimiento del proceso de integración del menor en su nueva familia, cuestiones todas estas que veremos con más detenimiento en el siguiente capítulo dedicado a la práctica mediadora de estas agencias.

Definitivamente, y así lo subraya Cuartero Rubio, el sistema español es paradigma del progreso de las soluciones. En los últimos años ha iniciado una labor de negociación bilateral en materia de adopción internacional y ha concluido una serie de convenios orientados de manera específica a los problemas jurídicos inherentes a la adopción internacional.¹²⁶ De esta manera, la posible solución al tráfico de menores, en clave de cooperación, es también la esencia de estos protocolos o acuerdos bilaterales que serán objeto de estudio en el capítulo tercero.

El Convenio de La Haya de 1993 señala las garantías que deben cumplirse y las vías de coordinación entre Autoridades Centrales incluida la suscripción de protocolos o acuerdos bilaterales en materia de adopción.

Acuerdos formalizados, normalmente, por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales con las autoridades competentes en materia de adopción de los países de origen de los menores donde se aborda y da solución a esa cuestión (por ejemplo, tráfico de menores) al comprometerse, ambas partes, a exigir la intervención de las administraciones públicas de los dos países.¹²⁷

¹²⁴ Véase anexo III. Resumen de la legislación española en materia de adopción. Legislación autonómica española en materia de menores.

¹²⁵ Sugerimos seguir con detenimiento las reflexiones formuladas en torno a la prohibición de obtención de beneficios indebidos derivados de una adopción internacional, en Cuartero Rubio, Ma. Victoria, *op. cit.*, nota 118, pp. 411-418.

¹²⁶ Cuartero Rubio, Ma. Victoria, *op. cit.*, nota 118, p. 408.

¹²⁷ Marina Hernando, Alfonso, "La adopción internacional. El tráfico internacional de menores. Mecanismos de protección y control", *Infancia y Sociedad. Revista de Estudios*, España, núm. 33, 1995.

2. El concepto del “interés superior del menor”

La institución que hoy conocemos y que tiene como objetivo dar unos padres, una familia, al menor de edad que carecen de ellos, o que, aun teniéndolos no le ofrecen la atención, la protección o los cuidados que el menor de edad requiere, nada tiene que ver con la adopción conocida en siglos anteriores, y esto, ya tantas veces reiterado, nos da pie para conectar con esa proyección actual de que la adopción se basa en el interés superior del menor, término, por otra parte, demasiado subjetivo, toda vez que ¿quién puede y debe determinar ese interés del menor?¹²⁸ sobre todo porque cada niño tiene necesidades distintas, según la sociedad y en la cultura en la que viva, por lo que el interés superior del menor cambia en cada caso.

De lo que no tenemos duda es en ubicar al interés superior del menor en la cúspide de todo sistema de protección de menores.

Nos encontramos, entonces, ante un término ambiguo y subjetivo, un concepto jurídico indeterminado¹²⁹ que debe irse perfilando en cada caso concreto que se presente en la práctica.

Vivimos en un mundo en el que lo común, lo real, es ya convivir con la diversidad cultural y jurídica; en donde la concepción familiar occidental y

¹²⁸ Nuñez Muñiz, Carmen, “Algunas consideraciones sobre la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor”, *La Ley*, 2 de octubre de 1996, p. 2. Bercovitz, R., *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, Madrid, 1984, vol. II, p. 1046. Expresa que quien decide lo que interesa al menor es, en primer lugar, los padres quienes, en ejercicio de la patria potestad, determinarán qué le interesa al menor pero además, afirma, la actuación de los progenitores es siempre en beneficio de sus hijos pero se trata de una presunción *iuris tantum* que permite hacer quebrar la idea de que lo mejor para los hijos sea siempre lo que entiendan los progenitores como tal; pero qué ocurre en aquellos casos en que los propios hijos o el juez declaren un interés distinto. Hay muchos otros derechos que también necesitan determinar cuál es el interés del menor, a modo de ejemplo en el derecho de custodia, véase Goldstein, Joseph I., “¿El interés superior de quién?”, en Belfo, Mary (comp.), *Derecho, infancia y familia*, Barcelona, Gedisa, 2000, pp. 115-129.

¹²⁹ Pérez Vera, Elisa, “El Convenio sobre los Derechos del Niño”, *Garantía internacional de los derechos sociales*, Ministerio de Asuntos Sociales, 1990, pp. 167-185, especialmente pp. 180-182; Aguilar Benítez de Lugo, Mariano, “La protección del menor en derecho internacional privado”, *Infancia y Sociedad*, núm. 33, 1995, p. 36; Moya Escudero, Mercedes, *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores*, Granada, Comares, 1998, p. 9, los define como un “concepto multiforme y susceptible, en principio, de tantas concreciones como operadores jurídicos, y variable de país a país, con una maleabilidad de fuerte acento nacionalista”. Véase, asimismo, Navarro Atienza, M. A., “La legislación sobre la protección jurídica del menor y los conceptos jurídicos indeterminados”, *Protección jurídica del menor*, pp. 177-182.

no occidental tienen que interactuar y en ese sentido, determinar cuál es, entonces, el papel que se atribuye al principio del interés superior del menor en un contexto intercultural.¹³⁰

El legislador no acierta, y esa es también nuestra postura, con la defensa del interés del menor en la adopción internacional.¹³¹ Tal y como manifiesta el profesor Calvo Caravaca, muchas de las previsiones normativas sobre adopción internacional perjudican al menor en vez de favorecerle: se impide o dificulta hasta el extremo que en la constitución de la adopción internacional, se niegan efectos a adopciones regularmente constituidas en el extranjero, y así un largo etcétera.¹³²

La Ley Orgánica 1/1996 española, en su artículo 2o., concibe el interés superior del menor como una cláusula general que engloba otras como lo “beneficioso para el menor”, “cuando convenga al menor”, lo cual permite una autonomía judicial para solucionar los problemas prácticos según las circunstancias del supuesto. Parece, en este supuesto, conveniente la ambigüedad del concepto, ya que, fuera de concepciones rígidas, permite al juez acercarse a la verdadera situación en la que se halla el niño y decidir lo más favorable para él.

El principio de protección del menor se ha convertido en referencia obligatoria, en cuanto al derecho internacional privado se refiere, al constatarse una serie de prácticas, ya generalizadas, en torno a la internacionalización de la condición del menor,¹³³ al estar éste imbuido en prácticas habituales en donde se demandan, por ejemplo, derechos de custodia y visita, reclamaciones de alimentos, demandas por secuestro internacional de menores,¹³⁴ tráfico de menores y adopción internacional, fundamentalmente.

¹³⁰ Durán Ayago, Antonia, “El interés del menor en el conflicto de civilizaciones: elementos para su concreción en un contexto intercultural”, en Calvo Caravaca, A. L. (coord.), *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, 2004, pp. 295 y ss.

¹³¹ Melendo Martínez, Mariano Pablo, “Una perspectiva crítica de la adopción internacional”, *cit.*, nota 58, pp. 995 y ss.

¹³² Calvo Caravaca, Alfonso Luis, *op. cit.*, nota 10, p. 25.

¹³³ Véase el interesante prólogo de Jesús Palacios en donde se expresa la idea de que “...Nuestra vida cotidiana se internacionaliza sencillamente porque el mundo está más internacionalizado y la adopción no se ha escapado de este fenómeno de mundialización creciente...”. Sarrago Morillo, José Luis, *op. cit.*, nota 106, pp. 12 y ss.

¹³⁴ Véase Tomás Ortiz de la Torre, “Retención de hijos menores de edad por parte del progenitor extranjero o español que no tiene la guarda y custodia”, en Gil-Robles *et al.*, *Puntos capitales de derecho de familia en su dimensión internacional*, Madrid, Dykinson, 1999.

La defensa del interés superior del niño a través del principio de protección del menor es, y debe ser, la pieza clave en la promoción de los derechos de la niñez.¹³⁵ Así se manifestó desde 1989 en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y así ha sido asumido por 191 Estados que ya son parte de la Convención, alcanzando una ratificación casi universal.¹³⁶

En cuanto a la sustracción interparental de menores, consúltese la página web de la Asociación para la Recuperación de Niños Sacados de su País <http://www.recuperación-menores.org>. Asociación cuyo objetivo es la recuperación de menores cuya guarda y custodia, determinada por los Tribunales de Justicia, no es admitida por uno de los padres que actúa utilizando al niño trasladándolo ilícitamente fuera del país y vulnerando sus derechos.

Véase, asimismo, Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores. *Boletín Oficial del Estado*, de 11 de diciembre de 2002, en donde se trata de evitar, en lo posible, los efectos perjudiciales que en supuestos de crisis familiares puedan ocasionarles determinadas actuaciones de sus progenitores así como prever medidas cautelares en el ámbito civil que eviten las sustracciones o retenciones ilícitas de menores.

¹³⁵ Brena Sesma, Ingrid, “El interés del menor en las adopciones internacionales”, en González Martín, Nuria y Rodríguez Benot, Andrés (coords.), *Estudios sobre adopción internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, pp. 91 y ss.; Magno, Giuseppe, “L’adozione internazionale dei minori”, *La riforma del diritto internazionale privato*, Nápoles, Societa Italiana de Diritto Internazionale, 1997, pp. 165-185.

¹³⁶ Alegría Borrás, por su parte expresa “lo limitado del Convenio de Naciones Unidas sobre los Derechos del niño, dada la poca concreción de las obligaciones que impone y que constituye, sin duda, la razón de que haya tenido tantas ratificaciones en tan poco tiempo, ya que cuanto más concreto es un convenio y más estrictas las obligaciones que de él se derivan, mayores son las dificultades para su entrada en vigor y, en último término, para su eficacia... el Convenio de Naciones Unidas puede destacarse por su vaguedad y falta de concreción” sin desdeñar, sin embargo, la importancia que tienen el hecho de la existencia de un convenio sobre esta materia. Melía Llacer, R., “La protección internacional de los derechos de los niños”, *Revista General de Derecho*, 1989, pp. 2907 y ss. Citado por Borrás Rodríguez, Alegría, “El «interés del menor» como factor de progreso y unificación del derecho internacional privado”, *Revista Jurídica Catalana*, 1994, p. 925. Sobre el Convenio de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, véase Díaz Barrado, “La Convención sobre los Derechos del Niño”, *Estudios jurídicos en conmemoración del X aniversario de la Facultad de Derecho, Córdoba*, vol. 1; Miralles, P. P., “La ratificación por España de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño”, *Actualidad Civil*, 1991, núm. 39; Mayor del Hoyo, Ma. V., *op. cit.*, nota 88, pp. 135 y ss.; Rodríguez Mateos, P., “La protección jurídica del menor en la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989”, *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 2, 1992, pp. 465 y ss.; Aguilar Benítez de Lugo, Mariano, “La familia en los convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLV, núm. 1, 1993, pp. 7-37.

