

LEY DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL ESPAÑOLA*

Nuria GONZÁLEZ MARTÍN**

Laura Magalli GARCÍA ESCUTIA***

España es un país que ha realizado un esfuerzo importante en materia de protección internacional de menores y, en concreto, en materia de adopción internacional, por lo que mantiene a esta como uno de los bastiones fundamentales para darle familia a un menor carente de ella. Es así que recientemente España ha publicado la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 312, de 29 de diciembre de 2007.

El análisis que a continuación desarrollamos pretende contribuir al enfoque de la adopción internacional en México y la necesidad de armonizar nuestra legislación interna a fin de redundar en una mejor protección de aquellos menores que se encuentran institucionalizados.

El anteproyecto de esta Ley española fue aprobado el 15 de junio de 2007 y tiene como especial referencia el trabajo llevado a cabo en la Comisión del Senado sobre adopción internacional. Las conclusiones aportadas en su seno, esfuerzo de autoridades y expertos en la materia, marcan una directriz en el enfoque de este fenómeno social.

Es una Ley necesaria y un buen punto de partida, según la mayoría doctrinal, que da sistematicidad y claridad a la normativa española convirtiéndola, además, en un cuerpo legal único, ante la dispersión e inseguridad que generaba la falta de unificación. Tal y como se indica en la exposición de motivos: “El transcurso de los años

* Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.

** Investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

*** Becaria en el Instituto de Investigaciones Jurídicas.

ha propiciado perspectiva suficiente para apreciar la oportunidad de una Ley que pusiera fin a una dispersión normativa característica de la legislación anterior y reuniera una regulación completa de las cuestiones de derecho internacional privado necesariamente presentes en todo proceso de adopción internacional”.

En la Ley se regulan, en un principio, todos los supuestos que se pueden dar en un proceso de adopción internacional. Una norma que agiliza, sin lugar a dudas, las adopciones internacionales y que incrementa el nivel de garantía para los niños susceptibles de darse en adopción internacional, pues trata de evitar los secuestros o, en definitiva, el tráfico ilegal de menores. No olvidemos que España se encuentra entre los primeros países, el primero de Europa y el segundo a nivel mundial —detrás de los Estados Unidos de América—, en número de adopciones internacionales; aproximadamente se dan unas seis mil adopciones internacionales al año (países de recepción de las solicitudes españolas: República Popular China, Rusia, Etiopía y el continente americano entre las que destaca Colombia, Panamá, Perú y México).

Una de las causas de esta inquietud que deriva en la solicitud de adopción internacional es, prácticamente en todas las comunidades autónomas españolas, el cierre de las listas de solicitud de adopción nacional como consecuencia del escaso número de menores susceptibles de ser adoptados en España; no olvidemos que las listas sí se abren para aquellas solicitudes de adopción de grupos de hermanos, niños “mayorcitos” o aquellos que cuentan con algún tipo de enfermedad y/o discapacidad.

La Ley que aquí se comenta conjuga, de forma muy acertada, principios y valores de la Constitución Española con las disposiciones de los instrumentos internacionales en materia de adopción internacional. Esta situación la vemos claramente reflejada en la forma como la Ley concibe la adopción internacional, es decir, como una medida de protección de los menores que no pueden encontrar una familia en sus países de origen, estableciendo las garantías necesarias y adecuadas para asegurar que las adopciones internacionales se realicen, ante todo, en interés superior del niño y con respeto a sus derechos.

Así, la Ley destaca, de manera puntual, la preservación del interés superior del menor (ISM), un concepto jurídico indeterminado del cual la doctrina siempre ha mantenido la necesidad de no encasillarlo en unos criterios fijos e inflexibles, sino que se interprete y conceptualice en cada caso concreto.

La Ley 54/2007 contiene 34 artículos, una disposición adicional única, una disposición derogatoria única y cinco disposiciones finales. A su vez, el articulado se divide en tres títulos: Disposiciones generales; Normas de derecho internacional privado relativas a la adopción internacional y Otras medidas de protección de menores.

El título I, como mencionamos, se refiere a las Disposiciones generales y cuenta con un primer capítulo denominado “Ámbito de aplicación” (artículos 1o.-4o.). En él se desarrollan temas torales como son el propio ámbito de aplicación en el que se incluye, sin lugar a dudas, la definición de adopción internacional; el objeto y finalidad de la Ley; los principios informadores de la adopción internacional y las circunstancias que impiden o condicionan la adopción.