El artículo 3o. de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 ha consagrado universalmente el principio del interés superior del menor, aunque no ha concretado qué debe entenderse por tal al decir: "...en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, *una* consideración primordial a que se atenderá será el interés del menor". Mientras que, por ejemplo, en el artículo 21 de la misma Convención, en el que se hace referencia a la adopción se especifica que en ella el interés del menor será "*la*" consideración primordial. Ello parece indicar que se hace una distinción entre el interés del menor en el derecho de familia en donde su consideración será "*la*" más relevante y en el resto de relaciones en las que esté implicado el menor en la que tendrá "*una*" consideración primordial.

Por otro lado, al no tener esta Convención efecto directo, será la legislación de cada país la que concrete en qué debe traducirse este interés, lo que conlleva a pensar que de haber recibido consagración universal, éste puede adquirir connotaciones distintas en contextos culturales diferentes.¹³⁷

En todas sus manifestaciones, el interés del menor parece que se encuentra localizado, según la mayoría de los autores, en el respeto de sus derechos fundamentales como los de todos los individuos y en el libre desarrollo de su personalidad,¹³⁸ aunque en el caso de los menores, precisamente ese desarrollo de la personalidad es el que va a otorgar una nota de incertidumbre a tal interés, al no resultar conveniente actuar en igual grado de protección o im-

¹³⁷ Durán Ayago, Antonia, *op. cit.*, nota 130.

¹³⁸ Llevería Semper, S., *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores (Estudio sistemático de la Ley 21/1987 de 11 de noviembre)*, Barcelona, 1990, pp. 175-176; Roca y Trias, E., *Contestación*, p. 976. Esta puede ser la consideración actual, puesto que en momentos anteriores se estimó que el interés del niño se situaba en no padecer necesidades materiales, en recibir tanto la educación mínima necesaria como afecto y atenciones de sus padres, Ancel, M. y Molines, H., *La protección judiciaire*, pp. 6-9. Ello no es incompatible con la idea de que para determinar el interés superior del menor, es obvio que habrá que atender a sus necesidades concretas y a sus específicas circunstancias. Entre los criterios o máximas de experiencia que pueden tomarse en cuenta para determinar el interés del menor, destaca Rivero Hernández los siguientes: deberá atenderse tanto a las necesidades materiales básicas o vitales del menor (alojamiento, salud, alimentación, etcétera) como a las de tipo espiritual; a los deseos, sentimientos y opiniones del menor; al mantenimiento del *status quo* material y espiritual del menor por la incidencia que toda alteración del mismo puede tener en su personalidad, y habrá que atender, por último, a la consideración de su edad, sexo, personalidad, efectividad, creencias religiosas y formación espiritual y cultural. Citado por Durán Ayago, Antonia, *op. cit.*, nota 130.

posición sobre un niño que sobre un adolescente, por lo que es preciso, a medida que el menor tenga uso de razón, que sea éste el que manifieste cuál considera que es tal interés. Desde esta nueva perspectiva, se considera que el menor deja de ser una mera emanación de sus padres para ser reconocido como persona portadora de dignidad constitucionalmente reconocida, no sólo en el ámbito interno, sino por supuesto también el internacional,¹³⁹ en el que, según la profesora Alegría Borrás, tal interés general se recoge en el artículo 39.4 de la Constitución española y comporta: “desde el punto de vista del derecho internacional privado, la adopción de soluciones flexibles y de disposiciones materialmente orientadas”.¹⁴⁰

Queremos entender con ello, siguiendo las pautas del artículo 3o. y 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, y siguiendo a la profesora Durán Ayago, que: a) el interés del menor será siempre el criterio fundamental en las relaciones de familia en las que el menor sea parte; b) en el resto de las relaciones, el principio del interés del menor tendrá una consideración principal; y c) el interés del menor es un concepto jurídico indeterminado, cuyo núcleo indisponible lo constituyen los derechos fundamentales regulados en la Convención, y que la zona de inconcreción que posee podrá llenarse con los elementos culturales propios. El problema surgirá cuando ese margen de apreciación desplace al núcleo de los derechos. Entonces ya no estaremos ante el interés superior del menor, sino ante la imposición de una cultura sobre la persona del niño.¹⁴¹

IV. CONCEPTO DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL

La adopción es un acto jurídico que crea entre adoptante(s) y adoptado(s) un vínculo de parentesco civil del que se derivan relaciones análogas a las que resultan de la paternidad y filiación legítimas. Tenemos, entonces, que la adopción tiene como fin incorporar al *adoptado* a una familia de manera plena, en la situación de hijo biológico y lograr, de esa manera, la formación y educación integral del adoptado.

Históricamente, y así lo comentamos, la filiación biológica era la esencia de las relaciones jurídicas entre padres e hijos; la adopción se contem-

¹³⁹ Álvarez Vélez, M. I., “La política de protección de menores en el ámbito internacional”, en Rodríguez Torrente, J., *El menor y la familia: conflictos e implicaciones*, Madrid, 1998, pp. 173-188.

¹⁴⁰ Borrás Rodríguez, Alegría, *op. cit.*, nota 136, p. 923.

¹⁴¹ Durán Ayago, Antonia, *op. cit.*, nota 130.

plaba como algo residual, extremo; proporcionaba formas de perpetuar líneas sucesorias y bienes familiares, con escasas ventajas para el adoptado. En la actualidad, la adopción nacional y la internacional se han convertido en realidades con un pronunciamiento inequívoco en favor del interés superior del menor.¹⁴²

Con la aparición de los diferentes instrumentos internacionales de protección del menor, se concibe a la adopción internacional como una medida de protección y bienestar que permite a los niños, huérfanos o abandonados, beneficiarse de una familia permanente, buscando siempre ese interés superior del menor.

El marco jurídico que regula, de forma muy especializada, la adopción internacional es el comentado Convenio de La Haya de 1993, el cual se aplica en los casos de adopción internacional, es decir, en aquellas adopciones en que el niño y los adoptantes tienen su residencia habitual en diferentes Estados. En este tenor, el artículo 2o., párrafo primero, del Convenio de La Haya de 1993 expresa lo siguiente:

1. La Convención se aplica cuando un niño con residencia habitual en un Estado contratante (“el Estado de origen”) ha sido, es o va a ser desplazado a otro Estado contratante (“el Estado de recepción”), bien después de su adopción en el Estado de origen por cónyuges o por una persona con residencia habitual en el Estado de recepción, bien con la finalidad de realizar tal adopción en el Estado de recepción o en el Estado de origen.¹⁴³

¹⁴² González Martín, Nuria, *op. cit.*, nota 102. Véase la bibliohemerografía recomendada en dicha voz: Brena Sesma, Ingrid, “La adopción y los convenios internacionales”, *Revista de Derecho Privado*, México, año 8, núm. 24, septiembre-diciembre de 1997; Brioso Díaz, Pilar, *op. cit.*, nota 11; González Martín, Nuria y Rodríguez Benot, Andrés (coords.), *Estudios sobre adopción internacional*, México, UNAM, Instituto Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 389; Lacruz Berdejo, J. L. *et al.*, *Filiación adoptiva en idem elementos de derecho civil, IV, Derecho de familia*, 4a. ed., Barcelona, Bosch, 1997, pp. 539-567; Magallón Ibarra, Jorge Mario, *Instituciones de derecho civil, cit.*, nota 21; Parra Aranguren, Gonzalo, “La Convención de La Haya de 1993 sobre la Protección del Niño y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional”, *Boletín de la Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia*, Madrid, segunda época, núm. 6, verano-otoño de 1994; Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena y Brena Sesma, Ingrid, “Adopción”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, Porrúa-UNAM-Instituto Investigaciones Jurídicas, 2002; Pina, Rafael de, *Diccionario de Derecho*, 3a. ed., México, Porrúa, 1973.

¹⁴³ Véase en cuanto a la constitución de la adopción a Calvo Caravaca, Alfonso Luis, *op. cit.*, nota 10, pp. 23 y ss.

De esta manera se pronuncia una doctrina mayoritaria, que entiende por adopción internacional el acto jurídico que celebran personas con residencia habitual¹⁴⁴ 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.

Destacar, por otro lado, que hay un sector doctrinal con una clara tendencia a conceptualizar a la adopción internacional teniendo en cuenta todos y cada uno de los elementos internacionales que están aparejados a la misma (nacionalidad, ciudadanía, residencia, etcétera).¹⁴⁵ Así tenemos, según dicho sector doctrinal, que la “adopción será internacional, y por ello relevante para el derecho internacional privado, cuando exista un elemento de extranjería en la relación, que puede ser: o bien la nacionalidad extranjera de una de las partes, o que alguna de ellas tenga su domicilio o su residencia en el extranjero, o que algunos actos ocurran en el extranjero”.¹⁴⁶ Se considera que cualquier diferencia, ya sea de nacionalidad, domicilio o residencia entre las partes, supondrá la internacionalidad de la institución. La idea es, parece ser, no basarse sólo en los elementos personales, sino que, atendiendo al lugar de celebración de los actos, baste con que alguno de ellos, no todos, se hayan celebrado en el extranjero para que la adopción se considere internacional. Por lo tanto, consideran que la adopción será internacional cuando se determine la nacionalidad extranjera, o el domicilio o residencia en el extranjero, del adoptante, del adoptado, o de ambos.

Sin embargo, la Convención de La Haya de 1993 expresamente dice, y esa es nuestra opinión, que se dirige a adopciones que establezcan exclusi-

¹⁴⁴ En cuanto a los puntos de conexión y en concreto al criterio de la residencia habitual para determinar la competencia legislativa en derecho internacional privado, véase Aguilar Benítez de Lugo, Mariano, *op. cit.*, nota 136, pp. 17 y ss.

¹⁴⁵ Bouza Vidal, Nuria, *op. cit.*, nota 51, p. 921, la autora, por ejemplo, llega a contabilizar hasta catorce supuestos distintos de adopción internacional autorizadas por autoridad española en España (al margen de las adopciones consulares y de las autorizadas por autoridad extranjera y reconocidas posteriormente en España). En todos estos supuestos, los elementos “extranjeros” que la autora combina son la nacionalidad y residencia de adoptante y adoptado. Citado por Adroher Biosca, Salomé, *op. cit.*, nota 110, p. 408.

¹⁴⁶ Groffier, “L’adoption en droit international privé comparé”, *Revue Critique de Droit International Privé*, 1973, p. 604; Verwilghen, “La filiation adoptive en droit international privé belge. Etude des règles de conflits de lois introduites a l’article 344 du Code Civil par la loi du 21 mars 1969”, *Revue du Notariat Belge*, p. 164, nota 8; Delupis, *International Adoptions on the Conflict of Laws*, Estocolmo, Almquist Wikksell International, 1975, p. 11. Citado por Brioso Díaz, Pilar, *op. cit.*, nota 11, p. 5.

vamente un vínculo de filiación para el niño que va a ser desplazado a otro Estado contratante, la idea subyacente es tan sólo restringir el ámbito de la Convención a esas clases de adopciones, pero sin negar la eficacia o ignorar otras posibilidades para el cuidado de los niños.

El concepto de adopción internacional en la legislación mexicana, lo encontramos en el artículo 410 E del Código Civil para el Distrito Federal, el cual constituye el precepto que rige la normatividad de la adopción internacional.

Los legisladores mexicanos han acogido un principio para definir la adopción internacional que difiere del criterio y, en definitiva, del concepto de adopción internacional que nos proporcionan las disposiciones internacionales.

Según el artículo 410 E del Código Civil para el Distrito Federal, reformado en 1998 y posteriormente en 2004: “la adopción internacional es la promovida por ciudadanos de otro país, con residencia habitual fuera del territorio nacional. Esta adopción se registrará por los tratados internacionales suscritos y ratificados por el Estado Mexicano bajo el principio de bilateralidad y, en lo conducente, por las disposiciones de este Código”,¹⁴⁷ es decir, define la adopción internacional, fundamentalmente, como la realizada por los ciudadanos de otro país que carecen de residencia en el territorio nacional.

El concepto acogido internamente apunta hacia la idea de: a) los adoptantes se encuentran en el extranjero y además son “ciudadanos extranjeros”; y b) el menor se encuentra en México. En este caso, aquellos mexicanos que residen fuera de las fronteras mexicanas no estarían incluidos en el supuesto de adopción internacional, sin tomar en cuenta uno de los presupuestos de mayor importancia, desde el punto de vista psicológico, cultural y social y es que los menores mexicanos, en caso de ser adoptados por connacionales residentes en el extranjero, no se desarraigan totalmente porque sus padres siguen siendo mexicanos. Es un error, por lo tanto, que se tome en cuenta la nacionalidad o ciudadanía del adoptante para definir la adopción internacio-

¹⁴⁷ Reformado *Gaceta Oficial del Distrito Federal* de 9 de junio de 2004, Decreto por el que se adicionan diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal y el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Hay otra reforma publicada en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* de 6 de septiembre de 2004, Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal, el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal en materia de guarda, custodia y derecho de convivencia de los menores sujetos a patria potestad.

nal. En el derecho convencional internacional, la adopción atiende a la residencia, pero no a la nacionalidad del adoptante, y lo acabamos de constatar con el artículo 2o., párrafo primero, del Convenio de La Haya de 1993.

Asimismo, el legislador mexicano ubicó al adoptante en el extranjero y al adoptado en México, y se olvidó del caso inverso. México, al suscribir los tratados sobre adopción, ha aceptado la posibilidad de ambas hipótesis,¹⁴⁸ lo que significa que una persona residente en México puede adoptar a un menor residente en el extranjero.¹⁴⁹

México, aun cuando es, fundamentalmente, país emisor de menores no tiene por qué descartar que también puede ser país receptor de menores.¹⁵⁰

Por último, en cuanto a la adopción por extranjeros, el párrafo tercero del artículo 410 E del Código Civil para el Distrito Federal, expresa lo si-

¹⁴⁸ La profesora González Beilfuss opina, en contra, que “Aunque el Convenio (de La Haya de 1993) no impida que un Estado pertenezca simultáneamente a ambas categorías, la vigencia del principio de subsidiariedad que establece que hay que dar preferencia a la colocación del niño en una familia de su Estado de residencia habitual... dificulta que, salvo que concurren circunstancias excepcionales, un mismo Estado presente ese carácter bifronte”, González Beilfuss, Cristina, “La aplicación en España del Convenio de La Haya”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1996, p. 315.

¹⁴⁹ Para ser congruentes con nuestro argumento “bifronte”, debemos aclarar que en el capítulo cuarto en el que incluimos una propuesta o borrador de convenio bilateral en materia de adopción internacional entre España y México, no hemos contemplado el procedimiento para las adopciones de menores españoles para residentes en México por la razón, conocida ya por todos, que España en concreto, difícilmente podría proponer a un menor nacional para una adopción internacional cuando tiene una de las tasas más baja de natalidad a nivel mundial y una lista de espera nacional con amplias dificultades de dar curso a tal demanda. Los residentes mexicanos que pretendan realizar una adopción transnacional tendrían que pensar, definitivamente, en otro país.

¹⁵⁰ A través de los diferentes informes emitidos por las Autoridades Centrales mexicanas, en este caso concreto, emitidos por el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF) e incluso desde nuestra experiencia práctica, vemos que en México hay un crecimiento del número de solicitantes nacionales que desean realizar una adopción. Se ha potenciado la denominada “cultura de la adopción” y los nacionales que por diversas razones, no han podido tener hijos biológicos, buscan conformar una familia adoptiva. No obstante, y esa es nuestra opinión, se siguen teniendo problemas de integración entre la misma comunidad mexicana. El Instituto Nacional Indigenista nos da un dato de gran relevancia que es la existencia de 57 etnias ubicadas en el territorio nacional mexicano, todas ellas con claros rasgos indígenas y nuestra experiencia nos hace pensar que las parejas mestizas no siempre tienen la “voluntad” de recibir en su seno familiar a un menor con estas características, con un fenotipo diferente, y de ahí la existencia de parejas mexicanas que aún teniendo la posibilidad de adoptar en su país de origen, México, vuelven sus ojos hacia la adopción internacional en aquellos países con claros rasgos occidentales.

guiente: “La adopción por extranjeros es la promovida por ciudadanos de otro país, con residencia permanente en el territorio nacional. Esta adopción se registrará por lo dispuesto en el presente código”.¹⁵¹ Se refiere a aquella adopción por parte de extranjeros que residen en el territorio nacional, es la denominada adopción por extranjeros que se caracteriza por ser promovida por ciudadanos de otro país, pero que tienen residencia en el territorio nacional, cuyo régimen está señalado por el propio Código Civil.

En este supuesto, los legisladores mexicanos olvidaron que los extranjeros que adoptan, aun cuando estén residiendo permanentemente en México, podrán retornar a su país de origen o podrán cruzar cualquier otra frontera, y, por consecuencia, llevar a su hijo adoptivo a ese país y, sin embargo, el proceso se realizó como adopción nacional. La exigencia de que los extranjeros tengan “residencia permanente en México” no impide la movilidad de los mismos en un futuro próximo o lejano, y sin embargo, los requisitos exigidos por la ley interna y el procedimiento no atiende con la misma exhaustividad y escrutinio, de una adopción internacional, buscando siempre el interés superior del menor. El legislador, una vez más, dejó en la anomia una materia de tanta trascendencia.

V. ESPECIAL REFERENCIA AL CONVENIO DE LA HAYA DE 1993

1. *Notas preliminares*

La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, se define en el artículo 1o. de sus Estatutos como una organización interestatal de carácter permanente, cuya finalidad es la unificación progresiva de las reglas de derecho internacional privado en los países miembros.¹⁵²

¹⁵¹ Con las reformas citadas del 2004, *Gaceta Oficial del Distrito Federal* de 9 de junio de 2004 y *Gaceta Oficial del Distrito Federal* de 6 de septiembre de 2004, el concepto de adopción por extranjeros quedó igual.

¹⁵² En la segunda mitad del siglo XIX se produjo un proceso de desarrollo de las doctrinas, entre ellas hay que destacar, la doctrina universalista de Mancini, el cual promovió ante su gobierno, en 1861, la iniciativa de convocar una conferencia para unificar las normas de los derechos que afectan a las personas cuando están fuera de su ámbito jurídico, es decir, las normas de derecho internacional privado, y en general, promovió la idea codificadora, que tras un primer fracaso, volvió a retomar Mancini en 1863.

Teniendo en cuenta estas premisas, en 1893 y a impulso del profesor T. Asser, el gobierno de Holanda consigue que se convoque, eficazmente, esta conferencia de Esta-

La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado es una institución de prestigio que se ocupa de la codificación del derecho internacional privado, preparando convenios internacionales que reciben, en general, una magnífica acogida y son ratificados por numerosos Estados.¹⁵³ La experiencia demuestra no sólo el importante papel desarrollado

dos europeos para llegar a formulaciones codificadoras. El mecanismo que utiliza para llevar a cabo dicha unificación es el convenio internacional.

La historia de la Conferencia de La Haya ha seguido el camino de los avatares europeos (reuniones y convenciones formuladas e innumerables problemas). Después de un intermedio con la Primera Guerra Mundial, se vuelve a la actividad en el periodo de entre-guerras y se habla de un segundo soplido de vida tras la Segunda Guerra Mundial, en el que se abre la Conferencia, en esta ocasión, a todos los países del mundo. Ya no es una Conferencia europea, sino mundial, se produce periodicidad en las convocatorias y se establecen numerosos convenios firmados y ratificados en los distintos Estados.

Se produce, asimismo, una ampliación de sus materias abarcando derecho de familia, derecho de contratos, de responsabilidad, testamentos en general y procedimiento. Véase González Martín, Nuria “Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, Porrúa-Instituto Investigaciones Jurídicas, 2005.

¹⁵³ Los convenios aprobados pueden verse en el *Recueil des Conventions/Collection of Conventions*, publicado por la propia Conferencia. Véase con referencia a España, Pérez Vera, Elisa, *op. cit.*, nota 120, pp. 101-114; así como Borrás Rodríguez, Alegría, “Cuatro elementos estructurales de los convenios de La Haya con especial referencia a los convenios ratificados por España”, *Revista Jurídica de Cataluña*, Madrid, 1, 1993, pp. 9-24. Los cuatro elementos estructurales a los que se refiere la autora son: a) el ámbito de aplicación de los convenios; b) las técnicas de reglamentación; c) las estructuras de cooperación; y d) los Estados jurídicamente complejos.