El concepto de adopción internacional acogido por la Ley, artículo 1o., inciso 2, es de clara tendencia a tomar en cuenta todos y cada uno de los elementos internacionales que están aparejados a la misma, así expresa: “2. Se entiende por ‘adopción internacional’ el vínculo jurídico de filiación que presenta un elemento extranjero derivado de la nacionalidad o de la residencia habitual de adoptantes o adoptados”. Ante esta definición no nos queda más que sorpresa al constatar que todo el esfuerzo marcado a través de la normativa convencional sobre la materia, ya sea del foro de codificación universal o regional, al poner en común una definición concreta y correcta sobre la adopción internacional, en donde el elemento de extranjería se limita sólo a la residencia habitual distinta entre adoptado y adoptantes, queda ahora turbio e inconsistente.

El Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, sobre Protección de Menores y Cooperación en Materia de Adopción Internacional, como primer convenio realmente especializado en la materia, establece en su artículo 2o.:

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.

De la misma manera, pero ahora en el ámbito regional, la Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Adopción de Menores, firmada en La Paz, Bolivia, el 24 de mayo de 1984, en el marco de la CIDIP-III, retroalimentó claramente a la primera convención mencionada, la Convención de La Haya de 1993, ya que definió a la adopción internacional con base en la residencia habitual en Estados distintos de los adoptantes y del adoptado. Esta Convención Interamericana fue más lejos, pues al diferenciar entre adopción internacional y adopción por extranjeros quiso evitar el encubrimiento de ilícitos: a la primera (adopción internacional) le da tal carácter la diferencia de residencia habitual de ambas partes, y a la segunda (adopción por extranjeros) le da ese carácter la circunstancia de que sean ciudadanos de otro país quienes tengan una residencia permanente en el territorio nacional. En esta situación —la cual costó mucho esfuerzo y supuso un triunfo a la hora de “clasificar” a las distintas adopciones, y así establecer la competencia judicial, el derecho aplicable, y el reconocimiento y ejecución de las sentencias que se derivaran de las mismas— vemos un claro retroceso y a la vez una falta de cuidado acerca del principio toral que afecta el interés superior del menor, el cual se subraya, como era de esperarse, en el artículo 2o., inciso 1, de la Ley *in comento*.

El artículo 4o., referido a las circunstancias que impiden o condicionan la adopción, expresa:

1. No se tramitarán solicitudes de adopción de menores nacionales de otro país o con residencia habitual en otro Estado en las siguientes circunstancias: a) Cuando el país en que el menor adoptado tenga su residencia habitual se encuentre en conflicto bélico o inmerso en un desastre natural, b) Si no existe en el país una autoridad específica que controle y garantice la adopción, c) Cuando en el país no se den las garantías adecuadas para la adopción y las prácticas y trámites de la adopción en el mismo no respeten el interés del menor o no cumplan los principios éticos y jurídicos internacionales referidos en el artículo 3o.

Esta, sin lugar a dudas, es una novedad de gran trascendencia, es decir, se prohíbe iniciar la tramitación de la adopción de un menor en un país en conflicto bélico o inmerso en un desastre natural (como sería el caso en la actualidad de la República Popular de China, después del sismo que sufrió en mayo del 2008), así como cuando no exista una autoridad específica que controle y garantice la adopción en ese país o cuando no se den las garantías adecuadas. Esta disposición resulta muy apegada a la realidad social actual pues no era difícil encontrar a muchos países aprovechándose de estas circunstancias coyunturales (guerras, desastres naturales, epidemias, etcétera) para adoptar a niños o grupos de niños en circunstancias de orfandad. Es importante precisar o reflexionar al respecto para poder expresar qué tan responsable y constructiva es la decisión de suspender temporalmente las adopciones internacionales por un país de acogida o por un país de origen, cuando los riesgos de abusos graves son extremadamente elevados; como contraria a los derechos de los menores resulta la supresión o limitación de ella cuando existen gran número de niños institucionalizados. El equilibrio siempre será la mejor decisión.