España es parte en quince convenios de La Haya, y entre ellos, se destacan aquí siete, en cuanto afectan a la situación de los menores: el Convenio sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias respecto a Menores de 24 de octubre de 1956 (ratificado el 20 de febrero de 1974, *Boletín Oficial del Estado (BOE)*, 6 de mayo de 1974); el Convenio sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias con respecto a Menores de 15 de abril de 1958 (ratificado el 2 de julio de 1973, *BOE*, 12 de noviembre de 1973); el Convenio sobre Competencia de las Autoridades y la Ley Aplicable en Materia de Protección de Menores de 5 de octubre de 1961 (ratificado el 29 de abril de 1987, *BOE*, 20 de agosto de 1987); el Convenio sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias de 2 de octubre de 1973 (ratificado el 16 de mayo de 1986, *BOE*, 16 de septiembre de 1986); el Convenio relativo al Reconocimiento y a la Ejecución de las Resoluciones relativas a las Obligaciones Alimenticias de 2 de octubre de 1973 (ratificado el 28 de mayo de 1987, *BOE*, 12 de agosto de 1987, corrección de errores *BOE*, 25 de noviembre de 1987); el Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 25 de octubre de 1980 (ratificado el 28 de mayo de 1987, *BOE*, 24 de agosto de 1987) y el Convenio del cual es objeto la presente investigación, relativo a la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional de 19 de mayo de 1993 (ratificado por España el 11 de julio de 1995, *BOE*, núm. 182, 1o. de agosto de 1995).

por la Conferencia de La Haya en la asunción y ejecución de los principios contenidos en la Convención sobre los Derecho del Niño de 1989, sino, además, el papel que desempeña como integradora de las normas de derecho internacional privado,¹⁵⁴ demostrando la gran capacidad para adaptar

México, por su parte, participa como miembro de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, a partir del 18 de marzo de 1986, fecha en que depositó su instrumento de adhesión al Estatuto de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (decreto de aprobación del Senado en el *Diario Oficial* de 28 de enero de 1986 y su decreto de promulgación en el *Diario Oficial* de 12 de mayo de 1986). México a la fecha forma parte de cinco tratados emanados de este organismo, de los cuales dos se refieren a materia de menores: la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (emanada de la Décimo Cuarta Sesión Ordinaria de la Conferencia de La Haya celebrada del 6 al 25 de octubre de 1980; aprobada en México por el Senado el 13 de diciembre de 1990, se publicó el decreto de aprobación del Senado en el *Diario oficial* del 14 de enero de 1991, se depositó el instrumento internacional de adhesión el 20 de junio de 1991 ante el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos y se publicó su decreto de promulgación en el Diario oficial del 6 de marzo de 1992) y la Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional (emanada de la Decimoséptima Sesión Ordinaria de la Conferencia de La Haya celebrada del 10 al 29 de mayo de 1993; aprobada en México por el Senado el 22 de junio de 1994, se publicó el decreto de aprobación del Senado en el *Diario Oficial* de 6 de julio de 1994, se depositó el instrumento internacional de ratificación el 28 de agosto de 1994 ante el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos y se publicó su decreto de promulgación en el *Diario Oficial* de 24 de octubre de 1994).

Asimismo, en el ámbito regional, México, como Estado miembro de las Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado (CIDIPs, dependientes de la Organización de los Estados Americanos) ha ratificado en materia de menores un total de 19 convenciones, de las cuales 3 son relativas a menores: Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Adopción de Menores, hecha en La Paz el 24 de mayo de 1984 (CIDIP III), México publicó el decreto de su promulgación en el *Diario Oficial* de 21 de agosto de 1987; Convención Interamericana sobre Restitución de Menores, aprobada en Montevideo el 15 de junio de 1989 (CIDIP IV), México publicó el decreto de su promulgación en el *Diario Oficial* de 18 de noviembre de 1994; Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, aprobada en México el 18 de marzo de 1994 (CIDIP V), México publicó el decreto de su promulgación en el *Diario Oficial* de 10. de junio de 1998.

¹⁵⁴ En cuanto a la recepción de dichas normas unificadoras, en materia de adopción internacional, en el derecho intencional privado español, véase Calvo Caravaca, Alfonso Luis, *op. cit.*, nota 10, p. 23, en donde se expresa con la claridad, rotundidad y certeza que caracteriza al profesor, que el legislador español no acierta con la defensa del interés superior del menor en la adopción internacional, además la regulación de la adopción internacional es técnicamente defectuosa y está sujeta a constantes cambios legales y para muestra las reformas sufridas por el artículo 9.5 del Código Civil.

sus técnicas de unificación a dichos principios y al nuevo contexto internacional de la situación del menor.¹⁵⁵

Comentar, en este sentido, que en materia de Cooperación Internacional entre Autoridades (CIA) aparece un nuevo mecanismo jurídico que desarrolla la Conferencia de La Haya que es el *Law in Action*, contrapuesto tradicionalmente *versus* al de *law in the books*, refleja, en este contexto, el compromiso asumido por parte de la Conferencia de La Haya de propiciar, llevar a cabo, y favorecer todos los proyectos necesarios y oportunos para que los Convenios internacionales de CIA concluidos en su seno que regulan la protección internacional del menor (Convenios de 1980, 1993 y 1996) sean instrumentos dinámicos, susceptibles, en general, de adaptarse a las exigencias de la globalización y, en particular, de mejorar su funcionamiento progresivamente y conseguir el mayor número de ratificaciones. En definitiva, se trata de conseguir que el proceso de aplicación de estos Convenios se considere como un proceso continuo de desarrollo y de mejoramiento (*mise en oeuvre progressive*). Estos objetivos se llevan a cabo, básicamente, a través de dos vías interrelacionadas: las comisiones especiales de seguimiento de los respectivos convenios internacionales y la relevante labor del Buró u Oficina Permanente de la Conferencia.

La labor realizada por el Buró Permanente de la Conferencia de La Haya, ha tomado especial importancia a partir de la CIA al elaborar y difundir bases de datos actualizadas y estandarizadas sobre decisiones judiciales nacionales sobre CIA; promoción y desarrollo de programas de educación y formación jurídica dirigidas al personal de las Autoridades Centrales y el resto de las personas responsables de la organización, participación y promoción de seminarios judiciales (nacionales, regionales e internacionales), seguimiento del funcionamiento de los convenios de la CIA elaborando estadísticas rigurosas, etcétera.

¹⁵⁵ Pérez Bevíá, José Antonio, y García Cano, Sandra, “Contribución de la Conferencia de La Haya a la globalización de los derechos del niño”, en Calvo Caravaca, Alfonso Luis y Blanco-Morales Limones, Pilar, *Globalización y derecho*, Colex, Madrid, 2003, p. 469. Véase, en ese mismo sentido, los nuevos mecanismos jurídicos que desarrolla la Conferencia de La Haya: el *Law in Action*: concepto y herramientas de realización en *idem*, pp. 486-490. Con respecto a la codificación y sus dificultades aconsejamos la lectura de González Martín, Nuria, *Sistemas jurídicos contemporáneos: Nociones introductorias y familia jurídica romano-germánica (I)*. Jurídica, México, Universidad Iberoamericana, núm. 30, 2000, en especial su introducción.

Por otra parte, destacamos la labor realizada por las comisiones especiales de seguimiento, convocadas periódicamente por el secretario general de la Conferencia, respecto a cada uno de los convenios y que tienen como finalidad, básicamente, examinar y revisar el funcionamiento práctico de cada convenio, detectar y resolver las dificultades suscitadas en su aplicación, y unificar, en la medida de lo posible, entre los respectivos Estados parte, sus criterios de interpretación y aplicación.¹⁵⁶

Por lo que corresponde, específicamente, a los trabajos preparatorios del Convenio de la Haya de 1993, se iniciaron con el acuerdo adoptado en la XVI Sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado de octubre de 1988, al incluir en el orden del día de los trabajos de la XVII Sesión, el tema de la adopción de niños procedentes del extranjero,¹⁵⁷ previendo la asistencia de los 37 Estados miembros, en ese momento, en la Conferencia de La Haya, así como miembros *ad hoc* que tenían un interés y papel preponderante por ser, por regla general, Estados de origen de los menores susceptibles de darse en una adopción internacional,¹⁵⁸ tal y como apuntamos en páginas anteriores con respecto a México.

Para la preparación del Convenio se realizó una Comisión especial¹⁵⁹ con sucesivas reuniones hasta su culminación en la aprobación, firma y publicación del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional.

¹⁵⁶ Pérez Beviá, J. A. y García Cano, S., *op. cit.*, nota 155, pp. 486 y 487.

¹⁵⁷ Borrás Rodríguez, Alegría, *op. cit.*, nota 85, p. 7. Jametti Greiner, Monique y Bucher, Andreas, “La dix-septième session de la Conférence de La Haye de Droit International Privé”, *cit.*, nota 101, pp. 55-101; Poisson-Drocourt, “L’adoption internationale”, *Revue Critique de Droit Internationale Privé*, 1987, pp. 707 y ss.

¹⁵⁸ Loon, J. H. A. van, *op. cit.*, nota 1.

¹⁵⁹ El 19 de enero de 1988 el Buró u Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, según la propuesta oficial presentada por Italia, sometió a la consideración de la Comisión Especial de Asuntos Generales y Política de la Conferencia el tema de la cooperación internacional en materia de adopción internacional. “Trabajos futuros: Propuesta del gobierno de Italia”, *Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Actes et Documents de la Seizième Session (1988)*, t. I: *Matières diverses*, La Haya, Documento preliminar, núm. 13, enero de 1988, 1991, p. 189. Citado por Carrillo Carrillo, Beatriz L., “Adopción internacional: condicionantes sociales y jurídicos”, en Calvo Caravaca, Alfonso Luis y Blanco-Morales Limones, Pilar (coords.), *Globalización y derecho*, Madrid, Colex, 2003, p. 184; *id.*, *op. cit.*, nota 8; Bucher, Andreas, “L’avant-projet d’une Convention de La Haye sur l’adoption internationale”, *Revue Suisse de Droit et Droit Comparé*, 1993, pp. 153 y ss.

Ya con el Convenio de La Haya de 1993 en la práctica y pasada una década desde su firma, al estudiar las distintas opiniones vertidas por una doctrina conocedora de la institución de la adopción internacional, podemos encontrar manifestaciones muy contundentes que nos hacen replantearnos, o al menos, reconsiderar ciertas vicisitudes de importancia en la regulación de dicha figura jurídica. Esto no nos sorprende, porque, precisamente, las leyes cuando se manifiestan en la realidad para la cual fueron redactadas, comienzan a vislumbrar escollos, lagunas, incertidumbres, dudas, incoherencias y contradicciones que debemos manifestar para que a través de las diferentes resoluciones de las autoridades administrativas y/o judiciales se les dé curso y podamos cribar errores manifiestos con una mejor regulación de la materia.¹⁶⁰

Así, continúa manifestando el profesor Santiago Álvarez, la realidad de una adopción internacional no es uniforme en función del sistema en el que nos situemos;¹⁶¹ la adopción internacional puede hacer referencia a una institución con un contenido “X” en Francia y con un contenido “Y” en España,¹⁶² de nosotros depende, entre otros, que busquemos ese punto de conexión que trate de dar un sentido a la proyección de aquellos convenios internacionales que se plantean en la comunidad internacional, con unas buenas y claras intenciones de proteger, en este caso, a la infancia, buscar a través del derecho comparado lo que nos manifiesta Cappelletti, no sólo un punto de partida común, sino que, además, encontremos aquellas soluciones comunes.¹⁶³

¹⁶⁰ Álvarez González, Santiago, *Adopción internacional y sociedad multicultural*, Madrid, Tecnos, 1999.