Por otro lado, nos encontramos con la regulación de un principio poco considerado teóricamente, pero que en la práctica suscita conflictos verdaderamente graves como el tráfico de niños. Nos referimos a la prohibición de beneficios indebidos. Originalmente la redacción de este principio la encontramos en el artículo 21, inciso d), de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, en el cual hace mención en el sentido que es una obligación de los Estados, en materia de adopción internacional, garantizar que la colocación no dé lugar a *beneficios financieros indebidos* para quienes participan en ella. La redacción de este principio fue considerada poco afortunada pues creaba ciertos conflictos, ya que se cuestionó qué se entendía por beneficios financieros indebidos. La realidad es que el trámite de adopción no debe generar ningún tipo de beneficio, ya sea debido o indebido, entendiéndose, por supuesto, que “los gastos estrictamente necesarios” en el proceso de adopción no pueden ser considerados como beneficios. La Ley española que estamos comentando, en su artículo 4o., inciso 6, se refiere a este principio y mantuvo la

expresión beneficio, no obstante, existe un poco más de claridad al precisar los gastos estrictamente necesarios.

En el segundo capítulo (artículos 5o. a 9o.), dentro de las Disposiciones generales, se detalla la actuación de las entidades públicas y las entidades colaboradoras de adopción internacional (ECAI) en su intervención y actividad de intermediación.

En España, se sigue manteniendo el sistema dualista, es decir, la posibilidad de tramitar la adopción a través de la administración pública, adopción independiente, o tramitarlo a través de organismos privados debidamente acreditados por los respectivos Estados parte, adopción tramitada a través de una ECAI. En relación a ésta última, la Ley presenta un sistema de más control por parte de la administración pública al cuidar con más detalle la acreditación (realmente doble acreditación) de las mismas y además controlan e inspeccionan las directrices de actuación y conceden una actividad de mediación a las ECAI acreditadas en un número máximo de países. A ello, habría que incluir, cuestión que no anda sobrando, una mayor coordinación entre la entidad pública y las ECAI. Estas tienen un papel tan importante que no deberíamos despreciar una acción realmente organizada entre las numerosísimas ECAI españolas que desarrollan un complejo trabajo, y por ello merece, igualmente, un reconocimiento.

Dichas entidades de protección de menores tienen competencia en cada comunidad autónoma, o en el Estado, para la protección del menor; en este ámbito tendrán amplitud de funciones que van desde la información jurídica y los trámites a los interesados; recepción y tramitación de solicitudes; expedición de certificados de idoneidad; apoyo post adoptivo, cuando sea preciso; y acreditación y control de las entidades de colaboración que intermedien en este ámbito.

Este sistema dual que mencionamos tiene como fin primordial evitar acudir a otras instancias carentes de garantías.

Por otro lado, la Ley expresa que cuando una familia acoge a un menor en un programa humanitario de estudios, vacaciones o tratamiento médico, deberá esperar a que dicho programa finalice para iniciar los trámites de la adopción y, además, en su país de origen deben existir programas regulados para tal propósito. Resulta evidente que estos requisitos tratan de evitar los atajos sin garantías en una adopción internacional.

Con el tercer capítulo (artículos 10 a 13), titulado “Capacidad y requisitos para la adopción internacional”, se establece, entre otros, que la declaración de idoneidad de los adoptantes recoja, además de la valoración sobre la situación personal y familiar, su aptitud para atender al niño y su capacidad para mantener vínculos estables con él; es decir, la Ley introduce una serie de novedades que van ligadas, en esta ocasión, a la ampliación, digamos, de la información contenida en el certificado de idoneidad, el documento principal expedido para poder iniciar un trámite de adopción internacional. Tal como mencionamos, se expresa en la Ley que este documento contenga, además de la valoración sobre la situación personal y familiar, su aptitud para atender al niño y su capacidad para mantener vínculos estables con él. Estas son cuestiones que no están demás, pero que difícilmente se pueden valorar a priori —al menos la segunda de las mencionadas, aptitud para atender al niño—, piénsese simple y llanamente en el rol de unos padres biológicos y la posibilidad, casi impensable, de cumplir con este requerimiento a priori, luego entonces por qué solicitarlo desde el informe o certificado de idoneidad. Confiemos en que este aumento de “filtros” no siga implicando la demora en la concesión de este documento fundamental, confiemos que la administración pública, a través de sus servicios o a través del Turno de Intervención para la Adopción Internacional, expida de manera diligente, certera y ágil el documento fundamental que comporta un expediente de adopción internacional.

La realidad, por lo que vemos, es que las entidades públicas competentes a que nos referíamos en el apartado anterior, evaluarán dicha idoneidad según parámetros como los aspectos psicosociales, personales o familiares del adoptante, así como sus habilidades y aptitudes educativas. La declaración de idoneidad que emitan estará vigente durante tres años, salvo modificaciones en las condiciones o circunstancias del solicitante.

Tras la adopción, los adoptantes deberán colaborar en el seguimiento post adoptivo que las entidades competentes lleven a cabo, aportando información o acudiendo a las entrevistas que se le indiquen.

Otro aspecto relevante de esta nueva norma, en conexión directa, obviamente, con la preservación del interés superior del menor, es el

reconocimiento que se hace en el artículo 12 de un derecho a los adoptados que podrán ejercer una vez que sean mayores, o aún menores, pero representados por sus padres: conocer su origen,¹ con todo el asesoramiento y atención que tal circunstancia conlleve, aunque sin perjuicio de las circunstancias o normas del país de origen para estos supuestos.²

El menor puede, en definitiva, conocer los datos de sus padres biológicos cuando sean mayores de edad o menores con representante, asimismo se regula la protección de datos de carácter personal de conformidad con el informe de la Agencia Española de Protección de Datos.

El título II se refiere a las Normas de derecho internacional privado relativas a la adopción internacional, y así se centra en la competencia judicial internacional, ley aplicable y validez extraterritorial de decisiones.

Del capítulo primero (artículos 14 a 17), en materia de competencia judicial internacional, podemos destacar que la Ley contempla de forma detallada cada supuesto de constitución, modificación, conversión y declaración de nulidad de la adopción internacional, apegándose al principio de conexión mínima.

Se garantiza que las adopciones sean válidas también en el país de origen del niño adoptado, además de garantizar que la adopción internacional constituida en España será también legal en el país de procedencia del menor adoptado. Además, las adopciones constituidas por autoridades extranjeras sólo surtirán efectos legales en España si han sido válidamente constituidas y si respetan estándares mínimos de justicia. En este sentido, otra de las novedades de la Ley es el establecimiento de requisitos específicos para la conversión de las adopciones simples extranjeras en adopciones plenas o incluso la introducción de figuras como la *kafala* musulmana. En el primer caso, con la adopción simple teníamos una figura jurídica en la que no ha-

¹ Al respecto, podemos mencionar que recientemente la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa aprobó una recomendación para sus 47 Estados miembros, relacionada a este derecho que tienen los menores. http://actualidad.terra.es/sociedad/articulo/piden_estados_ninos_adoptados_tengan_220070.

² Es importante recalcar que el legislador español, consciente de la trascendencia de la disposición anterior, ha conjugado el ejercicio de este derecho con las necesarias cautelas para proteger la intimidad de las personas afectadas.

bía ruptura de los vínculos personales, familiares y jurídicos entre el niño y su familia biológica, en el segundo caso, la *kafala*, se incluye una regulación jurídica, ya que representa el acogimiento en una familia de un menor con el fin de educarlo y ocuparse de él, material y moralmente, sin que esto produzca efectos de filiación.

Por lo cual, en resumidas cuentas, las adopciones constituidas por autoridades extranjeras sólo surtirán efectos legales en España si han sido válidamente constituidas y si respetan estándares mínimos de justicia. Se garantiza, además, que la adopción internacional constituida en España será también legal en el país de procedencia del menor adoptado, así como la conversión en adopción plena.

En materia de ley aplicable, el capítulo segundo (artículos 18 a 24) se subdivide en tres secciones: la primera se refiere a la adopción regida por la Ley española, que se aplica ya sea porque el adoptando tiene su residencia habitual en España o vaya a ser trasladado a España con la finalidad de establecer su residencia habitual en ese país. Sin embargo, para el caso de que no se cumplieren las hipótesis anteriores, la legislación estudiada contempla que la ley aplicable sea la del país en cuya sociedad vaya a quedar integrado el menor. Esto se estipula en la segunda sección del capítulo estudiado. Finalmente, la última sección hace referencia a las disposiciones comunes.