¹⁶¹ Los diferentes ordenamientos jurídicos que interactúan en una adopción internacional, difieren en numerables aspectos, entre otros, con respecto a la exigencia del periodo probatorio, la obligación de intervención de instituciones intermediarias, las condiciones personales del adoptante y del adoptado, los efectos de la adopción, la confidencialidad de los datos relativos a la adopción, la revocabilidad, etcétera. Debe tenerse en cuenta que los Estados de origen no tienen normas ni posiciones equiparables entre sí, con gran diversidad de regulación y sobre bases, en algunos casos, muy diversas a las de los países de otras latitudes. No obstante, puede señalarse, en los Estados de origen, una tendencia a establecer la competencia exclusiva de sus autoridades en la constitución de la adopción y un deseo de mantenimiento de control sobre la adopción cuando el menor ha sido trasladado al Estado de recepción. Borrás Rodríguez, Alegría, *op. cit.*, nota 85, p. 10.

¹⁶² Álvarez González, Santiago, *op. cit.*, nota 160, p. 183.

¹⁶³ Cappelletti, Mauro, *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo (Cuatro estudios de derecho comparado)*, trad. de Héctor Fix Fierro, México, Porrúa, 1993, pp. 14-16.

En España, las normas reguladoras de la adopción internacional son muchas y dispersas, tal y como tuvimos ocasión de exponer: a nivel internacional, las encontramos en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, en el aludido Convenio de La Haya de 1993, en determinados protocolos *ad hoc* que vinculan con diversos países;¹⁶⁴ a nivel interno, las encontramos en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, de mo-

¹⁶⁴ Nos referimos a los protocolos o acuerdos que nacen con una clara vocación de nivelar los desequilibrios demográficos y socioeconómicos del mundo actual. En el capítulo tercero “La política convencional bilateral española en materia de adopción internacional: análisis crítico”, analizaremos y valoraremos estos acuerdos bilaterales en materia de adopción internacional, no obstante, adelantamos los comentarios siguientes. La administración española ha suscrito protocolos o acuerdos en materia de Adopción Internacional con Rumania, de 2 de abril de 1993; Perú, de 21 de noviembre de 1994; Colombia, de 13 de noviembre de 1995; Ecuador, de 18 de marzo de 1997; Bolivia, de 29 de octubre de 2001 (BOE, núm. 304, 20 de diciembre de 2001), y Filipinas, de 12 de noviembre de 2002 (BOE, núm. 21, 24 de enero de 2003). Acuerdos de difícil calificación, en donde la doctrina expresa opiniones de las más diversas: “...se tratan de acuerdos administrativos pactados entre un Ministerio español y el correspondiente órgano con funciones análogas del Estado extranjero de que se trate”, Iriarte Ángel, José Luis, “Adopción internacional”, en varios autores, *Derecho internacional privado*, 2a. ed., Granada, Comares, 2000, vol. II, p. 147; y en esa dirección sobre los cuestionamientos si un acuerdo administrativo es o no es un auténtico tratado internacional, véase a Remiro Brotons, Antonio, “De los tratados a los acuerdos no normativos”, en varios autores, *La celebración de tratados internacionales por España: problemas actuales. Actas del Seminario organizado por el Ministerio de Asuntos Exteriores, el Ministerio de Relaciones con las Cortes y de la Secretaría de Gobierno y el Instituto Nacional de Administración Pública*, Madrid, 1990, p. 39; Fernández Tomás, Antonio, *La celebración de tratados bilaterales de cooperación por España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, pp. 115-117; *id.*, “La válida celebración y la incorporación de los tratados en la jurisprudencia constitucional española”, en varios autores, *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al profesor M. Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 350; así como el Dictamen del Consejo de Estado, núm. 55.253 de noviembre de 1990, y Sentencias del Tribunal Constitucional, de 20 de julio de 1989 (conflicto positivo de competencia 156/1985, Gobierno Junta de Galicia, BOE, 10 de agosto de 1989). Otros autores le dan carácter de “acuerdos no normativos” como por ejemplo lo califica Calvo Babío, Flora, “Naturaleza y alcance de los protocolos de adopción suscritos entre España, Colombia, Bolivia, Ecuador y Perú”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2000, p. 463 y ss.; Esplugues Mota, “Conclusión por parte de España de cuatro protocolos sobre adopción internacional”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLVIII, 1996, pp. 336-340; o simplemente ubicarlos como verdaderos tratados, en los que se simplifica el proceso de celebración, sustituyéndose la plenipotencia del Ministro de Asuntos Exteriores por una simple credencial del titular del departamento interesados, véase Remiro Brotons, Antonio, *Derecho internacional público: 2. Derecho de los tratados*, Madrid, 1987, pp. 38 y 39.

dificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el propio Código Civil en su artículo 9o., inciso 5, en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en las normativas autonómicas que desarrollan además, de la normativa sustantiva en algunos casos, las condiciones de acreditación y control de las entidades colaboradoras en la adopción internacional, como veremos con posterioridad.

El Convenio de La Haya de 1993 se maneja, desde la práctica española, como un convenio de aplicación universal y por ende la norma interna lo toma y lo proyecta directamente sobre su legislación,¹⁶⁵ es más, los decretos autonómicos reguladores de la acreditación de entidades colaboradoras para funciones de mediación en adopciones internacionales, son “ampliamente tributarios de la sistemática del Convenio”.¹⁶⁶

Tenemos, entonces, que el Convenio de La Haya de 1993 no es un mero auxiliar o complemento de las legislaciones internas, va más allá de la cooperación desde el momento mismo en el que induce incluso a reformas legislativas, en el caso concreto, por ejemplo, del Código Civil español y en concreto su artículo 9o., inciso 5o.

El Convenio de La Haya de 1993 tiene como objetivo formal establecer las garantías para que la adopción internacional tenga lugar, exclusiva-

¹⁶⁵ W. Duncan defiende la extensión de los principios y garantías que el Convenio contiene a las adopciones de carácter internacional, aunque no estén cubiertas por el mismo, dado que tales principios y garantías tendrían una validez universal. Orejudo Prieto de los Mozos, P., *op. cit.*, nota 117, pp. 13-26 y p. 17, nota 24, donde se da la referencia completa. Citado por Álvarez González, Santiago, *op. cit.*, nota 160, p. 193.

En los tradicionales convenios *Inter Partes*, de los convenios universales o *erga omnes*, su trascendencia estriba en que, respecto a la materia regulada, sustituyen a las disposiciones internas. Es decir, la ley designada por las normas de conflicto incluidas en un convenio *erga omnes* se aplica tanto si es o no la de un Estado contratante. Esta técnica sólo es propia de los convenios sobre ley aplicable y no de los convenios de cooperación. Borrás Rodríguez, Alegría, *op. cit.*, nota 153, p. 12. La autora continúa diciendo que “La trascendencia de estos convenios estriba en que, a partir del momento de la entrada en vigor del convenio, la correspondiente norma interna queda desplazada por la norma convencional. En países como España el problema radica en que no se modifica la norma interna para alinearla con el convenio ni se realiza tampoco lo que se ha denominado ‘incorporación por referencia’, como hace la ley suiza de derecho internacional privado que, por ejemplo, en materia de forma de las disposiciones testamentarias, dice que se estará a lo dispuesto en el convenio de La Haya de 1961”.

¹⁶⁶ Además, continúa Santiago Álvarez manifestando, que no sólo esta influencia acaba en el ámbito legislativo nacional o autonómico, sino en “su aplicación pura y dura por la Dirección General de Registros y del Notariado en supuestos en los que claramente el Convenio no es de aplicación”. Álvarez González, Santiago, *op. cit.*, nota 160, p. 193.

mente, en el interés superior del niño, lo cual no indica, necesariamente, que este objetivo favorezca la adopción internacional¹⁶⁷ o que palie, simplemente, el tráfico de menores.¹⁶⁸

2. Principios que enmarcan la adopción internacional

Convenios como el de La Haya de 1993, no tendrían razón de ser si no existieran desequilibrios demográficos y socioeconómicos en el mundo.

Los principios que enmarcan la adopción internacional están dirigidos, como venimos reiterando, fundamentalmente, hacia un sistema de protección, por excelencia, para el menor carente de familia propia, siempre buscando ese interés superior del menor como principio rector, en este caso, de la adopción internacional, y al cual no haremos referencia en este epígrafe por haber sido abordado en un rubro anterior al cual remitimos.

Estos cambios culturales, a los que hemos venido haciendo referencia, han supuesto una reorientación de la atención y protección a la infancia.

Al deslindar los requisitos exigidos de los principios establecidos en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, principio de subsidiariedad y principio de cooperación, fundamentalmente, y que veremos inmediatamente, tenemos que:

- a) En el Estado de origen, las autoridades competentes deben asegurarse de la conveniencia de la adopción y que ésta responda al interés superior del niño. También deben asegurarse de que todos los consentimientos necesarios para la adopción, incluso los de los menores, han sido otorgados en los términos legales requeridos y después de haber sido ampliamente informados y asesorados quienes los otorgan (artículo 4o. Convenio de La Haya de 1993).

¹⁶⁷ Al menos, pensamos que no favorece a la adopción internacional independiente, promovidas e intervenidas por la mediación o participación de personas o entidades no acreditadas por organismo oficial que, generalmente, tienen ánimo de lucro y que ofrecen sus servicios y experiencia a quienes estén interesados en una adopción internacional (artículo 22.2 Convenio de La Haya). Calvo Caravaca, Alfonso Luis, *op. cit.*, nota 10, pp. 54 y ss.

¹⁶⁸ Álvarez González, Santiago, *op. cit.*, nota 160, pp. 194 y 195; Martínez Fandos, T., y Gimeno Ferrer, A., “¿Tan difícil resulta adoptar en nuestro país? La adopción más allá de nuestras fronteras”, *La Ley*, núm. 4219, 31 de enero de 1997, primera parte, pp. 1-5; núm. 4220, 3 de febrero de 1997, segunda parte, pp. 1-5.

- b) En el Estado de recepción, las autoridades deben asegurarse que los futuros padres adoptivos han sido debidamente asesorados, que sean idóneos y aptos, y que el niño tiene los permisos necesarios para entrar y residir permanentemente en dicho Estado (artículo 5o. Convenio de La Haya de 1993).

Asimismo, y como ya dejamos entrever, en el marco de la Convención de los Derechos del Niño; la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios Sociales y Jurídicos Aplicables a la Protección y al Bienestar de los Niños, de Adopción y de Colocación Familiar en los Planos Nacional e Internacional, de 3 de diciembre de 1986; así como en el Convenio de La Haya de 1993, se desarrolla un sistema de cooperación a través de un reparto de responsabilidad entre los Estados contratantes,¹⁶⁹ tratando una vez más de:

- Satisfacer las necesidades básicas de la infancia, proporcionando al niño atención sanitaria, educación y formación, seguridad social, oportunidades de juego y recreo.
- Proteger al niño contra toda forma de crueldad y explotación: maltrato y abandono, tortura, pena de muerte, consumo y tráfico de drogas, explotación laboral y sexual, etcétera.
- Ayudar a la familia, respetando sus responsabilidades y sus derechos y deberes, y creando servicios de atención a la infancia para que atiendan convenientemente las necesidades de sus hijos.
- Dedicar una atención especial a los niños particularmente vulnerables, tales como los niños impedidos, refugiados, los pertenecientes a minorías étnicas e indígenas, niños víctimas de malos tratos, abandono, conflictos armados, niños sin familia, etcétera.
- Permitir a los niños expresar su opinión en los asuntos que le conciernen, profesar su religión, buscar y difundir informaciones y asociarse, todo ello en función de su edad y madurez.

El Convenio de La Haya de 1993 viene a regular las adopciones internacionales tomando en cuenta, desde luego, los intereses de los adoptantes, pero en

¹⁶⁹ González Martín, Nuria, “Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 92, mayo-agosto de 1998, p. 577.

forma primordial, el interés superior del niño y el respeto a sus derechos fundamentales,¹⁷⁰ cuya protección compete tanto a los Estados como a la Comunidad Internacional, de ahí el principio de cooperación mencionado.

España y México, como países de recepción y emisión, respectivamente, acogen los diferentes principios internacionales e incluso propugnan, en el caso de México, sus propias observaciones a los mismos. Así, tenemos como principios que enmarcan la adopción internacional:

A. Principio de subsidiariedad

La adopción es concebida, en todo caso, como un recurso de protección para aquellos menores que no pueden permanecer en su propia familia. Para cumplir este objetivo, los Estados deben arbitrar todos los mecanismos necesarios para garantizarle al niño unos padres capaces de asegurar las atenciones propias de la función parental.

En el caso de la adopción en otro país, adopción internacional, los dos Estados que intervienen deben perseguir este objetivo marcado, para ello es esencial en las adopciones internacionales asegurarse, a través de la tramitación, que las mismas se realizan respetando los derechos de los niños.

La adopción internacional procede sólo después de haberse examinado adecuadamente las posibilidades de colocación del niño en su Estado de origen. Todos los niños tienen derecho a crecer en una familia, así como a conservar los vínculos con su grupo de origen, de su país.

México interpreta el principio de subsidiariedad¹⁷¹ atendiendo, fundamentalmente, el contenido del artículo 21 del Convenio de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, y así mantiene (a través del Sistema Nacional DIF) el criterio de la edad de tres años, como la mínima que deberán tener los menores para poder ser sujetos de una adopción internacional.¹⁷²

El establecimiento de una edad mínima está motivado por dos factores fundamentalmente y así queda plasmado en el *Manual de procedimientos de*

¹⁷⁰ Gutiérrez Santiago, Pilar, *op. cit.*, nota 50, pp. 23 y ss., en donde manifiesta la primacía del interés superior del menor y el principio de subsidiariedad de la adopción como medio de protección.

¹⁷¹ En el último capítulo de este trabajo, el capítulo cuarto, detallamos expresamente cuál es la interpretación del principio de subsidiariedad para México; no obstante, creemos conveniente reiterar algunos aspectos del principio de subsidiariedad en México en este momento del trabajo.

¹⁷² Véase anexo VIII. *Manual de procedimientos de adopción de menores del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (Sistema Nacional DIF)*.

adopción de menores del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia:

- el florecimiento, en los nacionales mexicanos, de la denominada “cultura de la adopción” con la consiguiente demanda de nacionales que solicitan la adopción de un menor o menores mexicanos;
- y, por otra parte, debido a una interpretación “armónica” de las Convenciones de La Haya de 1993 y de la Convención de los Derechos del Niño de 1989.

Con respecto al primero de los factores mencionados, hay un crecimiento del número de solicitantes nacionales que desean realizar una adopción. Se ha potenciado la denominada “cultura de la adopción” y los nacionales que por diversas razones no han podido tener hijos biológicos buscan conformar una familia adoptiva.

El segundo aspecto reseñado, considera que la obligación que establece la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, en su artículo 20.3 en donde hace referencia a la “continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico”, interpretada armónicamente con el principio de subsidiariedad, establecido en el artículo 21.b de la misma Convención de 1989 y en el artículo 4.b de la Convención de La Haya de 1993, establece que la adopción internacional sólo debe proceder “después de haber examinado adecuadamente las posibilidades de colocación del niño en su Estado de origen, que responde al interés superior del niño”, y prescribe que se dé la oportunidad de ubicar a un menor en un hogar nacional en primera instancia.¹⁷³

Las autoridades mexicanas insisten en la idea de que el establecimiento de una edad mínima para que los menores puedan ser sujetos de adopción internacional, no pretende dar preferencia a los solicitantes mexicanos sobre los extranjeros,¹⁷⁴ sino que únicamente busca salvaguardar el derecho que tienen los niños a que, para poder ser susceptibles de una adopción internacional, se hayan agotado previamente todas las posibilidades de que permanezcan en el país, lo cual resulta muy difícil acreditar con los niños

¹⁷³ González Martín, Nuria, “Memorias del Seminario-Taller: Teoría y Práctica de la Adopción Internacional”, *Revista Mexicana de Derecho Privado*, México, nueva época, año I, núm. 3, septiembre-diciembre de 2002, pp. 33-51.

¹⁷⁴ Lo cual, y es nuestra opinión, es lícito y razonable.

pequeños cuando existen en las instituciones mexicanas, listas interminables de solicitantes nacionales que pretenden adoptarlos; de ahí la necesidad de establecer un plazo que obligue a que verdaderamente se agoten dichas posibilidades y se respeten los derechos de los menores.¹⁷⁵

Asimismo, las autoridades mexicanas reconocen que una medida como ésta, estableciendo una edad mínima, no puede ser aplicada “ciegamente” y de forma indiscriminada, ya que puede resultar injusta y perjudicar a aquellos cuyos derechos pretende salvaguardar. Existen casos en los que no resulta conveniente impedir u obstaculizar la adopción de un menor cuya edad sea inferior a la fijada, pues en ellos puede ser evidente que la adopción internacional responde al interés superior de dicho menor. Se refieren a aquellos casos en los que el menor puede requerir algún tipo de atención que no se le esté proporcionando en el país; o que, siendo posible obtenerla, se encuentre fuera del alcance económico de los solicitantes nacionales disponibles en una institución determinada. Otro supuesto se daría cuando se requiere reducir al mínimo las posibilidades de contacto con la familia biológica del menor, o cuando la situación traumática que ha vivido el menor hace recomendable que salga del país, y así una serie de situaciones que claramente propician la idoneidad de que el menor sea propuesto para una adopción internacional.

Por ello, el Sistema Nacional y, en su caso, los Sistemas Estatales para el Desarrollo Integral de la Familia, han decidido establecer, a través de sus manuales y reglamentos,¹⁷⁶ excepciones a la interpretación antes ex-

¹⁷⁵ Cornejo, Arturo, “Interpretación del principio de subsidiariedad en la adopción. ¿Debe haber una edad mínima para que una niña o niño pueda ser candidato a una adopción internacional?”, *Revista de Derecho Privado*, México, 2005 (en prensa).

¹⁷⁶ El Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, DIF Nacional, no tiene la facultad de expedir reglamentos y mucho menos expedir un reglamento administrativo que vincule a los Sistemas Estatales, pues éstos gozan de plena autonomía con respecto de aquél; no obstante el DIF Nacional sí tiene facultades para expedir Manuales de procedimientos como el que estamos comentando. El objetivo del DIF Nacional, en este momento, es difundirlo entre los usuarios del DIF Nacional para su conocimiento y seguimiento, así como la difusión entre los jueces en materia familiar, las instituciones privadas dedicadas a la adopción y a las Autoridades Centrales de los países de recepción de menores mexicanos. Si esta misma técnica utilizada en el DIF Nacional se sigue en los Sistemas Estatales DIF, sometiendo el modelo de ordenamiento a sus respectivas juntas de gobierno, con el fin de que el mismo sea discutido, aprobado y publicado, se podrían homologar las prácticas y procedimientos en materia de adopción nacional e internacional, logrando adopciones más transparentes y seguras, sin que ello implique violar la autonomía de los Estados.

puesta del principio de subsidiariedad, con el fin de que cuando se esté en presencia de las mismas, los niños, menores de tres años, puedan ser considerados para una adopción internacional, reiteramos, independientemente de su edad.¹⁷⁷

De acuerdo con lo anterior, las niñas y niños menores de tres años podrán ser considerados para una adopción internacional, en ciertos supuestos y se acreditará de determinada manera, tal y como se especifica en la siguiente tabla:¹⁷⁸

<i>Las niñas y niños menores de 3 años podrán ser considerados para una adopción internacional, cuando:</i>	<i>Para hacerlas valer, dichas excepciones deberán acreditarse de la siguiente forma:</i>
a) Se trate de menores con discapacidad mayor o menor, enfermedades crónicas, malformaciones, o que padezcan desnutrición en segundo o tercer grados;	Deberá presentarse un informe médico oficial que acredite la discapacidad, y/o enfermedad, malformación o desnutrición de que se trate.
b) Se trate de menores producto de incesto o violación;	Deberá existir presunción fundada de que ha existido dicha circunstancia, basada en una valoración psicológica o la existencia de una averiguación previa.
c) Se trate de menores a cuyos padres (uno o ambos) les haya sido diagnosticado sida (VIH), sin que dicha enfermedad hubiera sido detectada en los menores;	Deberán presentarse estudios médicos oficiales que acrediten dicha circunstancia.
d) Cuando se trate de menores hijos de padres alcohólicos (uno o ambos);	Deberá existir presunción fundada, basada en valoraciones médicas y/o psicológicas.