El capítulo tercero (artículos 25 a 31) se refiere a los efectos en España de la adopción constituida por autoridades extranjeras, por lo cual, se garantiza la misma si han sido válidamente constituidas y si respetan estándares mínimos de justicia material. De forma recíproca, se garantiza que la adopción internacional constituida en España surtirá efectos legales no sólo en nuestro país, sino también en el país de procedencia del menor adoptado. La regulación de esta materia resulta de suma importancia dado que, como sabemos, España es un país eminentemente de recepción, por lo cual resulta de extremo interés que se legisle en esta área.

El apoyo que tiene esta legislación la encontramos en todos los instrumentos internacionales de los que España es parte y que resultan aplicables a este supuesto. Es por ello que los principios recogidos en dichos instrumentos resultan los mínimos para constituir una adopción que sea válida en España.

El control que debe existir para verificar que una adopción haya sido constituida validamente recae en las autoridades españolas, y en específico, en el encargado del registro civil.³

El título III (cuyos dos capítulos abarcan los artículos 32, 33 —el primero— y 34 —el segundo—) hace referencia, fundamentalmente, del trato que se le dará al régimen jurídico-privado del acogimiento familiar y de otras medidas de protección de menores.

Para finalizar, es necesario expresar que en pocas ocasiones vemos cómo, al elaborarse una ley o modificación de otra, se hagan los ajustes necesarios a legislaciones que tratan el tema. Así, a la par de la creación de la Ley que aquí se comenta, se modifican también algunos artículos del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Ley de Registro Civil, entre otras.

Entre dichas modificaciones nos encontramos una disposición sumamente novedosa al conceder a los padres de un menor un plazo de dos años desde que se le notifica la resolución que declara el desamparo del niño, para solicitar el cese de la suspensión de la patria potestad y la revocación de la declaración de desamparo.

Asimismo, la nueva Ley de Adopción Internacional, como expresábamos, incluye modificaciones al Código Civil para evitar que se interprete como elemento permisivo del castigo físico a menores, con la referencia que se hacía a la facultad de corrección moderada a padres y tutores, todo ello ante la interpretación de algunos organismos internacionales de que esta expresión fuera una vía de amparo a la utilización de la violencia física hacia los menores.

En definitiva, con esta Ley de Adopción Internacional se pretenden abarcar todos los “detalles” y supuestos que se pueden dar en una adopción de este tipo, supuestos que tienen, a veces, un nivel de “rareza” importante, pero que la práctica diaria ha dado pauta para su regulación.

La Ley no previene una cuestión fundamental que es la potenciación o la concientización de las autoridades centrales, en la necesidad de una elaboración de estadísticas tanto de niños susceptibles de darse en adopción como de estadísticas de adopciones internacionales ya

³ A esta autoridad se le encomienda revisar: 1. Si la autoridad que constituyó la adopción internacional es competente; 2. Si ésta respetó sus propias normas de derecho internacional privado; 3. Si surte los mismos efectos sustanciales, entre otros.

concluidas. Ambas cuestiones son fundamentales para conseguir esa pretendida y tan anunciada agilización de las adopciones (tanto nacionales como internacionales), sin mencionar un tema toral en toda la dinámica de la transparencia en las adopciones internacionales como es el debido seguimiento del menor adoptado.

Como corolario, no podemos evitar hacer el comentario siguiente, y es que los niños siguen siendo parte olvidada en muchas de las prioridades estatales, partidistas y del gobierno en la que convergen situaciones de falta de recursos o simplemente un desinterés por parte de los poderes públicos. Aunque parezca una crueldad, los niños, en el nivel político, no son sujetos activos, y por lo tanto siguen sin dar votos y ello implica, en consecuencia, una falta de interés, de sensibilización y una ausencia clara en las preferencias de las agendas de nuestros gobernantes.

A todo ello le unimos, en nuestro contexto mexicano, que el derecho interno de México es, por su constitución eminentemente federal, un entramado de disposiciones que, por regla general, ocasiona incertidumbre e inseguridad jurídica.

La figura de la adopción internacional no es ajena a esta problemática; sin embargo, a través de los años, se ha creado la conciencia de armonizar nuestra legislación con la finalidad de proporcionar más certeza al interés superior del menor, para evitar tantos niños institucionalizados y esfuerzos desgastados.

Por lo anterior, retomar experiencias legislativas de otros Estados y adaptarlos al nuestro nunca resultará una copia. Al contrario, podemos extraer los éxitos legislativos de otras realidades, adaptando y conjugando las nuestras.