¹⁷⁷ De hecho, tenemos que hacer la apreciación que el Convenio de La Haya de 1993 no recoge de manera rígida la subsidiariedad de la adopción internacional, ello debe ponderarse con arreglo al interés superior del menor adoptado, de modo que habrá que estar a los datos del caso concreto para establecer si es más conveniente para el menor, ya no sólo por cuestiones de rango de edad como establece México, ser adoptado por sujetos residentes en otro país o ser adoptado o internado en una institución pública en el país de origen. Se otorga, en este particular, un amplio margen a las autoridades del Estado de origen del menor. Meyer-Fabre, N., “La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la Protection des Enfants et la Coopération en Matière d’Adoption Internationale”, *RCDIP*, 1994, vol. 83, pp. 259-296. Citado por Calvo Caravaca, A. L., *op. cit.*, nota 10, p. 57.

¹⁷⁸ Cornejo, Arturo, *op. cit.*, nota 175.

Las excepciones anteriores serán aplicables en el entendido de que, ante la posibilidad de que la adopción fuese nacional o internacional, y en igualdad de condiciones, deberá buscarse la realización de la adopción nacional, en atención al principio de subsidiariedad.

Asimismo, las excepciones también se amplían y los menores podrán considerarse para una adopción internacional, independientemente de su edad, cuando:

e) Exista una solicitud en la que uno o ambos solicitantes sean de nacionalidad mexicana, pese a tener su residencia en el extranjero, lo cual atendería al aseguramiento de la continuidad en la <i>educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico</i> ;	Deberá presentarse el pasaporte que acredite su nacionalidad mexicana.
f) Una familia extranjera haya adoptado previamente a un hermano biológico del menor, en cuyo caso se buscará consumir la adopción internacional del menor de que se trate con la familia adoptiva de su hermano; y	Deberán presentarse los documentos que lo acrediten: acta de nacimiento del menor y copia de la sentencia de la primera adopción.
g) El centro asistencial o institución que pretenda realizar la adopción internacional acredite fehacientemente al Sistema DIF correspondiente, no contar con solicitudes de adopción que le permitan intentar la adopción nacional del menor de que se trate, o haber agotado las posibilidades de que la misma fuese realizada, y que ello tenga como consecuencia que el menor vaya a permanecer institucionalizado.	La institución —pública o privada— de que se trate deberá entregar al sistema DIF correspondiente sus listas de menores institucionalizados y de solicitantes de adopción en lista de espera, a fin de que el Sistema resuelva sobre la procedencia de la solicitud.

B. Principio de cooperación internacional

La cooperación, a través de un reparto de responsabilidad entre los Estados contratantes, tratando una vez más de perseguir el *respeto a los derechos fundamentales del niño*, el interés superior del menor, como el primer principio internacional.

No perdamos de vista que la adopción internacional también está permeada de una serie de principios como los que vamos a enunciar a continuación y que están conectados con esa labor de cooperación:

Control de las formalidades, en el sentido de que a cada Estado, en su ámbito interno, le corresponde señalar las formalidades administrativas y judiciales necesarias para tramitar una adopción; además, en el caso de una adopción internacional, debe adecuar los procedimientos a las recomendaciones contenidas en las Convenciones.

Intervención de autoridades competentes; la Convención de La Haya de 1993 se fundamenta en la cooperación recíproca entre los Estados contratantes, y la idea subyacente es la de promover la confianza y asegurar una relación efectiva de trabajo entre el Estado de origen y el Estado de recepción, sobre la base del respeto mutuo y la observancia de reglas muy estrictas, profesionales y éticas. La realización práctica de estas finalidades impuso la designación de una Autoridad Central por cada Estado contratante, encargada de cumplir las obligaciones que le asigna la Convención.

Carácter subsidiario de la adopción internacional con el que habrá también que “cooperar” en el sentido expresado por diferentes preceptos de los mencionados Convenios, y que definíamos arriba, en el que la adopción internacional procede sólo después de haberse examinado adecuadamente las posibilidades de colocación del niño en su Estado de origen. El derecho a crecer en una familia y a conservar los vínculos con su grupo de origen, de su país.

Igualdad en el trato; el niño que haya de ser adoptado en un país distinto al suyo debe gozar de salvaguardas y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen.

Certeza respecto a la situación legal del menor antes de iniciar el procedimiento de adopción y constatar que ésta se puede realizar.

Consentimiento libre e informado de quienes ejerzan la patria potestad o la tutela sobre el menor.

Rapidez en los procedimientos, con la idea de que no se menoscaben, en el *inter*, el interés y bienestar superior del menor. La finalidad de la adopción, en general, y de la adopción internacional, en particular, es colocar al menor en la mejor de las opciones para su desarrollo, pero no debemos de olvidar que siempre se perseguirá un procedimiento que proteja los intereses fundamentales de todas las partes involucradas en una adopción internacional, o sea, el niño, los padres biológicos y los futuros padres adoptivos.

Carácter no lucrativo de la adopción, en donde las autoridades deben tomar las medidas necesarias para evitar que la adopción internacional pro-

duzca beneficios económicos exagerados o indebidos para quienes participan en ella.

Reconocimiento de la adopción; que los Estados de recepción reconozcan las adopciones otorgadas en los Estados de origen. Los países que han firmado y ratificado el Convenio de La Haya de 1993, deben prever la adaptación de sus estructuras y organización interna a las previsiones contenidas en el mismo, de esta manera evitaríamos, entre otros, problemas de reconocimiento de las adopciones internacionales.¹⁷⁹

Seguimiento del menor o menores, una vez finalizado el procedimiento de adopción, tratando de garantizar, una vez más, el bienestar del menor. Los informes de seguimiento constituyen un compromiso formal, durante un lapso que no se prolonga, normalmente, más allá de dos años, con las autoridades del país de origen en virtud de tratados o protocolos suscritos entre el Estado receptor y el de origen, o, simplemente, a través del compromiso creado.¹⁸⁰

3. Estructura

El Convenio de La Haya de 1993 parece superar la excesiva generalidad del Convenio sobre los Derechos del Niño de 1989,¹⁸¹ así como la poca efectividad de los instrumentos jurídicos nacionales para luchar contra el

¹⁷⁹ Calvo Babío, Flora, *op. cit.*, nota 2; Rodríguez Benot, Andrés, *op. cit.*, nota 10, pp. 181-202; 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.

¹⁸⁰ Véase el modelo de compromiso de seguimiento que se emplea en México, detallado en el capítulo segundo “El Convenio de La Haya de 1993 y la práctica mediadora de la adopción internacional”.

¹⁸¹ Y en opinión de Carrillo Carrillo también, parece superar “la excesiva parcialidad (del Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965, relativo a la competencia de Autoridades, Ley Aplicable y Reconocimiento de Decisiones en Materia de Adopción y del Convenio de La Paz de 1984, principalmente) de la visión de los instrumentos jurídicos internacionales existentes hasta el momento...”, Carrillo Carrillo, B. L., *op. cit.*, nota 159, p. 184; y continúa diciendo “las diferencias en las soluciones materiales y de derecho internacional privado presentes en los diversos ordenamientos y el fracaso del Convenio de La Haya de 1965 y el Convenio de La Paz de 1984, chocaron con la intención del Convenio de La Haya de 1993 de asegurar una mínima utilidad práctica del mismo mediante la participación, y ratificación, por parte del mayor número de Estados”. Sobre dicho abandono y sus consecuencias prácticas, Carrillo Carrillo, B. L., *op. cit.*, nota 8.

tráfico de menores y asegurar el interés superior del menor, tal y como lo planteamos en líneas anteriores.

Por otro lado, el mismo Convenio, en la práctica, puede tener repercusiones no deseadas, tales como la acumulación y no distribución de los requisitos exigidos por la adopción internacional, estableciendo, por ejemplo, exigencias dispares por los dos ordenamientos en conexión.¹⁸² Estamos, pudiera ser, ante un Convenio con las mejores intenciones teóricas pendientes de la práctica diaria y de su adecuación por los Estados parte que intervengan en un determinado proceso de adopción.¹⁸³

Al analizar, aunque sea de manera somera, la estructura del Convenio de La Haya de 1993, quizá podamos encontrar visos de un Convenio que ha cumplido con el objetivo previsto desde sus orígenes o un Convenio que, por el contrario, se distancia de sus compromisos.

El Convenio de La Haya de 1993 está compuesto por un Preámbulo y siete capítulos con un total de cuarenta y ocho artículos.¹⁸⁴

En el Preámbulo se destaca que el Convenio insiste en el papel de la familia en la crianza y evolución del niño, como una especie de hábitat donde se forma y desarrolla su personalidad.

En el segundo párrafo del Preámbulo, se afirma la importancia de la familia biológica, no solamente por consideraciones psicosociales, sino también jurídicas. Asimismo, se recuerda el carácter subsidiario de la adopción internacional, principio que enmarca a dicha figura, tal y como comentamos párrafos más arriba.

En el capítulo I, relativo al “Ámbito y objeto de aplicación”, se establece que el Convenio se aplica en los casos de adopción internacional, es decir, en aquellas adopciones en las que el niño y los adoptantes tienen su residencia habitual en diferentes Estados. Un Convenio de cooperación de

¹⁸² “Claramente se puede deducir que someter una misma condición, por ejemplo la diferencia de edad entre adoptante y adoptando, a dos criterios distintos conlleva una menor posibilidad de que la condición concorra, que si se somete a uno solo. La somera contemplación del procedimiento previsto por el Convenio y las propuestas coherentes de interpretación de alguna de sus normas nos ilustran y corroboran esta impresión”, Álvarez, Santiago, *op. cit.*, nota 160, p. 195.

¹⁸³ De hecho, la práctica ya ha dejado entrever que es un proceso “legalista” lo cual implica adopciones muy lentas y ello puede provocar que los adoptantes pudieran llegar a preferir la adopción internacional con aquellos países no signatarios del Convenio de La Haya de 1993, pero eso sí, sin ningún control ni seguridad jurídica en las mismas.

¹⁸⁴ Acerca de su estructura y contenido, véase González Martín, Nuria, *op. cit.*, nota 99, pp. 157-203.

autoridades que establece un procedimiento de aplicación preceptiva cuando un niño con residencia habitual en un Estado contratante (“Estado de origen”) ha sido, es o va a ser desplazado a otro Estado contratante (“Estado de recepción”) después o antes de su adopción en el Estado de origen o Estado de recepción (artículo 2.1).

Asimismo, en el capítulo referido se subraya que la finalidad de la Convención es asegurar en las adopciones internacionales, según los artículos 1o., 2o. y 3o. del Convenio, el respeto de los derechos fundamentales del niño y establecer la cooperación entre los Estados contratantes para evitar la sustracción, venta y tráfico de menores.¹⁸⁵

En este capítulo se manifiesta que una de las principales preocupaciones del Convenio de La Haya de 1993 se centra en la intervención de las Autoridades Centrales, normalmente entes de naturaleza administrativa, cuya actividad se dirige a dos planos: a) la adecuación de los sujetos de la adopción; y b) el control de los mediadores privados en los procesos de adopción, amén de los temas ya señalados relativos a la transnacionalidad de la adopción: salida y entrada del menor y el desplazamiento del mismo de uno a otro Estado.¹⁸⁶

Se manejan como ámbitos de aplicación del Convenio: un ámbito espacial (Convenio *Inter Partes*, sólo se aplica entre los Estados parte en el mismo); ámbito material (adopciones que establecen un vínculo de filiación, adopciones transnacionales, pero deja sin regular la competencia judicial y la ley aplicable); ámbito personal (adoptante y adoptado con residencia habitual en Estados distintos, pero ambos Estados parte del Convenio de La Haya de 1993); ámbito temporal (irretroactividad del Convenio de La Haya de 1993 y reconocimiento de las adopciones constituidas con arreglo al mismo Convenio).¹⁸⁷

¹⁸⁵ El artículo 1o. del Convenio de La Haya de 1993 expresa que su objeto es, en materia de adopción, triple:

1. De un lado, se pretenden establecer las garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto de los derechos fundamentales que le reconoce el derecho internacional; 2. De otro lado, instaurar un sistema de cooperación entre los Estados contratantes que asegure el respeto a dichas garantías y, en consecuencia, prevenga la sustracción, la venta o el tráfico de niños (tema al que hacíamos referencia concretamente en el comentario *supra*); 3. Y, por último, asegurar el reconocimiento de los Estados contratantes en las adopciones realizadas de acuerdo con el Convenio.

¹⁸⁶ Carrillo Carrillo, B., *op. cit.*, nota 8, p. 185.

¹⁸⁷ Calvo Caravaca, Alfonso Luis, *op. cit.*, nota 10, pp. 47-52.

En el siguiente capítulo, el II, establece “las condiciones de las adopciones internacionales”, los requisitos que deben ser cumplidos por todas las adopciones internacionales, pero debe tenerse siempre presente, para evitar cualquier clase de confusiones, que los Estados contratantes mantienen toda su libertad para añadir todas las condiciones que consideren aconsejable para autorizar la adopción. Los requisitos mencionados por el Convenio representan un *minimun* y no un *maximun*.¹⁸⁸

Este capítulo establece, en definitiva, cuándo puede aplicarse el Convenio y que es necesario que las autoridades de cada Estado hayan establecido que el niño es adoptable, que conozcan las consecuencias de otorgar la adopción y que den el consentimiento en forma libre, legal y por escrito, sin obtener pago alguno.

El capítulo III se refiere a las “Autoridades Centrales y organismos acreditados”. En él se expresa que el Convenio se fundamenta en la cooperación recíproca entre los Estados contratantes, y la idea subyacente es la de promover la confianza y asegurar una relación efectiva de trabajo entre el Estado de origen y el Estado de recepción, sobre la base del respeto mutuo y la observancia de reglas muy estrictas, profesionales y éticas. La realización práctica de estas finalidades impuso la designación de una Autoridad Central por cada Estado contratante, encargada de cumplir las obligaciones que le asigna el Convenio.¹⁸⁹

El objeto de las Autoridades Centrales designadas por cada uno de los Estados parte es la de asegurar la protección de los menores, ejecutando, controlando y cooperando en todos los aspectos del procedimiento adoptivo. Para cumplir esta misión, las Autoridades Centrales tanto del Estado de origen como del de recepción deben proporcionar información sobre la legislación de sus Estados en materia de adopción, informarse plenamente de la situación de los niños y de los futuros padres adoptivos, y facultar, seguir y activar el procedimiento de la adopción, tal y como estipulan los artículos 6o., 7o., 8o. y 9o. del Convenio, es la denominada fase administrativa de instrucción previa a la constitución de la adopción.¹⁹⁰

¹⁸⁸ González Martín, Nuria, *op. cit.*, nota 99.

¹⁸⁹ Borrás Rodríguez, Alegría, “El papel de la Autoridad Central: Los convenios de La Haya y España”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLV, núm. 1, 1993, pp. 63 y ss.

¹⁹⁰ Carrillo Carrillo, B. L., “Carácter, objetivos y ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de

El capítulo IV persigue establecer un procedimiento que proteja los intereses fundamentales de todas las partes involucradas en una adopción internacional, los intereses, en particular: del niño, los padres biológicos y los futuros padres adoptivos.

Este procedimiento no sólo se refiere al administrativo y judicial, sino también al procedimiento de seguimiento del menor una vez efectuada la adopción. No crea un marco normativo único para las adopciones internacionales,¹⁹¹ no unifica las normas materiales reguladoras de la adopción internacional; es un “convenio marco” cuya regulación material tiene un carácter de mínimos, tal y como manifestamos anteriormente.

El capítulo V establece que el reconocimiento de la adopción implica reconocer el vínculo de filiación entre el niño y sus padres adoptivos y la responsabilidad que éstos tienen hacia su hijo, así como la ruptura del vínculo de filiación preexistente, si la adopción produce este efecto en cada uno de los Estados contratantes.

En las “Disposiciones generales” a las que se refiere el capítulo VI, destacan las referentes a la no afectación de las leyes del Estado de origen del niño que exija que la adopción se realice en dicho Estado o las que prohíban su colocación o desplazamiento antes de ser aprobada la adopción. También se establece que los futuros padres adoptivos no tendrán contacto alguno con los padres del niño o quienes los tengan bajo su guarda, sino hasta que se cumplan los requisitos antes señalados, salvo que sean familiares o se cumplan los requisitos exigidos por la autoridad competente del Estado de origen del niño. Así, también, se establece que el Convenio no admitirá reserva alguna.

En este capítulo, a través del artículo 39, párrafo 2, encontramos, además, el fundamento que nos lleva a proponer, en este trabajo, la conclusión de un acuerdo bilateral en materia de adopción internacional entre España y México, como un mecanismo más de protección a la infancia, y como un mecanismo más de cooperación en este ámbito.

Como “Cláusulas finales”, el capítulo VII expresa que el Convenio podrá ser firmado por los Estados miembros de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y por los demás Estados participantes.

Adopción Internacional”, *Anales de Derecho*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, núm. 20, 2002.

¹⁹¹ Borrás Rodríguez, Alegría, *op. cit.*, nota 52, pp. 173 y 174.

Después de su entrada en vigor, el 1o. de mayo de 1995, cualquier Estado se puede adherir, pero el Convenio no tendrá efecto para el adherente con relación al Estado contratante que formule objeción a la adhesión dentro de los seis meses de notificada o en el momento de la ratificación.

Después de este recorrido, no apresurado, sino práctico, por los preceptos que conforman el Convenio de La Haya de 1993, podemos señalar los objetivos del mismo, es decir, *primero*, se establecen garantías para que las adopciones internacionales se realicen en atención al interés superior del menor, respetando siempre los derechos fundamentales que les reconoce el derecho internacional.¹⁹² Las garantías que establece el Convenio de La Haya de 1993 son unos mínimos¹⁹³ y a los Estados les corresponde exigir requisitos adicionales, si así lo desean, a los fijados en el Convenio de La Haya de 1993 protegiendo siempre al menor, tal y como analizaremos más adelante; *segundo*, establece, asimismo, un sistema de colaboración entre autoridades de los Estados parte para evitar el tráfico, venta y sustracción de los menores; y en *tercer* lugar, se encuentra la voluntad que inspira también al Convenio de La Haya de 1993 ante el reconocimiento de pleno derecho en los Estados parte de las adopciones realizadas con arreglo a lo dispuesto en el Convenio.

Para asegurar el cumplimiento de los objetivos marcados, el Convenio de La Haya de 1993 adopta una serie de medidas, contenidas y reiteradas ya a lo largo de su texto, como son las enumeradas por el profesor Calvo Caravaca:¹⁹⁴ a) “publicación de las adopciones”, b) “efecto útil” del Convenio; c) “amplía su radio material de acción” y d) acoge el sistema del “reconocimiento de pleno derecho” de las adopciones constituidas con arreglo al Convenio.

Con respecto al primer inciso, tiene su razón de ser en la toma de medidas destinadas a evitar el tráfico de niños, a través de la cooperación debida que inicia desde la fase administrativa previa a la constitución de la adopción.

Con el segundo inciso, el Convenio de La Haya de 1993 pretendía atraer a un gran número de Estados, pero sobre todo, a los Estados de origen de

¹⁹² Tal y como nos comenta el profesor Calvo Caravaca, Alfonso Luís, *op. cit.*, nota 10, p. 46, “no es objetivo del Convenio de La Haya de 1993 fomentar la constitución de adopciones transnacionales, sino que éstas cumplan con las debidas garantías que defiendan el interés superior del niño”.

¹⁹³ Meyer-Fabre, N., *op. cit.*, nota 177, pp. 83, y 259-296.

¹⁹⁴ Calvo Caravaca, Alfonso Luís, *op. cit.*, nota 10, p. 47

los menores, no sólo a aquellos países “demandantes” de menores, sino implicar a aquellos cuyos menores eran trasladados a otro país; el hecho es que el Convenio ha sido firmado por un gran número de Estados de origen.

El inciso tercero se refiere a la actitud del Convenio de La Haya de 1993 de aplicarse a toda adopción, ya sea simple, menos plena o plena.

Por último, el cuarto inciso tiene su razón de ser, la cláusula de reconocimiento de pleno derecho, ya que obliga a los signatarios del Convenio de La Haya de 1993 a aceptar como válidas las adopciones constituidas en otro Estado parte con arreglo al Convenio.¹⁹⁵

¹⁹⁵ “Sin necesidad del *exequatur*, reconocimiento por homologación u otros procedimientos lentos, costosos...”, Calvo Caravaca, Alfonso Luis, *op. cit.*, nota 10. Véase, asimismo, Lorenzo Brotons, Cristina de, “Adopciones internacionales irregulares o no reconocidas en España: situación jurídica de los menores extranjeros desplazados a España con motivo de su adopción”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 20, 1999, pp. 134 y ss.; Ziccardi, P., “Ordine pubblico e convenzioni internazionali nel riconoscimento di atti stranieri di adozione di minori”, *Revista de Diritto Internazionale Privato e Processuale*, núm. 1, 1995, pp. 5 y ss.